

### ACUERDO:

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur, a los 11 días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, se reúnen en acuerdo Ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Señores y Señoras Jueces Carlos Gonzalo Sagastume, Javier Darío Muchnik, María del Carmen Battaini, Ernesto Adrián Löffler y Edith Miriam Cristiano, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados **“SUÁREZ, Gabriela Elizabeth c/ Obra Social del Estado Fueguino – OSEF y Poder Ejecutivo de TDF s/ Amparo”**, Expediente Número 3189/23 STJ - SR.

### ANTECEDENTES:

I. La Sala Civil de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Sur dictó el fallo de fojas 407/412 -ID. 12506-, por el cual hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto por la demandada Obra Social del Estado Fueguino (OSEF), limitando la cobertura a treinta (30) sesiones de Terapia de Oxígeno Hiperbárico (TOHI).

Asimismo, hizo lugar al planteo interpuesto por el codemandado, Poder Ejecutivo de la Provincia de Tierra del Fuego AelAS, resultando obligado únicamente la OSEF.

II. La actora interpuso recurso extraordinario de casación mediante - ID. 623514 -.

Se agravó por la ausencia de lógica en la decisión de la Alzada, en desapego de los hechos y prueba producida, incurriendo en arbitrariedad.

Indicó que la misma compartió el análisis efectuado por la primera instancia en lo que respecta a la procedencia de la vía, el estado de salud y vulnerabilidad de la actora, la gravedad y urgencia del tratamiento, su finalidad terapéutica y la pertinencia de la cobertura por parte de OSEF, pero que luego la revocó por la sola circunstancia de no haber indicado la cantidad de sesiones. Sobre este aspecto invocó la afectación al principio de congruencia, dado que OSEF rechazó su pretensión por la sola razón de no integrar el Programa Médico Obligatorio (PMO).

Luego, expresó que el tratamiento hiperbárico había sido indicado, aprobado por OSEF pese a la regulación del PMO y respaldado por la prueba producida.

Por último, afirmó que lo decidido implica no darle tratamiento alguno, denegando su derecho a la salud.

No le mereció crítica la absolución del Poder Ejecutivo provincial.

III. Concedido el traslado a fojas 419, la contraria OSEF no contestó. El Poder Ejecutivo Provincial lo hizo a través del – ID. 626970 -. Luego, la Cámara de Apelaciones ordenó elevar sin más trámite al Superior Tribunal de Justicia (Cfr. art. 17 Ley 1496) a foja 420 - ID. 12572 -.

IV. El Señor Fiscal ante el Estrado expresó su postura del caso, por el rechazo a fojas 433/435 – ID. 639453 -.

Luego de que se practicó el sorteo del orden de votación, y tras deliberar se ha decidió tratar las siguientes

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'P' followed by several loops and a horizontal line at the bottom.

## CUESTIONES

**Primera:** *¿Es procedente el recurso?*

**Segunda:** *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

**A la primera cuestión el Señor Juez Sagastume dijo:**

I. En primer lugar, me pronunciaré respecto al agravio de la incongruencia que, de prosperar, podría implicar la nulidad de la sentencia cuestionada.

La pretensión inicial de la accionante consistió en la cobertura requerida sin limitación alguna (ver foja 20). La demandada se opuso a ello (ver foja 62/67), claramente en lo que excediera aquellas que expresamente reconoció -por error- y fueron usufructuadas, es decir las treinta (30) sesiones iniciales.

Luego, la sentencia limitó a un total de sesenta (60) sesiones con base en el dictamen pericial médico producido.

Consecuentemente, no advierto vulneración al principio de congruencia.

La concesión en menos de lo pedido no implica una violación al instituto mencionado en tanto, como vimos, se sustentó en las pretensiones de las partes y las pruebas producidas.

