

Salta,

de marzo de 2016

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**HARO**, José Francisco; Puertas, Anna Yanet vs. **INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.)** por Amparo" - **Expte. N° - EXP - 537154/15 de esta Sala Tercera**, de trámite por ante el Dr. Marcelo Ramón Domínguez y, _____

_____ **R E S U L T A N D O**

_____ I) A fs. 15/20 se presenta el señor José Francisco Haro, en su carácter de titular de la obra social del Instituto Provincial de Salud de Salta, actuando también en representación de su conviviente y madre de su hijo, Anna Yanet Puertas, promoviendo acción de amparo, por mérito de la cual persigue la cobertura integral de las presentaciones médicas que por cualquier motivo le sean requeridas para el cuidado y protección de su hijo -por entonces próximo a nacer- otorgándoseles a ambos el ingreso al Plan MATERNOA, sin períodos de carencia válidos, ni preexistencias que puedan oponérseles a su ingreso, cobertura que alcanza a la internación, medicación y todo otro estudio que demande el control y evolución del parto y control de su hijo una vez nacido, cuanto el reintegro de los gastos en que deba incurrir. Dice que a mediados del mes de julio de 2015 petitionó la inclusión de su conviviente dentro de su grupo familiar, aportando la documentación que se le requería, gestionando también la baja de su anterior concubina, quien se encuentra residiendo en Tucumán, no haciendo uso de la obra social desde hace tiempo. Puntualmente, adjuntó el Acta de fs. 11 que acredita la unión convivencial. Que de manera arbitraria el Instituto se niega a brindar las prestaciones que requiere el embarazo de su mujer. Alude que en autos es innecesaria la vía administrativa previa por los derechos constitucionales en juego. Aporta prueba. Pide costas.

_____ II) A fs. 35 el actor adjunta cédula de notificación de la respuesta del Instituto del 30 de noviembre de 2015 por la que le hace saber de su negativa de cobertura de los gastos necesarios para el parto, por no haber transcurrido aún el período de carencia de tres meses dado que la afiliación de su mujer se concretó en el mes de noviembre de 2015. _____

_____ III) A fs. 38 el Servicio Médico del Poder Judicial informa que fue examinada la Sra. Puertas, constatado la profesional que el tiempo de

gestación es de 38.3 semanas, por lo que estima como fecha probable de parto el día 14 de diciembre de 2015. _____

_____ IV) A fs. 42 y en fecha 10 de diciembre de 2015 el Sr. Haro expone que el día 08 de diciembre su señora dio a luz a su hijo por lo que pide se brinde la cobertura requerida. _____

_____ V) A fs. 97/101 se apersona el Dr. Federico Martín Bravo, acreditando habersele otorgado mandato general para juicios en representación del Instituto Provincial de Salud de Salta. Aporta el expediente administrativo N° (74) 30.086/2015-0, en donde dice que en fecha 09 de diciembre de 2015 se dictó la providencia en relación al pedido del amparista que ordena la atención del parto de la Sra. Anna Yanet Puertas, con la cobertura del 80% y del recién nacido con la cobertura del Programa MATERNOA, advirtiendo que la decisión definitiva y final en la materia siempre corresponde a las áreas de coordinaciones del Instituto, de suerte que los dictámenes no vinculantes de áreas inferiores no pueden ser entendidos como expresión del organismo. En consecuencia, la cobertura que se otorga fue total de modo que la cuestión que motiva el presente ha quedado zanjada y corresponde se declare abstracta, al encontrarse otorgada las prestaciones pretendidas por el amparista. Que un aspecto que no señala el amparista es que la afiliación de su actual señora se vio demorada por cuanto el Sr. Haro tenía registrada otra concubina bajo su afiliación, no habiendo procedido en tiempo y forma a darle de baja, por lo cual su omisión es sólo a él imputable, siendo erróneo el querer hacer ver que la obra social se ha desentendido del tema. Alude luego a la vía administrativa y su operancia en el caso. _____

