

23 de septiembre de 2020

Al Sr. Gerente de PAMI
Delegación Río Negro
S.-----D

Me dirijo a Ud en mi carácter de Defensor/a Público/a de la sra Juana Reinoso, DNI 1.123.456 (afiliada 155730491234/00), a fin de que haga entrega a la misma, por intermedio de quien corresponda, de la siguiente medicación: *pertuzumab* en las cantidades requeridas prescriptas por su médica tratante a fin de hacer frente al tratamiento del cáncer de mama que padece.

Se acompañan a la presente sendos certificados médicos suscriptos por la Dra. Ana Gomez, que ya se encuentran en su poder, y cuyo texto indica que la medicación ordenada se distribuirá en las siguientes dosis “*pertuzumab* 840 mg ev del y luego 420 mg ev cada 21 días durante 12 meses (18 ciclos) junto a *trastuzumab*”.

En caso de no hacerse efectiva la entrega en un término de 48 hs, se iniciarán las acciones legales pertinentes atento a su precario estado de salud y a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.

Atentamente

AMPARO

MEDIDAS CAUTELARES

RESERVA

Sr Juez Federal:

En mi carácter de Defensor/a Público/a Oficial en representación de la Sra Juana Reinoso, vengo a promover la presente acción de amparo, a US digo

I. Personería

Que los datos personales de mi representada son: Juana Reinoso, DNI 6.123.456, viuda, con domicilio en xx, Río Negro, constituyendo domicilio legal en la sede de esta Defensoría Pública, lo que pido se tenga presente.

Se deja constancia que junto con la presente se interpone, por separado, un beneficio para litigar sin gastos atento a la carencia de recursos de la accionada para hacer frente a la vía judicial intentada, lo que también pido se tenga presente.

II. Objeto

Que en el carácter invocado vengo a presentar formal acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y ley 16986 a fin de que se ordene a PAMI y, en forma subsidiaria, al Estado Nacional, a hacer entrega a mi representada de la medicación prescripta por su médica tratante, esto es, la cantidad requerida de *pertuzumab* para hacer frente al tratamiento que implica su dolencia y que, en principio, se distribuirán

en las siguientes dosis “pertuzumab 840 mg ev del y luego 420 mg ev cada 21 días durante 12 meses (18 ciclos) junto a trastuzumab” las cuales podrían variar según control y respuesta al tratamiento indicado.

Asimismo, atento al rechazo de la orden médica y a la negativa de entrega de la medicación indicada, se solicita se haga lugar a las medidas cautelares tendientes al otorgamiento urgente de la medicación prescripta por su médica tratante.

Todo ello en virtud de las consideraciones de hecho y derecho que a continuación expongo:

III. Legitimación

El art. 43 de nuestra carta magna dispone que “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. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”

Es a partir de esta norma y de lo prescripto por la ley 16986, de donde se extraen los presupuestos para el ejercicio de la acción incoada.

Así respecto de la **legitimación activa**, surge palmaria que la misma puede ser interpuesta por cualquier persona que requiera una acción expedita y rápida de amparo a sus derechos. En el caso, la Sra Juana Reinoso quien ya tiene antecedentes de cáncer de mama diagnosticado en 1999, en junio de 2020 tuvo una recidiva de la afección y debió practicársele distintos tratamientos, luego de los cuales su médica tratante le indicó varios medicamentos cuyo suministro fue rechazado por su obra social PAMI. Se pretende con la presente su entrega en su carácter de afiliada.

Con relación a la **legitimación pasiva**, la obra social de la cual la Sra Reinoso es afiliada 155730491234/00. Lo cierto es que la demandada en este caso reconoce la necesidad de tratamiento y el carácter de afiliada para proporcionárselo. Sin embargo, su rechazo, fundado en que pertuzumab se encuentra fuera de protocolos actuales de pami en etapa de adyuvancia (fs. 35) la hacen pasible de esta acción en su contra y a los fines de que cumpla con las prestaciones debidas a la sra reinoso (Ley 23660).

