

DIRECTORES

MATÍAS FERNÁNDEZ PINTO – MARÍA JOSÉ FAUDA

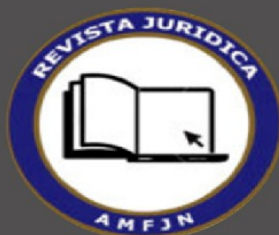
COORDINADORAS

**MARÍA AMELIA EXPUCCI - MARÍA ALEJANDRA MÉNDEZ -
VICTORIA ORDÓÑEZ**

Reflexiones sobre el Derecho a la Salud

COMITÉ ACADÉMICO

**IGNACIO REBAUDI BASAVILBASO - MARIANA CATALANO -
PATRICIO MARANIELLO**



 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Directores:

Matías Fernández Pinto
María José Fauda

Coordinadoras:

María Amelia Expucci
María Alejandra Méndez
Victoria Ordóñez

Comité Académico:

Ignacio Rebaudi Basabilvaso
Mariana Catalano
Patricio Maraniello

AUTORIDADES DE LA AMFJN

Presidente:

Marcelo Gallo Tagle

Vicepresidente Estamento Jueces:

Mariano Llorens

Vicepresidente MP Fiscal:

Fabiana León

Vicepresidente MP Defensa:

María Fernanda Lopez Puleio

Vicepresidente Funcionarios:

Agustín Dávila Marks

Secretario General:

Marcelo Peluzzi

Prosecretaria general:

Jimena Monsalve

Tesorero:

Leandro Gómez Constenla

Protesorero:

Maximiliano Callizo

Secretaria De Actas:

Paula Castro

Vocales:

Alicia Braghini

Diego Stringa

Sergio Pinto

Nadia Sasowsky

Oswaldo Facciano

Manuel Pizarro

Paula Castro

María Fernanda López Puleio

Mónica Cuñarro

Ariel Ovelar

Adriana Valinotti

Rosalía Romero

Jorge Di Lorenzo

Graciela Monseti

Maximiliano Calizzo

Patricia Russo

Enrique Comellas

Gabriel González Da Silva

Revisores de Cuentas:

Federico Calvete

José Fabián Asís

María Alejandra Provítola

AUTORIDADES COMISIÓN DE REVISTA Y BIBLIOTECA

Presidenta:

María Amelia Expucci

Coordinador:

Pablo Ordoñez

Integrantes:

María Alejandra Méndez

Guadalupe Jantus

Melina de Bairos Moura

Noelia Matalone

Victoria Ordoñez

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y autoras y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Dirección, la Coordinación ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group
Lavalle 1115 - PB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
Argentina

ÍNDICE

PREFACIO

Marcelo Gallo Tagle

PRÓLOGO

Matías Fernández Pinto

María José Fauda

María Amelia Expucci

ENFERMEDADES POCO FRECUENTES: A DIEZ AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA LEY N° 26.689

Gabriela Agüero

I. Introducción

II. Las Enfermedades Poco Frecuentes (EPoF), Raras
o Huérfanas

III. La Ley N° 26.689 de Enfermedades Poco
Frecuentes

IV. Programa Nacional de Enfermedades Poco
Frecuentes

- V. Sujetos Obligados – Alcance de la cobertura prevista por la ley de EPoF
- VI. Derecho Constitucional a la Salud
- VII. Antecedentes Jurisprudenciales referidos a Ley N° 26.689 y las Enfermedades Poco Frecuentes
- VIII. Conclusión

PROGRAMA FEDERAL DE SALUD. AMPARO DE BENEFICIARIOS DE P.N.C. LEGITIMACIÓN PASIVA. INCOMPETENCIA DEL FUERO FEDERAL

Martín G. Amallo

- I. Introducción
- II. Características de la “competencia federal”
- III. Abordaje de la cuestión de competencia
- IV. Derecho a la salud. Materia concurrente
- V. Programa Federal de Salud
 - a. Las cosas por su nombre
 - b. Colectivo concernido
 - c. Autoridades de aplicación
 - d. Convenios. Responsabilidades
 - e. Provincia de Buenos Aires. Unidad Ejecutora
- V. Legitimación pasiva
- VI. Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)
- VII. Jurisprudencia en torno a la cuestión
- VIII. Conclusiones

GÉNERO Y SALUD

Daniela Bozzari

I. Introducción. Diversidad sexual y Perspectiva de Género

II. Derecho a la Vida y a la Salud. Bloque de Constitucionalidad Federal. Acción de Amparo

III. Contextualización de la salud LGBT. Percepciones sobre necesidades y acceso al sistema sanitario

IV. Responsabilidad del Estado. Marco Legal Argentino. Ley de Identidad de Género. Políticas Públicas

V. Conclusión. Recomendaciones. Propuestas orientadoras de políticas públicas

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN AMPAROS DE SALUD. UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

David A.Chassagnade

I. Introducción

II. La intervención del Ministerio Público de la Defensa como garante del acceso a la justicia

III. Legitimación procesal. Acceso al patrocinio. Requisitos y reglamentación

III.1. Patrocinio de vulnerables

III.2. Representación del art. 103 del Código Civil y Comercial

III.3. Supuestos de inexistencia de representantes legales, apoyos o curadores y que el afectado se encuentra imposibilitado de interponer el amparo
IV. Honorarios del MPD. Destino. Ejecución
V. Conclusión

DISCAPACIDAD. PRESTACIONES NO CONTEMPLADAS EN EL NOMENCLADOR. SOLUCIONES ANÁLOGAS. JURISPRUDENCIA DE LA JURISDICCIÓN FEDERAL DE LA PLATA

Gisela A. Diez

Federico N. Autunno

I. Introducción

II. Tratamiento cognitivo conductual o terapia cognitivo conductual

III. Acompañante terapéutico

IV. Cuidador o asistente domiciliario

V. Acompañante terapéutico y cuidador domiciliario.

Prestaciones equiparadas. Exigencia de título habilitante a los fines de su encuadre en el nomenclador

VI. Prestaciones de honorarios de diferentes especialidades médicas (clínica, ginecología, nefrología, neurología, enfermería y kinesiología) bajo el módulo de internación domiciliaria y de atención ambulatoria

VII. Conclusión

**LA DOCTRINA DE LAS “CATEGORÍAS
SOSPECHOSAS”: ¿PUEDE SER ÚTIL PARA UN
CONTROL JURISDICCIONAL OBJETIVO DEL
ACCIONAR DEL ESTADO EN
RESTRICCIONES DE SALUD? UN CASO
CONCRETO**

Matías I. Fernández Pinto

I. Introducción

II. Los hechos de la causa

III. La posición del INSSJP en cuanto a la resolución
de referencia

IV. El conflicto existente y la tensión entre poderes

V. La resolución de la causa judicial

VI. La aplicación al caso de la regla de “categorías
sospechosas” basada en la igualdad constitucional

VII. Conclusión

**DIABETES, ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA
PROTECCIÓN INTEGRAL DEL 100 %?
MODERNIZACIÓN DE LA APARATOLOGÍA
DE CONTROL. ¿RESULTA OPONIBLE A LOS
BENEFICIARIOS DE LOS AGENTES DE
SALUD, LA NEGATIVA DE COBERTURA POR
NO ENCONTRARSE PREVISTA EN EL PMO?**

María Belén Gallego

I. Aspectos generales del tema

- II. Cobertura integral al 100 %. Requisitos
- III. Denegación de Ajustes Razonables
- IV. Conclusión

LA LITIGACIÓN EN EL DERECHO A LA SALUD Y EL ROL DEL PODER JUDICIAL. PERSPECTIVAS JURÍDICAS Y BIOÉTICAS

Pablo M. Labombarda

- I. Introducción
- II. Algunos conceptos preliminares
- III. El derecho a la salud. Discusiones filosóficas sobre su reconocimiento y alcances
- IV. La incidencia de la economía y de la disponibilidad de recursos en el reconocimiento del derecho a la salud
 - IV.1. Exposición de la problemática
 - IV.2. Opiniones sobre la influencia de la economía en los sistemas sanitarios
- V. La judicialización del derecho a la salud y la intervención del Poder Judicial
 - V.1. El escenario creado por la litigación en materia de salud
 - V.2. Breve repaso de algunas opiniones sobre el rol del Poder Judicial en la protección del derecho a la salud
 - V.3. Opiniones y experiencias en primera persona. La palabra de los jueces
- VI. Conclusiones

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL CONTEXTO DE LA SALUD REPRODUCTIVA

Verónica A. Medina

Zunilda Niremperger

I. Introducción

II. El caso

III. La salud como derecho humano fundamental

IV. Jurisprudencia de la CIDH y de la CSJN.

Principios de integridad. Acceso a la información

V. Vivir con perspectiva de género

VI. La perspectiva de género en las decisiones judiciales

VII. Salud reproductiva: igualdad (¿real?) entre hombres y mujeres

VIII. Conclusión: La justicia de género no puede esperar

POSIBILIDAD DE RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN Y EXCLUSIÓN DE COBERTURA POR INVOCACIÓN DEL ART. 9 DE LA LEY N° 26.682 A LA LUZ DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Fabio H. Procajlo

Bárbara R. Diab

- I. Introducción
- II. Los derechos constitucionales involucrados
- III. Declaraciones juradas, rescisiones unilaterales y exclusión de cobertura
- IV. Enfermedad preexistente y discapacidad. Valor diferencial
- V. El amparo como vía expedita, rápida e idónea para tutelar los derechos lesionados
- VI. Conclusiones finales

EQUINOTERAPIA Y DISCAPACIDAD: REFLEXIONES DESDE EL DERECHO

Verónica Zapata Icart

- I. Introducción
- II. Desarrollo
- III. Beneficios físicos y psicológicos de la equinoterapia
- IV. Sobre una Ley Nacional de Equinoterapia
- V. Equinoterapia Social: una nueva y actual modalidad
- VI. Reflexión final

PARTICULARIDADES EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL I.N.S.S.J.P.

