



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

"SUAREZ, Gabriela Elizabeth c/ OBRA SOCIAL DE ESTADO FUEGUINO - OSEF - y PODER EJECUTIVO DE TDF s/ AMPARO" (Expte. N° 29.612)

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 2
DISTRITO JUDICIAL SUR

Ushuaia, de septiembre de 2023.

AUTOS Y VISTOS:

Estos autos caratulados **"SUAREZ, Gabriela Elizabeth c/ OBRA SOCIAL DE ESTADO FUEGUINO - OSEF - y PODER EJECUTIVO DE TDF s/ AMPARO" (Expte. N° 29.612)**, para dictar sentencia definitiva, de cuyas constancias,

RESULTA:

1.- A fs. 20/25 [id.588097] se presentó la Sra. Gabriela Elizabeth SUAREZ, por derecho propio, junto a su letrada patrocinante la Sra. Defensora Pública, Dra. María Eugenia DÍAZ, e interpuso acción de amparo en contra de la Obra Social del Estado Fueguino -en adelante OSEF- y el Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, para que ambos den continuidad al tratamiento de terapia de oxígeno hiperbárico, que habría sido indicado por su médico tratante para aliviar las dolencias en la zona del húmero derecho y con ello evitar una cirugía articular que deterioraría su funcionalidad y calidad de vida.

Cuenta que padece de necrosis ósea avascular en cabeza de húmero derecho, además de otras enfermedades de base que coadyuvan a su delicado cuadro clínico.

Dice que su médico tratante, Dr. Alfredo BRUNO, el día 28 de abril de 2023 emitió un informe médico integral donde explicó detalladamente los motivos por los que recomienda la terapia de oxígeno hiperbárico para encarar su padecimiento en el hombro derecho. Además, afirma que el galeno brindó las razones por las cuales entiende que una intervención quirúrgica no es la opción más beneficiosa para su salud.

Agrega que el criterio médico del Dr. BRUNO coincide con el de su anterior médico tratante, el Dr. Fabricio BERGESE, quien revista como traumatólogo en la Clínica San Jorge de esta ciudad.

Relata que, en un principio, la obra social accionada autorizó treinta (30) sesiones de terapia de oxígeno hiperbárica, sin mayores complicaciones.

En dicho marco, enfatiza que advirtió beneficios en su salud desde que realizó el tratamiento. En cuanto a la descripción de los provechos que tuvo la terapia, repara en las conclusiones de su médico tratante en los informes de fs. 3.vta/5.

Sin embargo, expone que al solicitar la aprobación de otras treinta (30) sesiones -primero de manera verbal y luego por correo electrónico-, OSEF rechazó su pedido, el día 13 de marzo del corriente año, refiriéndole que la cámara hiperbárica para realizar dicha terapia sólo se autoriza respecto de ciertas dolencias especificadas en el Programa Médico

Obligatorio -PMO-; concretamente, intoxicación por monóxido de carbono y ulcera de pie diabético. En cuanto a otro tipo de dolencias, dice que la obra social postuló que las prestaciones no serían autorizadas porque no cuentan con el suficiente aval científico y, principalmente, por no encontrarse dentro del listado de prestaciones obligatorias.

Narra que después acudió al Ministerio Público de la Defensa a fin de encausar sus reclamos ante la obra social. Así, manifiesta que la defensoría pública remitió un oficio a OSEF vía correo electrónico el día 4 de mayo de este año; allí, habría acompañado el mentado informe médico integral expedido por el Dr. BRUNO y solicitó nuevamente la reanudación del tratamiento en cuestión.

Explica que el oficio fue contestado por la obra social al día siguiente de su presentación, mediante Nota N° 99/23 Letra DGJ. En dicha pieza, según afirma, la accionada insistió en su negativa de reanudar el tratamiento, fundándose en que la práctica no se encuentra comprendida en el PMO, además de reparar en que, hasta el momento, no existe aval científico de que la terapia sea eficaz, eficiente y segura para la patología de la afiliada.

Debido a ello, la obra social le habría solicitado que ponga a disposición de la auditoría médica la totalidad de los elementos que permitan analizar la posible evolución de la enfermedad, los supuestos beneficios y la posible mejora esperada con la terapia. A ese fin, dice que el ente demandado le anexó una serie de formularios que debían de ser completados por su médico tratante.

Redondea su exposición en que lo requerido por la obra social ya estaba cumplido con el informe médico integral, que detalla claramente las mejoras percibidas con las primeras treinta (30) sesiones de cámara hiperbárica.

Así, concluye que ante la renuencia de OSEF tuvo que accionar por la vía del amparo, a fin de obtener una reanudación urgente de la terapia aludida.

Argumenta sobre los presupuestos de la acción, señala los derechos y principios constitucionales/convencionales que le son vulnerados por OSEF y el Gobierno de la Provincia, y arrima: i) constancia de afiliación, ii) los reclamos presentados ante la obra social mediante correo electrónico, iii) certificado de discapacidad, iv) informes de estudios médicos realizados en el Sanatorio San Jorge de esta ciudad, v) resumen de historia clínica, vi) informe médico integral y final suscritos por el Dr. BRUNO y vii) contestaciones de OSEF a los diversos reclamos.

Asimismo, ofrece la demás prueba que considera pertinente.

Funda en derecho y peticiona que se haga lugar a la acción, con costas.

2.- El día 29 de agosto de 2023 -fs. 26 [id.279340]- se corrió traslado a las entidades accionadas para que ejerzan su derecho de defensa y ofrezcan la prueba que estimen adecuada, en los términos del art. 7 de la Ley provincial de amparo N° 1496.

Conforme consta en los oficios agregados a fs. 38/39, OSEF y el Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego quedaron debidamente notificados el día 31 de agosto de 2023.

3.- El Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego se presentó a fs. 32/36 [id.592987] a través de su letrado apoderado Dr. Juan Pablo GUTIERREZ SILVA y patrocinado por la Dra. Fabiana Marcela NÚÑEZ.

Después de realizar las negativas que por ley tiene derecho a formular, fundamenta, principalmente, que la acción de amparo debe ser rechazada atento la falta de legitimación pasiva para ser demandada en estos autos, aunque sin articular excepción alguna.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

Por lo demás, sopesa escuetamente un informe médico que acompaña, suscrito por el Dr. Eloy FLAHERTY, traumatólogo del Hospital Regional de Ushuaia, limitándose a transcribir las líneas que juzga relevantes.

Específicamente subraya lo dicho por el galeno acerca de que el médico tratante de la amparista señaló que tiene nula circulación en el húmero derecho, lo que a su ver quiere decir que si bien la terapia podría ser benévola para la salud de la paciente y mejorar alguna otra patología que padece, no funcionaría para lo que fue indicada.

También destaca otra cita del informe, en la que el traumatólogo refiere que si luego de haber recibido treinta (30) sesiones, la actora no evolucionó en la rehabilitación, no sería de utilidad continuar con la terapia.

Respecto a la falta de legitimación pasiva, cita doctrina y jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia que entiende aplicable al amparo de salud aquí en estudio. Remarca que lo resuelto en dichos antecedentes encuadran en los términos del art. 37 de la Ley provincial N° 110.

De ahí que postula que el Poder Ejecutivo provincial no está obligado ni tiene a su cargo el brindar prestaciones médicas asistenciales, sino que es OSEF quien exclusivamente debe responder en virtud de los arts. 1 y 2 de la Ley provincial N° 1071, pues, aunque el Estado provincial sí garantiza el derecho a la salud, lo hace mediante la creación del referido ente descentralizado.

Asimismo, destaca los términos utilizados por la amparista en la demanda, dónde supuestamente hizo una mera mención del ejecutivo provincial en su objeto, pero que en realidad a lo largo del escrito no manifiesta ninguna intervención u omisión de parte de dicha repartición pública.

Por eso, califica de caprichosa la intención de someterla a este proceso.

Al margen del informe suscrito por el Dr. FLAHERTY, no ofreció ningún medio probatorio.

Así, pide que se rechace la demanda instaurada en su contra, con fundamento basal en la falta de legitimación pasiva que expuso.

4.- A fs. 62/67 [id.594335] OSEF respondió el traslado conferido.

Realiza las negativas genéricas y particulares que por ley tiene derecho a formular.

Primero, argumenta en un apartado la inadmisibilidad de la vía del amparo para el caso; a ese efecto, remite a los artículos 1 y 2 de la Ley Nacional N° 16.986 y sostiene que no existió arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de su parte, bajo la inteligencia de que la cuestión debatida excede el marco estrecho del proceso de amparo, pues su decisión necesita el aporte de mayores elementos de juicio.

Después, dedica el resto de su respuesta a fundar el rechazo de la acción, apoyándose de modo íntegro en un informe extendido por la coordinación médica de la obra social, suscrito por la Dra. Ana M. MONSALVO, auditora médica de la entidad autárquica.

Extrae que sus conclusiones controvierten la indicación médica del Dr. BRUNO respecto de las sesiones en cámara hiperbárica y, además, ponen en crisis la eficacia de la práctica pues achaca una divergencia de criterios entre el médico traumatólogo que previno,

Dr. BERGESE, y el especialista Dr. BRUNO, profesional que acompañó el informe sobre el cual la actora funda su acción.

Aporta su propia versión de los hechos.

Cuenta que en el mes de octubre de 2022 la afiliada fue examinada por el Dr. BERGESE debido a un dolor en el hombro derecho, mediante un estudio de resonancia magnética nuclear (RMN), oportunidad en la que le detectó necrosis ósea avascular. Allí, le indicó se realice una tomografía axial computada (TAC).

Con esa tomografía, dice, el Dr. BERGESE le explicó la necesidad de observar la evolución del cuadro para luego ponderar si era viable -o no- la intervención quirúrgica, indicándole hasta entonces fisio kinesioterapia, controles y neuro-rehabilitación, que estarían a cargo del Dr. BRUNO.

Tiempo después, el día 30 de enero de este año, la afiliada fue evaluada nuevamente por el Dr. BERGESE, quien le habría indicado continuar con el esquema terapéutico expuesto con anterioridad, a lo que sumó treinta (30) sesiones de cámara hiperbárica porque la paciente sufrió 'remisiones y exacerbaciones' de los síntomas de su patología.

Se detiene en este punto para postular que las sesiones de terapia hiperbárica, en realidad, no fueron auditadas por la obra social. Para ello, pivota con el informe de la Dra. MONSALVO en el que explica que las sesiones fueron autorizadas erróneamente por el sistema SIA de la entidad demandada.

Sostiene que a causa de esa falla la prescripción siguió su curso sin la intervención y evaluación del área médica institucional, lo que significa que nunca hubo voluntad de OSEF de reconocerle derecho alguno sobre la práctica.

Esgrime que dicha inteligencia se condice con la doctrina plasmada por la Cámara de Apelaciones de este distrito en el antecedente "Huici".

Así, estima que el cambio de temperamento es válido en materia de salud y no lesiona el derecho de la amparista, máxime cuando se presentan criterios institucionales de razonabilidad.

Al margen de esto, para reforzar su posición de rechazo, vuelve a predicar sobre el nulo beneficio y eficacia de la terapia en la salud de la actora. Entiende esto al constatar su historia clínica, donde el Dr. BERGESE habría afirmado el 11 de julio de 2023 que **"[...] el hombro no tuvo cambios con respecto a estudios previos, y en hombro derecho se constata colapso leve de superficie articular [...]"**.