Con respecto a la **legitimación pasiva** del Estado Nacional, nuestra Corte sostuvo en *Capodónico de Beviacqua Ana C/ Min de Salud* (fallos 323:3229) “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud – comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades llamadas de medicina prepaga”

Asimismo, su responsabilidad se ha calificado como subsidiaria en la prestación de los servicios de salud que se atribuyen a obras sociales y a los entes locales pero como

primaria y principal en la articulación de políticas sanitarias, en la supervisión y fiscalización de aquellas obligadas y en la respuesta urgente cuando las prestadoras del servicio de salud incumplen con la prestación (Gelli, Constitución de la Nación Argentina comentada, T I, pag 643). En este sentido, nuestra Corte ha sostenido que “el principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencia a todos los ciudadanos (Asoc. Benghalesis y ots c/min de Salud s/amparo 01/06/2000)

IV. B. Competencia

A los fines de sustentar la competencia de este juzgado, resulta la misma recaer en el fuero civil atento antigua doctrina de nuestro Máximo Tribunal en la causa “Kogan Jonathan c/Swiss Medical SA s/amparo” (adhesión al dictamen de la Proc. General) y a que sostuvo que “debe declararse la competencia del fuero civil y comercial federal para conocer en la demanda que trata sobre las prestaciones de salud previstas en la ley 23661 –también federal-“ (fallos 312:985). Asimismo, la competencia federal se encuentra fundada en el carácter del demandado y en la naturaleza de las prestaciones reclamadas, lo que pido se tenga presente. En el mismo sentido, CSJN in re B, MA c/prevenición salud s/amparo (19/12/2017).

V. Hechos

La Sra Juana Reinoso, de 69 años, padeció cáncer de mama en el año 1999. Por dicha enfermedad fue operada y recibió tratamiento en 6 ciclos de quimioterapia, y radioterapia y tamoxifeno por 5 años.

En junio de 2020 tuvo una recidiva de su afección y debió practicársele “cuadrantectomía + vac. T 1,7 cm x 1,2 cm. GH 2 s/16 glios. RE 100% 90% HER 2 3 +KI67 30%”.

A raíz de ello, su médica tratante Dra Ana Gómez, le indicó, entre otros, el siguiente medicamento “pertuzumab 840 mg ev del y luego 420 mg ev cada 21 días durante 12 meses (18 ciclos) junto a trastuzumab”. Le cual fue prescripto para comenzar “a la brevedad” por cuanto, en caso contrario, perdería el criterio de coadyuvancia.

La obra social niega el medicamento pertuzumab con fecha 21/08/20 por “encontrarse fuera de protocolo de PAMI en etapa de coadyuvancia.

El 14/09/2020 la médica tratante insiste indicando la importancia de iniciar el tratamiento a la mayor brevedad posible.

Con fecha 14/09/2020, PAMI reiteraz su postura inicial y solo autoriza el inicio de tratamiento únicamente con los medicamentos docetaxel y trastuzumab.

La Sra Reinoso se encuentra, por otro lado, en tratamiento por osteoporosis con fractura de L1 y lesiones traumáticas y degenerativas costales, lo cual es producto de su edad y de su estado de salud luego del tratamiento oncológico efectuado.

Con fecha 23/09/2020, esta defensoría realizó un emplazamiento a la accionada para que en el plazo de 48 hs hiciera entrega de la medicación prescripta. Dicha comunicación

no tuvo respuesta.

No se ha discutido durante el trámite previo a esta acción, el carácter de afiliada de la accionante, la necesidad de tratamiento para su dolencia, la pertenencia de la médica oncóloga tratante ni su carácter de prestadora de la demandada.

IV. Procedencia

A. La acción intentada

La presente es una solución expedita y rápida atento a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable (conf doctrina de la CSJN en fallos 324.2042; 325:3542; Poggi Santiago c/Estado Nacional y ot p/amparo; López Miguel C/Buenos Aires, Prov y ot. s/amparo; Albarracín Esther c/ Buenos Aires, Prov y ot. s/amparo; entre muchos otros).

En el ámbito internacional, incorporado a nuestro derecho interno, el derecho a la salud es entendido por la Corte IDH como un derecho humano, autónomo y justiciable (art 26 CADH de conf con el art 34 de la Carta de la OEA). Asimismo, el derecho a la salud, entendida como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades” (OMS), refiriéndose al disfrute del más alto nivel posible de salud”.