Martín F. Zemma

- I. Breve introducción sobre los orígenes del INSSJP
- II. Régimen jurídico

III. El marco de las prestaciones de salud que brinda el Instituto

IV. Tensiones normativas

V. El incumplimiento de las prestaciones de salud y sus consecuencias

VI. Conflictividad jurídica provocada por el Instituto

VII. Conclusiones

PREFACIO

Marcelo Gallo Tagle*

La salud, esencial para vivir dignamente, es un derecho indiscutido con recepción constitucional y reconocimiento convencional. Sin embargo, el colapso de los sistemas sanitarios, el rápido desarrollo de las nuevas tecnologías, la aparición de nuevos tratamientos, el avance de la ciencia y las desigualdades estructurales hacen que los tribunales de justicia hayan experimentado un incremento en los litigios que se inician a través de acciones de amparo donde ciudadanos y ciudadanas intentan el reconocimiento de este derecho ante la negativa o ausencia de respuesta de parte de sus obras sociales y prestadoras de salud cuando requieren de determinadas prestaciones.

Quienes se desempeñan en el fuero civil de la justicia federal se encuentran con distintas aristas a la hora de resolver los casos que llegan a tribunales. Así, de un grupo informal donde integrantes de la justicia federal intercambian, cotidianamente, opiniones y experiencias surgió la idea de sistematizarlas. Esa idea, con el tiempo, se transformó en esta obra colectiva donde magistradas, magistrados, funcionarios y funcionarias han reflexionado acerca de cuestiones referentes al derecho a la salud y al trámite de las acciones de amparo en torno a esta temática.

Esta obra es parte de eso, parte de un trabajo constante, perseverante más allá de las adversidades. Es reconocer una nueva realidad y abordarla sin perder el sentido que nos une a todos y todas quienes formamos parte de esta Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

Como presidente de esta AMFJN no puedo dejar de felicitar al doctor Matías Fernández Pinto y la doctora María José Fauda quienes han dirigido

esta obra, concretando y dejando plasmadas ideas sobre un tema de tanta actualidad.

A las integrantes del Comité Editorial: doctoras María Alejandra Méndez, Melina de Bairos Moura, Guadalupe Jantus, Noelia Matalone y Victoria Ordóñez y a los miembros del Comité Académico: los doctores Ignacio Rebaudi Basabilvaso y Patricio Maraniello y la doctora Mariana Catalano expertos en la materia que han colaborado, como lo hacen a diario en vida asociativa, para que esta obra pueda estar disponible para todos y todas.

A la presidenta de la Comisión de Revista y Biblioteca, María Amelia Expucci y, a través de ella, a sus integrantes por este nuevo libro titulado “*Reflexiones sobre el Derecho a la Salud*”, por la seriedad con la que encararan todos los proyectos y por la amplitud y el enfoque federal que les imprimen.

A IJ Editores por acompañarnos en todos los desafíos que encaramos.

Y, por supuesto, a los verdaderos protagonistas de esta obra: sus autores y autoras, integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Defensa. Principalmente, quiero destacar la preeminencia de la participación de funcionarios y funcionarias tanto en la génesis de la idea como en su desarrollo.

Con miradas de autores de distintas jurisdicciones: **Chaco** – Resistencia–, **Córdoba** –Río Cuarto–, **Buenos Aires** –Lomas de Zamora, Junín, La Plata, Moreno, Necochea–, **La Rioja**, **Chubut** –Comodoro Rivadavia y Rawson–, **Santa Fe** –Rosario– y **Misiones** –Posadas–, esta obra nos acerca una mirada federal y nos permite nutrirnos de quienes día a día tienen en sus manos la resolución de estos conflictos.

Los invito, ahora sí, a compartir juntos estas páginas.

PRÓLOGO

Matías Fernández Pinto*

María José Fauda**

María Amelia Expucchi***

Esta obra colectiva “*Reflexiones sobre el derecho a la salud*” nace de las miradas, problemáticas y sugerencias intercambiadas en un grupo de integrantes del Poder Judicial y Ministerios Públicos de distintas jurisdicciones del país.

Primero, nos pareció oportuno sistematizar las ideas prácticas que iban surgiendo como soluciones a conflictos que se suscitan tanto en el trámite procesal de los amparos de salud como en cuestiones atinentes a tratamientos novedosos y las distintas coberturas autorizadas por ley.

Luego, nos dimos cuenta de que contábamos con un plus: la experiencia de los y las operadores judiciales sobre diversos temas que giran en torno al derecho a la salud desde una mirada federal.

Por ello acercamos este proyecto a la Comisión de Revista y Biblioteca quienes fueron dándole forma hasta culminar en la presentación de este libro.

Desde la Comisión de Revista y Biblioteca tomamos el desafío de coordinar esta nueva obra porque el proyecto presentado reunía todas las condiciones que intentamos imprimir a cada tarea que emprendemos: es una idea de nuestros asociadas y asociados, especialistas en el tema, donde se encontraran artículos jurídicos de representantes del Poder Judicial y Ministerio Público de la Defensa y, en particular, esta obra se distingue por la gran participación de secretarios y secretarías de distintos juzgados, cámaras y defensorías de la justicia federal de todo el país.

Estamos felices de poder trabajar mancomunadamente con profesionales de tan alto nivel y que nuestro espacio sea lo que debe ser: un espacio de todos y todas.

Por ello hoy presentamos el tercer libro de la AMFJN, proyecto que también ha sido posible gracias a IJ Editores y a la desinteresada e indispensable colaboración del Comité Académico compuesto por los doctores Ignacio Rebaudi Basavilbaso, Patricio Maraniello y la doctora Mariana Catalano.

Como presidenta de la Comisión quiero agradecer a las coordinadoras de la obra doctora María Alejandra Méndez y Victoria Ordóñez y al Comité Editorial integrado, también, por las doctoras Melina de Bairos Moura, Guadalupe Jantus y Nolia Matalone.

A lo largo de la obra se desarrollan distintos temas relativos al derecho a la salud, así **Gabriela Agüero** se abocará a la problemática de las enfermedades poco frecuentes; **Martín Amallo** desarrollará aspectos atinentes a la competencia federal; **Daniela Bozzari, Verónica Medina y Zunilda Niremperger** abarcarán las cuestiones de género y salud (interpretación con perspectiva de género, derechos reproductivos, acceso a la salud, mujeres, LGTIBQ+, entre otros); **David Chassagnade** nos dará su mirada acerca del rol del Ministerio Público de la Defensa y la legitimación procesal en los amparos de salud; **Gisela Diez y Federico Autunno** se explayarán sobre la discapacidad, las prestaciones no incluidas en el nomenclador y la jurisprudencia de la justicia federal de La Plata; **Matías Fernández Pinto** desarrollará en un caso concreto si la utilización de la doctrina de las “*categorías sospechosas*” pueden resultar un método objetivo de análisis en el labor judicial; **María Belén Gallego**, profundizará sobre la enfermedad de diabetes; **Martín Labombarda** nos traerá la problemática del rol del poder judicial en los litigios de derecho a la salud en el marco de derecho y bioética; **Fabio Procajlo y Bárbara Romina Diab** tratarán la problemática de la rescisión unilateral del contrato de afiliación y la consecuente exclusión de cobertura donde realizarán un análisis desde la óptica del derecho constitucional; **Verónica Zapata Icard** nos introducirá en la equinoterapia y la necesidad de su regulación legislativa donde nos ilustrará sobre un proyecto de ley realizado por *la Comisión de Proyectos Legislativos* y; **Martín Zemina** abarcará la problemática de la naturaleza jurídica del INSSJP y la ejecuciones de sentencias contra el Instituto.

