

Incompetencia por materia federal. Concesión cautelar por juez incompetente. Perspectiva de vulnerabilidad y género. Gigantomastia. Mujer expuesta y en posición de mayor fragilidad. Omisión de la demandada de aplicación de perspectiva de género en la situación concreta de la amparista.

Incompetencia firme.

Cautelar apelada a resolver por juzgado federal.

Comodoro Rivadavia, julio 06 de 2021

AUTOS Y VISTOS: Para resolver sobre la competencia y la medida cautelar solicitada en el punto VI de los presentes autos "F., P. c/ ASOCIACION MUTUAL SANCOR SALUD s/ ACCION DE AMPARO Expte. N° 000xxx/2021 en trámite ante este Juzgado de Familia N° DOS y;

CONSIDERANDO:

I.- Competencia.-

Que en el caso de autos la actora invoca la violación de derechos y garantías constitucionales por parte de ASOCIACIÓN MUTUAL SANCOR SALUD agente de salud comprendido, según lo dispuesto por el art. 2 de la ley 23.361, en el ordenamiento establecido por la ley 23660 en su art. 1 relativo al régimen de las obras sociales y el sistema nacional de salud.- Que conforme es sabido "cuando se encuentran en discusión y están en juego los principios involucrados en la ley 23661, en la medida en que el conflicto trabado puede resultar dañoso a la instrumentación o planificación de la entidad demandada, debiendo los jueces federales sustanciar y juzgar la presente causa teniendo presentes los conceptos delineados por esta Corte en el sentido de que el principio general es que conforme al artículo 38 de la ley 23661 cuando una obra social reviste el carácter de demandada la competencia corresponde al fuero federal" (v. entre otros Sent. Corte Suprema de Justicia de la Nación, B. M. A. c/ prevención salud s/ amparo, 19-dic-2017, Cita: MJ-JU-M-108240-AR | MJJ108240 | MJJ108240; Fallos Corte: Fallos:328:4095 ; 329:1693 ; 329:2823 ; 330:810 y 2494; Corte. Suprema de Santa Fe, 0103/2016, en autos F., M. S. Y B., A. G. c/ OBRA SOCIAL DE PERSONAL DE LA CONSTRUCCION (OSPECON) s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD), disponible en Id SAJ: FA16090034)

En idéntico sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado el mencionado criterio en autos "Competencia CCF 787/2020/CAI - CS1 S., S. S. I. c/ SIMECO s/ amparo salud" de fecha 27/05/2021.

Criterio, éste reiterado y sostenido por la Cám. Departamental en cuanto a que la competencia federal por la materia, es de orden público y debe ser aplicada de oficio por los tribunales (CSJN, Fallos 118:436), en orden a las disposiciones de los arts. 116 de la Constitución Nacional y art. 2 incs. 5 y 6 de la Ley 48 . Ello conforme, Cám. de Apelaciones Com. Riv. Sala B, Gregorio Omar c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo” Expte. N° 452/2010, en Sentencia de fecha 11/04/2010, donde expresamente se señaló, siguiendo al Superior Tribunal de la Provincia (Sentencia Definitiva N° 3/SRE/2010), que si la demandada es una persona comprendida en los términos de los artículos 1° de la Ley N° 23.660 y 2°, segundo párrafo, de la Ley N° 23.661, resulta aplicable el artículo 38 de esta última norma, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia ordinaria sólo cuando fueran actores.

En razón de lo expuesto, conforme a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, y en virtud de la especialidad y la materia de la que se trata en autos entiendo corresponde declarar la incompetencia de la suscripta para entender en esta acción de amparo resultando competente de manera privativa y excluyente la Justicia Federal.-

II.- A la medida cautelar peticionada en el punto VI.-

No obstante lo antes dispuesto en relación a la competencia y, en atención a la naturaleza de los derechos puestos en juego entiendo corresponde dar tratamiento a la medida cautelar peticionada por la parte actora (Doctrina CSJN " Poggi", sentencia del 7/12/04).-