Respecto a la presente acción, la misma se encuentra positivizada en la ley 16986 y en el art. 43 de nuestra CN mientras que el derecho a la salud hace lo propio en distintos instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país. Así, en los arts. 34 y 45 de la Carta de la OEA, art XI de la Declaración Americana (Toda persona tiene derecho a que la salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales...), art 10 del Protocolo de san Salvador (Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social), art. 25 de la Declaración Universal (Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure...la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica...), art 12 del PIDCyP (en los estados “deberán tomarse las medidas necesarias para la creación de condiciones que aseguren asistencia médica y servicios médicos den caso de enfermedad para asegurar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”), entre otros, todo lo cual da marco jurídico a la acción incoada en favor del derecho a la salud de mi representada.

Así la presente resulta la vía adecuada ante la **inexistencia de otro medio judicial más idóneo**, atento a la naturaleza del caso, de los derechos en juego y del peligro para la salud de la accionante

Esto por cuanto, en el caso la Dra Gómez, especialista en oncología y prestadora de PAMI, le indicó el tratamiento atento a su condición de salud actual y no solo eso, ante el primer rechazo de la obra social, ratificó el mismo en idénticas condiciones (fs. 32 y 34), luego de realizar un relato de la enfermedad padecida y su diagnóstico. Se destaca que la profesional acompañó copia de la aprobación de ANMAT de la medicación solicitada (fs 1 a 30) de donde surge no solo que la misma resulta adecuada a la dolencia sufrida (fs. 15 vta, 26vta, 27) sino que, entre las contraindicaciones o efectos secundarios, no agravará la

osteoporosis que también padece (fs. 20vta/21vta, 27, 28vta a 30). También la médica tratante ha tenido en consideración la edad de la paciente (fs. 15) y la posología y forma de administración (fs. 15 vta, 28 y vta)

Asimismo, y correctamente, ha previsto que la misma será administrada luego de la cirugía a la que fue sometida la Sra Reinoso, y es allí donde radica el rechazo de PAMI, al no tener el medicamento en etapa de adyuvancia.

Es decir, la obra social no cuestiona la dolencia ni su tratamiento médico sino que indica que dicho fármaco se encuentra fuera de protocolo para estos supuestos.

Por otro lado, más allá de la lesión a su derecho a la salud, integridad física y calidad de vida, la conducta de la accionada violenta la garantía de plazo razonable en la determinación de sus derechos (art. 8.1 CADH y 31 de la Conv. Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores) e iniciar el tratamiento prescripto a la mayor brevedad posible, evitando esta demora que no posee fundamento médico alguno.

La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública, en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un profundo estudio de los hechos ni de un amplio debate o prueba (CSJN fallos 306:1253; 307:747; Perrone; entre otros) y, dicha ilegalidad debe evidenciarse en forma notoria (Cám Cont. Adm Fed. Sala II Mastrorilli, sala V, Auman y Bucchini) esto por cuanto es el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado (GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Akrich c/GCBA s/amparo, voto juez Maier, punto 4).

En el caso, la razón de la negativa de la obra social y el rechazo del tratamiento con la medicación prescripta por el solo hecho de encontrarse el fármaco fuera de protocolo para el caso, resulta arbitraria e infundada en razones médicas que la avalen constituyendo por tanto uno de los recaudos de la norma para dar pie a la presente acción.

Sin perjuicio de todo lo expuesto respecto de la procedencia de la presente acción y de las cautelares pretendidas, esta defensa hace visible la violencia sufrida por la sra Reinoso y, en forma transitiva, por su nieta atento a la conducta de la accionada al negarse reiteradamente a proveer un medicamento que le fuera prescripto por una profesional prestadora, sin mayor fundamento que el hecho de encontrarse en el protocolo.

Este accionar violenta el derecho a recibir información sanitaria (art. 2f y 3 ley 26529) ya que no se le informa de ninguna manera cuáles son los efectos del cambio de medicación sugerido (docetaxel) y cómo el mismo podría impactar en su salud teniendo en cuenta su estado actual. Todo ello a fin de que puede ejercer libremente su autonomía de voluntad respecto del tratamiento a seguir, violando su derecho a brindar un consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art 11 **Convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores**).

Esto se agrava en el caso de Juana al encontrarse, a esta altura de su vida, sin otra familia que su propia nieta, de quien es tutora y ante quien debe mostrar una fortaleza que ya no posee.