_____ VI) A fs. 104/105, y en respuesta a la vista que se le corriera, el Sr. José Haro solicita se rechace el pedido de abstracción de la presente causa, poniendo énfasis que solicitó la cobertura integral y en un 100% del costo que por todo concepto le sea requerido durante el embarazo, parto y lactancia, ratificando los términos de su primigenia demanda. Dice que acompañó toda la documentación del caso y puntualmente el acta de unión convivencial y que una vez resuelta su petición a través de la Disposición N° 412/2015, se intentó afiliarse a la Sra. Puertas en el Plan MATERNOA para que gozara de todos los

beneficios que otorga, lo que recién se concreta luego de transcurridos cuatro meses desde el inicio del trámite. Entre dichos beneficios se encuentra el de asistencia sanatoria, el cual hace referencia expresamente a los gastos del parto, habiendo aportado la intimación fehaciente cursada mediante carta documento. En tal contexto, era innecesario el exigir la vía administrativa recursiva. Destaca que recién el 09 de diciembre de 2015, una vez iniciada la presente acción de amparo y conocida la misma por la demandada, la Coordinación del Instituto se expide sobre la cobertura a otorgar para el caso en particular. Reclama en síntesis se haga lugar en todas sus partes a la demanda, otorgándosele una cobertura integral en todas las prestaciones enunciadas en el objeto de su demanda._____

_____ VII) A fs. 112/113 dictamina la Sra. Asesora de Incapaces N° 7. Da cuenta que analizadas las constancias de la causa resulta que el niño por el cual se le otorgó participación en la causa, goza de los beneficios de la seguridad social pero debe observarse que no hubo una cobertura integral antes del nacimiento, siendo que la protección que le brinda la normativa constitucional, incluidos los Tratados sobre Derechos Humanos incorporados al plexo normativo fundamental del Estado por mérito de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, se extiende durante el embarazo, el parto y el período de lactancia, todo lo cual se traduce en la incorporación al Programa Médico Obligatorio aprobado por la Resolución N° 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación, del Plan Materno Infantil, que constituye un piso mínimo de prestaciones que debe ser garantizado, no rigiendo en tal caso el denominado período de carencia que, además, fue declarado inconstitucional por nuestra Corte de Justicia de la Provincia. Por ello, es de opinión que debe hacerse lugar a la acción de amparo, condenando a la obra social demandada a cubrir el 100% de las prestaciones reclamadas que comprenden el Plan Materno Infantil, en especial las erogaciones afrontadas durante el período de gestación y parto._____

_____ VIII) A fs. 115/116 dictamina el Sr. Fiscal de Cámara actuante y dice que del análisis de las constancias de autos se verifica que la demanda fue interpuesta el 02 de diciembre de 2015 y que el niño nació el día 08 de

diciembre de 2015. Que ante la decisión administrativa tomada por el Instituto, el planteo de la demanda devino abstracto, quedando pendiente el pedido de reintegro de lo abonado. _____

_____ IX) A fs. 118 y en fecha 23 de febrero de 2016 se llaman autos para sentencia, providencia que se notifica a las partes por Secretaría el día 25 de febrero obrando a fs. 118 vta. la constancia de la notificación a la Sra. Asesora de Incapaces N° 7 el día 29 de febrero. _____

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

_____ I) *Cuestión abstracta?*: Con relación al pedido de abstracción formulado por el Instituto, debo poner de resalto que en reciente pronunciamiento dictado en la causa “Torres, Fidel y otros vs. Departamento Ejecutivo Municipal de San José de los Cerrillos – Amparo – Expte. N° 475.373/14” – CApel.CC. Sala III año 2016 f° 20/34, analicé la temática, citando in extenso un artículo del Dr. Carlos José Laplacette (*Exigencias temporales del caso judicial – La doctrina de los casos devenidos abstractos y posibles correcciones* – Diario La Ley del 23/03/11) autor que dice que cuando hablamos de casos devenidos abstractos estamos haciendo referencia a causas en las que, si bien al momento de haber sido llevadas a conocimiento de la judicatura reunían todas las características del caso judicial, durante el trámite del proceso tienen lugar circunstancias que tornan estéril el dictado de una sentencia sobre el fondo de la controversia. _____