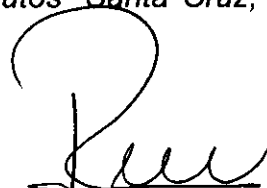
La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sostuvo: *“Los jueces - en el cumplimiento de su misión constitucional de discurrir los conflictos litigiosos- tienen el deber de examinar autónomamente la realidad fáctica subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. Atribución que por ser propia y privativa de la función jurisdiccional lleva a prescindir de los fundamentos y*

*calificaciones normativas que postulen las partes, aun cuando concordaren en ellos; y que encuentra su único límite en el respeto al principio de congruencia, de raigambre constitucional, en cuanto invalida todo pronunciamiento que altere la causa petendi o introduzca planteos o defensas no invocadas” (CSJN. Fallos: 329:4372).*

También ha expresado: *“El hecho que la Cámara tome en cuenta razones no alegadas por la actora, no significa que haya fallado ultra petita, sino que tal proceder comporta el ejercicio legítimo de la facultad que tienen los jueces para apreciar y seleccionar los hechos y las pruebas del caso que estimen más adecuadas para la correcta solución del diferendo, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes” (CSJN, Fallos 302:1564).*

II. Ante el cuestionamiento de la valoración de los hechos y la prueba producida, es menester recordar el criterio de este Tribunal en cuanto a que: *“... Este Tribunal ha fijado postura respecto del análisis casatorio en orden a las cuestiones de hecho y prueba, fijando los límites dentro de los cuales corresponde afirmar que su valoración amerita el remedio y el modo en que debe ser propuesto el tema (...).*

*Es en razón de ello, que `solo procedería la descalificación de la valoración probatoria de la sentencia en crisis si se hubiera incurrido en absurdo, entendiendo que el mismo radica en la construcción ilógica del raciocinio -hilo conductor del pensamiento cuyos vicios o fallas desembocan en un resultado sentencial desacertado, insostenible como obra judicial válida; siendo por ello un remedio último y excepcional para casos extremos, que solo configura un rostro nítido cuando el discurrir del fallo en ataque se encuentra viciado de tal modo que lleva a conclusiones contrarias al entendimiento` (ver autos “Santa Cruz,*

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'P' followed by several cursive letters, likely 'Rui'.

*Florencio c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Accidente de trabajo” expte. N° 56/95, sentencia del 13/03/96 registrada en el libro II folios 107/112, entre muchos otros).” (ver autos “Astorga Cárdenas, José Ramiro c/ INPOEX S.R.L s/ Despido s/ Recurso de Queja” - Expte N° 776/04 - STJ - SR., sentencia del 2 de febrero de 2005, registrada en el T° XI, F° 10/14)” (“Morales, Luis Ernesto c/ Casino Club S.A. s/ Despido” - Expte N° 2608/18 - STJ – SR. T° XXV – F° 124/127)” (“Metrechen, Mario Javier c/ Aires del Sur S.A s/ Despido”, expediente N° 2906/21 de la Secretaría de Recursos. T° XXVIII – F° 307/311)” (“Huici, Diana Araceli c/ Obra Social del Estado Fueguino s/ Amparo s/ Incidente de Apelación” –Expediente Número 2969/22 - STJ - SR. T XXVIII– F° 688/691).*

Desde tal perspectiva, es que se analizará el presente recurso.

La Alzada, al modificar la decisión del primer sentenciante, invocando la prueba producida, sostuvo que no hubo mejoras fisiológicas. Consecuente con ello, estimó limitar la cantidad de sesiones -advertido por el Juez de Grado (ver foja 371 vuelta)- conforme lo indicó la pericial médica practicada que, a la postre, excederse podría repercutir negativamente en la salud del amparista (ver foja 353/356), con coincidencias por parte del testigo Bergese, quien fue médico tratante de la actora. Expresó que el reconocimiento inicial de la demandada en conceder la prestación no implicó un error, pues el PMO no fija un máximo sino mínimo de prestaciones.

Todas esas expresiones debían recibir un embate preciso por parte de la recurrente, en tanto son los pilares medulares en los que se sostuvo la decisión arribada por la Sala Civil, no habiéndose efectuado una crítica concreta y razonada en la pieza casatoria. Por ello, incumplió con la carga procesal prescripta por el art. 290.2 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero (CPCCLRyM).

Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que: *“Tiene dicho el Tribunal acerca de la correcta fundamentación que el: “... recurso debe contener, esencialmente, una crítica o censura de las motivaciones de la sentencia apelada. De donde se sigue que no cumple la misión para la cual está destinado, el escrito que ni siquiera intenta rebatir la argumentación del juez a quo. La crítica debe ser concreta; esto es, precisa, dirigida a las argumentaciones desarrolladas en el fallo impugnado. En este orden de ideas, la expresión de agravios debe indicar, punto por punto, los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional. No bastan apreciaciones genéricas o desvinculadas de las consideraciones esenciales de la sentencia, ni las citas doctrinarias y jurisprudenciales sin indicación de su atinencia al caso. Asimismo, la expresión de agravios debe ser razonada. No alcanza a superar el vallado del juicio de admisibilidad enunciar los errores que exhibe la sentencia impugnada; es necesario demostrarlos...”* (v. Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone, *“La Alzada. Poderes y deberes”*, Ed. Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs.24/25). (ver, por todos, autos *“Albornoz, Romina c/ Enchieme, Pablo Ignacio s/ Despido”* -Expediente N° 2659/19 STJ – SR.-, sentencia del 6 de febrero de 2020, registrada en el T° XXVI, F° 4/7) (**“Arriagada Gutiérrez, Manuel Jesús c/ Britez, Pedro Félix s/ Desalojo por falta de pago”** -Expediente Número 3110/23 STJ – SR.-. T XXIX– F° 272/274).

Por lo expuesto, es que no se logró acreditar la arbitrariedad que le atribuye a la decisión de la anterior instancia.

Por último, no es acertado que se le negó el derecho a la salud, como se agravio la accionante. Se le reconoció cobertura al tratamiento requerido, con los alcances de la prueba producida al efecto.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Luis', written in a cursive style.

Por lo expuesto, voto en sentido **negativo**.

**A la primera cuestión el Señor Juez Muchnik dijo:**

I. Solicita la casacionista la revocación de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Sur al considerar que el acto jurisdiccional ha violentado el principio de congruencia, por haberse apartado de las postulaciones de las partes y que, además, resulta arbitrario por no guardar lógica.

Refiere con relación a ello que el *a quo* luego de ponderar la procedencia de la vía, estado de salud y vulnerabilidad de la amparista, su gravedad y la urgencia del tratamiento, decide revocar la sentencia de primera instancia por la sola circunstancia de no indicarse en el fallo una limitación en la cantidad de sesiones lo que importaría dejarla en total situación de desamparo.

II. En lo que respecta al principio de congruencia, comparto el temperamento y fundamento expuesto en el voto ponente.

En orden a la alegada arbitrariedad tiene establecido este Tribunal que es de resorte de la casación *“controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida, con ajuste a*

*las formas prescriptas*". ("Finocchio, Jorge Alberto s/ Pto hurto (Dte. Agustín Vidal Marinkovic)" – expte N° 610/03 STJ-SR – Libro IX, f° 410/417).

Bajo estos parámetros debe acometerse el análisis de la pieza recurrida.

De la lectura integral de las actuaciones concluyo que la sentencia impugnada no ponderó debidamente la prueba pericial y testimonial rendida en función de las especiales circunstancias que rodean la causa, las que exigían un tratamiento tuitivo diferenciado.

III. Tal como fuera reseñado, la cuestión pivotea en torno a la continuidad del tratamiento de "terapia de oxígeno hiperbárico" que le fuera prescripto a la amparista el cual, debo destacar, no fuera requerido exclusiva y excluyentemente para tratar la "necrosis avascular de húmero".

La aclaración formulada no resulta baladí en tanto tiende a poner en sus justos términos la pretensión de la amparista, el *thema decidendum* y, consecuentemente, la adecuada valoración del plexo probatorio.

Se encuentra fuera de discusión que la actora ha padecido a lo largo de su vida múltiples afecciones producto de las cuales fue sometida a diversos tratamientos que a la postre le produjeron serias secuelas en su organismo, cuyo acabado detalle rola a fs. 3 vta/5 y 19, el que debe ser complementado con los antecedentes que obran en su historia clínica.

Asimismo, no está controvertido que en la praxis médica la patología que sufre la recurrente –osteonecrosis- y que motivó el pedido original del tratamiento en cuestión se resuelve quirúrgicamente mediante el reemplazo de la articulación.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Ruiz', written in a cursive style.



El problema frente al cual nos enfrentamos es que el procedimiento que normal y regularmente se utiliza para tratar la afección no puede, en el caso, ser considerado como la primera o única opción dado el delicado estado de la estructura ósea de la amparista (osteoporosis severa) que conspira con una adecuada integración de la prótesis, lo que determina la necesidad de buscar alternativas terapéuticas.