Es clara también la violación por parte de la accionada de la Convención Interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores, tanto en lo que hace en su derecho a la independencia y autonomía (art 7) a la hora de tomar decisiones y a desarrollar una vida autónoma e independiente y el derecho a la salud (art. 19) y la conculcación de los derechos contenidos en la Convención de Derechos del niño y, especialmente, la falta de consideración del **interés superior del niño** que, en este caso, requiere de la presencia física de su abuela para desarrollar la totalidad de sus actividades personales y sociales. Una abuela que, en este momento, no puede emprender el tratamiento médico prescripto por la profesional tratante y con un fármaco autorizado por ANMAT, por cuanto el mismo no le es proporcionado por su obra social. Es claro, entonces, que Juana no puede responder ni física ni anímicamente a los requerimientos de su nieta, su única familia, por la decisión infundada y arbitraria de PAMI.

Por lo demás, atento a tratarse de una mujer adulta con discapacidad, se violan las prescripciones contenidas en la ley 24901, en especial, arts. 14 y 18.

A su vez con dicha negativa se causa un daño específico a la salud de mi defendida y se considera, ante la reiteración de la negativa a proveer el medicamento, que existe otro temperamento a adoptar que recurrir a la justicia a fin de resolver el planteo **siendo inexigible, por otra parte, el agotamiento de la vía administrativa**. Así la jurisprudencia sostuvo que “el art 43 de la ley fundamental no impone el empleo de la vía administrativa previa para instaurar directamente el amparo que el mismo estatuye” (CSJN in re Peralta, 27/12/1990). En doctrina, Barra ha sostenido que “la referencia a la vía judicial indica que el amparo no es subsidiario de las vías administrativa, precisamente, porque el agraviado necesita de una acción expedita y rápida, sin estar sujeto a ninguna clase de agotamiento de la instancia administrativa” (La acción de amparo en la constitución reformada: la legitimación para accionar”, Barra, Rodolfo; LL T11994, p. 1093)

La **innecesariedad de mayor debate y prueba**, es palmaria en el caso ya que la obra social, conforme la documentación que se acompaña autoriza el tratamiento pero no la totalidad de la medicación prescripta (fs 33 y 33), sin un fundamento médico que lo acompañe.

La **amenaza cierta, actual e inminente** exigida por el art. 43 CN también se encuentra presente en el caso ya que con la omisión de proveer el fármaco requerido por la profesional tratante se afecta en forma actual e inminente el derecho a la salud y a la vida de mi asistida. Este requisito, por otra parte, es exigido por cuanto la razón de la institución del amparo no es la de someter a supervisión judicial el desempeño de los funcionario y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen las funciones que la ley le encomienda sino la de proveer un remedio contra la arbitrariedad de sus actos que puedan lesionar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

V. B. Temporalidad

Esta acción ha sido incoada en tiempo y forma atento a que el último rechazo de PAMI ha sido con fecha 14/09/2020 y la presente acción fue presentada el 26/09/2020, por ello se ha cumplido con el recaudo de temporalidad prescripto por el art. 2 de la ley 16986 establece que “La acción de amparo no será admisible cuando: ... e) la demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”

Sin perjuicio de ello, nuestro máximo tribunal ha subrayado que “es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (fallos 239:459; 241:291; 307:2174 consid. 10; entre otros). Y, con respecto a este requisito la Corte tiene sentado que “la supremacía de la Constitución no se ha de considerar subordinada a leyes ordinarias... estas leyes y las construcciones técnicas edificadas sobre ellas, tienen solamente un valor relativo, esto es, presuponen las reservas necesarias para que su aplicación no menoscabe o ponga en peligro los fines especiales de la ley suprema. Todas las construcciones técnicas, todas las doctrinas generales no impuestas por la Constitución valen en la Corte sólo ‘en principio’, salvo la Constitución misma que ella sí, y solo ella vale absolutamente (Peralta, consid 7 y su cita)” “Por lo demás cabe advertir que el escollo que importa el art. 2 inc e de la ley 16986, ...no es insalvable en la medida en que con las acción incoada se enjuicia una ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho único, ya pasado cuyo juzgamiento tardío comprometa la seguridad jurídica ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias (conf dictamen del procurador en fallo 307:2174)”