Si bien el art. 198 del CPCC dispone que: "los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias, cuando el conocimiento de la causa no fuere de su competencia", dicha prohibición no es absoluta en tanto el segundo párrafo de dicha normativa expresa: "... sin embargo la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que se haya dispuesto de conformidad con las prescripciones de éste capítulo, pero no prorrogará su competencia".-

En este sentido y como ha expresado TORIBIO SOSA, en criterio que se comparte, en caso de contienda negativa de competencia ni la firmeza de la declaración de la propia incompetencia podría obstar a la adopción de alguna medida cautelar o en general para cualquier otra diligencia de cuya omisión pudiera resultar perjuicio irreparable, supuesto que se evidencia en estas actuaciones respecto de la joven con padecimiento de salud, sujeto vulnerable en razón de su género y padecimiento que imponen a la suscripta un deber reforzado de tutela y la resolución en perspectiva de vulnerabilidad y de género.

Esta perspectiva de vulnerabilidad de clara raigambre convencional implica que cuando mayor sea la exposición del sujeto a la situación de fragilidad mayor será el deber

del Estado de dictar las normas positivas o fomentar las prácticas necesarias para lograr la protección de las personas, evitar o mitigar el daño al que se encuentran mayormente expuestas.

Así las cosas, situaciones de excepcionalidad admitirían e incluso imponen al magistrado el dictado de una medida cautelar.

En autos estamos en presencia de una joven mujer que viene encontrando en el despliegue de su vida desde su adolescencia un padecimiento que limita el goce efectivo de sus derechos. La situación a tratar impone, se insiste, una perspectiva de género para su resolución, máxime atendiendo a la patología en cuestión.

Que es preciso señalar que sin perjuicio de la categoría en la que pueda incluirse el supuesto de autos, en relación al tipo de cirugía de carácter reparadora o estética es preciso efectuar el análisis de otras variables que hacen a las particularidades del caso concreto. Máxime cuando la posibilidad de naturaleza mixta en la medida que la cirugía estética adquiere ribetes de reparadora por cuanto se erige en mandatoria para supuestos en los que la persona sufre intensos padecimientos por su no realización (En este sentido, resulta esclarecedor el fallo por el cual se hizo lugar al pedido de cobertura de cirugía de feminización de rostro solicitada por quien forma parte de un colectivo históricamente invisibilizado y vulnerado como lo es el LQTBQ+ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA UNICA. , abril 2019, F, T (R.F.) CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS, Número: EXP 12330/2018-0, CUIJ: EXP J-01-00022964-0/2018-0).

En lo que aquí interesa destacar independientemente del tipo de cirugía (estética o reparadora) que se reclame es preciso, en el marco acotado de la cautelar en tratamiento, analizar los efectos concretos que la omisión de su realización implica para la vida de la peticionante. Todo ello, desde el enfoque de vulnerabilidad y género.

Así, el deber de prevenir el daño resulta un corolario de los deberes de respeto y garantía asumidos convencionalmente (arts. 1 y 2 CADH) conforme ha puntualizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, operan en la órbita del reconocimiento, de la prevención y eventualmente de la reparación del daño (CIDH, opinión consultiva OC-23/17).

La jurista cordobesa Zavala de González expresaba con acierto que "la posibilidad de resarcir no desjerarquiza una finalidad de custodia de intereses valiosos, siempre prioritaria antes de una recomposición después de ser lesionados [...] Siempre es preferible evitar un daño injusto [...] en lugar de repararlo" (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código" (Con colaboración de GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo), Alveroni Ediciones, 2015, t. I, p. 81, el destacado no se encontraba en el original).

Esta prevención requiere enfatizar el deber del Estado (y de los operadores jurídicos en particular) de detectar oportunamente la existencia de sujetos vulnerables. Tras ello la necesidad del análisis del impacto que las normas y prácticas tienen sobre la situación concreta de la persona (CorteIDH, "Furlan y familiares vs. Argentina", 31/08/2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)).

Sentado ello y entrando a considerar la medida cautelar peticionada, surge del escrito de inicio y la documental allegada que P. F. ha sido diagnosticada con gigantomastia bilateral, con crecimiento mayor de una de sus mamas, ocasionándoles desnivel respecto de la otra mama.