Un agradecimiento especial a las Autoridades de la AMFJN que nos han facilitado todos los medios para llevar adelante esta obra con total libertad. Gracias a todos y todas los que han participado en los entretelones de esta obra, desde la Dirección, la Coordinación y los Comités Académico y Editorial, hasta IJ Editores que nos acompaña en cada una de nuestras propuestas.

Esperamos continuar por esta senda, trabajando mancomunadamente en pos de aportar nuestro granito de arena para el debate que confluya en nuevas ideas que sirvan para mejorar el servicio de justicia y, sobre todo, que sea un material útil para nuestras/os asociadas y asociados que son el motor principal que nos lleva a pensar y repensar la mejor forma, en estos días, de proporcionarles una herramienta más desde nuestra Institución.

ENFERMEDADES POCO FRECUENTES: A DIEZ AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA LEY N° 26.689

Gabriela Agüero*

I. Introducción

Luego de la pandemia que aqueja al país y al mundo, producto de la rápida expansión del virus del Covid 19, hablar de salud es más frecuente, tiene otra relevancia e incluso puede ser enfocado desde otra perspectiva. Es así que desde el año 2020 y lo trascendido del 2021, la mayoría de los Estados tuvo como premisa fundamental de preservar la salud de sus habitantes y en razón de ello se tomaron numerosas medidas preventivas y paliativas en su resguardo.

El elevado número de personas a las que el virus referido alcanzó y la velocidad en que se propagó, fue lo que motivó tales medidas dispuestas tanto por el Gobierno Nacional como los Gobiernos Provinciales a los fines de concientizar a la sociedad, prevenir contagio, informar sobre sus características e investigar al respecto, dando cuenta con ello de la capacidad estatal para actuar con premura y cumplir con los compromisos asumidos internacionalmente en materia de salud.

Sin embargo, la realidad es distinta en supuestos en que las enfermedades que afectan a los ciudadanos del país aparecen más lentamente, abarcando a un número reducido de habitantes; donde la adopción de medidas de acción positiva que garanticen la preservación de la salud de aquellos, acarrea tiempos más extensos, como se verá más adelante, importando para quienes las padecen la necesidad de transitar un largo camino de lucha por el reconocimiento de los derechos que deben garantizárseles.

Desde este enfoque, el presente artículo propone destacar los aspectos más relevantes de las llamadas “enfermedades poco frecuentes” y luego analizar su recepción legislativa y sus antecedentes jurisprudenciales. Es que tales patologías, por tener justamente tal características no suelen ser objeto de análisis ni materia de publicaciones informativas que permitan a quienes las padecen, conocer las herramientas que tienen a su alcance a los efectos de hacer valer los derechos que le son reconocidos, ya sea constitucionalmente como consecuencia de la raigambre constitucional del derecho a la salud adquirido desde la reforma a la Carta Magna dispuesta en el año 1994, como desde la sanción de la Ley de Enfermedades Poco Frecuentes N° 26.689 vigente en nuestro país desde el año 2011.

II. Las Enfermedades Poco Frecuentes (EPoF), Raras o Huérfanas

Las patologías conocidas como Enfermedades Poco Frecuentes (en adelante EPoF), también llamadas Enfermedades Raras o enfermedades Huérfanas, son aquellas que afectan a un reducido número de personas o habitantes de una sociedad, por lo que su denominación se relaciona directamente con su prevalencia en una población, entendiéndose a ella como el número de personas que las padecen en un tiempo determinado. Según la definición adoptada por la Ley N° 26.689 de EPoF que regula las mismas en nuestro país y a la cual me avocaré más adelante, son aquellas enfermedades que tienen una prevalencia igual o menor a 1 por cada 2000 personas^[1]. Dicho de otro modo y en términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), son aquellas que se presentan en 5 de cada 10.000 habitantes.

Se estima que aproximadamente entre el 3,5 y el 5,9 % de la población mundial padece de alguna de las enfermedades que forman el grupo de las denominadas “poco frecuentes”^[2]. En nuestro país, según lo informa la Federación Argentina de Enfermedades Poco Frecuentes FADEPOF, al 2021 cerca de 3,6 millones de personas soportan una EPoF.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), señaló que existen en el mundo alrededor de 8000 patologías de diversas características que forman parte de este grupo de enfermedades. A los efectos de estandarizar la

información existente respecto de las EPoF y efectuar estadísticas necesarias para conocer la evolución y la Incidencia de aquellas nivel mundial, la base de datos denominada “Orphanet” utiliza un sistema de nomenclatura universal (Orphacode) que asigna un código único de identificación a cada una de las enfermedades catalogadas como “poco frecuentes”, aportando información de utilidad tanto para los profesionales de salud e investigadores, los pacientes y sus familias, prestadores de servicios de salud, que requieran conocer más al respecto.^[3]

En Argentina, tal y como lo ordenara la citada Ley N° 26.689 (art. 3 inc. d)^[4] sancionada el 29 de Junio de 2011 y su Decreto Reglamentario 974/15 de fecha 11/05/2015, pero diez años después; mediante Resolución Ministerial N° 641/2021 emanada del Ministerio de Salud de la Nación y publicada en el Boletín Nacional del 12 de Febrero del año en curso, se elaboró y aprobó el “Listado de Enfermedades Poco Frecuentes” en el cual los pacientes pueden consultar si su patología se encuentra inserta en aquel listado, que hoy da cuenta de un total de cinco mil ochocientos ochenta enfermedades^[5].

Ahora bien, más allá de lo dicho nos preguntamos aún ¿qué son las enfermedades poco frecuentes? Y a ello podríamos sintetizar –debido a que existen amplios y numerosos aspectos que se podría analizar sobre las mismas– que estas patologías tienen en el 80 % de los casos un origen genético, suelen ser degenerativas, crónicas y en muchos casos incapacitantes. Además, muchas de ellas son potencialmente mortales en edad temprana. Suelen producir dolores crónicos e incluso provocar deficiencias en el sistema motor, sensorial e intelectual por lo que pueden originar discapacidad en quien las padece. Asimismo, y como dato más relevante, en aproximadamente el 50 % de los casos detectados existe riesgo de vida,^[6] lo que implica que la existencia de una patología de tales características afecta gravemente tanto física como emocionalmente al paciente, pero también a su entorno familiar quienes no pueden abstraerse de las consecuencias que ellas acarrearán.

Es importante destacar, que un diagnóstico oportuno e incluso durante la gestación (pesquisa neonatal), suele ser determinante en la vida del paciente ya que ello permite la prescripción de un tratamiento adecuado y con ello reducir el riesgo de muerte que en muchos casos ocurre a temprana edad^[7]. Sin embargo, un diagnóstico certero y temprano suele ser dificultoso, por la desinformación que existe acerca de las EPoF y la ausencia –principalmente

en el sector público de salud– de estudios específicos como parte de los controles gestacionales y de la niñez; lo que produce que las mismas sean detectadas luego de diversos diagnósticos equívocos y después de llevarse a cabo numerosos estudios médicos de todo tipo, los que muchas veces son inaccesibles por el alto costo que poseen; costos que suelen ser afrontados de forma particular por la familia del paciente debido a que el pago de los estudios y exámenes de alta complejidad que las detectan, pueden no ser cubiertos por las obras sociales y empresas de medicina prepaga, hasta no confirmarse la existencia de una EPoF.

La Federación Argentina de Enfermedades Poco Frecuentes (FADEPOF) conformada por 82 organizaciones relativas a una enfermedad en concreto^[8] trabaja enérgicamente para dar a conocer sobre estas 8000 patologías “poco frecuentes” y brindar herramientas de acceso a la salud a quienes las sufren, procurando consolidar una base sólida de información al respecto, tendiente a lograr inclusión, avances en la atención, tratamiento, investigación, medidas de acción positiva Estatal como así también la cobertura de los distintos prestadores de salud.

Como dato de color, puede señalarse que se estableció al último día del mes de Febrero como el “Día Mundial de las Enfermedades Poco Frecuentes” ya que debido a su rareza (es el 28 de Febrero pero en ocasión de un año bisiesto, el mismo es el día 29) es el más relacionado con estas enfermedades, al ser el día menos frecuente del año. La fijación del Día Mundial de las EPoF forma parte de una campaña internacional de concienciación sobre tales patologías, promovida desde el año 2008 por la EURORDIS-Rare Diseases Europe y su Consejo de Alianzas Nacionales, la cual es nuestro país es impulsada también por la Federación FADEPOF y por la Asociación Argentina de Pediatría (APA)^[9].