En el mismo sentido, nuestro máximo tribunal se ha pronunciado en la causa Mosqueda e, incluso, en los casos Siri y Kot no estableció un plazo de prescripción. Lo que realmente interesa es si al momento de la interposición existe o no una amenaza o lesión de un derecho constitucionalmente protegido, ya que existiría una renovación continua del plazo (CSJN en causa Video Club Dreams). Esto ocurre en el caso ya que, a pesar de la insistencia de la médica tratante, la obra social continúa con su negativa a prestar el tratamiento conforme a lo ordenado. Por lo expuesto, si bien la acción ha cumplido el requisito de temporalidad, en el caso, el mismo no era óbice para su interposición atento a tratarse de una ilegalidad continuada por parte de la demandada.

Con respecto al informe previo circunstanciado previsto por el art. 8 de la ley 16986, no resulta procedente atento a lo establecido en la ley ... atento a su estado de vulnerabilidad.

VI. Medidas cautelares

Mi parte viene a solicitar medidas cautelares a fin de evitar la frustración del derecho a la salud de mi representada en virtud del tiempo que demore la juricatura en resolver la cuestión de fondo y las distintas alternativas que pudieran suscitarse por su incumplimiento oportuno. Para su procedencia, entiendo, se encuentran reunidos, los requisitos de urgencia, peligro en la demora y verosimilitud del derecho.

Se trata de una cautelar innovativa (art 232 y 230 CPCCN; art. 15 y 17 ley 16986) que obligará, de concederse, a la demandada a hacer entrega de la medicación prescrita por la médica tratante de la afiliada.

Con relación a **la verosimilitud del derecho invocado (bonus fumis iuris)**, la misma surge del carácter de afiliada de la accionante, del padecimiento físico que sufre y de la necesidad de tratamiento en forma urgente. Así, los certificados/informes médicos suscriptos por la Dra Gómez y el reconocimiento del mismo, a través de la autorización de tratamiento realizada por PAMI, conforme documentación que se acompaña, dan cuenta en forma clara del derecho de Juana para presentar esta acción y peticionar las medidas cautelares.

En lo atinente al **peligro en la demora (periculum in mora)** ya que, si bien no ha sido desconocido por la accionada, ha sido puesto de manifiesto en dos oportunidades por su médica tratante (conf certificados médicos acompañados. La operación practicada a Juana exige la continuidad de la medicación prescrita a los fines de no perder el criterio de coadyuvancia para su tratamiento y recuperación. Por su parte, atento a la edad de la sra reinoso puede sostenerse que “en cuanto al peligro en la demoras, va de suyo que por la etapa etaria que transita la mayoría de los afiliados al INSSJyp, se presenta una seria posibilidad de menoscabo en su derecho constitucional a la salud ante la eventualidad de que las prestaciones que otorga la demandada sean cumplidas de manera parcial o inclusive, incumplidas por completo” (Jdo fed de Esquel “Defensoria Fed de Esquel c/PAMI s/amparo, 24/06/2016))

En el caso de autos, ambos recaudos existen, se acreditan en forma sobrada y autorizan la petición efectuada, sin embargo, se advierte también que la verosimilitud del derecho invocado es tal que hace aplicable la jurisprudencia que sostiene que los recaudos para la procedencia de las medidas precautorias se hallan de tal modo relacionados que “a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar (CFLa Plata, sala I, LP, LN c/Osmecon salud)

Con relación a la **apreciación del peligro** en la demora, la Cámara en lo Contencioso administrativo federal ha dicho que el mismo “debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros (fallos 314:711; 317:978; 319:1325; entre otros). También resulta pertinente citar la jurisprudencia de nuestra Corte al sostener que “la permanencia del peligro presenta a la cautelar como un modo apropiado e inmediato para asegurar al menor el acceso a lo que su estado de salud reclama” (voto Maqueda en causa Neira). La similitud con el presente radica en que justamente nos encontramos en el otro extremo de la vida en este caso, Juana, un adulto mayor afectada de un mal de pronóstico reservado atento a la actual recidiva, exige este modo

inmediato de aseguramiento de las condiciones que su estado de salud reclama y que de desconocerse este hecho afectaría en forma inminente a su nieta, huérfana de padre y madre, quien la cuenta como único sustento ya que Juana enfrenta la vida sola, enferma y en un grave estado de vulnerabilidad por lo que debe, desde el lado de la justicia, otorgársele el amparo que merece, no solo por cuestión de humanidad sino como reconocimiento de los derechos de que es titular.