_____ Por la incidencia con la cuestión a resolver me remito a lo señalado en tal precedente, reparando tan sólo en lo sostenido por el autor en cita en cuanto que, como pauta para tener en cuenta, debiera partirse de la premisa de que si existe una probabilidad cierta de que el hecho se repita y que, aún así, el nuevo proceso no llegue a su conocimiento sin haberse tornado abstracto, los tribunales deben asumir una posición sumamente prudente antes de considerar que ya no existe un caso judicial. _____

_____ Ello sentado es del caso reparar que, tal como lo exponen de manera concordante el propio actor, la señora Asesora de Incapaces y el señor Fiscal de Cámara, no puede hablarse de una cuestión abstracta cuando aún pende de resolver el reintegro de lo abonado por el accionante antes y durante el

transcurso de la litis y el alcance de la cobertura que debe otorgar en el futuro el Instituto Provincial de Salud._____

_____ II) *El amparo – Caracterización – La vía previa administrativa:* Liminarmente es necesario tener presente que la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, excepto la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (art. 87 de la Constitución de la Provincia). Ello, con excepción de la libertad ambulatoria, tutelada por el hábeas corpus (art. 88, siempre de la Carta Magna local) y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes, y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data (art. 89)._____

_____ En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125-544 y doctrina de Fallos 294-152; 301-1061, 306-1253, entre otros; C.J. Salta, Tomo 45:333; 47:395; 56:1181; 64:233)._____

_____ La naturaleza jurídica apuntada, en cuanto es una vía “excepcional”, fue puntualizada por el Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, en un voto emitido en fecha 7 de noviembre de 2.006, en donde, citando precedentes de la propia Corte Federal, dice que la finalidad de tal interpretación es evitar la desnaturalización de esta vía procesal, que se ha considerado excepcional dentro de las acciones ordinarias disponibles para la protección de los derechos (CSJN, 07/11/06, “Clínica de la Merced vs.

Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de la Provincia de Salta,” en L.L., Revista del 14 – 12 – 06, fallo 111.050, con nota coincidente de Alberto Ricardo Dalla Vía: *Las proyecciones de un voto sobre la admisibilidad del amparo*). Nuestro más alto Tribunal de la Nación ha dicho que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125, pág. 544 y doctrina de Fallos 294-152; 301-1.061, 306- 1.253, entre otros)._____

_____ Y la Corte de Justicia de la Provincia, cuya interpretación de las leyes resulta obligatoria para los tribunales inferiores de conformidad al art. 40 de la Ley Orgánica de Tribunales (Ley N° 5.642/80, modificada por Ley N° 6.242/84), se ha pronunciado en igual sentido (CJSalta, 13/12/04, in re “Barrionuevo vs. Municipalidad de Orán”, tomo 95, f° 81/88). En otras oportunidades, reiteró la Corte de Salta que la acción de amparo no altera el juego de las instituciones vigentes ni autoriza a extender la jurisdicción acordada a los magistrados por la Constitución y las leyes, de lo contrario y siendo que todo derecho posee fundamentación constitucional (art. 31 de la Carta Magna Nacional), correspondería derogar lisa y llanamente toda legislación procesal vigente y tramitar la sustanciación de cualquier cuestión por la vía del amparo, en razón de que siempre se hallaría en discusión algún derecho que necesariamente tiene raigambre constitucional (CJSalta, “Semesco vs. Ministerio de Educación”, tomo 97, f° 858/858)._____