III. La Ley N° 26.689 de Enfermedades Poco Frecuentes

Desde el año 2011, en Argentina rige la Ley N° 26.689 que como se adelantara, regula las llamadas Enfermedades Poco Frecuentes, cuya sanción data del 29 de Junio de 2011, promulgada de hecho el 29 de Julio del mismo año. Dicha norma fue reglamentada recién cuatro (4) años

después, mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 974/2015 de fecha 11 de Mayo de 2015.

La ley de EPoF que consta de nueve artículos, tiene por objeto promover el cuidado integral de la salud de las personas con tales patologías procurando mejorar la calidad de vida de ellas y de sus familias (Art. 1). Define en su segundo artículo a tales enfermedades como aquellas cuya prevalencia en la población es igual o menor a 1 en 2000 personas referida a la situación epidemiológica nacional. Sin embargo, en los últimos años ese número fue creciendo debido a que se fue ampliando el número de casos diagnosticados, ya que desde la vigencia de la ley y la implementación de las medidas promovidas por la misma –aunque parcialmente– la investigación, el acceso a los estudios especializados, la información general y la preparación médica especializada, fue creciendo y dando lugar a la detección y posterior tratamiento –en los casos en que existe tratamiento alguno– de estas raras enfermedades. Para su aplicación en las distintas jurisdicciones Provinciales del país, se requiere la adhesión por parte de cada Provincia. Al día de la elaboración del presente artículo, las provincias que no se adhirieron a la Ley N° 26.689 son Chaco, Formosa, Jujuy, Mendoza, San Juan, San Luis y Santiago del Estero.

La Ley N° 26.689 fija en su art. 3° una serie de objetivos que se enumeran en sus veintidós incisos tendientes al acceso efectivo al cuidado integral que promueve la misma, incluyendo acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación (inc. a), las que estarán a cargo de la Autoridad de Aplicación que conforme el art. 4° es el Ministerio de Salud de la Nación. Podemos destacar la creación de un organismo especializado en EPoF de carácter multidisciplinario denominado Consejo Consultivo Honorario,^[10] que deberá trabajar coordinadamente con las autoridades sanitarias jurisdiccionales para implementar políticas, estrategias y acciones para el cuidado integral de las personas con EPoF y sus familias (inc. b). Asimismo, el inciso d) de la norma prevé la elaboración de un listado de EPoF que deberá actualizarse anualmente por la Autoridad de Aplicación, de conformidad a la prevalencia de dichas enfermedades en nuestro país, el que es aprobado recién durante el año en curso^[11].

También dispone la creación de un Registro Nacional de Personas con EPF en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que deberá

procurarse la protección de confidencialidad de datos personales de las personas que allí se registren.

Entre los objetivos que establece a cargo de la Autoridad de Aplicación, prevé una serie de acciones a llevar a cabo y estrategias relacionadas con dicha problemática, que incluyan estudios epidemiológicos, creación de centros especializados de atención, investigación, detección precoz y pesquisa neonatal de las enfermedades raras, como así también medidas de concientización coordinadas con las provincias y la capacitación profesional que permitan la inclusión social, deportiva y cultural de quienes las padecen. Cabe destacar aquí, que luego de diez años de vigencia de la ley en análisis, muchos de los objetivos fijados por la misma aún no se han cumplido o se encuentran en un estado prematuro de ejecución.^[12]

IV. Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes

Las metas a alcanzar por la Autoridad de Aplicación se dan en el marco del Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes creado por el Decreto 974/15 reglamentario de la ley de EPoF (art. 3°) y que se encuentra en la órbita de la Subsecretaría de Medicamentos e Información Estratégica dependiente de la Secretaría de Acceso a la Salud (Res. 1892/20 del Ministerio de Salud de la Nación), del cual forma parte el Consejo Consultivo Honorario que refiriéramos anteriormente. Su finalidad es promover el acceso integral a la salud de las personas que sufren de EPoF, debiendo en dicho ámbito elaborarse el Listado de Enfermedades Poco Frecuentes (que en Febrero de 2021 se aprueba oficialmente por Res. 641/51 del Ministerio de Salud) y el Registro Nacional de Pacientes con EPOF que forma parte del Sistema Integrado de Información Sanitario Argentino; ambos objetivos fijados por la Ley N° 26.689^[13]. Es a través del Programa Nacional de EPoF que las personas pueden recibir información y ser asesoradas en relación a sus derechos y las vías de reclamo disponibles frente al incumplimiento de cobertura por una obra social o empresa de medicina prepaga, pudiendo allí realizar al denuncia correspondiente. Vale decir, que más allá del amplio espectro de roles que debe desempeñar el Programa, el efectivo cumplimiento de todos sus objetivos aún no se

verifica y sigue siendo insuficiente para garantizar el acceso a las personas con enfermedades huérfanas, a las prestaciones que por ley le corresponden^[14].

V. Sujetos Obligados – Alcance de la cobertura prevista por la ley de EPoF

El art. 6° de la Ley N° 26.689 expresa:

“Las obras sociales enmarcadas en las Leyes N° 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación”^[15].

Surge de la redacción del artículo, que luego de indicar concretamente los sujetos alcanzados incluye a todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean; incorpora de forma indistinta a todos los sectores de servicios de salud, ya sea que formen parte del servicio público de salud, del ámbito de la seguridad social o del sector privado inclusivo de las empresas de medicina prepaga. Todos ellos, se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la norma y por consecuencia, deben garantizar la cobertura asistencial a las personas diagnosticadas con una enfermedad poco frecuente.

Por su parte, el Anexo I del Decreto Reglamentario 974/15 señala que

“Quedan expresamente alcanzados por la Ley N° 26.689: a) Las obras sociales comprendidas en el artículo 1° de la Ley N° 23.660 y sus modificatorias y las entidades adheridas o que en el futuro se

adhieran como agentes del seguro al Sistema Nacional del Seguro de Salud regulado en la Ley N° 23.661, por los planes de salud de adhesión voluntaria individuales o corporativos, superadores o complementarios por mayores servicios médicos que comercialicen; b) La Obra Social del Poder Judicial de la Nación y la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación; c) Las Empresas de Medicina Prepaga definidas en el artículo 2° de la Ley N° 26.682 y su modificatoria; d) Las entidades que brinden servicios médicos asistenciales de prevención, protección, tratamiento y/o rehabilitación de la salud al personal de las Universidades Nacionales; e) Las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones con los alcances establecidos en el segundo párrafo del artículo 1° de la Ley N° 26.682 y su modificatoria”.

Los sujetos que incluye la reglamentación también deben asegurar la prestación de servicios de salud asistenciales. En términos prácticos, es oportuno agregar que los programas de asistencia que otorga el Estado tales como INCLUIR SALUD (ex Profe) también se encuentran alcanzados^[16]. En igual sentido, el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados PAMI.

Vemos así que la ley refiere a las Obras Sociales enmarcadas en la Ley N° 23.660 y N° 23.661 que regula su funcionamiento, pero inserta además expresamente a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación quienes no se encuentran adheridas a la normativa indicada. Asimismo, si bien no están señaladas por la norma, las obras sociales provinciales también son sujetos alcanzados por la obligación de otorgar la cobertura que contempla la ley de EPoF^[17]. Respecto de aquellas obras sociales provinciales de jurisdicciones que no hayan adherido a la Ley N° 26.689 tales como Chaco, Formosa, Jujuy, Mendoza, San Juan, San Luis y Santiago del Estero, a pesar de ello y ante el reclamo del afiliado afectado, deben otorgar y garantizar la cobertura de salud contemplada en su normativa específica, siempre y cuando se armonice y garantice el cumplimiento del deber de protección de la salud contemplado por la Constitución Nacional y de los distintos Tratados Internacionales que con jerarquía constitucional incluye el art 75 inc. 22 de la Carta Magna.^[18]

Ahora bien, si bien la claridad del art. 6° de la ley de EPoF nos permite conocer los sujetos obligados a la protección que la misma contempla, cabe preguntarnos aquí cual es el alcance que la Ley de Enfermedades Poco Frecuentes prevé como parte de la protección integral que promueve en su artículo primero y que comprende aquella protección en términos de cobertura. El referido artículo en su parte final expresa que los sujetos obligados “...deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación”.