Por su parte, nuestro máximo tribunal también ha sostenido que “es de esencia de las medidas cautelares enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo de la controversia ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en el caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (CSJN en Camacho Acosta 07/08/97)

Por último debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia señala que cuando se trata de resolver sobre la viabilidad de las medidas precautorias tendientes al restablecimiento de la prestación médico asistencial –íntimamente vinculadas a la efectiva protección del derecho a la salud-, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora deben apreciarse con criterio amplio, a fin de evitar que durante el lapso de sustanciación del proceso la garantía constitucional se transforme en una prerrogativa abstracta o meramente teórica (E,CA c/SPM sistema de protección médica, dres Bellucci, greco y Montes de oca, 6/4/2001)

Por lo demás nuestra corte ha sostenido que no se puede descartar el acogimiento de la medida cautelar pedida so **peligro de incurrir en prejuzgamiento**, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (CSJNj in re Camacho Acosta c/Grafi graf y ot., 07/08/97), añadiendo que estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo del litigio , porque su objetivo es evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en el caso de inactividad del órgano jurisdiccional y otorgarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (CSJN, fallos 320:1633). caso contrario, como ocurriría en el presente ante la parcial coincidencia de lo peticionado, “toda presentación de este tipo se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar”, sigue sosteniendo la misma corte.

VII. Contracautela

Atento a que con la presente se ha incoado un beneficio de litigar sin gastos a favor de la Sra Juana Reinoso, solicito se exima a la misma a prestar la contracautela exigida por ley (art 200 inc 2 CPCCN). En el mismo sentido, afirma Morello que “la exigencia de contracautela en el caso podría considerarse como una medida contraria a la propia interposición de la pretensión del amparo por parte de los accionantes y una eventual auto

restricción para el ejercicio de su derecho esencialmente irrestricto a la jurisdicción o tutela judicial” (p. 177).

VIII. Prueba:

Se ofrece la siguiente:

1. Documental:

- a. Copia del documento nacional de identidad
- b. Copia de credencial de PAMI
- c. Certificados emitidos por la Dra Gómez, de fecha 14 y 27 de agosto 2020. En caso de desconocimiento, solicito se cite a la dra. Ana Gómez a reconocer firma y contenido de los certificados acompañados.
- d. Copia de disposición de ANMAT DI-2018-1600-APN-ANMAT#MSYDS
- e. Copias de notas emitidas por PAMI de fecha 21/08 y 14/09/2020

2. **Informativa:** a. Se ordene oficiar a la PAMI y a la profesional tratante a fin de que remitan original o, en su defecto, copia certificada de la historia clínica de la sra Juana Reinoso, dni 6.123.456 que obre en su poder (conf art. 14, 18, 21 y cc ley 26529)
- b. Se ordene oficiar al Juzgado nro xxx a fin de que remita en carácter de AEV, el expte xxx caratulado: zzz por el cual otorga la tutela de la menor AAA a su abuela, Juana Reinoso.
- c. Se ordene oficiar al ANSES a fin de que informe si la Sra Reinoso percibe algún tipo de asistencia, económica o no, para la atención médica de sus dolencias y/o para los cuidados requeridos por su nieta AAA

3. Testimonial: de las siguientes personas:

- a. de la Dra. Ana Gómez, médica oncóloga, a fin de que declare a tenor del siguiente interrogatorio. a. Por las generales de la ley; b. Para que diga cuál es el estado de salud actual de Juana Reinoso; c. Para que diga cuál es el tratamiento para la dolencia que padece; d. Para que diga si el tratamiento coincide con el prescripto por ella con fecha 14 y 27/08/2020. e. Para que diga si existe algún tratamiento alternativo y cuáles serían sus consecuencias de aplicársele a la paciente Reinoso. f. Cualquier otro dato que estime de interés.
- b. de las Sras. XXX y ZZZ , a fin de que declaren a tenor del siguiente interrogatorio. a. Por las generales de la ley; b. Si saben y cómo lo saben que la Sra Reinoso se encuentra al cuidado de su nieta; c. Para que digan si saben y cómo lo saben si la accionante padece algún problema de salud; d. Para que si saben y cómo lo saben si la sra Reinoso recibe algún monto mensual para cuidar a la menor; e. Para que si saben y cómo lo saben si la sra Reinoso recibe algún otro tipo de ayuda para cuidar a la menor, alimentarla, llevarla a la escuela, etc; f. Cualquier otro dato de interés.