A través de las declaraciones de los galenos ha quedado establecido que por esa razón se recurrió a la cámara hiperbárica, a los fines de ralentizar el proceso de necrosis en ambos hombros y fundamentalmente para tratar el dolor, objetivos que se alcanzarían a través de una neovascularización generada por efecto de la disolución del oxígeno en la sangre.

El juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la Obra Social del Estado Fuegoño y al Poder Ejecutivo de la provincia a reanudar la terapia de oxígeno hiperbárico por la cantidad de sesiones, en el lugar y con las prescripciones médicas que establezca el galeno tratante.

IV. Destaco que más allá de los agravios desarrollados por las demandadas en sus respectivos recursos de apelación, el *a quo* sostuvo en lo medular la decisión de primera instancia que condenó a la OSEF a brindar la cobertura del tratamiento.

Así, la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Sur, luego de ponderar la opinión del Dr. Bergese y del Sr. Perito Oficial, tuvo por acreditado que el procedimiento en cuestión brindaba mayor calidad de vida a la actora por lo cual si bien concluyó que debía dársele continuidad, lo limitó a sesenta (60) sesiones – computando las treinta ya otorgadas- por entender que los mentados

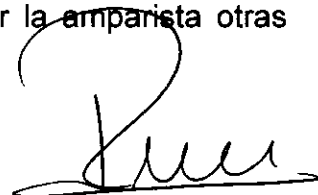
profesionales *“fueron claros en sus reparos a su uso para el tratamiento crónico y los eventuales riesgos que implica el sometimiento al procedimiento en cuestión”* señalando asimismo que *“la prolongación en el tiempo puede acarrear riesgos y resultados no deseados en el cuidado de la salud de la Sra. Suarez, especialmente por las categóricas afirmaciones del perito oficial (v. en especial la conclusión n°4).”*.

Es evidente que la sentencia, en los términos que ha sido emitida, desvanece la pretensión amparista en tanto no asegura la continuidad del tratamiento de terapia de oxígeno hiperbárico, ya que solo reconoce el derecho a un número limitado de sesiones.

El razonamiento no solo se precia ilógico sino que, además, no encuentra apoyatura en la prueba rendida en autos.

En efecto, es irrazonable sostener que la terapéutica utilizada reporta beneficios en la salud de la afiliada que se traducen en una mejor calidad de vida y al mismo tiempo poner un coto al procedimiento y, por ende, al bienestar que el mismo le reporta bajo el argumento de los eventuales riesgos que pudieran derivarse de su utilización, máxime cuando este extremo no emerge de la prueba rendida en autos.

Ni en la declaración testimonial del Dr. Bergese ni en el dictamen pericial se ha sostenido que la utilización de la cámara hiperbárica pueda ser nociva para la salud de la amparista. El primero de ello ante la consulta directa sobre este punto manifestó que no se encontraba demostrado que a nivel articular pueda generar problemas pero que sí, dado el aumento de presión al que uno se expone, podría hacerlo en otras estructuras, explicitando que si bien es un procedimiento incruento no es inmune por lo que al tener la amparista otras

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'P. Suarez', written over a horizontal line.

afecciones se debía ser cuidadoso. Concretamente en punto a los riesgos colaterales sostuvo que esa evaluación y control se realiza en los centros en los cuales se lleva a cabo la práctica.

Por su parte el Sr. Perito Oficial tampoco hizo mérito alguno en relación con los riesgos y resultados no deseados del mentado tratamiento, señalando únicamente: *"... Ninguna fuente bibliográfica con el mínimo respaldo editorial exigible, incluye taxativamente a la necrosis humeral avascular entre las indicaciones de TOHB, que por otro lado no es un procedimiento exento de riesgos. La atención puesta en él no debería desplazar a otras alternativas disponibles de tratamiento y sostén, ya sea farmacológico, fisiátrico, kinesiológico, terapia ocupacional, etc..."*. La limitación a sesenta sesiones no resulta consecuencia de una posible reacción adversa sino del hecho de no encontrarse trabajos que evalúen resultados más allá de ese número.