En este sentido, la afirmación antedicha se encuentra verosímilmente acreditada con las indicaciones médicas que acompañan a los presentes.

Que la joven resulta ser beneficiaria N° XXXXX Plan XXX Exclusive de ASOCIACIÓN MUTUAL SANCOR SALUD habiéndose requerido la cobertura inmediata e integral del tratamiento e intervención quirúrgica prescripta a la joven en un 100% del costo integro que requiera dicha prestación así como también todas aquellas que requiera el tratamiento del diagnóstico de la amparista.

Que conforme surge de la documental obrante en autos como así también de lo manifestado por la amparista en el escrito de inicio, ha sido requerida dicha prestación tanto mediante carta documento como también intentando la vía de reclamo ante la Oficina de Defensa del Consumidor a los fines de una resolución alternativa del conflicto, habiendo obtenido todas las veces respuesta negativa.-

Que la joven se halla activamente legitimada para iniciar la presente en tanto se encuentra -ab initio- acreditada su calidad de beneficiaria de ASOCIACIÓN MUTUAL SANCOR SALUD, filiación ésta última reconocida por la demandada conforme se desprende de las respuestas brindadas a la petición formulada y que obran en autos.

Que en cuanto al objeto de la cautelar solicitada resulta del mismo un palmario conflicto de valores en tanto se encuentran en juego derechos fundamentales como los son la salud y el derecho a una vida digna que requieren necesariamente una tutela judicial efectiva, máxime atendiendo a la presencia de sujetos especialmente vulnerables como lo es una mujer con padecimientos de salud.

Es pertinente destacar que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a una vida digna, reconocido por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales que tienen jerarquía supranacional (art. 75 inc., 22 C.N.).-

En este sentido, nuestro máximo tribunal de justicia nacional tiene dicho que..."el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho natural de la persona humana

preexistiendo a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional".

La demandada debe garantizar el derecho a la preservación de la salud de la amparista, disponiendo acciones concretas en su favor, tales como las solicitadas en autos esto es la cobertura integral (100%) para la intervención quirúrgica denominada mastoplastia bilateral y toda otra atención médica pre y pos operatoria que requiera el tratamiento del diagnóstico de la joven, sin formalismos ni ritualismos que desnaturalicen la medida.

Entiendo que en autos se encuentran acreditados los presupuestos básicos requeridos para la procedencia de toda medida cautelar:

Verosimilitud del derecho y peligro en la demora, no debiendo afectar gravemente, el dictado de la medida peticionada, el interés público y ello claramente surge no sólo de la documental allegada y de la acreditación de la patología de la joven. Supeditar el pronunciamiento a cuestiones de competencia implicaría desconocer el derecho a la tutela efectiva del que la amparista resulta titular.

La verosimilitud en el derecho se configura además en la jerarquía de los derechos fundamentales afectados (derecho a la dignidad, a la integridad física, a la salud, entre otros...), los cuales, se encuentra documentadamente probado que se hallan vulnerados ante la patología diagnosticada a la amparista y la dilación o falta de prestación de la demandada.

En este sentido es menester recordar que "La acreditación de peligro y riesgo de vida no son necesarios para otorgar la cobertura requerida" (conf. Cfed. Rosario, sala B, 20/12/2016 C., M.I.M. C. pami Y OTROS S/ AMPARO 16.986, con nota de YANKIELEWICZ, Daniela L- ZALAZAR, Pablo A, Derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad. LL 16/06/2017) atendiendo a las dificultades y limitaciones que implican para la vida diaria y el ejercicio pleno de los derechos por parte de la amparista la denegación y/o dilación de la intervención requerida.