Existe en este aspecto, el dilema más recurrente en los reclamos de los sujetos que pretenden la cobertura integral de las prestaciones contempladas por la norma, entendiendo que debido a ello debe la misma otorgarse al 100 % como consecuencia del cuidado integral que es promovido por la ley en su artículo primero; y del otro costado por parte de quienes deben garantizar o prestar dicha cobertura, la resistencia a ello se sostiene en la parte final del artículo analizado, por cuanto pone en cabeza de los mismos la obligación de brindar cobertura asistencial a las personas con enfermedades huérfanas, en un mínimo determinado por la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la Nación. La reglamentación de la ley en relación al artículo en cuestión, (Anexo I – Decreto 974/15) prescribe que

“...Las personas afectadas con EPF recibirán como cobertura médica asistencial como mínimo lo incluido en el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución de la Autoridad de Aplicación y, en caso de discapacidad, el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad previsto en la Ley N° 24.901 y sus modificatorias.”^[19]

Es decir que, las obras sociales y los demás prestadores de servicios de salud, deben inexorablemente contemplar la cobertura integral de su salud, comprendiendo aquella a los tratamientos médicos, farmacológicos y de estudios diagnósticos ordinarios o complejos. A pesar de la referencia al Plan Médico Obligatorio que efectúa la normativa vigente en materia de enfermedades poco frecuentes, respecto del alcance de la cobertura que deben garantizar; existen considerables antecedentes jurisprudenciales a los que referiré más adelante, en los que se reconoce la obligación por parte de las Obras Sociales y de las Empresas de Medicina Prepaga, a otorgar la

cobertura al 100 % de las prestaciones requeridas por las personas que padecen una enfermedad huérfana, como consecuencia de los ya reconocidos antecedentes del Máximo Tribunal de la Nación respecto a que el mismo debe ser interpretado como un piso para las prestaciones de salud, más no un tope para limitar la cobertura de los medicamentos y prestaciones a cargo de las distintas prestadoras de servicios de salud. [\[20\]](#)

No obstante ello, vale decir que los medicamentos denominados “huérfanos” usualmente prescritos a las personas que padecen una EPoF suele tener un alto costo económico por lo que en su mayoría son inalcanzables para quienes los necesitan e incluso, importan una erogación dineraria significativa para la obra social o empresa de medicina prepaga obligada que debe otorgarlo. Es por ello que existen antecedentes en los que la justicia decidió distribuir la cobertura los mismos conjuntamente con el Estado Nacional en virtud de su rol de garante del servicio de salud de los habitantes del país. Vale señalar aquí que, quien sea el obligado a prestar la misma a un afiliado puede acceder al Sistema Único de Reintegros (SUR) creado por Resolución Superintendencia de Servicios de Salud N° 1200/12, el cual se instituye de fin de apoyar financieramente a los agentes de seguros de salud en el reconocimiento de los tratamientos médicos de baja incidencia con alto impacto económico y los de tratamiento prolongado. Para acceder al mismo, debe verificarse los requisitos que la Resolución prevé en cuanto a la patología a reconocer, cobertura y valores máximos a reembolsar a los agentes de seguros de salud, etcétera. Asimismo, es oportuno recordar también que en cumplimiento de las medidas de acción positiva que prevé la ley de EPoF, el Estado tiene amplias facultades para regular el precio máximo de los medicamentos de alto costo, fijando pautas de comercialización y celebrando acuerdos de precios máximos con las empresas farmacéuticas, tal y como lo hizo mediante Resolución N° 202/2020 Secretaría de Comercio Interior (SCI), que fija el precio máximo para Nusinersen (Spinraza®) indicada como tratamiento efectivo para la enfermedad Atrofia Muscular Espinal (AME) tipos I y II. [\[21\]](#)

Agrego, además, que la circunstancia de que una persona padezca una Enfermedad Poco Frecuente no necesariamente implica que deba ser considerada con discapacidad y por tanto exigirle para la cobertura al 100 % de las prestaciones reclamadas el correspondiente Certificado Único de Discapacidad (CUD), supuesto en el cual se aplican las previsiones de la Ley N° 24.091, debido a que no todas las “enfermedades poco frecuentes”

son invalidantes. A las personas con EPOF, por derivación de la Ley N° 26.689 e independientemente de que poseer dicho certificado de discapacidad, le corresponde el acceso a las prestaciones allí contempladas y a la garantía de protección integral de su salud como derecho fundamental reconocido Constitucionalmente.

VI. Derecho Constitucional a la Salud

Sabido es que el derecho a la salud se encuentra inmerso y forma parte del derecho a la vida y en nuestro país se encuentra reconocido en la Constitución Nacional desde la reforma introducida en 1994, en donde a través del art. 75 inc. 22 se inserta con raigambre y jerarquía Constitucional a los tratados internacionales que así lo receptan.^[22]

También es harto conocido que el derecho a la salud es definido actualmente por la OMS (Organización Mundial de la Salud) como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Es así que la salud es ese derecho reconocido como uno de los fundamentales del hombre, implica el goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y debe ir acompañado con la posibilidad efectiva de acceso a condiciones socioeconómicas y ambientales que permitan al ser humano llevar adelante una vida sana que incluya circunstancias básicas de vida digna tanto en materia de nutrición, medioambiente, trabajo, atención sanitaria, vivienda, nutrición y demás aspectos de la vida en sociedad, que imponen el deber del Estado Nacional y de las Provincias, de garantizar acciones positivas a los fines de proteger, respetar y hacer respetar el derecho a la salud, como así también velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente en resguardo de tan importante derecho de los habitantes del país, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por las Obras Sociales y las Empresas de Medicina Prepaga.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos antecedentes jurisprudenciales receptó y reconoció al Derecho a la Salud como Derecho Humano Supremo cuya protección debe ser garantizada, criterio que también fue acogido por los distintos tribunales tanto federales como las distintas jurisdicciones provinciales. Sin embargo, atento al marco de derecho a la salud en que el presente artículo se inserta en donde los

antecedentes a referenciar han de sobreabundar, no he de detenerme en los que a derecho a la salud en términos generales refieren, siendo pertinente más bien, destacar aquellos antecedentes jurisprudenciales que en concreto refieran a las Enfermedades Poco Frecuentes y la Ley N° 26.689, los que a continuación sintéticamente he de referir.

VII. Antecedentes Jurisprudenciales referidos a Ley N° 26.689 y las Enfermedades Poco Frecuentes

Autos: **FLP 10984/2017/CA2**, caratulado: “**C., R. J. C/ OBRA SOCIAL SERVICIOS SOCIALES BANCARIOS - (OSBA) S/ PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS**” dictado en fecha 25 de Julio de 2019 por la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora: Amplía la medida cautelar dictada en 1° instancia ordenando la cobertura al 100 % por parte de OSBA, de la medicación prescrita como tratamiento prolongado al accionante, señalando que la obra social no puede ejercer el control administrativo de la medicación indicada por el profesional médico, quien posee amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento para afrontar la enfermedad, quedando tal prerrogativa limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente.

Autos: **FLP N° 3280/2016** caratulados “**C., E. M. c/ OBRA SOCIAL DIRECCIÓN DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL DE LA ARMADA (DIBA) s/ prestaciones farmacológicas**”, dictado en fecha 6 de Octubre de 2016 la Cámara Federal de La Plata, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora: Se rechaza la apelación interpuesta por la Obra Social demandada, agraviada por entender errónea la cobertura al 100 % que se ordena en primera instancia, por no encontrarse prevista en el Plan Médico Obligatorio ni poseer el accionante CUD, ni haberse adherido a la Ley N° 23.660. Expresa el Tribunal que la cobertura dispuesta al 100 % responde al compromiso asumido por el Estado Nacional como garante del servicio de salud, por ser el demandado un organismo del Estado que no puede poseer en materia de salud

obligaciones de menor contenido o alcance que las impuestas a las obras sociales o empresas de medicina prepaga.

Autos: FCB 6116/2015 caratulados “V.S.A. c/ OMINT s/ Prestaciones Farmacológicas” fallo de fecha 5 de Octubre de 2018 emitido por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, provenientes del Juzgado Federal Nro. 3 de esa Ciudad: El Tribunal de Apelación confirma la sentencia de 1° instancia que ordena la cobertura de la medicación al 100 %, respecto de lo cual la accionada entiende procedente en un porcentaje menor conforme al Plan Médico Obligatorio. Sostuvo la Alzada que en los términos de la ley de EPoF, no corresponde negar la cobertura al 100 % fundada en no encontrarse así previsto en el PMO, atendiendo la especial situación de la causa, la naturaleza y entidad de la afección padecida por el actor, como también el cumplimiento de las normas internacionales precitadas.

Autos: N° FCB 99959/2018/CA2 caratulados “M., Y. R. C/ ESTADO NACIONAL – MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE LA NACION” fallo del día 21/05/2021 emitido por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, provenientes del Juzgado Federal de La Rioja: La Cámara de Apelación, confirma la sentencia de amparo en la que el juez de grado ordena al Estado Nacional en función de su rol de garante del servicio de salud, otorgar al 100 % de la medicación prescrita a un niño con discapacidad cuya madre carece de obra social y únicamente cuenta con un plan de asistencia social. Se agravia la accionada por entender subsidiario su rol garante en materia de salud. Expresó la Alzada que sin perjuicio de que la responsabilidad del Estado Nacional en esta materia consiste en ser garante del cumplimiento por parte del agente de salud, a los fines de dar una efectiva respuesta al bienestar del menor debe actuar como garante del efectivo cumplimiento de las prestaciones necesarias para resguardar su salud y su vida por ser el máximo interés jurídico protegido por la Constitución Nacional, no pudiendo desobligarse de ello por aludir al carácter subsidiario de su deber^[23].