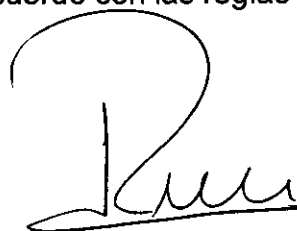
En punto a este último medio de convicción tengo presente que la opinión vertida tuvo por sustrato el documento emitido por el Comité Europeo de Medicina Hiperbárica en el que no se encuentra la necrosis avascular del húmero entre las indicaciones aceptadas, no obstante el mismo experto efectúa una serie de consideraciones en torno al concepto de calidad de vida y las dificultades que pueden presentarse al realizar ensayos controlados de alta calidad cuando la enfermedad o condición clínica tiene multiplicidad de variables, para culminar expresando: *"Aunque las posibilidades probatorias al respecto son limitadas, la Sra. Gabriela Elizabeth SUÁREZ vincula las sesiones de oxigenoterapia hiperbárica con una disminución del dolor hasta fin de marzo pasado, manifiesta haber experimentado una significativa reducción del requerimiento analgésico, y un restablecimiento de la duración y profundidad del sueño. Si dicho tratamiento ha tenido impacto sobre las posibilidades de autovalerse, tampoco resulta posible medirlas con razonable objetividad en una pericia estrictamente médica"*.

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que ni el Dr. Bergese ni el Sr. Perito Oficial han asentado que la continuidad del tratamiento genere un daño en la salud de la amparista más allá, claro está, de la eventualidad ínsita en toda terapéutica médica que conlleva a analizar y sopesar, en cada caso, los posibles daños frente a los beneficios esperados, evaluación que se encuentra reservada a los galenos tratantes.

No podemos soslayar que la casacionista es una persona con discapacidad que a lo largo de su vida ha padecido una serie de graves enfermedades que impactaron de manera directa en su organismo por lo que sufre, además de una serie de patologías, un dolor crónico que le dificulta desarrollar sus actividades cotidianas e incluso poder descansar en las noches. Este es el contexto en el que se desarrolla su vida diaria y lo que motiva el requerimiento de un tratamiento que si bien escapa de los cánones comunes, le ha permitido mitigar el dolor con el indudable impacto que ello tiene en su bienestar y el desarrollo de su proyecto de vida.

Atendiendo al delicado cuadro de salud de la actora, siendo que la terapia de oxígeno hiperbárico constituye para su galeno tratante el procedimiento adecuado para mitigar sus dolencias, extremo éste que no ha sido puesto en crisis por las partes en esta instancia, corresponde garantizar su continuidad.

En este sentido, cabe destacar que la implementación, continuidad, cuantía y periodicidad de un tratamiento médico constituyen aspectos que deben ser evaluados y estipulados conforme al estado de salud de cada paciente, labor que debe ser llevada a cabo por el médico tratante de acuerdo con las reglas del arte que rigen su disciplina.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ruu', written in a cursive style.

En estas condiciones no parece razonable la limitación establecida por la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Sur por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y en su mérito casar la sentencia de fs. 407/12 en cuanto acotó el tratamiento de terapia de oxígeno hiperbárico a sesenta (60) sesiones, debiendo quedar sujeta su continuidad y condiciones a las prescripciones médicas que efectúe el galeno tratante.

Por lo expuesto, a la cuestión debatida voto por la **afirmativa**.

**A la primera cuestión la Señora Jueza Battaini dijo:** que por compartir los fundamentos plasmados por el juez Muchnik, vota en el mismo sentido.

**A la primera cuestión el Señor Juez Löffler dijo:** que por compartir los argumentos desarrollados por el Juez que lidera el acuerdo, vota del mismo modo.

**A la primera cuestión la Señora Jueza Cristiano dijo:**

I. He de disentir con la solución propuesta por el colega que lidera el acuerdo, en base a las siguientes consideraciones:

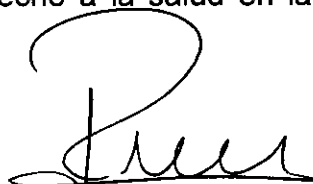
I.1. La protección universal del derecho a la salud se recoge principalmente en dos instrumentos internacionales que han sido receptados por nuestra Constitución Nacional en su art.75 inc.22: la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (en adelante DUDH) y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (PIDESC). El primero de ellos (DUDH), toma como base la dignidad inherente de toda persona y proclama la protección efectiva de los derechos humanos con vocación de universalidad. En

su art. 25.1 reconoce el derecho de toda persona a la salud, a la asistencia médica y servicios sociales y a seguro en caso de enfermedad. El segundo (PIDESC), en una clara muestra de progresividad, refiere puntualmente en su artículo 12.1 que: **“todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”**.