Con este criterio se ha sostenido que "La medida cautelar que ordenó a la empresa de medicina prepaga otorgar cobertura integral de un medicamento para tratar la Pubertad Precoz Central de una niña de 8 años debe confirmarse, pues, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de esta instancia, los elementos arrimados al promover la acción -analizados al solo efecto cautelar y sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto- satisfacen los requisitos para el otorgamiento de la medida, no siendo un obstáculo para ello su identificación con el fondo de la cuestión debatida, frente a la naturaleza de los derechos involucrados y la urgencia de su protección" (conf. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, SALA I, 16/03/2021, O., M. C. y otro c. OSDE s/ Amparo Ley 16.986, Cita Online: AR/JUR/2833/2021)

Lo expuesto aparece como un agravio susceptible de lesionar no solo la salud de la amparista entendida esta de conformidad con lo conceptualizado por la Organización Mundial de la Salud, esto es, un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades sino y, sobre todo, su derecho a una vida digna y en plenitud.

En este sentido, el abordaje con perspectiva de género no puede soslayar lo errado de equiparar cuestiones relacionadas con las mamas de la solicitante a tratamientos estéticos.

Si bien en autos la persona viene padeciendo limitaciones en su actividad física y actividades cotidianas tampoco es inocuo para la persona contar con una mama en desnivel prominente con la otra. A la luz de la documental obrante en autos, la patología se ha intensificado en una de sus mamas (la izquierda) generando un notorio desnivel respecto de la otra mama con el probable daño que ello genera en la vida de relación y autoestima de una mujer.

Y ante todo ese cuadro de situación no se vislumbra que la demandada haya “ofrecido una alternativa concreta acorde al problema de salud de su beneficiaria” (conf. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA III, L., S. c. Obra Social de Docentes Particulares y otro s/ amparo de salud • 17/11/2020, Cita Online: AR/JUR/57578/2020) sino que se limitó a insistir en el carácter estético de la cirugía requerida haciendo caso omiso de las indicaciones médicas de las que se extrae las dificultades en movilización y actividad física de la vida diaria de la joven así como -va de suyo- las propias dificultades que acarrea a una mujer la asimetría pronunciada de sus mamas.

En este orden de ideas la Organización Panamericana de Salud ha afirmado que “La desfiguración debida a la leishmaniasis, la esquistosomiasis, la lepra y la Oncocercosis [entre otros] suscita un mayor rechazo de la sociedad si quien la padece es una mujer, como consecuencia de la conexión entre la belleza física y el valor de una mujer. Sin embargo, el agrandamiento del escroto y los testículos causado por la filariasis es socialmente más perjudicial para los hombres que la hipertrofia mamaria del mismo origen en la mujer”. En definitiva, ambas situaciones son perjudiciales e implican un detrimento de la persona en su derecho a la salud. (<<https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/manualFinal.pdf>>). Va de suyo que ambos supuestos, agrandamiento de escroto o hipertrofia mamaria, máxime cuando se ha pronunciado más una mama que la otra, merecen igual tratamiento excediendo éste el mero deseo de belleza y erigiéndose en necesario para la vida digna de la persona.

Se insiste, entonces, en la omisión de ponderación de la especial situación de la amparista desde el enfoque de perspectiva de género al pretender equiparar su

situación con la de otras personas que eligen la intervención como consecuencia de deseo de mejora o embellecimiento estético.

En este sentido, debe recordarse que el principio de no discriminación incluye una obligación positiva: “crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados” (conf. Derecho a la salud y Covid-19. Una lectura en clave de derechos humanos: indivisibles, interdependientes y no regresivos, Fuente: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/noticias/Derecho%20a%20la%20salud%20y%20Covid%2019-PPF.pdf> 15 de mayo de 2020. Leoncio Patricio Pazmiño Freire. Vicepresidente de la Corte IDH.), por caso, la mujer en razón de su género.