Autos: N° C 19.134 caratulados “A., A. A. c/ MEDICUS S. A. de Asistencia Médica y Científica s/ Amparo” dictado por la Suprema Corte de Justicia de La Plata – Provincia de Buenos Aires, provenientes de la

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata: La Corte de Justicia declaró la nulidad de la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en cuanto redujo el porcentaje de cobertura a cargo de la obra social, fijado por el Juez de grado en el 100 %. Sostuvo que la decisión de la Cámara no se fundó suficientemente por cuanto no fija el porcentaje de cobertura al que refiere en su modificación al fallo de grado, señalando que de las condiciones de enfermedad del accionante enmarcadas en la Ley N° 26.689, corresponde otorgar la cobertura de medicación al 100 %. Hizo hincapié en las dificultades que acarrea una EPoF más a fuerte carga económica que representa, por lo que el marco regulatorio no se limita a las especificaciones que emanan del Programa Médico Obligatorio de Emergencia (P.M.O.E.) por remisión del [art. 7 de la Ley N° 26.682](#) como las únicas prestaciones obligatorias para las empresas de medicina prepaga, sino que la [Ley N° 26.689](#) en su artículo sexto también alcanza con cobertura asistencial a las personas con enfermedades poco frecuentes.

Autos: FLP 40432/2017/CA4, caratulado **“DI ROSA, D.G. Y OTRO C/ MEDICUS S.A. Y OTROS S/PRESTACIONES MÉDICAS”** de fecha 11/02/2021 dictado por la Sala I de la Cámara Federal de La Plata, por remisión del Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 3 de Lomas de Zamora:^[24] La Cámara de Apelación confirma la sentencia de grado que ordena a la accionada empresa de medicina prepaga cubrir al 100 % la medicación SPINRAZA indicada para una menor de edad con diagnóstico de “Atrofia Muscular Espinal tipo II” obligando al Estado Nacional a responder en forma solidaria con la demandada respecto de la cobertura integral del tratamiento médico prescripto a la menor, en la medida y alcance que no pueda ser cubierto por aquella, pudiendo en el caso en que deba hacerlo efectivamente, recuperar los costos por las vías pertinentes.

Autos N° 59288/2018/CA1 - “T., L. y otro c/ Obra Social Agentes Propaganda Médica y otros/enfermedades poco frecuentes (EPF)” antecedente de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, de fecha 06/09/2018: El Tribunal reduce a un 10 % el porcentaje de cobertura ordenado a la obra social por el juez de grado en medida cautelar, ampliando la misma contra el Estado Nacional en consideración al alto

costo de la medicación y la situación económica financiera aludida. Ordena al Estado Nacional afrontar el 90 % del costo de la medicación prescrita para el tratamiento de la enfermedad Atrofia Muscular Espinal tipo II.

Autos: D. L. A. M. c/ Osde s/ amparo Ley N° 16.986 – fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca de fecha 24/10/ 2019:

El Tribunal de Apelación confirma la sentencia de grado ordenando a la empresa de medicina prepaga accionada, cubrir en su totalidad los medicamentos recetados de por vida a la amparista dada la enfermedad que padece, por la imperiosidad del tratamiento para su salud y la imposibilidad económica del amparista a costearlo, en razón de sus escasos ingresos. Señala la Cámara de conformidad a lo prescripto por la C.S.J.N., que el P.M.O. constituye un piso mínimo prestacional que autoriza su ampliación en el caso concreto en la medida que estén comprometidos la salud y la vida de las personas.

VIII. Conclusión

De lo expuesto en el presente artículo, y luego de un enfoque apenas superficial respecto de las enfermedades poco frecuentes, de las que tantas aristas hay por explorar y tanto aún por debatir, puedo concluir desde una visión personal, en que todavía falta mucho por realizar para que las personas que padecen una EPoF puedan acceder a las prestaciones que tales patologías requieren. Si bien la Ley N° 26.689 prevé importantes beneficios para sus destinatarios, lo cierto es que luego de diez años de su sanción, muy poco se ha llevado a cabo y, aun así, ese “poco” ya es mucho. Podemos apreciar que recién durante el año en curso contamos con un listado oficial de las enfermedades así catalogadas, lo cual es un paso inicial y esencial para el reclamo de las coberturas propias de la ley de EPoF.

Además, la carencia de centros especializados, la lentitud del diagnóstico concreto de EPoF y un costo muy elevado de los estudios previos a ello como así también el tratamiento posterior, evidencian la insuficiencia de la ley específica, la que sin medidas concretas de ejecución se traduce en una mera declaración de derechos que exige un activismo

judicial en aras de dar tutela a un tema delicado para la salud, como se ha visto expresado en estas líneas.

Si bien en la última década la información y atención sanitaria de las enfermedades poco frecuentes ha crecido notablemente, el cumplimiento de la ley en términos de cobertura aún evidencia divergencias conceptuales dilatorias y posiciones que atentan contra el derecho a la salud y su efectiva protección, provocando que en muchas ocasiones es necesario recurrir a la justicia, ya sea por una Medida Cautelar o por una Acción de Amparo, para lograr obtener la cobertura integral promovida por la ley, cuyos antecedentes de recepción favorable –en la mayoría de los casos judiciales– finalmente aseguran el resguardo de la tutela judicial efectiva del derecho a la salud, ya sea que la cobertura se disponga sobre la obra social o empresa de medicina prepaga exclusivamente, o se distribuya entre ellas y el Estado Nacional como garante del servicio de salud, en reconocimiento de tan importante derecho constitucional comprensivo del derecho a la vida, cuya raigambre constitucional debe primar frente a cualquier interpretación que se pretenda otorgar a las normas aplicables.

PROGRAMA FEDERAL DE SALUD. AMPARO DE BENEFICIARIOS DE P.N.C. LEGITIMACIÓN PASIVA. INCOMPETENCIA DEL FUERO FEDERAL

Martín G. Amallo*

Voces: AMPARO. COBERTURA DE SALUD. PROGRAMA FEDERAL INCLUIR SALUD (EX PROFE). PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS. MSN. ANDIS. IOMA. UNIDAD EJECUTORA. LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA. INCOMPETENCIA EN RAZON DE LAS PERSONAS Y DE LA MATERIA.

I. Introducción

De modo preliminar, es menester explicitar que, en función de la segmentación que caracteriza a cada subsistema de salud en el sistema de seguridad social argentino, el análisis que se pretende iniciar contemplará una cuestión de competencia que se ventila transversalmente, en cada una de las diferentes esferas jurisdiccionales y ámbitos competenciales, con relación a los beneficiarios de pensiones no contributivas que –como tales– reciben su cobertura de salud en virtud de encontrarse afiliados al Programa Federal de Salud (hoy Incluir Salud).

Con tal propósito, se hará especial hincapié en la relación jurídica que vincula a los entes involucrados entre si y con respecto a la población concernida en el colectivo de sus afiliados titulares de pensiones no contributivas.

Cabe apuntar que tales reclamaciones se caracterizan por presentar divergencias –a veces estratégicas– a la hora de la individualización del sujeto legitimado pasivo, encontrándose dirigidas contra diferentes entes demandados, a saber: el Ministerio de Salud de la Nación (MSN), el Ministerio de Salud de cada Provincia (ej. MSPBA), el organismo asistencial local designado por delegación para albergar Unidades Ejecutoras (ej. IOMA), la Unidad Ejecutora Provincial interviniente, o una combinación de las entidades aludidas. Asimismo, también se ha individualizado como sujeto demandado –literalmente– a “PROFE” o a “Incluir Salud” –simplemente o en combinación con los entes referidos–, lo cual ha repercutido en la génesis de distintas cuestiones de competencia que –como tales– importan un caudal extra de desgaste jurisdiccional que ha impactado en las diferentes instancias.

Sentado ello, cabe señalar que, siendo numerosos los casos donde –como actores– reclaman los beneficiarios del Programa Incluir Salud de la Provincia de Buenos Aires, en pos de lograr el cumplimiento satisfactorio de sus derechos constitucionalmente amparados, hemos de centrar la tarea que nos ocupa no solo en el análisis de la legislación aplicable en cada periodo, sino también –y muy especialmente– en el aporte de la jurisprudencia verificada en tales precedentes y sus asimilables.