Sabido es que el control y protección de los derechos humanos no solo se consigue con fuertes y contundentes documentos como los enunciados, sino que se requiere además un fuerte sistema de vigilancia en el que se enmarca el control de convencionalidad. En ese sentido y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, una adecuada interpretación del alcance del “derecho a la salud” se debe armonizar con “el derecho a una vida digna” que **presupone “el derecho de todo ser humano a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.”** Por lo tanto, “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico, y en particular, el deber de impedir de que sus agentes atenten contra él.” (cfr. CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia n° 33/96 de 19 de noviembre de 1999).

Se ha dicho también que: “el propio Estado ostenta una obligación internacional de que se desarrolle un eficiente servicio de salud que no vulnere el derecho a la vida y a vivir con dignidad”. (cfr. CIDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia n° 43/03 de 4 de julio de 2006).

En suma, “la multitud de casos vinculados con salud, en las diferentes perspectivas posibles, ha permitido que en la actualidad dicho derecho esté siendo indirectamente precisado y protegido a través de interpretaciones amplias”. (cfr. Gallego Hernández, A. C. (2018). “El derecho a la salud en la

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name 'Perez' or similar, written in a cursive style.

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Araucaria*, 40, 631-654).

I.2. En otro orden, también es cierto que frente a la disyuntiva que plantean los criterios médicos divergentes sobre el tratamiento adecuado de una patología en términos de costo-beneficio, máxime cuando se involucran tratamientos experimentales, “el principio rector de la evaluación de eficacia y seguridad de las prestaciones es la incertidumbre clínica”. De modo que, en los casos de discusiones científicas, tanto la jurisprudencia, como la deontología médica y el derecho proponen como criterio de razonabilidad, “el trinomio compuesto por la efectividad objetiva del tratamiento a la luz de la evidencia científica, la opinión profesional libre e independiente y el respeto al ámbito de la discrecionalidad médica.” En este punto, se impone precisar que “el derecho a una opinión libre e independiente hace posible a los profesionales el abordaje de los casos clínicos complejos basándose en los elementos aportados por la ciencia orientados a la efectividad objetiva del tratamiento, lo cual también constituye un derecho del paciente. A su vez, el ejercicio de esa opinión profesional libre e independiente que procura la efectividad objetiva del tratamiento sólo puede desplegarse en un ámbito de discrecionalidad médica en donde el galeno pueda contar con libertad para ejercer su ciencia. En este mismo sentido, el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina establece que los profesionales tienen derecho al respeto de un margen de discrecionalidad médica que asegure al galeno un espacio de libertad científica. **El ejercicio de la profesión liberal y el reconocimiento del ámbito de discrecionalidad terapéutica deben siempre entenderse en el respeto más pleno del derecho de autodeterminación del paciente.** El derecho a la autodeterminación implica, a su vez, el derecho al acceso a información veraz y suficiente sobre persona y estado del paciente. Ambos se encuentran solemnemente reconocidos en la Ley N° 26.529, con el nombre de Autonomía de la Voluntad e Información Sanitaria.” (cfr. Menéndez,

F. G. (2020). "Evidencia científica: la razonabilidad en el ejercicio del Poder de Policía Sanitario frente a la incertidumbre clínica". *Prudentia Iuris*, (90), 59-78).

**I.3.** En esa línea argumental y teniendo presente las particularidades del caso concreto analizado -dada la precaria condición de salud de la amparista palmariamente acreditado en su historia clínica (ver fs.77/259 y fs.267/343)- considero que la limitación decidida por la Alzada, contradice la perspectiva de derechos humanos y los criterios de razonabilidad que deben primar especialmente en estos casos de "extrema vulnerabilidad".

La limitación del tratamiento médico impuesta por la instancia de mérito, resulta arbitraria a mi juicio, en tanto excede *el thema decidendum* y avanza sobre el ámbito de discrecionalidad terapéutica y el derecho de autodeterminación del paciente (Ley 26.529 art.2 inc. e).

**II.** En mérito a lo expuesto, adhiero a la propuesta que admite el recurso de casación de la amparista, debiendo garantizarse la continuidad del tratamiento de terapia de oxígeno hiperbárico (TOH), conforme el lugar y las prescripciones médicas que establezca el galeno tratante y bajo su exclusiva responsabilidad.

En razón de lo expuesto, a la primera cuestión voto por la **afirmativa**.