Enfatiza nuevamente en la divergencia de esta conclusión con las aseveraciones del Dr. BRUNO.

Por último, reitera lo dicho en sede administrativa sobre que la prestación de cámara hiperbárica no está prevista en el PMO, pues allí sólo se la concibe para otras patologías -enfermedad por descompresión, gangrena y embolia gaseosas o aérea-.

Por tales razones, entiende que su conducta no fue arbitraria ni ilegal.

Ofrece toda la prueba que considera conducente, funda en derecho y peticiona que se rechace la acción, con costas en el orden causado.

5.- El día 6 de septiembre de 2023 -fs. 68 [id.279781]- el Tribunal dispuso la apertura a prueba de este proceso, conforme lo dispuesto en los arts. 10 y 12 de la Ley provincial N° 1496.

De este modo, se ordenó librar oficio a la Clínica San Jorge y al Centro Integral de Kinesiología y Rehabilitación Ushuaia -CIKRU-, a fin de que remitan las historias clínicas de



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

la amparista; documentos que lucen agregados a fs. 77/259 [id.53242/243] y 267/343 [id.53345], respectivamente.

También se ordenó la producción de una pericia médica por intermedio de la Dirección Pericial de este distrito, para que uno de los integrantes del cuerpo médico dictamine sobre si la terapia de oxígeno hiperbárico es recomendable para tratar la dolencia de la actora y si puede mejorar su calidad de vida; informe pericial agregado a fs. 353/356 [id.604542], suscrito por el Dr. Horacio Luis ARTIEDA, para cuya confección tuvo a la vista el expediente, las historias clínicas agregadas y la documentación adicional aportada por la Sra. SUAREZ.

Por último, se fijó audiencia testimonial para el día 12 de septiembre de 2023, con el objeto de recibir declaración testimonial de los Dres. THOMPSON, MONSALVO, BRUNO y BERGESE; acto al que asistieron sólo los últimos de los nombrados -fs. 266 [id.280178]- y depusieron sobre la patología que aqueja a la Sra. SUAREZ y respondieron el interrogatorio que se les formuló, todo lo cual fue videograbado con el sistema "CICERO".

6.- A fs. 359/361 [id.608428] la actora realizó una serie de observaciones al dictamen pericial y solicita se tengan presente al momento de dictar sentencia. Me remito a sus términos, en honor a la brevedad. (art. 16 de la Ley provincial N° 110).

7.- Así las cosas, el 26 de septiembre de 2023 -fs. 362 [id.280992]- se colocaron las actuaciones en condiciones de dictar sentencia, y

CONSIDERANDO:

1.- La Ley Provincial N° 1496 es el plexo que ahora legisla la acción de amparo a nivel local. En consecuencia, el conocimiento y decisión de este caso estarán enmarcados por lo dispuesto en la citada norma.

2.- Estos obrados fueron iniciados por la Sra. Gabriela A. SUAREZ, a fin de que se ordene a OSEF y al Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego que den continuidad al tratamiento con cámara hiperbárica -dispositivo que se utiliza para llevar a cabo la terapia de oxígeno hiperbárica-, otrora autorizado por la obra social en la cantidad de treinta (30) sesiones pero que ahora fue interrumpido por, básicamente, tres razones:

i) La cobertura de la prestación no se encuentra incluida en el PMO para la dolencia que padece la amparista; ii) La práctica no cuenta con el aval científico suficiente ni surge probada su eficacia objetiva para indicar su realización en la patología que aqueja a la actora; y iii) Aunque en un principio la terapia fue aprobada, ello habría sucedido en virtud de un error del sistema SIA de la obra social, lo que implicó que nunca interviniera su auditoría médica; de ahí que interpreta que nunca existió voluntad suya de reconocerle derechos a la amparista.

No obstante, OSEF no negó ni controvirtió el tipo de dolencia que padece la Sra. SUAREZ.

El Gobierno provincial, por su parte, se opone a la procedencia de la acción con fundamento principal en su supuesta falta de legitimación pasiva.

Entiendo apropiado analizar primero la procedencia de la acción de amparo respecto a OSEF. Luego, abordaré el caso traído a resolver desde la óptica del gobierno provincial demandado.

3.- La pretensión de la actora se desenvuelve en el marco de un proceso de amparo, aquel remedio judicial de carácter excepcional, cuyo trámite debe ser sumarísimo y a la vez eficaz como consecuencia de los derechos que tiende a tutelar.

La doctrina lo define como: **“un remedio excepcional que otorga una vía procesal sumarísima y expeditiva, destinada a tutelar derechos reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, salvo la libertad física o de locomoción, protegida por el habeas corpus, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo”**. (ZARINI, HELIO J., *“Constitución Argentina”*, comentada y concordada, 4° reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As. 2006, pág. 201).

Acerca de los derechos que se pretenden custodiar mediante esta vía, se enseña: **“la protección del amparo se dirige hacia derechos fundamentales sin importar si ellos están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de una carta superior), o provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de tutela supraestatal”**. (GOZAÍNI, OSVALDO A., *“Derecho Procesal Constitucional, Amparo”*, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. Pag 247).

También se dijo que: **“[...] la Corte Suprema de la Nación, aun después de operada la reforma a la Constitución Nacional en 1994, se ha mantenido invariable al considerar que el amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlo pueda afectar derechos constitucionales; que la apertura de esa vía requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración de que la amenaza es inminente o actual, o que el daño es concreto y grave de modo tal que no puede ser reparado sino sólo mediante el amparo (C.S.J.N., 4/10/94, Ballesteros José)”** [...] **“He reiterado también la índole excepcional del amparo, en tanto se trata de un proceso reservado para aquellas situaciones extremas en las cuales la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas, pueda afectar derechos constitucionales; por ello, su viabilidad requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas, entre otros aspectos, por la existencia de un daño concreto y grave que sólo pueda ser eventualmente reparado acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo (C. S. J. N., “Louzán, Carlos A., c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación”, del 17/11/94, en “Fallos”, 312-262)”** (SERRA, MARÍA M., *“A propósito del rechazo in limine en el amparo en el Amparo Constitucional. Perspectivas y Modalidades”*. Ed. Depalma, pág. 96).

4.- En cuanto a su marco legislativo, la acción tiene sustento, principalmente, en lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional: **“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 actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley [...]”**.

Si bien el artículo transcrito indica que la acción de amparo será viable cuando no exista otro medio judicial más idóneo, también es cierto que este aspecto procesal fue



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

superado, pues: **“no será obstáculo para la procedencia de la vía de amparo si el tránsito por ellos trajera aparejado un daño grave o irreparable, siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una lesión cualquiera a derechos que protegen las normas que especifica el artículo que analizamos”**. (ZARINI, HELIO J., Op. Cit., pág. 203).

A su turno, el art. 43 de nuestra Constitución Provincial dispone: **“Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en esta Constitución, y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada podrá pedir el amparo a los jueces en la forma sumarísima que determine la ley”**.

Al detenernos en el art. 43 de la Constitución Provincial advertimos que sigue los lineamientos marcados por el art. 43 de la Constitución Nacional, pero agrega que los jueces deberán resolver en la forma sumarísima determinada por la ley.

5.- Desde una mirada jurisprudencial, se destaca el criterio de nuestra justicia local, que apuntaló lo siguiente respecto del amparo: **“[...] es menester recordar que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las cuales -por carecer de otras vías aptas- peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, que exige para su apertura la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios origina un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita (Fallos 311:612, 317:1128 y 325:396, entre otros)**. Luego de la reforma del año 1994, que receptó constitucionalmente al amparo en el artículo 43 de la Constitución Nacional, para que proceda esta especial vía debe observarse: la existencia de una conducta manifiestamente ilegal o arbitraria proveniente de una autoridad pública o un particular, consistente en un acto u omisión; que dicho comportamiento resulte lesivo de derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, y que no existe un medio judicial ‘más idóneo’ para asegurar la defensa del derecho.’ (Esta Sala en los autos ‘Bracamonte, Silvia Leonor c/ Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Amparo s/ incidente de apelación [...]’ (Cám. Apel. Sala Civ. y Com. DJS, *in re* “Encinas, Manuel Alejandro c/ Poder Ejecutivo Provincia de TDF s/ Amparo”, sentencia del 23/9/22).

6.- De la Ley Provincial N° 1496, citaré a continuación los artículos 2, 3, 5, 7 y 14 por ser aplicables al caso, para luego proceder a su análisis en relación con lo ocurrido en autos, no sin antes tratar el planteo de OSEF vinculado a la inadmisibilidad de la vía intentada.

El art. 2 de la citada ley dispone que: **“La presente ley tiene por objeto brindar la protección eficaz de los derechos, garantías y libertades reconocidos en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Constitución Provincial y las leyes que los reglamenten”**.

De su lado, el art. 3 establece que: **“Toda persona puede interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra cualquier**

decisión, acto, hecho u omisión de una autoridad pública provincial o de particulares que en forma actual o inminente restrinja, altere, amenace o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, un Tratado Internacional o una ley, con la excepción de la libertad corporal en la que corresponde la interposición del habeas corpus”.

El art. 5 dice: “La acción de amparo se interpondrá por escrito y deberá contener: a) nombre, apellido, domicilio real, constituido y constituido electrónico del o la accionante; b) la justificación de la personería invocada, en caso de corresponder; c) la individualización de quien tomó la decisión, o realizó el acto, hecho u omisión lesivo o arbitrario; d) relación circunstanciada de los hechos, con indicación del derecho subjetivo o interés legítimo afectados; e) el ofrecimiento de la prueba de que pretendiera valerse el o la accionante. Quedará a criterio del juzgado su precedencia a los fines de mantener la esencia rápida y expeditiva de la acción de amparo; y f) la petición en términos claros y precisos.”.

El art. 7 determina que: “Admitida la acción, se correrá traslado a la contraparte por el plazo de tres (3) días hábiles judiciales desde que fuere notificada, a fin de que el demandado/a conteste y ofrezca prueba. El traslado se correrá con el apercibimiento de estar a los hechos expuestos en la acción y el reconocimiento de la documentación acompañada, salvo prueba en contrario. El plazo es improrrogable y no se tendrá en cuenta el período de gracia de las dos (2) primeras horas posteriores al vencimiento. Por razones debidamente fundadas, el juez podrá reducir el plazo previsto en el primer párrafo del presente”.

Por último, el art. 14 especifica: “Vencido el término de prueba o bien del llamado de audiencia, se dictará sentencia dentro del plazo de tres (3) días. La sentencia que admita la acción deberá contener: a) la mención concreta de la autoridad, persona jurídica o física contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo; b) la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución; c) el plazo para el cumplimiento de lo resuelto; d) excepcionalmente y cuando el caso así lo requiera, la sentencia podrá contener fórmulas exhortivas de conducta contra las partes; y e) las sentencias serán notificadas a las partes intervinientes de oficio por el juzgado que entiende en la causa en el plazo de un (1) día a contar desde su debida registración”.

7.- En primer término, repararé en el artículo 5, más precisamente acerca de la prueba ofrecida por la amparista.