Al respecto ha puesto de resalto la Organización Mundial de la Salud que “Los determinantes de la salud relacionados con el género son las normas, expectativas y funciones sociales que aumentan las tasas de exposición y la vulnerabilidad frente los riesgos para la salud, así como la protección frente a los mismos, y que determinan los comportamientos de promoción de la salud y de búsqueda de atención sanitaria y las respuestas del sistema de salud en función del género. Son uno de los principales determinantes sociales de las inequidades sanitarias [...] La integración de la perspectiva de género implica evaluar el modo en que el género determina las medidas planificadas, incluidas la legislación, las políticas y los programas, en todos los ámbitos y a todos los niveles. La incorporación de la perspectiva de género también puede contribuir al empoderamiento de las mujeres y la igualdad de participación en todos los niveles” (conf. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender> , el interlineado ha sido agregado por la suscripta). Análisis éste que, prima facie, ha sido omitido por la demandada a la luz de los hechos ya reseñados y que dejan a una -hoy joven- mujer expuesta y en posición de mayor fragilidad.

A la luz del deber de adoptar acciones positivas para la igualdad real de oportunidades de quienes a priori se consideran en posición de fragilidad, por caso en razón de género y a la luz del principio de prevención de raigambre constitucional ya aludido, ha de destacarse lo desacertado de la demandada de endilgar la falta de un daño concreto cuando el paso del tiempo sin solución de la patología razonablemente deriva en dificultades y daños para la (hoy joven) mujer con patología de gigantomastia bilateral.

La urgencia del caso, a la luz del principio de prevención que impone el deber de respeto y garantía de los derechos humanos (arts. 1, 2 CADH) así como el deber de ponderar la previsibilidad del riesgo que enfrenta la paciente y la probabilidad de que la conducta omitida pueda interrumpir el proceso causal que desemboca en un resultado dañoso (conf. doctrina Corte IDH en caso “Poblete Vilches y otros” contra la República de Chile, 26/08/2016), la necesidad de contar con la cobertura integral de SANCOR SALUD de la prestación solicitada como cautelar, resultan prima facie probados.-

Atento lo expuesto, considero reunidos los recaudos exigidos para la procedencia de la medida cautelar peticionada y conforme lo dispuesto en los arts. 14 y 43 de la Constitución Nacional; arts. 18. Incs. 1 y 2, 33, 54 y cc. De la Constitución Provincial ; arts. 197, 198, 234, ssgtes. y cc. del C.P.C.C;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el Sr. M. F. como titular de la Obra Social demandada y ratificada en todos sus términos por P. F. DNI XXXXXX como beneficiaria N° 0XXXX02 Plan XXXX exclusive y ordenar que ASOCIACIÓN MUTUAL SANCOR SALUD (CUIT 30-59035479-8), de manera inmediata a ser notificado proceda a otorgar la cobertura integral (100%) para la intervención quirúrgica denominada mastoplastia bilateral y toda otra atención médica pre y pos operatoria que requiera el tratamiento del diagnóstico de gigantomastia bilateral de P. F. (arts. 33 y 75 inc. 22 C.N y art. 4 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1º de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; Preámbulo, art. 12 y cc. CEDAW, art. 18. Incs. 1 y 2, 33, 54 y cc. De la Constitución Provincial, Ley de Amparo N° V-84 Chubut).- A tal fin líbrese oficio, el cual deberá diligenciarse con habilitación de días y horas y carácter MUY URGENTE, conjuntamente con la copia íntegra de esta resolución.-

II.- Previo al libramiento antes dispuesto deberán comparecer M. F. y P. F., munidos de su documento nacional de identidad, a primera audiencia a este Juzgado a fin de prestar caución juratoria, ello por las costas, daños y perjuicios que se derivaren de esta medida cautelar por ellos peticionada, en el caso de haberlo hecho sin derecho (art. 201 CPCC).-

III.- Declararme incompetente y, por ende, inhibirme de entender en la presente acción de amparo y firme que se encuentre la presente, y dada la urgencia esgrimida en la tramitación de esta causa y los derechos pretendidos remitir la presente al Sr. Juez Federal de Cómodo Rivadavia competente en razón de la materia y del territorio, previa comunicación a la Cámara y previa baja de los Registros de este Juzgado. -

IV.- De todo lo actuado dese vista al Ministerio Fiscal.

REGISTRESE.- NOTIFIQUESE.-

Firmado electrónicamente en sistema LIBRA: Guillermina Leontina SOSA. JUEZA.