_____ También ha señalado la corte local que los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo trámite del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. La existencia de la vía legal para la protección de los derechos, que se dicen lesionados, excluye la admisibilidad de la demanda de amparo, pues ésta no tiene la finalidad de

obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos o judiciales establecidos legal o reglamentariamente para el logro del resultado que se procura ni es apta para irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que los magistrados por ley tienen conferida, alterando el normal juego de las instituciones vigentes (CJSalta, 18/04/05, “Cabral vs. Gobierno de la Pcia. de Salta”, tomo 97, f° 127/140). _____

_____ Está claro entonces que la promoción del amparo mientras pende una resolución en vía administrativa, implica sacar la decisión del caso de sus autoridades naturales y ello, como principio, resulta improcedente, pues la hipotética lentitud que pudiera aquejar al trámite ordinario no constituye, sin más, un argumento que justifique su procedencia, ya que el perjuicio que puede ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no importa otra cosa que la situación de toda persona que petitiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos (CJSalta, 27-10-05, “Romeri Campilongo vs. Instituto Provincia de Salud de Salta”, tomo 100, f° 23/32)._____

_____ Como corolario, no se justifica –en principio– que los jueces sustituyan a los cuerpos competentes o actúen en calidad de tribunal de alzada en cuestiones que hacen directamente al ejercicio de los poderes conferidos por las leyes, sus estatutos o reglamentos. Un criterio diverso significaría menoscabar el principio de autoridad, necesario para mantener el orden (C.J. Salta, Sala I, Tomo 23:845), pues el remedio excepcional del amparo no altera el juego de las instituciones vigentes (conf. C.J. Salta, 28/01/2000, Libro 67, págs. 933/945; CApel.CC. Salta, Sala III, 7 – 6 – 07, “Vázquez vs. Wayar”, Expediente de Sala N° CAM 185.443/07, tomo año 2007, f° 642/647)._____

_____ Más específicamente, se dijo que la razón de ser de la acción de amparo no es la de someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen las funciones que la ley les encomienda, sino la de proveer un remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Es elemental que la acción de amparo no resulta apta para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la competencia que por ley tienen conferida, en tanto la finalidad del

remedio no es subrogar a la autoridad administrativa por la judicial, sino lograr una efectiva protección de derechos fundamentales, sólo cuando son amenazados o lesionados en forma arbitraria y manifiesta y de modo directo, por actos u omisiones de la autoridad estatal (CJ Salta, 24/05/99, L. 65: 257/270).

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

públicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello “el derecho a la preservación de la salud, es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (CSJN., Fallos, 321:1684 y 323:1339). _____

_____ Y luego la Corte de Salta, en el fallo aludido, cita a Bidart Campos en cuanto a que “...el juicio de previsibilidad que, según la jurisprudencia de la Corte, han de hacer los jueces para evaluar los efectos que cada una de sus sentencias es susceptible de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de servicios de salud tendrán que aprender de hoy en más una lección -de rango constitucional, por cierto-: la que nos dice que en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la 'letra' del texto no lo tenga escrito...” (Bidart Campos, Germán, *Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales*, La Ley, 2002-C, 628)._____

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

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

reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada._____

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

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

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

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

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

_____ En asuntos similares al presente he sostenido que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta del solicitante. Cabe recordar lo expuesto por Luigi Ferrajoli (*Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Ed. Trotta; Madrid): la incorporación de los derechos fundamentales, en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución (cita extraída del trabajo de Celia Weingarten, *Los nuevos temas en salud. Obesidad y desafíos jurídicos*, Rev. La Ley, Actualidad, del 23/02/2006).