Los informes médicos que acompañó, el resumen de su historia clínica y el certificado de discapacidad -fs. 3/5 y 15/19- resultan, a mí ver, suficientes para evidenciar un delicado estado de salud de la Sra. SUAREZ, cuya falta de consideración redundaría en un grosero error atento a la gravedad de sus dolencias.

La condición médica sensible que ella padece surge de la combinación de diversos factores clínicos, siendo el centro de esta acción la patología denominada necrosis ósea avascular en humero derecho; cuadro al que necesariamente se suma el estado de vulnerabilidad por ser una persona discapacitada y que, además, padece cáncer de cérvix, HIV, osteoporosis severa y necrosis avascular de caderas.

Estos padecimientos no fueron rebatidos por OSEF; lo propio hizo el poder ejecutivo provincial.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

Ante dichos silencios, concibo reconocido el cuadro general de salud de la afiliada.

Ahora bien, no resulta ocioso comprender un poco más sobre la necrosis ósea avascular, de la cual es portadora la Sra. SUAREZ -específicamente en su húmero derecho-, y cómo esta enfermedad impacta en su organismo.

Se dice que: **“La necrosis avascular es la muerte de tejido óseo a causa de la falta de irrigación sanguínea. También se la conoce como osteonecrosis, y puede producir pequeñas fracturas en el hueso y el colapso de este. El proceso suele durar de meses a años. Si el hueso se fractura o si la articulación se disloca, el flujo sanguíneo a un segmento del hueso puede detenerse. La necrosis avascular también se asocia con el consumo prolongado de medicamentos esteroides en dosis altas y con la ingesta excesiva de alcohol. Si bien cualquier persona puede sufrir esta afección, es más frecuente en las personas que tienen entre 30 y 50 años. [...] Algunas personas no tienen síntomas en las primeras etapas de la necrosis avascular. A medida que la afección empeora, podrías sentir dolor en las articulaciones afectadas únicamente al cargar peso sobre ellas. Con el tiempo, podrías sentir dolor incluso si estás recostado. El dolor puede ser leve o intenso. Generalmente, se desarrolla progresivamente. El dolor relacionado con la necrosis avascular de la cadera podría concentrarse en la ingle, el muslo o el glúteo. Además de la cadera, también podrían verse afectados el hombro, la rodilla, la mano y el pie. Algunas personas desarrollan necrosis avascular en ambos lados, por ejemplo, en ambas caderas o ambas rodillas. [...] La necrosis avascular se produce cuando se interrumpe o se reduce el flujo sanguíneo a un hueso. La reducción del suministro de sangre puede deberse a las siguientes causas: * Traumatismo óseo o articular. * Una lesión, como una luxación articular, podría dañar los vasos sanguíneos cercanos. * Los tratamientos oncológicos en los que se utiliza radiación también pueden debilitar los huesos y dañar los vasos sanguíneos. * Depósitos de grasa en los vasos sanguíneos. * La grasa (lípidos) puede obstruir los vasos sanguíneos pequeños, lo que podría reducir el flujo sanguíneo que circula hacia los huesos. * Determinadas enfermedades. Enfermedades como la anemia de células falciformes y la enfermedad de Gaucher también pueden reducir el flujo sanguíneo que circula hacia los huesos. En ocasiones, no se comprende completamente qué puede provocar la necrosis avascular cuya causa no es un traumatismo. Es probable que la genética combinada con el consumo excesivo de alcohol, determinados medicamentos y otras enfermedades sean factores influyentes. Los factores de riesgo para la necrosis avascular incluyen los siguientes: * Traumatismo. Ciertas lesiones, como la dislocación o la fractura de la cadera, pueden dañar los vasos sanguíneos cercanos y reducir el flujo de sangre a los huesos. * Consumo de esteroides. El uso de corticoides, como la prednisona, en dosis altas es una causa común de necrosis avascular. No se conoce el motivo, pero algunos expertos creen que los corticoides pueden aumentar los niveles de lípidos en la sangre, lo que reduce el flujo sanguíneo. * Consumo excesivo de alcohol. Consumir varias bebidas alcohólicas por día durante muchos años también puede provocar la formación de depósitos de grasa en los vasos sanguíneos. * Uso de bifosfonatos. El uso a largo plazo de medicamentos para aumentar la densidad ósea podría contribuir al de-**

sarrollo de osteonecrosis de la mandíbula. Esta complicación poco frecuente se ha producido en algunas personas a quienes se administraron dosis altas de estos medicamentos para el tratamiento cánceres como el mieloma múltiple y el cáncer de mama metastásico. * Ciertos tratamientos médicos. La radioterapia para el cáncer puede debilitar los huesos. El trasplante de órganos, especialmente el de riñón, también se asocia con la necrosis avascular. Las afecciones médicas relacionadas con la necrosis avascular incluyen las siguientes: * Pancreatitis. * Enfermedad de Gaucher. * VIH o SIDA. * Lupus eritematoso sistémico. * Anemia de células falciformes. * Enfermedad por descompresión, también llamada enfermedad del buzo o enfermedad de Caisson. * Ciertos tipos de cáncer, como la leucemia. [...] La necrosis avascular no tratada empeora. Finalmente, el hueso puede colapsar. La necrosis avascular también hace que el hueso pierda su forma lisa, y esto puede provocar una artritis grave.” (Fundación Mayo para la Educación y la Investigación Médicas, <https://www.mayoclinic.org/es/diseases-conditions/avascular-necrosis/symptoms-causes/syc-20369859?p=1> , consultado el 27/9/23 a las 18:45 hs).

También se informa que: “La osteonecrosis es una enfermedad causada por la disminución del flujo sanguíneo en los huesos de las articulaciones. Por lo general, en las personas con huesos sanos, estos se regeneran constantemente. En la osteonecrosis, la falta de flujo de la sangre hace que el hueso se deteriore más rápido que lo que el cuerpo puede producirlo. Se puede tener osteonecrosis en uno o varios huesos. Es más común en la parte superior de la pierna. Otros sitios comunes son el brazo, las rodillas, los hombros y los tobillos. La enfermedad puede afectar a hombres y mujeres de cualquier edad, pero suele atacar a personas entre los treinta y los cincuenta años. Al comienzo, es posible que no haya síntomas. A medida que la enfermedad avanza el dolor de las articulaciones empeora. Es probable que la persona no pueda mover o doblar la articulación normalmente. No se conoce con seguridad la causa de la enfermedad. Entre los factores de riesgo se incluyen: * Tratamiento con esteroides a largo plazo. * Uso indebido del alcohol. * Lesiones articulares. * Ciertas enfermedades, como artritis y cáncer. Los doctores usan exámenes de imágenes y otras pruebas para diagnosticar la enfermedad. Los tratamientos incluyen medicinas, uso de muletas, limitación de actividades que ponen peso en las articulaciones afectadas, estimulación eléctrica y cirugía.” (NIH: Instituto Nacional de Artritis y Enfermedades Musculoesqueléticas y de la Piel, <https://medlineplus.gov/spanish/osteonecrosis.html> , consultado el 27/9/23 a las 18:50 hs).

Por último, se explica que: “Los huesos y la médula ósea del cuerpo humano están compuestos por células vivas que necesitan un suministro constante de sangre para permanecer saludables. Si disminuye el flujo de sangre hacia estas células óseas de manera considerable, las células podrían morir y provocar así el hundimiento del hueso. Este proceso se denomina osteonecrosis. La osteonecrosis puede causar dolor, artritis y un uso limitado de las articulaciones afectadas. Algunas personas probablemente necesiten una cirugía de reemplazo articular. ¿Qué es la osteonecrosis? La osteonecrosis, también denominada necrosis avascular o aséptica, es la muerte de las células óseas debido a una disminución del flujo sanguíneo. Puede causar dolor y hundimiento de las áreas del hueso. El hundimiento del hueso eventualmente puede producir una artritis degenerativa (también denominada artrosis) de las articulaciones cercanas, con mayor frecuencia en caderas y rodillas. Los sitios afectados con menor frecuencia son los hombros, las manos y los pies. En raras ocasiones, la osteonecrosis puede producirse en la mandíbula. Esto puede producir úlceras (llagas) en el tejido de



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

la encía, dolor y hueso expuesto de la mandíbula. ¿Qué produce la osteonecrosis? Las causas más frecuentes de osteonecrosis son: Traumatismo grave (lesión), que interrumpe el suministro de sangre al hueso. Corticosteroides (como prednisona, cortisona o metilprednisolona), principalmente cuando se utiliza una dosis alta por un período de tiempo prolongado. Exceso en el consumo de alcohol. Lupus eritematoso sistémico. Otros factores de riesgo menos comunes para la osteonecrosis son: Enfermedad por descompresión (también llamadas “flexiones” que pueden producirse con el buceo). Trastornos sanguíneos como la anemia drepanocítica, el síndrome de anticuerpos antifosfolípidos (APS, por sus siglas en inglés) y anticoagulantes lúpicos. Infección por VIH (el virus que produce el SIDA). Terapia de radiación. Bisfosfonatos, que pueden estar vinculados a la osteonecrosis de la mandíbula. Trasplantes de órganos. [...] ¿Cómo se diagnostica la osteonecrosis? Los médicos piensan que se trata de osteonecrosis cuando una persona que presenta factores de riesgo en los huesos siente dolor “localizado” (limitado a un área pequeña). Los pacientes con dolor en la cadera debido a la osteonecrosis a menudo sienten dolor en la ingle. El dolor por osteonecrosis en cadera o rodilla generalmente empeora con la carga de peso o al caminar. El siguiente paso del diagnóstico es realizar una radiografía de la zona afectada. Como estas radiografías podrían parecer normales en las etapas iniciales de la enfermedad, su médico podría solicitar otros estudios de imágenes. Entre ellos, gammagrafías óseas o resonancias magnéticas (RM). La resonancia magnética es excelente para detectar la osteonecrosis en sus primeras etapas. [...] Desafortunadamente no hay una prueba clara que indique la mejor manera de tratar la osteonecrosis, pero lo mejor es iniciar el tratamiento en las primeras manifestaciones, antes del hundimiento del hueso. *Tratamiento precoz:* a menudo, el tratamiento se inicia con medicamentos para el dolor y limitando la carga de peso (como caminar) sobre la zona afectada. Este tipo de tratamiento conservador podría ser eficaz en pacientes con osteonecrosis temprana en pequeñas zonas del hueso. Pero no es eficaz para quienes padecen osteonecrosis de cadera o rodilla con empeoramiento de la enfermedad y hundimiento del hueso. Estos pacientes podrían necesitar procedimientos quirúrgicos para aliviar el dolor e intentar evitar el hundimiento del hueso. *Cirugía:* cuando la osteonecrosis empeora, los pacientes podrían necesitar un procedimiento denominado descompresión del núcleo. Se quita una pieza (núcleo) del hueso de la zona afectada, para intentar mejorar el flujo sanguíneo. En los casos más avanzados, se podría requerir un procedimiento denominado osteotomía. Durante esta operación, los cirujanos remueven el hueso muerto y vuelven a colocar el hueso restante para que el hueso saludable soporte la superficie articular que carga con el peso. Si ya se produjo el hundimiento del hueso en la articulación, estos pacientes generalmente necesitan un reemplazo articular total (artroplastia) de la cadera o rodilla. Esta operación debería aliviar el dolor y mejorar la función. Otra opción de cirugía para casos avanzados es el injerto óseo. En este procedimiento, se toma una pequeña pieza de hueso saludable de la pierna de la misma persona y se la injerta (trasplanta) a la zona del hueso muerto. El injerto óseo mejora el flujo sanguíneo y el soporte del hueso que lo rodea. *Medicamentos:* no hay un tratamiento médico comprobado para la osteo-

necrosis. Algunos estudios sugieren que el tratamiento a corto plazo con bisfosfonatos podría retrasar, mejorar o hasta incluso evitar el hundimiento del hueso en la cadera y la rodilla.” (ACR - American College of Rheumatology, <https://rheumatology.org/patients/osteonecrosis-espanol> , consultado el 27/9/23 a las 19:05 hs).