En ese marco, y dadas la diversidad y multiplicidad de regímenes existentes en el país, estas circunstancias se materializan en especificidades de los arreglos institucionales de cada sistema, a que se ven afectados los esquemas de aseguramiento.

Como primer distingo debemos mencionar, por un lado, a los organismos locales en que las provincias adherentes han situado las respectivas Unidades Ejecutoras del Programa Federal Incluir Salud) –por ej. Obras Sociales Provinciales (OSPr), creadas y regidas por sus ordenamientos locales–; y, por el otro, a las Obras Sociales Nacionales (OSN) –agentes *naturales* o *adherentes* al Régimen Nacional de Obras Sociales (RNOS), *Leyes N° 23.660* y *23.661*, y, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados – Programa de Asistencia Médica Integral (INSSJP – PAMI), *Ley N° 19.032*–[\[25\]](#).

En principio, no cabe duda de que las acciones dirigidas contra el INSSJP deben ser radicadas en el fuero federal –exclusivamente–, en términos del *Art. 14 Ley N° 19.032*. Ahora bien, las Obras Sociales están reguladas por la *Ley N° 23.660 –art.1–*; y, en virtud de la *Ley N° 23.661* –

art. 38–, se establece la competencia federal para “los agentes del seguro”. Curiosamente, *se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema (art. 2 Ley N° 23.661)*. Con la distinción, unos se denominan agentes *naturales* del seguro de salud y otros –los restantes– ser denominan agentes *adherentes* al mismo régimen nacional y que –fruto de ello– pasan a engrosar el grupo de personas aforadas.

Éstas son las únicas normas nacionales que establecen expresamente cuando un caso dirigido contra una agente del seguro de salud debe radicarse en el fuero federal, resultando fundamental para ello el carácter de agente del seguro, natural o por adhesión.

Sin embargo, tanto para los reclamos dirigidos contra los organismos encargados de brindar cobertura a los beneficiarios al Programa Federal de Salud (hoy Incluir Salud) como en los dirigidos contra las Obras Sociales Provinciales (OSPr) –por sus distintas clases de afiliados– o contra Empresas de Medicina Prepaga (EMP) –por sus consumidores contratantes–, suele suceder que se invocan y/o ponderan ligeramente –por el solo hecho de estar plasmado en un libelo jurídico–, convirtiendo la competencia ordinaria en federal, por una suerte de alquimia jurídica –o por efecto de un “abracadabra”–, quizás obnubilados y bajo el influjo movilizante que representa encontrarse frente a una cuestión de salud que por su urgencia no admite demora. Ello, si es que los jueces –de sendos fueros (ordinario o federal)– no lo hacen antes y/o de oficio. Muchas veces esto no es más que una apariencia y cuando indagamos sobre la cuestión, se nos hace visible el error.^[26] No obstante, aun en tales condiciones, también se han trabado conflictos de competencia negativos que debieron dirimirse con arreglo al *art. 24, inciso 7°, del Decreto-Ley N° 1285/1958 –texto según Ley N° 21.708–*.

II. Características de la “competencia federal”

Volviendo sobre la problemática que motiva el artículo, que concierne a la determinación de la competencia o incompetencia del fuero federal, vemos que –como punto álgido de partida–, se impone señalar que, como es sabido, las leyes sobre jurisdicción y competencia son de orden público y

no depende de la voluntad de las partes su aplicación (*Fallos* 14:280; 151:324). Es que la competencia está siempre determinada previamente por el derecho objetivo (ley o contrato) y, cuando su origen es legal, está establecida en el *interés público*. Por tanto, en ese caso es indisponible e improrrogable.

La justicia federal tiene su razón de ser en la defensa de las instituciones e intereses federales y, “el *interés federal*’ justificante de la jurisdicción federal, debe ser cierto, real, objetivo, legítimo, concreto, con suficiente entidad, que debe ser demostrado por el justiciable que invoca su derecho al fuero federal”^[27]; en tal sentido, la procedencia del fuero federal requiere la prueba de los extremos necesarios para su otorgamiento (CSJN, *Fallos* 252:328; 259:227; 295:1032; 305:1029; 305:70, entre otros).

Su función específica es el resguardo y tutela de las instituciones e intereses nacionales, atacados o comprometidos. En ese entendimiento, se ha dicho que el fundamento de la intervención de la justicia federal es que se “...procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones entre países extranjeros (arts. 116, 117 y 127 de la CN) ...” (cfr. CSJN, *Fallos*: 311:489 y 329:4026, entre otros). Y, como ha dicho nuestro Alto Tribunal,

“...no obstante la generalidad de los términos de los arts. 67 – inc.17, 94 y 100 de la CN.–, estas disposiciones no se oponen a la exclusión de la competencia federal en caso de no existir los propósitos que la informan, por la escasa importancia civil o penal de los asuntos o por otros motivos, y que solo puede reputarse de jurisdicción federal exclusiva las causas sometidas originariamente a la Corte por el art. 101 de la CN...” (cfr. CSJN, *Fallos* 23:726, 28:78; 190:354; 293:24; 304:1013; 304:1877; 305:70; y 311:2178).

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que la sola circunstancia de que se encuentre demandado el Estado Nacional no determina la competencia federal, si no es parte sustancial del pleito, es decir si no tiene un *interés directo* (CSJN, *Fallos*: 330:1918; 329:4851; 327:5997; 326:1530; 326:4019, entre muchos otros).

La competencia federal es constitucional, taxativa y no puede ampliarse; es de orden público y como tal imperativa, inderogable, irrenunciable e

indisponible; es contenciosa, limitada y de excepción a los casos delegados por las provincias; privativa y excluyente; prorrogable en razón de las personas en cuyo favor se dispone, siendo también inalterable.^[28]

Asimismo, cabe tener presente que la competencia federal es *de excepción*, legislada originariamente por el *art. 101 (hoy 116) de la Constitución Nacional* y reglamentada, entre otras normas, por las *Leyes N° 48, 4055* y por el *Decreto 1285/58*, por lo que siendo de excepción y proviniendo de una enunciación taxativa hecha en la Constitución, no puede surgir de la voluntad de las partes y es susceptible de ser revisada en cualquier etapa del juicio (*Fallos 142:169; 154:151; 311:2654 y 2127 y 2127; 312:1625, entre otros*), debiendo agregarse que la competencia federal tampoco puede surgir de norma legal en contraposición con la Ley Suprema.^[29]

Cabe agregar que, por los caracteres mencionados precedentemente, derivados de su propia raigambre constitucional –ya que también son limitados y definidos los poderes que las provincias delegaron en el gobierno federal–, su interpretación y aplicación será siempre de carácter *restrictivo*. Así pues, debe tenerse en cuenta que la competencia de los tribunales federales es, por su naturaleza, restrictiva, de excepción y con atribuciones limitadas a los casos que menciona el *art. 116 C.N.*, insusceptible de ser ampliada. Se ve *limitada*, en principio, a los casos que establecen los *arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional* –y sus leyes reglamentarias *Ley N° 27, Ley N° 48, Ley N° 4.055, Decreto Ley N° 1.285/58 y sus modificaciones, etc.*– (*Fallos 1:170; 10:134; 190:170; 283:429; 302:1209; 307:1139 entre otros*), pues no cabe su ejercicio fuera de los casos expresamente contemplados en tales normas. (*Conf. CSJN, Fallos: 283:429 y 301:511, entre otros*).^[30]

En consecuencia, es doctrina de nuestro más Alto Tribunal que la justicia federal –o su intervención de tal fuero en las provincias– de *excepción*, pues se halla circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia^[31], que además son de interpretación *restrictiva* (*Fallos 157/378; 305:193; 319:308; 323:872; 327:3515; 329:5190, entre otros*). En mérito a lo expuesto

“la competencia federal, por su naturaleza excepcional y restringida, el ejercicio de su jurisdicción no procede mientras no

aparezca claramente y de un modo expreso o por necesaria inducción, que el caso sea de su competencia” (Fallos: 48:151).^[32]

Ejerciendo los jueces federales jurisdicción en lugares donde hay jueces locales que tienen amplitud de competencia, ha de hacerse aplicación de los preceptos generales referidos a la interpretación restrictiva y excepcional de la competencia federal (*excepto est strictissimae interpretationis*) conforme la prédica constitucional citada, por la cual en caso de duda deberá estarse en principio a favor de la justicia provincial.^[33]

Por ello, cuando no se presente ninguna causal específica que lo haga surgir en el caso, su conocimiento corresponde a la jurisdicción local (*Fallos 321:2562*). De tal suerte, la normativa concerniente a la nómina de materias mencionadas en el *art. 67 –inc. 11º– (actual art. 75 –inc. 12º–)*, quedó, *expressis verbis*, integrada en el conjunto de aquellas otras que, si bien son del resorte legislativo del Congreso de la Nación, no alteran

"las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones" (art. 67, inc. 11, actual art. 75, inc. 12).