_____ Por otra parte la Corte local, en los autos Llapura c/I.P.S. – Amparo, ratificó la sentencia que ordenó la intervención quirúrgica de implante coclear a una menor que padece de una distorsión oto-acústica y a la cobertura total de los gastos, recordando lo señalado en el artículo 87 de la Constitución y que la viabilidad de la acción de amparo requiere la invocación de un derecho indiscutible, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse por medio de otras vías. Cita el criterio de la Corte Federal en cuanto que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona y que en el caso particular se encuentra comprometido el derecho de la menor a la protección integral de la salud y a una adecuada calidad de vida. Tanto en la enfermedad como el tratamiento

fueron acreditados con pruebas suficientes y el Instituto demandado evidenció imprecisión, autorizando con limitaciones la práctica quirúrgica. Repara, seguidamente, que ninguna reglamentación ni normativa de una obra social puede lesionar derechos garantizados por la Constitución y contemplados en tratados internacionales (conf. Diario Judicial del miércoles 28 de junio de 2006, Edición n° 1.6919)._____

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

_____ Lo que nunca debe perderse de vista es que en la tutela de un derecho constitucional básico: el derecho a la salud, están en juego los valores eminentes de la vida, la dignidad y la libertad humana, según lo destaca con sumo acierto Eduardo L. Tinant en *Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción*, publicado en J.A. 1999 – III - 363, quien afirma que el término “salud” comprende las aptitudes físicas, psíquicas y morales que permiten al hombre desarrollarse como tal. Quizá con un criterio más amplio, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) ha definido la salud como: “un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica” (Convención del 22 de julio de 1946). Y merced a todas las medicinas de orden preventivo o sanitario o social o asistencial, “la medicina de la actualidad es la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social”. De tal forma, el término “derecho humano a la salud” expresa hoy un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida. Siempre, el ser humano tiene derecho a la salud y a su integridad física, psíquica y espiritual, desde que no constituye solamente un bien jurídicamente tutelado sino también un fin valioso en cuya protección está interesado el orden público. Así, se ha sostenido que el derecho a la salud pertenece al grupo de los derechos de

“segunda generación” pues, a la luz de la concepción social del moderno constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social (Walter Carnota: *Proyecciones del derecho humano a la salud* en E.D. t.128, pág. 880). La Reforma Constitucional de 1994, precisamente, ha recogido esta tendencia. Y en nuestro ámbito provincial, la Carta Magna salteña establece en el artículo 41: “La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades. A su turno, el artículo siguiente (art. 42) dice que el Estado elabora el Plan de Salud Provincial, estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos, normas que concuerdan con las referentes al derecho a la vida (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 17), a la libertad personal (art. 19), a la protección de la familia (art. 32), a la tutela de la infancia (art. 33 –“cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación”, a la seguridad social, a efecto de resguardar las necesidades esenciales de las personas._____

_____ Retomando el concepto de derecho a la salud, Carnota (ob. cit. pág. 879) sostiene que el término aludido sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso -in paribus conditio- a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos._____

_____ Y hallándose en juego la subsistencia de un derecho social como es el derecho a la salud, de principal rango en el texto de la Carta Magna, en los tratados internacionales de jerarquía constitucional -art. 75, inc. 22 de la Constitución- y en el artículo 41 de la Constitución de Salta, podemos afirmar

que ante la interposición de la acción judicial prevista por el artículo 87 de esta última, y según la Corte Federal, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo; C.S.J.N., en L.L., 2002-E, 376 - con nota de Vocos Conesa, Juan Martín, publicado en L.L., 2002-E, 374)._____

_____ IV) *Las acciones positivas*: Es que el Estado, en la moderna concepción garantista, no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizar prestaciones positivas para evitar que su ejercicio se torne ilusorio, importando la inobservancia de este deber la atribución de su responsabilidad -artículos 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-_____