Resulta evidente que la ciencia médica excede los conocimientos que del suscrito, aunque lo expuesto logra esclarecer sin ningún tipo de pretexto, que la enfermedad de la Sra. SUAREZ es grave.

Tampoco surgen dubitaciones sobre las consecuencias dañosas que eventualmente podrían producirse en su salud en caso de no someterse a un tratamiento adecuado, previo a la inminente intervención quirúrgica a la que su patología tarde o temprano llegará, alternativa cuya consideración surge latente de acuerdo con las opiniones autorizadas que sus médicos tratantes, Dres. BERGSE y BRUNO, brindaron en la audiencia testimonial del 12 de septiembre.

La situación se agrava si ponderamos de manera armónica la totalidad del panorama clínico delicado que reviste la aquí actora, es decir, el conjunto de enfermedades y dolencias que la aquejan al mismo tiempo, ya mencionadas *supra* y que no resulta necesario volver a repetir las.

Desatender estas circunstancias que convergen en simultáneo podría, *a posteriori*, comprometer desfavorablemente el tratamiento quirúrgico en la zona afectada por la necrosis avascular ósea.

De ahí que entiendo que los argumentos de la obra social demandada referidos a la supuesta inadmisibilidad de la vía del amparo, caen ante la urgencia acreditada.

El derecho a la salud y a la vida se encuentran involucrados y en jaque, necesitando la Sra. SUAREZ una respuesta rápida y expedita a través de la vía judicial adecuada, que no es otra que el amparo.

Pensemos en lo ilusorio y absurdo que sería someter la discusión de este asunto en los andariveles de un proceso de conocimiento, cuyas reglas específicas y plazos desnaturalizan la esencia del remedio previsto en el art. 43 de nuestra Carta Magna.

Definir -y decidir- si la terapia de oxígeno hiperbárico debe -o no- integrar el complejo tratamiento que la Sra. SUAREZ debe observar en virtud de su enfermedad, claramente reclama la premura del amparo; no sólo porque un retardo podría afectar de modo negativo los resultados de una cirugía posterior, sino también porque su cuadro general de enfermedades representa *per se* un riesgo latente a su vida.

No perdamos de vista que el citado art. 43 CN consagra que la acción de amparo deviene idónea para aquellos supuestos en los que, en forma actual o inminente se lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Por eso, estimo que para el caso venido a resolver resulta idóneo el marco del amparo, activándose su faz preventiva, tendiente a evitar la ocurrencia de un daño próximo por conducto de un trámite despejado de rigorismo excesivo.

Debo agregar que, en el estricto marco de la admisibilidad de la vía, caen por tierra las postulaciones de OSEF acerca de que no obró con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, pues, aunque alegue que la prestación de cámara hiperbárica no está incluida en el PMO, o que la eficacia de la terapia no cuenta con cabal evidencia científica, lo cierto es que en el pasado autorizó la realización de treinta (30) sesiones de dicha práctica.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

Este hito, a primera vista contradictorio, no puede soslayarse sin más, so riesgo de cercenar a la actora la vía del amparo atendiendo un argumento meramente formal. A todo evento, las particularidades de dicha autorización merecen dilucidarse en el análisis sustancial del reclamo; asunto sobre el que volveré más adelante.

Por lo demás, resulta erróneo fundar la inadmisibilidad de la vía en un plexo legal que ya no es aplicable en nuestra Provincia, pues vale recordar que todo el planteo respecto a este punto se fundó en la letra de la Ley nacional N° 16.986.

8.- Tratada la cuestión de la admisibilidad, es importante abrir un paréntesis para destacar las obligaciones que OSEF tiene para con la actora en virtud del derecho aplicable.

Como vimos, la Sra. SUAREZ acredita con documental que es una persona que reúne una condición de vulnerabilidad: posee discapacidad.

Así, resultan de sumo interés los siguientes plexos normativos.

La Ley Nacional N° 24.901 'Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad' -cuya adhesión provincial se instrumentó a través de la Ley N° 876-, dispone en su enramado normativo:

"ARTICULO 2° — Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.

ARTICULO 3° — Modificase, atento la obligatoriedad a cargo de las obras sociales en la cobertura determinada en el artículo 2° de la presente ley, el artículo 4°, primer párrafo de la ley 22.431, en la forma que a continuación se indica: El Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, los siguientes servicios.

ARTICULO 4° — Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado.

ARTICULO 5° — Las obras sociales y todos aquellos organismos objeto de la presente ley, deberán establecer los mecanismos necesarios para la capacitación de sus agentes y la difusión a sus beneficiarios de todos los servicios a los que pueden acceder, conforme al contenido de esta norma.

ARTICULO 6° — Los entes obligados por la presente ley brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados, los que se evaluarán previamente de acuerdo a los criterios definidos y preestablecidos en la reglamentación pertinente [...].

ARTICULO 9° — Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2° de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral.

ARTICULO 10. — A los efectos de la presente ley, la discapacidad deberá acreditarse conforme a lo establecido por el artículo 3º de la ley 22.431 y por leyes provinciales análogas:

ARTICULO 11. — Las personas con discapacidad afiliadas a obras sociales accederán a través de las mismas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos, a acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal, programas preventivo-promocionales de carácter comunitario, y todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas [...].

9.- Dicho ello, cabe ahora analizar desde los prismas expuestos la conducta de OSEF respecto a la negativa de reanudar la terapia de oxígeno hiperbárico.

En dicha tarea, además de regir las leyes citadas, se tendrá como norte a los principios que emanan de las normas constitucionales y los instrumentos internacionales que forman parte de nuestro andamiaje jurídico (art. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 14, inc. 1 y 2, 20 y 53 de la Carta Magna Provincial; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25-1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4º y 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Conocido es que el destino del amparo depende de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del accionar -u omisión- de quienes resulten demandados.

De ahí que, corresponde determinar previo cotejo de las pruebas producidas en la causa, si OSEF realizó algún acto ilegal o arbitrario que incline favorablemente la procedencia de la acción.

Como siempre destaco, “[...] **basta una de estas razones, para la viabilidad de la acción (aparte, claro está, de los demás recaudos exigidos por la ley. Puesto que la norma emplea la disyuntiva “o”, no es necesario que la conducta impugnada sea, simultáneamente, ilegal y arbitraria. Es suficiente, entonces, la existencia de uno solo de estos motivos. Tal tesis ha tenido convalidación.**” (SAGÜES Néstor Pedro, *“Acción de Amparo”*, 5º Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 107).

Por ello, **“para la procedencia de la acción de amparo es necesario probar la arbitrariedad que se invoca”** (CSJN, 13/9/68, “Saguier, Eduardo R. c/ Universidad Católica Argentina” LL, 132-293) y **“para que proceda el recurso de amparo contra un acto emanado de autoridad administrativa, es condición indispensable que sea manifiestamente ilegal”**. (CNFed, Sala CivCom, 6/6/62, JA, 1963-II-317).

Ahora, la defensa de la obra social gira sobre tres cuestiones, que ya detallé más arriba; a saber: i) La cámara hiperbárica no está incluida en el PMO como prestación indicada para la necrosis avascular humeral; ii) La terapia no cuenta con el aval científico suficiente que asegure algún beneficio a la salud de la actora, ni surge probada su eficacia objetiva; y iii) Aunque es cierto que la terapia fue aprobada por 30 sesiones, ello habría ocurrido por un error del sistema SIA de la obra social, lo que implicó que nunca interviniera su auditoría médica; de ahí que interpreta que nunca existió voluntad suya de reconocerle derechos a la amparista.

Consideraré cada uno de los argumentos esgrimidos.

i) En cuanto al primer punto, ya tuve oportunidad de reflexionar en otros antecedentes que el Programa Médico Obligatorio representa para los prestadores de salud sólo un piso o mínimo legal, en virtud del cual, bajo ningún punto de vista, cabe restringir irrazonablemente



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

el derecho a la salud cuando el caso concreto reclame una solución diversa, no prevista allí, pero a fin de cuentas justa y necesaria para el paciente.

En otras palabras, que una prestación esté o no incluida en el PMO no resulta determinante ni sella la suerte de las discusiones en materia de salud, pues la casuística bien podrá marcar cuando la afición desmedida a lo reglamentado trae consigo un efecto injusto y contrario a la finalidad de los principios que gobiernan nuestro sistema de derecho.

En efecto, la jurisprudencia actual tiende a relativizar la postura de las prestadoras de salud que se niegan a cumplir con sus obligaciones asistenciales, sujetándose en la circunstancia de que la prestación de que se trate no se encuentra indicada en el PMO o se señala una cobertura cuyo alcance es inferior a la pretendida.

Es decir, la tendencia es propugnar una amplitud signada exclusiva y razonablemente por el caso particular que la jurisdicción tenga en frente (cfr. criterio de Cám. Fed. de Apel. Sala I, La Plata; 27/04/2023; *in re* "C., N. S. vs. Obra Social de la Unión del Personal de la Nación s. Prestaciones médicas").

Sobre el PMO se meditó que: **"Cabe recordar que dicho programa fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar (Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud). Es decir, que el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir"** (CNCiv. Com. Fed. Sala III; 15/07/2022; *in re* "Suardi, Santiago María vs. Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) s. Amparo de salud").

En esa misma línea se apuntaló: **"[...] si bien la demandada ofreció brindar la cobertura de acuerdo al alcance indicado en el Programa Médico Obligatorio, corresponde señalar que una interpretación global de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos, permite razonablemente concluir que dicho plan fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados, tanto respecto de las Obras Sociales como de las empresas de medicina prepaga. No puede desconocerse la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales, el descubrimiento de nuevas patologías, y los concretos padecimientos que puedan indicar una u otra prácticas según el cuadro de cada paciente. En el caso, el apego estricto al mentado programa colisionaría con el derecho a la salud y a gozar de una real y concreta asistencia médica y terapéutica. Esta opinión halla su sustento en la pluralidad de normas de carácter constitucional que resultan prevalentes frente a la resolución ministerial que establece el piso mínimo de prestaciones obligatorias para los agentes de salud, que de ninguna forma puede considerarse taxativo. Resulta pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a los límites establecidos por sus normativas específicas. En efecto, el Alto Tribunal en el caso: "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo" (R.638.XL, fallo del 16/05/06 - Fallos 329:1638) dejó sentado que las especificaciones del P.M.O. deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en cuanto garantiza a la población el**

acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud. De esta forma cabe interpretar la protección del derecho a la salud, por cuanto su rango constitucional resulta superior a toda normativa legal que se le oponga” (Cám. Fed. de Apel. Sala I, La Plata; 14/03/2023; *in re* “L., M. vs. Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) s. Amparo Ley 16986”).