**A la segunda cuestión el Señor Juez Sagastume dijo :**

De consiguiente, debe declararse inadmisibile el recurso extraordinario de casación de la actora.





Las costas de esta instancia se imponen por el orden causado (art. 78.2 CPCCLRyM), debido a que no hubo labor de una de las partes contraria, por un lado; y no cuestionó la exclusión del Poder Ejecutivo provincial, por el otro.

En el recurso extraordinario de casación debe regularse al letrado de la parte triunfante del treinta (30) al cuarenta (40) por ciento (%) de lo que corresponda fijarse para los honorarios de primera instancia (artículo 40 de la ley 1384).

Se tendrá en cuenta el monto del juicio y las demás circunstancias contempladas en el artículo 31 de la ley 1384.

Finalmente, para fijar el estipendio del profesional de la parte perdedora, he de hacer aplicación por analogía de la regla prescripta en el artículo 50, segundo párrafo de la ley 1384.

Propongo pues regular los honorarios de los letrados del siguiente modo: los de la codemandada -Poder Ejecutivo provincial- en el treinta y seis (36) por ciento (%) y los de la actora en el setenta por ciento (70 %) de lo regulado al primero.

**A la segunda cuestión el Señor Juez Muchnik dijo:**

En virtud del razonamiento plasmado, corresponde admitir el recurso de casación e imponer las costas por el orden causado toda vez que no hubo réplica de una de las partes (art. 78.2 CPCCLRyM).

Por análogos fundamentos a los delineados en el voto que lidera el acuerdo, propongo pues regular los honorarios de los letrados de la actora vencedora en el treinta y seis (36) por ciento (%) de lo que se le regulara en primera instancia y los de la codemandada -Poder Ejecutivo provincial- en el setenta por ciento (70 %) de lo regulado al primero.

**A la segunda cuestión la Señora Jueza Battaini dijo:** que hace suyo los fundamentos plasmados por el colega que antecede, votando en idénticos términos.

**A la segunda cuestión el Señor Juez Löffler dijo:** que adhiere a los términos plasmados en el voto que lidera el acuerdo.

**A la segunda cuestión la Señora Jueza Cristiano dijo:** que vota en análogos términos a los plasmados por el juez Muchnik.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

### SENTENCIA

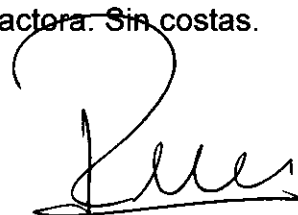
Ushuaia, 11 de diciembre de 2023.

**Vistas:** Las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede,

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

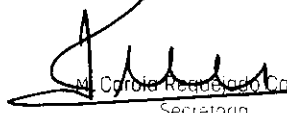
**RESUELVE**

1°.- **ADMITIR** el recurso extraordinario de casación de la actora. Sin costas.



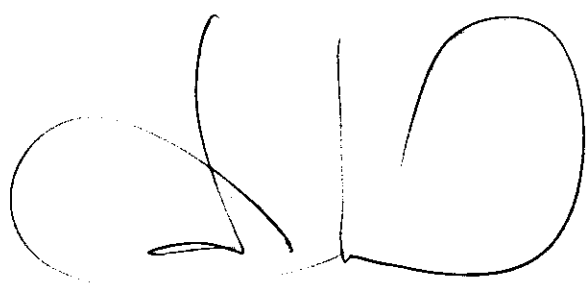
Registrado en el P. 463/472 ~~472~~  
Libros de Resoluciones y Sentencias  
Secretaría de Recursos 11/12/2023



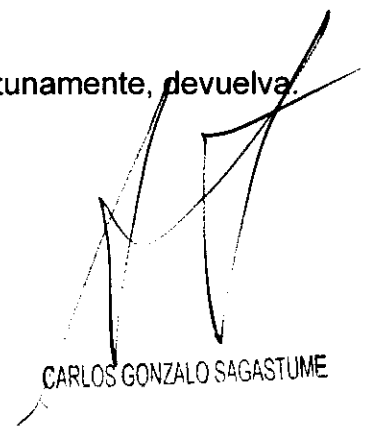
  
M. Carlos Reade, C. Carrere  
Secretario  
Superior Tribunal de Justicia

2°.- **REGULAR** los honorarios del letrado de la accionante amparista en el treinta y seis (36) por ciento (%) de la base aquí determinada y los del letrado de la codemandada Poder Ejecutivo provincial en el setenta por ciento (70 %) de lo regulado al primero.