_____ Las acciones positivas son el mecanismo constitucional válido para lograr el cometido del constituyente, así como las consecuencias de su falta de implementación. En orden a ese propósito, es necesario distinguir entre igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial o real de oportunidades. Es en este último concepto donde entran en juego las acciones positivas. La Constitución de 1853 consagró la igualdad jurídica o formal (art. 16). En 1957 se incorpora con el 14 bis la igualdad sustancial y la Reforma de 1994 la consagra en los artículos 37, 43 y 75 – incisos 2, 17, 19 y 23. Apela el autor en cita a ciertas razones que inducen a rechazar diferencias fundadas en situaciones familiares, de herencia, riqueza o poder y dice que la obligación del Estado no es abstenerse sino actuar con medidas concretas para remover los obstáculos fácticos que impiden la igualdad de posibilidades. Requieren una conducta de dar o de hacer por parte del Estado._____

_____ Y si la acción positiva no es realizada por el Congreso ni por el Ejecutivo, el Poder Judicial debe asumir dicha responsabilidad para garantizar el pleno goce de los derechos humanos fundamentales, los cuales no necesitan de desarrollo previo legislativo. La Corte Suprema de Justicia, en materia de discapacidades y cobertura médica, entendió que es obligación del Estado

Nacional garantizar con las acciones positivas dicha cobertura (ver casos Asociación Benghalensis, Campodónico y otros)._____

_____ V) *El Programa Médico Obligatorio*: El Programa Médico Obligatorio (PMO) es una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistenciales. La obra social debe brindar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) y otras coberturas obligatorias, *sin carencias, preexistencias o exámenes de admisión*. Este Programa es de carácter obligatorio para los Agentes del Seguro de Salud, quienes no son meramente financiadores del sistema, sino, y por sobre todo, responsables de la cobertura de salud de la población beneficiaria. Este Programa Médico Obligatorio está basado en los principios de la *atención primaria de la salud*, entendiendo a la misma no sólo como la cobertura para el primer nivel de atención, sino y fundamentalmente como una estrategia de organización de los servicios sanitarios. Por tanto se sostienen los principios de privilegiar la preservación de la salud antes que las acciones curativas, y por tanto reforzar los programas de prevención, brindando una cobertura integral, es decir un abordaje biopsicosocial de los problemas de salud; asegurando asimismo un mecanismo integrado de atención en los distintos niveles de prevención primaria, secundaria y terciaria. Persigue proveer de cuidados continuos a los beneficiarios, privilegiando la atención a partir de un médico de familia que sea el responsable de los cuidados de los beneficiarios, y donde los mismos tengan el derecho a conocer el nombre de su médico, así como los demás proveedores de servicios obligándose a conocer y acompañar en forma integral a los pacientes en el cuidado de su salud la recuperación de la misma y la rehabilitación._____

_____ Específicamente, en lo que hace al *Plan Materno Infantil* el Programa impone la cobertura durante el embarazo y el parto a partir del momento del diagnóstico y hasta el primer mes luego del nacimiento. La atención del recién nacido hasta cumplir un año de edad, con cobertura al 100% tanto en internación como en ambulatorio y exceptuado del pago de todo tipo de co seguros para las atenciones y medicaciones específicas. Esta cobertura comprende: a) *Embarazo y parto*: consultas, estudios de diagnóstico

exclusivamente relacionados con el embarazo, el parto y puerperio, ya que otro tipo de estudios tendrá la cobertura que rige al resto del Programa; psicoprofilaxis obstétrica, medicamentos exclusivamente relacionados con el embarazo y el parto con cobertura al 100%. b) *Infantil*: impone la cobertura de las consultas de seguimiento y control, inmunizaciones del período, cobertura del 100% de la medicación requerida para el primer año de vida siempre que ésta figure en el listado de medicamentos esenciales. c) A fin de estimular la lactancia materna no se cubrirán las leches maternizadas o de otro tipo, salvo expresa indicación médica, con evaluación de la auditoría médica._____