Así, la embestida bajo análisis se desbarata; máxime si se tiene en cuenta que la situación en torno al PMO termina de perder relevancia ante el temperamento de la misma obra social de autorizar, inicialmente, la terapia de oxígeno hiperbárica.

Volveré sobre este tema luego.

ii) Ahora, situaré mi atención en la tesis de que el tratamiento para la patología que padece la Sra. SUAREZ no cuenta con respaldo científico suficiente, ni luce probada su eficacia objetiva por ausencia de resultados benévolos concretos en la amparista.

Para evacuar esta disyuntiva, tengo para mí el informe pericial confeccionado por el Dr. ARTIEDA -fs. 353/356 [id.604542]- y las declaraciones testimoniales de los Dres. BERGESE y BRUNO, quienes revisten como médicos tratantes de la actora y cuyas opiniones médicas agregan comprensión del asunto, en virtud de su sapiencia en el área.

En primer lugar, el Dr. BERGESE refirió que trató a la Sra. SUAREZ, diagnosticándole necrosis avascular ósea de humero derecho a través de diversos estudios y luego de indicarle varios tratamientos de rehabilitación, prácticas que desarrolló en CIKRU, le prescribió treinta (30) sesiones de cámara hiperbárica para aliviar las dolencias en la zona afectada y con el objetivo de evitar que la intervención quirúrgica sea una alternativa de consideración temprana.

Esto se condice con lo relatado en el escrito de demanda.

Veamos más en detalle.

Al ser consultado para que explique en qué consiste la enfermedad de la actora, el galeno señaló que la necrosis avascular ósea: **“[...] es como un infarto del hueso ante ciertas situaciones, en este caso muy probablemente derivado de la radiación que ella sufrió por el tratamiento de su neoplasia de su cáncer. En las arterias que nutren distintos segmentos óseos, se tapan o se obstruyen, y se ve limitado el flujo sanguíneo a ciertos segmentos óseos, y ese segmento muere. [...] Al no haber oxígeno nos llega sangre, no hay oxígeno y el segmento óseo muere y pierde su función vital. Por eso es la necrosis ósea vascular, porque depende de la falta de flujo vascular a la zona.”** (*sic.*).

Luego, cuando fue preguntado qué tipo de tratamiento le indicó a la amparista, ensayó que: **“Hemos hecho varios. [...] la situación de ella es una patología que puede ir desde un calmante hasta un reemplazo protésico de la articulación, o sea que el abanico de posibilidades terapéuticas es amplio. Obviamente se evalúa cada paciente, que empieza por lo menos invasivo, llámese un paracetamol, y se va viendo respuestas y se va intentado distintas terapéuticas viendo la evolución de la patología; si hay buena respuesta, no se avanza, y si uno ve que hay cosas se puede cambiar de tratamiento o modificar o incluir o sacar distintos tratamientos de acuerdo a la necesidad de cada paciente. [...] De entrada hicimos un tratamiento que se llama incruento [...] no hablamos de cirugía de entrada, o sea, yo le expliqué que la opción podía llegar en un momento [...] pero dado el cuadro general de ella, lo ideal no era empezar con eso. [...] Por lo que se hizo tratamiento para el dolor con analgesia, rehabilitación, distintos tipos de kinesiología [...] hizo unas sesiones de cámara hiperbárica y corticoide en algún momento tomó también [...] la mayoría fueron sugeridos por mí, a ver, ella tiene una patología de tratamiento multidisciplinario [...] ella tiene otras patologías**



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

asociadas, no solamente el hombro [...] entonces la idea en una patología compleja, la que tiene la paciente es siempre tratar de no sobrepasar o dañar otras estructuras en el afán de resolver un problema puntual." (sic).

Cuando se le preguntó acerca de la cámara hiperbárica, expresó que: "[...] el tratamiento [...] es alteración en la presión [...] en ella lo intentamos por una cuestión más bien regenerativa porque hay trabajos que aducen de que puede haber una estimulación a la formación vascular o una regeneración de tejidos por mayor oxigenación de la zona. En eso, la idea fue ver si teníamos una respuesta aceptable para el tratamiento del dolor fundamentalmente, [...] si lográbamos que la cámara hiperbárica genere una neovascularización, que es como una formación nueva de vasos, debería haber irrigado más la zona y eso ayudarnos en el tratamiento." (sic).

Interrogado por si la terapia trajo beneficios en la salud de la actora, postuló: "Acá el problema básico es que yo tengo dos tipos de resultado, uno objetivo y uno subjetivo. El subjetivo es el dolor: yo no puedo medir el dolor, nadie puede medirlo. [...] Yo no tengo forma de medirlo, tengo estudios y cosas que me puede mostrar si hay una evolución favorable o no. Cuando uno hace un tratamiento con varios pilares en pos de bajar el dolor, en el caso de la paciente que incluye analgesia y cámara hiperbárica y rehabilitación, tuvo altibajos; venía bien, después vino con una etapa de dolor, luego una reagudización del dolor, después un poco mejor; eso es la parte subjetiva con respecto a la otra [...] la objetiva son los controles con estudios, ver qué avance hay, si disminuye la necrosis ósea, si aumenta. [...] El dolor reagudizó, tuvo altos y bajos, yo no puedo tener un parámetro real de cuál de las terapéuticas fue realmente la que resolvió o disminuyó el tema del dolor. Si que entre ellas estaba la cámara hiperbárica, la rehabilitación, analgesia, o sea que en conjunto podrían haber actuado en el objetivo que es disminuir el dolor" (sic).

Finalmente, cuando se le preguntó si aconsejaba continuar con el tratamiento, respondió: "Hizo como 20 o 30 sesiones de cámara hiperbárica y no hubo un cambio realmente super significativo desde el punto de vista de la evolución que yo venía viendo 'sin y con'. Estructuralmente no me cambió, al contrario, la evolución de su patología a nivel estructural está de a poco, pero está yendo hacia una evolución regular. O sea, está pasando lo que es muy probable que hubiera pasado, que se habló de entrada, de que colapse. En la evolución normal de la patología, ninguna de las terapéuticas que yo le di frenó esa evolución que era esperable [...] La cámara hiperbárica puede ser muy bueno, puede no hacer nada. No está demostrado patológicamente a nivel articular que genere algo malo, sí puede generar problemas en otras estructuras, que para eso se encargan los médicos que están a cargo de eso. Yo si considero que podría haber un resultado favorable en una patología, lo indico." (sic).

Hasta aquí tenemos que, en un determinado momento del seguimiento médico, el traumatólogo tratante le recomendó a la Sra. SUAREZ que tome sesiones en la cámara hiperbárica considerando los posibles beneficios que ello irrogaría en su salud, y siempre con miras hacia una eventual -y potencial- cirugía en el hombro derecho, opción que según su

mirada profesional tiende a considerar para el caso concreto una *ultima ratio*, debido a las secuelas complejas que podría dejar a la paciente con su delicado cuadro de salud.

No es menor el dato de que el Dr. BERGESE declaró en audiencia que volvió a evaluar a la Sra. SUAREZ tiempo después de que las sesiones de cámara hiperbárica finalizaron, oportunidad en la que ésta le refirió que sintió mejoría, pero cuando la atendió este año denunció que los dolores volvieron. Esta versión coincide con lo dicho en la demanda, respecto a que los dolores se presentaron nuevamente después de la negativa de la obra social a reiniciar el tratamiento, en mayo de 2023.

Por su parte, el Dr. ARTIEDA -fs. 353/356-, luego de examinar a la Sra. SUAREZ, sus historias clínicas y la documental complementaria que tuvo delante, sostiene que no cabe desaconsejar la terapia para tratar la necrosis aquí analizada; aunque sí apunta de que no existen razones fundadas para otorgar más de sesenta (60) sesiones.

Textualmente dijo en sus conclusiones: **“1. No existen evidencias científicas objetivas para considerar al TOHB tratamiento específico de la dolencia de la Sra. Gabriela Elizabeth SUÁREZ, aunque tampoco se trata de una terapéutica contraindicada categóricamente. 2. Para la Necrosis de la cabeza femoral (entre las indicaciones que disponen de respaldo científico resulta la más aproximada a la que padece), la cantidad de sesiones de TOHB autorizada es la adecuada, aunque la presión suministrada (1,45 atm) es significativamente inferior a la recomendada (2,4 - 2,5 atm) 3. La TOHB recibida no tuvo correlato evolutivo en los estudios por imágenes (RMN) 4. El impacto sobre la calidad de vida requiere mejorar el registro pre y post tratamiento de las limitaciones para sus actividades cotidianas, nivel de dependencia de ayuda externa, y requerimiento de medicación, tanto sintomática (especialmente analgésica) como para conciliar y/o mantener el sueño. 5. En caso que se disponga reanudar TOHB, recomiendo atender lo señalado en el punto 2 respecto a las dosis, y observar los registros sugeridos en el punto 4. No se dispone de justificación alguna que admita exceder las 60 sesiones [...]”** -el subrayado me pertenece-.

Desde otro costado, los pasajes de la pericia que explican que: **“Ninguna fuente bibliográfica con el mínimo respaldo editorial exigible, incluye taxativamente a la necrosis humeral avascular entre las indicaciones de TOHB, que por otro lado no es un procedimiento exento de riesgos. La atención puesta en él no debería desplazar a otras alternativas disponibles de tratamiento y sostén, ya sea farmacológico, fisiátrico, kinesiológico, terapia ocupacional, etc. [...] Su uso como tratamiento crónico resultaría cuasi experimental, y por lo tanto sujeto a estándares bioéticos diferentes a la atención médica individual. Por lo pronto, se requerirían procedimientos complejos para control de múltiples variables, registro objetivo y planificado de las mismas, con un diseño riguroso desde lo metodológico.”**, no entorpecen el análisis de la cuestión, pues aquí la actora no reclama la cámara hiperbárica como terapéutica única y aislada; en efecto, quedó demostrado que sostiene un tratamiento integrado compuesto de traumatología, neurocirugía y rehabilitación -fs. 19-, conjunto en el que la terapia de oxígeno hiperbárico apareció -por recomendación del Dr. BERGESE- como un eslabón más dentro de todo un andamiaje médico destinado a paliar su dolencia.

Acerca de los resultados que tuvo la cámara hiperbárica en la salud de la actora, la obra social sostiene que, en rigor, no existió una evolución real y objetiva desde la asunción de dicha terapia. Desde una mirada estrictamente empírica u objetiva, eso opinan el Dr. BERGESE y el perito médico oficial, pues dicen que luego de estudiar el hombro derecho no detectaron u observaron cambios favorables en la complejión de la zona comprometida.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

No obstante, entiendo que sostener un criterio exclusivamente empirista para negar posibles resultados favorables no debe enfrascar el debate y cerrarlo tempestivamente, so riesgo de soslayar la voz del verdadero afectado: la paciente.