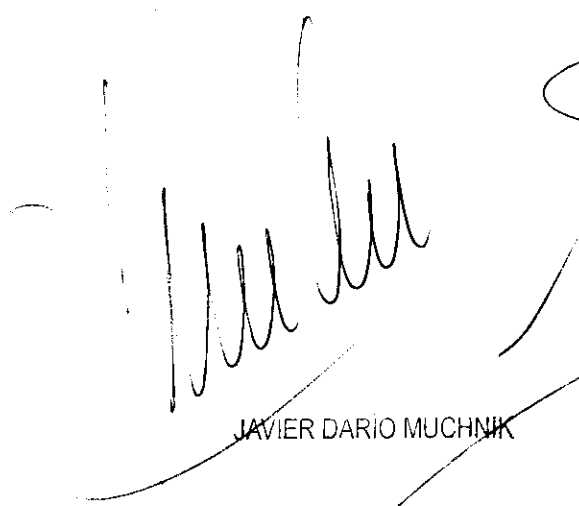
3°.- **MANDAR** se registre, notifique y, oportunamente, devuelva.



EDITH MIRIAM CRISTIANO



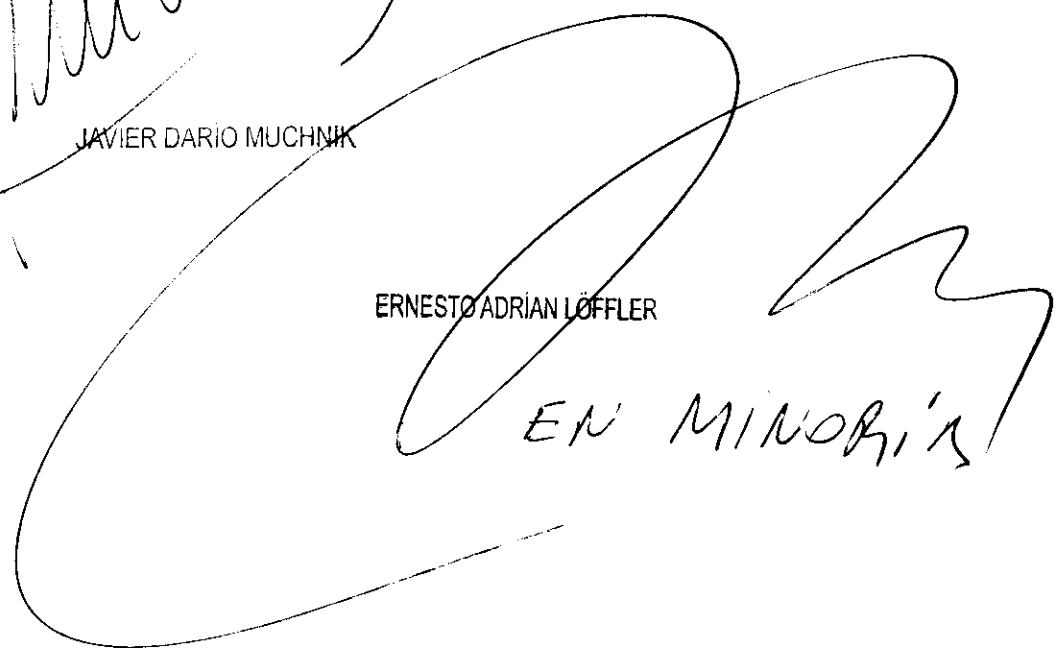
CARLOS GONZALO SAGASTUME



JAVIER DARIO MUCHNIK

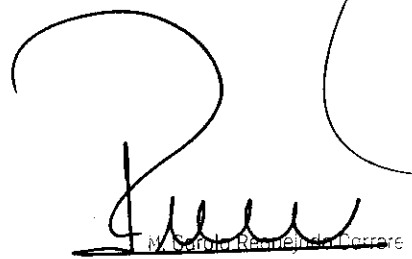


MARIA DEL CARMEN BATTAINI



ERNESTO ADRIAN LOFFLER

EN MINORÍA

  
M. Carlos Reade, C. Carrere  
Secretario  
Superior Tribunal de Justicia