_____ Tal, en esencia, la cobertura que brinda en la materia._____

_____ VI) *La afiliación de la madre*: Impuesto el Instituto de la acción de amparo instaurada en su contra, y luego de desconocer haber negado la cobertura de las prácticas médicas y farmacológicas que demandaba el nacimiento del hijo del Sr. Haro, expone que se ordenó el ingreso al Plan MATERNOA de la madre y del menor con cobertura integral, siendo la última providencia del Instituto la que resuelve en forma definitiva el planteo, dando respuesta a la carta documento que en copia rola a fs. 90, sosteniendo que el error en el cual incurrió el amparista está dado en tomar como decisión final el dictamen que en su momento realizaron órganos inferiores, quienes le pudieron haber señalado –equivocadamente, apunto- que el ingreso era con preexistencias y plazo de carencia._____

_____ Más, el propio expediente administrativo evidencia que el señor Haro presentó en fecha 14 de julio de 2015 el pedido de inclusión de su conviviente dentro de su grupo familiar, aportando entre otra documentación el Certificado Policial de Residencia y Convivencia de fs. 57 de fecha 06 de julio de 2015. A fs. 60 se informa por el Departamento de Afiliaciones que la Sra. María José Boglione sigue de alta porque el titular no reportó la baja, lo que se reclama a fs. 61 por Asesoría Letrada, decisión cumplida de inmediato según fs. 62, precisando a fs. 64 la Auditoría Interna que desde el día 01 de enero de 2013 la Sra. Boglione no realizó consumo en las distintas áreas del Instituto._____

_____ Ante el pedido de aportar el Acta de Unión Convivencial, el actor adjunta el documento de fs. 78 que da cuenta que el 01 de octubre de 2015 se

inscribió la unión convivencial de los Sres. Haro y Puertas, quienes manifestaron ante el oficial público que mantienen una unión de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente y que comparten un proyecto de vida en común desde el 20 de marzo de 2013. No obstante ello, fue menester que el actor, previo a la demanda de amparo, despachara la carta documento de fs. 03, el 23 de noviembre de 2015, pidiendo, en su carácter de afiliado forzoso, informe el Instituto de manera precisa y detallada la cobertura de salud a brindarle a su conviviente y a su hijo, exponiendo que la misma no había sido contestada._____

_____ Está claro entonces que la respuesta del Instituto no fue adecuada, ni tampoco oportuna puesto que no obstante quedar impuesto del embarazo de la Sra. Puertas, recién en fecha 09 de diciembre de 2015, esto es luego de ser notificado de la promoción de la demanda de amparo (lo que ocurrió el 03 de diciembre de 2015 -ver fs. 33 vta.-) y luego también del nacimiento del hijo de la Sra. Puertas, operado el 08 de diciembre de 2015, la Coordinación Ejecutiva se expide sobre la cobertura a otorgar para el caso en particular, de un 80% para la madre y de un 100% para el recién nacido, lo que permite inferir que hasta entonces no existía una respuesta formal al reclamo del actor que desvirtuara la notificación cursada por cédula de fs. 93, en donde se le ponía en conocimiento que estaba vigente el período de carencia y que, por mérito de ello, no se podía otorgar las prestaciones médicas requeridas para la Sra. Puertas._____

_____ Cabe entonces se haga lugar a la demanda del modo como ha sido planteada condenando al Instituto: 1) a *la cobertura integral, en un 100%*, de las prestaciones médicas que comprenden el plan materno infantil conocido como MATERNOA el que, según la página oficial del Instituto Provincial de Salud de Salta se deben otorgar desde el momento del diagnóstico de embarazo hasta los 30 días después del parto, por patologías inherentes al parto o puerperio, precisando que la cobertura para el niño se extiende desde su nacimiento y hasta cumplir 11 meses y 29 días de edad, a un 100%, de acuerdo a las siguientes etapas: Primera etapa: Control Prenatal. Segunda etapa: Atención al parto y del recién nacido. Tercera etapa: Atención al

lactante. Cuarta etapa: Plan Pediátrico. Y puntualmente, la cobertura del cien (100%) por ciento, en todas las prestaciones derivadas de patologías inherentes al embarazo, parto normal, cesárea o puerperio desde las 12 semanas de embarazo y hasta los treinta (30) días posteriores al parto. Asimismo, la entrega de leche, en las condiciones del Programa. Y b) al *reintegro de las erogaciones hechas* por los padres del menor en el marco del aludido Plan, para lo cual deberán presentar las facturas respaldatorias de dichos pagos._____