Aquí corresponde recordar que quien está comprometida en su salud no deja de ser una persona, circunstancia que bien tienen presente aquellos que ejercen el arte de la medicina, pues las opiniones de los pacientes no son tenidas por menos a la hora de tomar decisiones concretas, además de estudios científicos.

Cabe interrogarse, con honestidad, ¿Quién mejor que el paciente para describir y comunicar las distintas sensaciones relacionadas con su estado de salud? Manifestaciones que no pueden ser equiparadas con un mero capricho. Evidentemente la Sra. SUAREZ padece un complejo estado de salud, por lo que no cabe interpretar que psicomatiza sobre su dolencia. Para advertir ello, alcanza con leer el resumen de su historia clínica, no controvertida por los accionados.

A su turno, el Dr. BRUNO sostuvo en audiencia que la terapia tiene importantes beneficios en la disminución del dolor para el paciente que se someta a su práctica, y en sus informes [id.588097] dijo que verificó en la Sra. SUAREZ ciertos efectos secundarios positivos, como aumento en su rendimiento de fuerza, resistencia muscular, mejora en su descanso y situación anímica.

Agregó también -en audiencia- que ello viene a coadyuvar al bienestar general de la persona.

Lo explicó así: **“Si debo ser científicamente honesto y sincero, es muy difícil lograr una imagen que pueda evidenciar, tras tres meses o cuatro meses, una mejora muy apreciable, por los métodos y la tecnología que tenemos actual de diagnóstico; yo tendría que tomar tejido de ella para mostrarlo en el microscopio. Pero lo que tenemos como gran respaldo es la gran mejoría clínica que ella dice, y tenemos un principio en medicina que decimos que 'la clínica es soberana': si el paciente se siente mejor y si no avanzó la enfermedad, el tratamiento está surtiendo un efecto evidenciable y recomendable para continuarlo en la paciente.”** (sic).

Esto comulga con las manifestaciones vertidas por la propia actora en su escrito de demanda y en sus reclamos en sede administrativa.

También armoniza con la idea que el Dr. ARTIEDA volcó en su dictamen, quien no desterró los beneficios que dice haber experimentado la actora: **“Calidad de vida implica una variedad de elementos que resultan algo más refractarios a su valoración objetivo y/o ser mensurados cuali o cuantitativamente. El Consenso Europeo sobre Medicina Hiperbárica se pronuncia reconociendo que -aun cuando la comunidad de la medicina hiperbárica ha hecho un esfuerzo considerable para lograr estudios clínicos de alta calidad-, muchas preguntas siguen sin evidencia suficiente para dar una respuesta definitiva, y que sólo un pequeño número de patologías en las que se utiliza TOHB convencionalmente está respaldado por el nivel más alto de evidencia. Advierte que las decisiones clínicas generalmente se basan en algún nivel de evidencia que es inferior a la prueba absoluta, y que no haya evidencia de un beneficio no significa evidencia de ningún beneficio. Según el ECHM, existen algunas situaciones clínicas en las que es**

extremadamente difícil o incluso imposible, realizar ensayos controlados de alta calidad. Esto ocurre cuando la enfermedad o condición clínica tiene tal multiplicidad de variables (como sería en este caso), que resulta imposible diseñar un estudio lo suficientemente potente para evaluar un solo procedimiento” -fs. 355-; referencias que encuentran similitud con lo explicado por el Dr. BERGESE en su testimonial al referir a los 'resultados subjetivos' que el paciente pudiera experimentar.

Conforme esta consideración médica, también extraemos que, en realidad, la ausencia de resultados benévolos objetivos no obedece, en absoluto, en la ineficacia de la terapia de oxígeno hiperbárica, pues el perito médico fundamenta la posibilidad concreta de que esto suceda debido a la delicada situación clínica de la Sra. SUAREZ. Ocurre que, como vimos, padece múltiples enfermedades graves, situaciones que no fueron negadas por las accionadas.

Por lo demás, los testigos que depusieron -ambos de profesión médicos- no deslizaron ninguna opinión de la que pueda colegirse con razonabilidad que los resultados observados -empeoramiento con colapso leve- tuvieron como directa incidencia a la cámara hiperbárica. Ni siquiera consideraron dicha posibilidad a fin de desaconsejar la continuidad del tratamiento; razón por la que tampoco podemos aventurarnos a decir que ello tuvo por causa fuente a la terapia de oxígeno hiperbárica.

A modo de colofón, tampoco pasan desapercibidas las manifestaciones del Dr. BRUNO en torno a que recomienda la terapia no sólo por una cuestión de bienestar de salud general -en definitiva, así lo expresa la actora-, sino que sostiene que, en su saber, los beneficios de la cámara hiperbárica permitirán que la actora llegue a la inminente intervención quirúrgica sobre su hombro, con un estado de salud acorde y más preparado para afrontar ese riesgoso episodio, diferente a si termina por no someterse al tratamiento.

Esta aseveración no fue puesta en crisis por ninguna de las demandadas, sumado a ello que dos (2) de los tres (3) testigos ofrecidos por OSEF tampoco concurrieron a la audiencia testimonial.

Aquí me permito realizar la siguiente reflexión respecto a la ausencia de los testigos propuestos por la obra social -ambos médicos dependientes de ésta- quienes conforme a fs. 263 no vinieron a declarar porque el Dr. THOMPSON “[...] **se encontraba fuera de la provincia [...]**” y la Dra. MONSALVO se ausentó “[...] **por cuestiones personales programadas con anterioridad [...]**”.

Respecto al Dr. THOMPSON, cabe reprochar el ofrecimiento de un testigo cuya presencia no sería posible, información que la accionada debía saber con antelación; máxime ante un caso delicado como el que nos toca.

Ahora, en cuanto a la incomparencia de la Dra. MONSALVO, a mí entender la situación se agrava.

Ello porque no sólo fue quien comunico al Dr. ARAUJO -del servicio jurídico de OSEF- que tanto el Dr. THOMPSON y ella no iban a concurrir -haciendo la salvedad en su nota que el Dr. THOMPSON estaría disponible vía telefónica por “[...] **tratarse de una carga pública [...]**” ver fs. 263- sino que como coordinadora médica de la Obra Social fue quien elevó el informe agregado a fs. 41/42, siendo sus conclusiones el núcleo de los argumentos en los que pivoteo la Obra Social para sostener su postura negativa a cumplir con la prestación.

iii) Finalmente, si bien lo expuesto alcanza para sellar la suerte favorable de la acción, entiendo que existe otra circunstancia a considerar; la obra social ya autorizó la práctica en el pasado, aunque alega que las sesiones fueron aprobadas por un error de su sistema.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

Pienso que admitir este lacónico motivo podría poner en crisis la vigencia del principio de progresividad y su correlativa prohibición de no regresividad, consagrado en el art. 26 de la CADH, con aplicación específica en materia de salud.

Sobre este punto recordemos que: **“en materia de derecho a la salud, es esencial asegurar su realización de modo *progresivo*, lo que no puede ser traducido como letargo o pasividad estatales indefinidos. En esa línea, es vital tener en cuenta que, sin perjuicio de que los avances deban ser *progresivos*, ellos cuentan a su favor con la *prohibición de regresividad*. En otras palabras, la tendencia protectoria debe dirigirse hacia su mejoramiento paulatino, logros que, a medida que se produzcan, no pueden retrogradar o involucionar injustificadamente. El derecho a la salud origina para el Estado *obligaciones de carácter positivo*, y no meras obligaciones de abstención (Conf. Courtis, “*La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derecho humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos ...*”). De hecho, las medidas de acción positiva que la Constitución le encomienda, en el marco del nuevo paradigma del principio de igualdad, son una buena muestra del nivel obligacional, jurídico y axiológico que aquél tiene en este sensible ámbito, para abastecer el postulado preambular de “promover el bienestar general” y también las demandantes consignas que obran en el art. 75, inc. 19, en punto a proveer lo conducente al “desarrollo humano” y al “progreso económico con justicia social”. (BAZÁN, VÍCTOR, “*Derecho a la salud y justicia constitucional*”, Ed. Astrea, Bs. As. 2013, pág. 206/207).**

En otras palabras, el mentado principio y su correlativa prohibición implican que no debe permitirse retrocesos o marchas hacia atrás injustificadas de los niveles de cumplimiento ya alcanzados, con la finalidad máxima de asegurar la protección y garantías de los derechos humanos.

Es decir, la no regresividad viene a ser un complemento del principio de progresividad, consagrando la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada. De esta forma, entiendo, sería una afectación de este principio la expedición de alguna medida tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al sujeto de derecho.

Así, es claro que la excusa de un error en el sistema de gestión de la obra social se trata de un argumento ligero e insuficiente para interrumpir un tratamiento otrora autorizado; generando en la Sra. SUAREZ un grado de expectativa legítimo sobre su continuidad futura.

Ante este escenario, hago eco de la doctrina de los actos propios, en virtud de la cual nadie puede alegar su propia torpeza ni pretender justificar sus posteriores cambios de temperamentos basados en sus errores o desatenciones -dicho de otro modo, quien pretende la modificación de un hecho o acto, no debe haber ayudado o favorecido con la formación de este-.

Esto se extrema si consideramos la materia que nos ocupa y la gravedad del estado clínico de la actora, marco en el que se alza razonable que la paciente comprometida en su salud no deba cargar con las consecuencias de equivocaciones burocráticas o administrativas de los prestadores de salud. Ello es inadmisibile.

Ahora bien, la obra social dice que retrotraer su decisión en cuanto a la terapia es válido, pues esa es la doctrina que se desprendería del fallo de Cámara en el caso 'Huici'. No lleva razón.

Basta con estudiar que, en aquel antecedente, la *ratio decidendi* no fue consagrar un criterio en favor del cambio de temperamento de las obras sociales en sus decisiones, sino que el énfasis estuvo dado en la falta de valoración de la totalidad del plexo probatorio. Claramente, no puede predicarse a partir de dicho fallo una regla genérica, en conveniencia de los aquí demandados.

Aparte de eso, observo que las explicaciones de la obra social no se ajustan a los estándares internacionales fijados para, en casos excepcionales, flexibilizar la efectividad del principio de progresividad (Cfr. Corte IDH en caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, sentencia del 23 de agosto de 2018).

A modo de conclusión, reitero que la demandada no puede eludir sus obligaciones alegando limitaciones de este tipo para no cumplir con las prestaciones de sus afiliados y beneficiarios. El ejercicio de un derecho como es el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna; a todo evento, es la restricción de dicho derecho lo que debe ser justificado, lo que a mí ver no luce acreditado por la obra social.

Desde el punto de vista de la Sra. SUAREZ, concluyo que su pretensión resulta aprehendida por el derecho a la salud, en tanto involucra de manera directa su bienestar general y mitigar los riesgos que la futura cirugía tendrá *per se* sobre su cuerpo. Esto me persuade de que la situación se proyecta de forma relevante sobre la afectación tangible de su vida; lo que se traduce en que sus intereses están tutelados, razonablemente, por las normas constitucionales y convencionales que resguardan el derecho a la salud, sin que se levanten hesitaciones sobre el punto.