4. **Pericial médica:** Se realice un examen médico de la accionante con especialistas en oncología, y teniendo en su poder la historia clínica de la misma, a fin de informar a este Juzgado: a. Cuál es el estado de salud actual de Juana Reinoso; b. Para que diga cuál es el tratamiento para la dolencia que padece; c. Si el tratamiento coincide con el prescripto por la Dra Gómez con fecha 14 y 27/08/2020. e. Para informen si existe algún tratamiento alternativo y cuáles serían sus consecuencias de aplicársele a la paciente Reinoso. f. Cualquier otro dato que estime de interés.

IX. Inconstitucionalidad art. 15 ley 16986

Atento a lo dispuesto por el art. 15 de la ley 16986 el cual concede el recurso de apelación en ambos efectos, esto es, suspende la ejecución de la sentencia (conf. Gelli, “Constitución de la Nación Argentina” pag. 822), se deja ya planteada la inconstitucionalidad de la norma.

Si bien la declaración de inconstitucionalidad es un acto de gravedad, debe ser utilizado como último recurso, en este caso estamos ante una inconstitucionalidad sobreviniente atento a que, en el caso de la sra reinoso, la suspensión de la sentencia o de las cautelares peticionadas implicarían la suspensión del tratamiento médico lo cual sería realmente perjudicial debido a su condición de salud actual.

En el mismo sentido se deja también planteada la inconvencionalidad del presente artículo en cuanto contraría la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 de la CADH; Corte IDH caso Cantos vs Argentina)

X. Sanciones conminatorias y habilitación de horas

En caso de que la obra social no cumpla con la resolución que haga lugar a la medida cautelar o a la demanda, se solicita que se lo aperciba a su cumplimiento bajo apercibimiento de sanciones conminatorias pecuniarias (astreintes art 807 CCCN) o no pecuniarias. Ello sin perjuicio de considerar su conducta incumplidora como encuadrada en lo previsto por el art. 239 del Código Penal.

Se destaca que tanto doctrina como jurisprudencia son contestes en el sentido de que las sanciones peticionadas pueden ser impuestas incluso si el demandado fuese el estado (conf. Moisset de Espanés, Kemelmajer de Carlucci, Bueres, Highton, entre otros). En el mismo sentido, CFSS, sala 2, Peres Demaría c/Anses s/incidente.

Se peticiona, salvo que el elevado criterio de Usía ordene lo contrario, que las sanciones se apliquen a la persona del funcionario público identificado como directo responsable del incumplimiento a fin de que no se perjudique toda la comunidad por la inacción incausada del agente público.

Asimismo, solicito, que a los fines de tramitación de la presente se habiliten días y horas inhábiles en virtud de la índole del derecho en juego y del perjuicio que se deriva de darse continuidad al incumplimiento por parte de la obra social.

XI. Reserva

Atento a la índole de los derechos conculcados y su protección constitucional, para el improbable caso de rechazo de la presente, hago reserva de plantear recurso extraordinario en los términos del art 14 de la ley 48. Todo ello atento a que se encuentran en juego en el presente el derecho a la salud y a la vida (art. 14, 14 bis, 75 inc. 22; art 12 PIDESC, art. I y XI Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre, art 3y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; entre otros)

Petitorio

Por todo lo expuesto solicito:

1. Me tenga por presentado, parte y domiciliado en el carácter invocado.
2. Se tenga por interpuesta formal acción de amparo en los términos de la ley 16986 y art 43 CN
3. Se tenga por peticionadas medidas cautelares.
4. Se tenga presente la prueba ofrecida
5. Se tenga presente el pedido de sanciones y habilitación horaria formulado.
6. Se tenga presente la reserva federal efectuada
7. Se haga lugar a la medida cautelar solicitada
8. Se tenga presente el planteo de inconstitucionalidad del art. 15 ley 16986
9. Se de intervención al asesor de menores
10. Oportunamente, se corra traslado de la demanda en la forma de estilo

SERA JUSTICIA.