_____ VIII) *Las costas*: deberán ser cargadas por el Instituto, al haber dado lugar al reclamo de autos y no brindar durante su transcurso una respuesta integral, por lo que no puede ser considerado sino la parte vencida del litigio en los términos del artículo 67 del Código Procesal._____

_____ El principio general consagrado en materia de costas por el primer párrafo del artículo 67 del Código Procesal, es de que éstas serán a cargo de la parte vencida, debiendo señalarse que su imposición en el proceso no mira a la conducta subjetiva de los litigantes sino -con criterio objetivo- atiende a la necesaria reparación de los gastos que el vencedor ha debido efectuar para el reconocimiento de sus derechos. En otras palabras, las costas son corolario del vencimiento y no se imponen como una sanción, sino con la finalidad de satisfacer las erogaciones realizadas por quien se vio compelido a recurrir a juicio (CApel.CC Salta, Sala III, Fallos Año 1993, f° 670; íd. íd. Año 1999, f° 624; íd. íd. Año 2004, f° 271/274). La condena en costas no configura una sanción impuesta por la buena o mala fe, temeridad, malicia o culpa del vencido en juicio, desde que sólo se trata de un efecto natural del progreso o nó de la pretensión intentada para obtener la declaración o reconocimiento de un derecho (CApel.CC. Salta, Sala IV, año 1983, f° 291; íd. íd. Año 1984, f° 223).__ _Si bien nuestro ordenamiento procesal prevé excepciones al principio de la derrota, facultando a los jueces a eximir de costas al vencido, dicha facultad es excepcional y de interpretación restrictiva, debiendo ejercitarse cuando de las constancias del caso surjan elementos de mérito que hagan manifiestamente injusta la imposición al perdedor (art. 67º, segundo párrafo del Código Procesal), o cuando concurren las circunstancias específicamente

contempladas por la ley (art. 70° de dicho cuerpo legal). Ello, en razón que debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho, se convierta en daño de quien se ve constreñido a presentarse en juicio (CJSalta, Año 1990, Libro 41, segunda parte, f° 2617/2629; CNCiv., Sala A, ED 69-390; íd, íd. LL 1983-B-92; íd. Sala B, ED 114-68, n° 161; íd. Sala F, ED, 91-708; íd. Sala D, LL, 1978-B-705, n° 3164 y ED, 74-215; íd. Sala G, LL, 1984-B-283; CApel.CC. Salta, Sala III, 26-9-05, “Bella”, expediente de sala n° 136762, tomo año 2005, f° 1012)._____

_____ Por ello,_____

_____ **F A L L O** _____

_____ I) **HACIENDO LUGAR** a la demanda de fs. 15/20. En su mérito, **CONDENANDO** al Instituto Provincial de Salud de Salta a brindar la cobertura integral de las prestaciones que comprenden el Plan Materno Infantil referidas al período de gestación y parto del niño Salvador Puertas, y al **REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES Y DIFERENCIAS ABONADAS** desde la presentación de la demanda, a cuyo efecto deberán aportar los actores las facturas respaldatorias, fijándole un plazo máximo de cinco días de aprobada la planilla para concretar el pago. **CON COSTAS**._____

_____ II) **REGULANDO** los honorarios profesionales del Dr. Adolfo Ignacio Colina, como letrado patrocinante del actor, en la suma de \$ 5.000 (pesos cinco mil)._____

_____ III) **COPIESE**, regístrese y notifíquese. _____