En cuanto a la obra social, vale recordar que su función específica y obligación primordial consiste, precisamente, en la prestación médica óptima e integral. En su obrar, tiene que vislumbrarse una proyección de los principios que reinan en el derecho de la salud. Estos principios obligan a apreciar el conflicto originado por su funcionamiento con un criterio más exhaustivo.

Aceptar ligeramente el error de la obra social, en contra de los derechos de la Sra. SUAREZ, deviene en una solución carente de toda razón y justicia; se encontraría en pugna con los principios axiológicos en juego, vinculados a su salud y vida.

10.- De conformidad con la prueba documental, informativa, pericial y testimonial, puede concluirse que OSEF asumió una actitud arbitraria en denegar la continuidad del tratamiento de cámara hiperbárica.

Atenta directamente contra derechos fundamentales de la Sra. SUAREZ, como lo es el derecho a la salud, amparado por nuestra Carta Magna y demás Tratados Internacionales que se aplican en el territorio argentino de conformidad con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, lo que sella la suerte del presente.

La Constitución Provincial ya en el preámbulo enaltece la dignidad humana protegiendo los derechos individuales y sociales, asegurando el acceso a los medios para la preservación de la salud a todos los habitantes y más precisamente el artículo 13 dispone que **“todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que reconocen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales ratificados por la República y esta Constitución, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, y están sujetas a deberes y restricciones que los mismos imponen”** y a su turno el art. 14



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

reconoce expresamente el derecho a la salud de todas las personas que habiten la provincia **“todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1 – A la vida desde la concepción. 2 – a la salud, a la integridad psicofísica y moral [...]”** -el subrayado no pertenece al original-.

Por otra parte, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud destaca que **“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”**.

Y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de jerarquía Constitucional, en su art. 12.1 establece: **“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”**, y es por ello que corresponde resaltar que **“[...] la observación general 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales...dijo que el Derecho a la Salud no debe entenderse como un derecho a estar sano...”, sino que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes y servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud**”. (Gauna (h), Juan Octavio. Responsabilidad del Estado. Director Pedro Aberastury. Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrott. Pág 252/253).

Por todos los argumentos expuestos, entiendo justo condenar a OSEF a reanudar en favor de la Sra. SUAREZ la terapia de oxígeno hiperbárico, por la cantidad de sesiones, en el lugar y con las precisiones médicas que establezca el galeno tratante, decisión cuyo cumplimiento deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días de notificada la presente.

Ello, sin perjuicio de que el dictamen pericial indica un máximo de sesenta (60) sesiones, pues juzgo que no es razonable limitar el criterio del médico tratante quien, en suma, es el profesional que acompaña de cerca a la paciente.

11.- Sin perjuicio del resultado al que arribé en las consideraciones que anteceden, me permito reflexionar aquí, una vez más y con un elevado desconcierto, la postura que mantiene la obra social provincial para con sus afiliados.

Esta situación no es la primera, sino una de las tantas a lo largo de estos años en que ejerzo la función de juez, tornándose mis meditaciones en una amarga habitualidad en cada uno de mis pronunciamientos.

Vuelvo a observar otra actitud malograda de OSEF, que no encuentra correspondencia legal ni justa al estado de vulnerabilidad de su afiliada.

No puedo dejar de traer a la memoria lo que en reiteradas oportunidades dije.

Suele perderse de vista que detrás de cada resolución que regula las prestaciones médicas brindadas por las obras sociales, existen personas que esperan con ansia y desesperación una respuesta que les ayude a superar situaciones no deseadas.

Más cuando se trata de dolencias que afectan gravemente a la salud.

Por ello, vuelvo a citar las palabras del Dr. René FAVALORO, quien al ser entrevistado dijo: **“[...] ¿La salud de una persona comprende solo el bienestar físico? En otras palabras, además de los posibles daños en los órganos y los tejidos causados por cualquier enfermedad o accidente, ¿hay algo menos evidente en términos físico-**

biológicos que pueda afectar la salud del paciente y a lo que la medicina actual no adjudica el valor que le corresponde? —No hay nada que pueda reemplazar a la vieja medicina clínica de “sentir” al paciente, palparlo, tocarlo, escucharlo. El problema, el “síntoma” de la medicina moderna es, tal vez, un olvido. El paciente es una persona y como tal tiene tres dimensiones de existencia: una comprende su fisiología, anatomía y estructura; otra, sus sentimientos, emociones, afectos y pensamientos —todo lo que hace a la psiquis en forma general— y la tercera representa sus relaciones con los otros seres humanos y su posición dentro de la red social. El paciente es la fusión indisoluble de estas tres dimensiones. Es antinatural pretender separar la mente —si se quiere, el alma— del cuerpo del paciente. Como todo está íntimamente relacionado, una palabra, un acto, un gesto son capaces de cambiar, en cierto modo, nuestra fisiología. Una frase o un abrazo pueden herir o reconfortar nuestra salud. Allí, frente a nosotros, está sentado el paciente y ¿quién es él?: un ser humano, por supuesto, un “universo” de miedos, afectos, dudas y proyectos. No es una estadística más ni un muñeco para reparar, sino una persona. Juntos, el médico y el paciente decidirán el tratamiento a seguir. ¿Cómo es eso? El médico debe combinar el criterio científico de excelencia y la capacidad de escuchar “las razones del corazón” del paciente para elegir la terapéutica más adecuada. Si se trata de una persona con problemas coronarios verá qué es lo más conveniente: seguir con el tratamiento médico, realizar una angioplastia o hacer la operación. Pero en la determinación final jamás pueden intervenir preferencias personales ni influencias económicas, tan solo la indicación responsable de base científica. Insisto, tratamos a personas, de allí la importancia de la conversación, del interrogatorio que es el instrumento que le permite al médico reconocer el problema físico y, sobre todo, escuchar el alma del paciente. Lo valioso es mantener en el tratamiento un equilibrio de estas tres dimensiones de la persona; al mismo tiempo, eso es lo más difícil de enseñar. La tecnología constituye una ayuda invaluable, pero también encandila. No hay que confundir adelanto tecnológico con automatismo. Los pacientes no llegan a nosotros para cambiar “repuestos”; ellos merecen respeto, comprensión y solidaridad. El camino consiste en formar a los médicos jóvenes con un “criterio integral”. —ver http://www.educ.ar/recursos/ver?rec_id=108644 accedido el 15 de diciembre de 2016 a las 21:30 hs-.

En esta línea de pensamiento el gran médico argentino en un congreso de bioingeniería llevado adelante en el año 1999 también nos dejó como enseñanza que: **“En cada acto médico debe estar presente el respeto por el paciente y los conceptos éticos y morales; entonces la ciencia y la conciencia estarán siempre del mismo lado, del lado de la humanidad”**. —ver https://www.fundacionfavaloro.org/museo_pensamientos.html -accedido 15 de diciembre de 2016 a las 22:00 hs.-.

Criterio que la demandada pareciera adherir, al indicar en su página de internet que **“OSEF es la Obra Social del Estado Fuegoño desde 2017. Nuestra misión es darte la mejor cobertura de salud, teniendo como valores fundamentales los conceptos de solidaridad y equidad. Porque creemos que una obra social en serio te cuida durante toda tu vida.”** (<https://www.osef.gob.ar/#/> -accedido el 14 de agosto de 2023 a las 10:00 horas-).

No obstante, su accionar en este proceso entra en una clara contradicción con su lema, porque toda controversia parece reducirse a factores meramente económicos y burocráticos, a causa de los cuales OSEF desconoce y deja a la buena de Dios a su afiliada.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

En suma, el alcance del marco prestacional que brinda la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego para cubrir las dolencias del universo de afiliados que nuclea, debe ser acorde a sus necesidades, independientemente de las variables económicas que se encuentren en pugna, ya que éstos no tienen la posibilidad de elegir libremente por otra obra social que cuente con distintos planes de cobertura médica, debido a que resultan ser cautivos de un sistema prestacional impuesto.

11.- Respecto a la postura del Gobierno de la Provincia, que se reduce a la falta de legitimación pasiva, diré lo siguiente.

Entiendo ajustado reproducir las reflexiones que hice -como juez de feria- en otro antecedente de salud delicado, sobre este mismo tema de la legitimación pasiva (ver "GASPARINI LAURA ESTEFANIA C/ OSEF Y PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/ AMPARO" -Expte. N° 26448- del registro del Juzgado Civil y Comercial N° 1).

Ello, sin relevancia de que la sentencia aludida fue declarada nula por la Cámara de Apelaciones de este distrito, pues la Alzada no ingresó en el análisis de la falta legitimación pasiva del gobierno provincial.

Sucede que los motivos de la nulidad obedecieron a otros aspectos sustanciales y procesales que en nada se vinculan con la discusión ahora propuesta.

Allí sostuve que: "[...] Señala el Gobierno Provincial que carece de legitimación por cuanto entiende que, conforme a la Ley N° 1.071, el ente público descentralizado autárquico OSEF resulta ser quien se encuentra a cargo del sistema de la salud pública provincial. Además, indica que en la controversia de autos su mandante no ha tomado intervención alguna a través de sus organismos, ni le competiría hacerlo. A poco de andar en el estudio de la excepción opuesta, considero que no le asiste razón a la co-demandada, debido al plexo normativo aplicable al caso. Veamos. Cuando nuestra Constitución Provincial en su art. 53 establece la obligación del Estado Provincial de garantizar la salud pública, ello no se limita a la creación de un ente público encargado de administrar, sino también debe coordinar la política de salud con el Gobierno Federal, otros gobiernos provinciales e incluso los municipios. Implica, además, que es el garante de la salud de los habitantes de nuestra Provincia, en la medida de los recursos disponibles. En esta línea se ha dicho que "[...] Por lo tanto, “-el reconocimiento del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, es una responsabilidad de las distintas agencias gubernamentales que dimana, por de pronto, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [-] con rango constitucional a partir del art. 75, inc. 22, de la ley fundamental” [...]” (“Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur” Comentada, Anotada y Concordada, Dr. Ernesto Adrián LÖFFLER, Director, Ediciones de la Lengua, Ushuaia, 2021, Tomo I p. 331, el subrayado pertenece al original). [...] debe también recordarse que el art. 20 de nuestra Constitución provincial señala “El Estado Provincial protege integralmente a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social y laboral. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad

tome conciencia y adopte actitudes solidarias. Las construcciones públicas preverán el desplazamiento normal de los discapacitados. El Estado Provincial promueve a las personas excepcionales y facilita su educación especial.”. Así “[...] nuestro STJ local expuso: “Es correcta la enumeración de los Tratados y mandatos constitucionales sobre discapacidad realizada en las instancias precedentes. Las disposiciones de los tratados con prevalencia constitucional, como así también las normas de las cartas magnas nacional y provincial, imperantes bajo el resguardo de los principios generales del derecho y los valores que de ellos dimanar, deben corresponderse con las reglas normativas mediante las que se estructura el debido marco sistémico, y a ello debe sujetarse el Estado al momento de establecer el acceso efectivo a derechos de claro orden tuitivo” (STJ TDF “Tobar Riquelme, Fabiola Carolina c/ Provincia de Tierra del Fuego (Secretaría de Coord. Políticas para las Personas con Discapacidad s/ Amparo” expte n° 2546/18 STJ-SR) [...]” (“Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur” Comentada, Anotada y Concordada, Dr. Ernesto Adrián LÖFFLER, Director, Ediciones de la Lengua, Ushuaia, 2021, Tomo I p. 161). Así, entiendo que se encuentra legitimado pasivamente para ser demandado, ya que, en definitiva, la amparista le endilga la omisión de su accionar.”.

En cuanto a los antecedentes del Superior Tribunal de Justicia que cita con la finalidad de sustentar su idea, primero debo señalar que dichos fallos trataron cuestiones disímiles respecto a la materia. En segundo lugar, los temas allí decididos escapan del supuesto normado por el art. 37 de la Ley N° 110.

Es ilustrativo remitir a lo explicado por la Cámara de Apelaciones de este distrito: “[...] corresponde, primeramente, aclarar el alcance que cabe asignar al artículo 37 de la Ley provincial N° 110. Dicho precepto establece que 'Los pronunciamientos del Superior Tribunal en cuanto determinen la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la Ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces'. La exégesis que debe darse a la norma precitada ha sido explicada hace tiempo y con verdadera suficiencia por el Máximo Tribunal local, que ha sentado como regla que sus pronunciamientos 'sólo constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Jueces y Tribunales en cuanto determinan la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y legales' (STJ, “Cherañuk, Nancy Magdalena c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, Expte. N° 385/00 STJ-SR, sentencia del 10/10/2001). Así, el texto legal aludido prescribe que los pronunciamientos dictados por el Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de una ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces (STJ, “Raña, Luis Angel y otro c/ Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso”, Expte. N° 477/01 STJ-SR, sentencia del 25/04/2002). La razón de ser del mentado precepto es la unificación y certidumbre en la interpretación de cláusulas constitucionales o legales en manos del Superior Tribunal de Justicia, que en el régimen jurídico local resulta ser el último interprete de la ley y la Constitución, previsto por la Constitución Provincial dentro de la estructura del Poder Judicial de la Provincia (STJ, “Consejo de la Magistratura s/ Elección de dos miembros titulares y dos suplentes”, Expte. N° 3270/03, sentencia del 15/04/2004). En esa línea, se ha establecido que la regulación en trato busca brindar 'seguridad jurídica en un marco de economía procesal, evitando desigualdades en la aplicación normativa ante casos análogos y el desgaste jurisdiccional inútil que significaría obligar a las partes a transitar todas las instancias judiciales para hacer prevalecer el criterio ya expuesto



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

por el máximo Tribunal local' (STJ, "Municipalidad de Ushuaia c/ Santacruz, Luis Angel s/ Sumarísimo", Expte N° 727/04 STJ-SR, sentencia del 1/09/2004). Con lo expuesto hasta aquí, no quedan dudas de que los tribunales de la Provincia no se encuentran obligados a regirse por los mismos criterios del Superior Tribunal de Justicia cuando se examina una cuestión que 'cruza la frontera de lo jurídico' (STJ, "Cherañuk, Nancy Magdalena c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo", Expte. N° 385/00 STJSR, sentencia del 10/10/2001). Ello, puesto que el artículo 37 de la Ley Orgánica no puede ser leído en el sentido de resultar la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia obligatoria para los tribunales inferiores cuando se trata de cuestiones que exceden de la interpretación y aplicación de normas constitucionales y de leyes" (Cám. Apel. Sala Civ. DJS, *in re* "Queno, Claudio Eduardo s/acción meramente declarativa de certeza").

Así, véase que el planteo de la falta de legitimación pasiva descansa no en una interpretación legal, sino más bien porque no intervino en los reclamos previos de la Sra. SUAREZ, lo cual implicaría, a su modo de ver, que no puede ser su accionar ilegítimo o arbitrario al no ser intimada previamente a cumplir con la prestación médica que aquí se busca.

Si bien el argumento tiene asidero en el relato de los hechos, pues no hay constancias en autos de que la Sra. SUAREZ intimó al Poder ejecutivo provincial, la esencia de la postura cae ahora por tierra pues desde la notificación de la demanda, la situación médica de la amparista ya se encuentra en la esfera de conocimiento de la repartición pública; luego, su posición de renuencia al contestar demanda, entiendo, la coloca en ilegalidad por ser el garante principal del sistema de salud público provincial, conforme ya argumenté *supra*.

Por todos los motivos expuestos, el Poder Ejecutivo provincial deberá responder a la pretensión de la Sra. SUAREZ, en modo subsidiario y en la medida que OSEF no cumpla con la condena aquí impuesta.

12.- Finalizo la presente con una enseñanza que se encuentra en uno de los libros más antiguos de la humanidad también imparte sabiduría al enseñar que: **"Todo tiene su momento, y cada cosa su tiempo bajo el cielo: [...] y su tiempo el sanar [...]"** (Ecl. 3: 1-3).

A lo largo de este caso pude observar que, quizá, jamás llegue para la Sra. SUAREZ el tiempo de la cura definitiva para su enfermedad, más eso no significa, en lo absoluto, que no se garantice mejorar su calidad de vida con el dictado de esta sentencia.

En conclusión, de todo cuanto se ponderó, siendo la vía de amparo la correcta para salvaguardar el derecho a la salud de la Sra. SUAREZ, tal como adelantara la acción será admitida y en consecuencia se condenará a OSEF y al Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego -de manera subsidiaria- para que dentro de los cinco (5) días de notificada la presente resolución reanuden en favor de la amparista la terapia de oxígeno hiperbárico, por la cantidad de sesiones, en el lugar y con las precisiones médicas que establezca el galeno tratante.

Finalmente, traigo a la memoria la doctrina sentada por la Corte Suprema federal respecto a que: “[...] **Incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con una tutela constitucional. [...]**” (Fallos 336:2333).

En igual razonamiento se afirmó: “[...] **donde hay un derecho siempre hay un remedio legal para hacerlo valer, aunque sea desconocido, como el principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los ciudadanos por el solo hecho de estar en la Constitución Nacional e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculos para la vigencia efectiva de dicha garantía.**” (Fallos: 239:459, 241:291, 315:1492).

13.- Cuando se analiza la imposición de las costas, debe pesarse prudentemente en cada caso concreto cuál ha sido la actitud previa en que incurrió la demandada, como también el temperamento adoptado una vez notificada del inicio de las presentes actuaciones.

Ponderado ello, junto a las constancias obrantes en autos, entiendo que no se dan las condiciones para exceptuar la regla establecida en el art. 20 de la Ley provincial N° 1496.

Así, se imponen las costas del presente a las demandadas.

14.- Respecto a los honorarios profesionales, estaré a lo dispuesto en el art. 83 de la Ley N° 1.384, que en su parte pertinente reza “[...] **Si el amparo tiene una pretensión no cuantificable pecuniariamente, se debe regular honorarios entre veinte (20) y treinta (30) IUS, a la parte victoriosa y entre diez (10) a quince (15) IUS, a la parte perdidosa [...]**”.

Corresponde aclarar que, además, a la fecha del dictado de la presente el valor del IUS asciende a la suma de (\$ 17.809) -conforme <https://www.justierradelfuego.gov.ar/ley-1384-3-2/> consultada el 28/09/2023 a las 23:57 horas-.

Es por ello que se regula a la Defensora Pública Dra. María E. DÍAZ la cantidad de veinte (20) IUS, equivalente a \$ 356.180.

A su turno, los honorarios de los profesionales que intervinieron representando a la demandada OSEF, Dres. Pedro Rodolfo SOSA UNZAGA, Ramiro ARAUJO, Pablo Nicolás VILLANEDA y Noelia Rocío Violeta BUJHAMER, serán fijados -en forma conjunta- en la cantidad de diez (10) IUS, equivalentes a \$ 178.090.

Igual cantidad de IUS (10) equivalente a la suma de \$ 178.090 corresponderá para los letrados que actuaron en representación de la demandada Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, Dres. Pablo GUTIERREZ SILVA y Fabiana Marcela NÚÑEZ.

15.- Los honorarios profesionales deberán ser abonados dentro de los diez (10) días que quede consentida o ejecutoriada la presente.

Vencido dicho plazo se deberá abonar la suma resultante al valor del IUS al momento del pago, o bien se le deberán adicionar los intereses devengados desde la fecha de cuantificación del valor IUS y hasta su efectivo pago conforme la tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos desde 180 días (artículo 34 Ley 1384).-



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

"1983/2023 - 40 años de Democracia"

Por todo ello, **FALLO:**

1.- HACIENDO LUGAR a la acción de amparo articulada por la Sra. Gabriela E. SUAREZ y, en su mérito, **CONDENANDO**, a la Obra Social del Estado Fueguino -O.S.E.F.- y al Poder Ejecutivo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, para que dentro de los cinco (5) días de notificadas reanuden en favor de la Sra. Gabriela Elizabeth SUAREZ la terapia de oxígeno hiperbárico por la cantidad de sesiones, en el lugar y con las prescripciones médicas que establezca el galeno tratante. (art. 14 de la Ley provincial N° 1496).

2.- IMPONIENDO, las costas del proceso a los demandados (art. 20 de la Ley provincial N° 1496).

3.- REGULANDO, los honorarios profesionales de la Defensora Pública Dra. María E. DÍAZ, la cantidad de veinte (20) IUS, equivalente a \$ 356.180. (art. 83 Ley N° 1.384).-

4.- REGULANDO, los honorarios profesionales de los Dres. Pedro Rodolfo SOSA UNZAGA, Ramiro ARAUJO, Pablo Nicolás VILLANEDA y Noelia Rocío Violeta BUJHAMER -en forma conjunta- en la cantidad de diez (10) IUS, equivalentes a \$ 178.090 (art. 83 Ley N° 1.384).

5.- REGULANDO, los honorarios profesionales del Dr. Pablo GUTIERREZ SILVA y la Dra. Fabiana M. NUÑEZ, en la cantidad de diez (10) IUS, equivalentes a \$ 178.090 (art. 83 Ley N° 1.384).

6.- ESTABLECIENDO, que los honorarios deben pagarse dentro de los diez (10) días de que la presente sentencia quede firme, y para el caso que se incumpla, se deberá proceder conforme lo expuesto en el considerando 15.

REGISTRESE.

NOTIFIQUESE A LA AMPARISTA MEDIANTE CEDULA PAPEL, POR SECRETARÍA. NOTIFIQUESE A LAS DEMANDADAS MEDIANTE CÉDULA ELECTRÓNICA, POR SECRETARÍA. A TAL FIN, DIGITALÍCESE LA PRESENTE UNA VEZ SUSCRITA Y REGISTRADA PARA SER ANEXADA EN LA CÉDULA RESPECTIVA. NOTIFIQUESE A LA DEFENSORA OFICIAL EN LA SALA DE SU PÚBLICO DESPACHO.

Gustavo F. GONZALEZ
JUEZ

Registrado en el Tomo ____ / ____ / ____, Fº _____
del libro de Registro de Sentencias Definitivas
del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 del D.J.S.-

En igual fecha cumplí con la digitalización ordenada. Conste.

En fecha ____/09/2023 libré (1) en formato papel a la Sra. SUAREZ y dos (2) cédulas electrónicas a las co-
demandadas (Dra. NUÑEZ y Dr. ARAUJO). Conste.

En fecha ____/09/2023 remití al Ministerio Público de la Defensa. Conste