En otro orden de ideas, repárese en que la competencia de los tribunales federales es privativa y excluyente, puesto que se sustenta en la necesidad de proteger la supremacía del orden jurídico federal (*art. 31 C.N.*). Así pues, sabido es que la competencia en razón de las personas constituye una de las categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal.^[34]

Por su lado, la ley especial es aplicable por los jueces federales en los casos en que el acto impugnado –por ejemplo, mediante la acción de amparo–provenga de una autoridad nacional (*arts. 18, Ley N° 16.986 y 116 CN*). La ausencia de esa autoría remite el asunto al conocimiento de la justicia provincial, aún cuando se aleguen violaciones a la Constitución Nacional. En tal sentido, la naturaleza jurídica de la demandada resulta determinante a los efectos de fijar la competencia, a la vez que deviene el elemento distintivo relevante con relación a otros casos jurisprudenciales (*v. gr. Fallos: 328:4095 y 329:1693*). Así, dado el carácter restrictivo de la competencia federal, si no surge que se pretenda atacar acto u omisión de

autoridad pública nacional (*art. 1, Ley N° 16.986*), la competencia de este fuero de excepción esto es, el previsto para aquellas causas explícitamente determinadas en las leyes (*conf. art. 18 Ley N° 16.986*), debe ser descartada por ser ajeno a la intervención excepcional del fuero federal en las provincias.^[35]

Corresponde entonces que también se analice la competencia, en consideración a la excepcionalidad en la materia de la justicia federal, su limitación y carácter restrictivo, sin dejar de ponderar las pautas reseñadas en los párrafos que anteceden (*art. 116 C.N.*).

III. Abordaje de la cuestión de competencia

Cabe recordar que las cuestiones como los conflictos de competencia entre jueces de distinta jurisdicción deben ser resueltos por aplicación de las reglas nacionales de procedimiento y, que, en principio, el *art. 4 del CPCCN* establece –en su primera parte– que toda demanda debe interponerse ante juez competente y que, siempre que de la exposición de los hechos resultare la incompetencia del juez ante quien se deduce, debe efectuarse la inhibición de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público, debiendo los órganos de la justicia federal declarar su incompetencia en cualquier estado del proceso, de conformidad con el *art. 352 del CPCCN (Fallos 118:436 156:34, entre otros)*.

En este aspecto, cabe apuntar, en primer lugar, y señalar, que la CSJN ha sostenido reiteradamente que, en la tarea de esclarecer el conflicto y a los fines de dilucidar y resolver cuestiones de competencia y así determinar la competencia de los tribunales–, corresponde inicialmente atender y valorar –de modo principal– a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda, y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión, pues los primeros animan al segundo y, por ello, son el único sustento de los sentidos jurídicos particulares que les fuesen atribuibles (*conf. arts. 4 y 5, del Código Procesal; CSJN, Fallos 303:1453; 306:328, 856, 948, 1056; 307:505, 774 y 871; 308:229; 310:116; 311:172; 312:808; 313:971; 324:2867; 325:905, 329:5514; 340:815, "Brusco"; entre muchos otros*).^[36]

Por otro lado, la solución de estos conflictos no solo exige considerar y atender a la relación de los hechos contenida en el escrito inicial de la

demanda, sino que también se ha sostenido que, a tal fin, se debe indagar en la naturaleza de la pretensión, examinar su origen, así como la relación de derecho existente entre las partes (*conf. CSJN, Doctrina de Fallos 321:2917, 322:617; 326:4019, "Viejo Roble S.A."; 328:1979, "Compañía de Acrílico S.A." y 330:811, "Lage"* que remiten a dictámenes de esta Procuración General; 340:628, "B., R. V."; 330:628, "La Soledad S.R.L."; entre muchos otros).^[37]

Asimismo, cabe poner de resalto lo preceptuado por nuestro Alto Tribunal en cuanto a que, las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y sus propósitos finales, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CSJN, *Fallos 324-4349*).

Finalmente, para resolver toda cuestión traída a juzgamiento es imperativo también considerar las circunstancias existentes al momento de pronunciarse la decisión (*conf. Fallos 311:870; 314:568, entre otros*).^[38]

Ergo, ha de seguirse la doctrina de Corte en cuanto a que

“debe estarse a lo expuesto en la demanda, a la naturaleza de la pretensión que en definitiva resulta de los hechos y después en la medida que se adecuen a ellos al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión”^[39];

por lo que la solución de este tipo de contiendas exige considerar principalmente la relación de hechos contenida en el escrito inicial, e indagar la naturaleza y el origen de la pretensión (*Fallos: 328:1979; 330:628, 811, entre muchos otros*). Mas, a fin de ingresar al cabal análisis de cuestión que nos ocupa, creo pertinente subrayar que, para determinar la competencia, deberá analizarse también –muy en particular– la relación jurídica existente entre las partes.

En consecuencia y siguiendo tales premisas, se debe analizar muy cuidadosamente los rasgos concernientes al contingente de la población concernida, así como la eventual legitimación pasiva de los distintos organismos intervinientes en cada jurisdicción (generadores del acto u omisión), su naturaleza jurídica, sus responsabilidades delegadas y/o convenidas y/o asumidas por sí y por las autoridades de aplicación.

IV. Derecho a la salud. Materia concurrente

Toda vez que se trata de la tutela del derecho a la salud, garantía que no es exclusivamente federal sino concurrente con el derecho público local por estar prevista en las constituciones provinciales, la materia aquí en debate no es siempre indicativo de que corresponda la competencia de la justicia federal.^[40]

En este orden de ideas, el Alto Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (doctrina de *Fallos*: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.^[41]

Cabe aclarar que la normativa nacional puede ser aplicable tanto por organismos aforados como por los no aforados –de igual manera que cualquier norma de fondo dictada por el Congreso Nacional–, por lo que su análisis no ha de ser exclusivo del resorte jurisdiccional federal. En tal sentido, en ausencia de norma específica que expresamente así lo determine, no puede sostenerse que un caso resulte de competencia federal solamente porque se encuentre en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal –de lo contrario se llegaría al absurdo de pensar que toda cuestión basada en códigos de fondos tramitaría solo en sede federal–, ni que tales pautas se encuentren en juego directa e inmediatamente. (*Arts. 116 CN, 2 –inc. 1– Ley N° 48, y fallos 328:68*).

Por último, de acuerdo a nuestro sistema federal las potestades no delegadas a la Nación por la Constitución se mantienen en el ámbito provincial (ex-art. 104 actualmente 121). Según ese precepto

“las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”. Entre esos poderes está el de organizar su propia Administración y, en consecuencia, todos los servicios públicos locales”.^[42]

En efecto, la salud es un tema de competencia primaria de las provincias (*Art. 121 C.N.*), en su respectivo territorio y para sus propios habitantes, ya que “...Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social...” (*Art. 125 –ap. 2– de nuestra Carta Magna*).

Es claro que, no sería óbice que la cuestión analizada se trata del cumplimiento de normas de carácter constitucional, toda vez, que, se reitera, que la responsabilidad de los estados provinciales en materia de salud es primaria y, en principio, no ha sido delegada a la Nación. Asimismo, siendo la salud una materia de índole concurrente para la Nación y las Provincias, y, si la pretensión se funda –sustancialmente– en normas de derecho local –cuyo plexo normativo se integra además por el convenio al que adhiere la provincia y el decreto local que lo avalare, que también deben ser interpretadas, junto con normas nacionales, por los jueces locales– recayendo pues en la órbita provincial (*cfr. arts. 31, 75 inc. 12 –ex 67, inc. 11–, 121 –ex 104–, 125 –ap. 2– C.N.*).

V. Programa Federal de Salud

a. Las cosas por su nombre

A poco de culminar la lectura de su denominación, puede repararse en la circunstancia expresada justamente en su primer vocablo, el cual –en los estrictos términos de su formulación– denota que se trata solamente de un “Programa”, y que, como tal, dista de poseer la estructura de una “obra social” en los términos previstos por las *Leyes Nacionales N° 23.660 del Régimen Nacional de Obras Sociales* y *N° 23.661 del Sistema Nacional del Seguro de Salud*.^[43]

En tal sentido, no se contaría –en principio– con ningún elemento que hagan suponer válidamente que tal “programa” –o sus organismos locales de aplicación y/o ejecución– revistaren el carácter de Agente Natural o Adherente del Sistema Nacional del Seguro de Salud inscripto en el respectivo Registro Nacional de Agentes del Seguro^[44], sin que –por ende– tampoco ostenten el carácter de personas aforadas.^[45]

Entonces, podemos válidamente comenzar por afirmar que el Programa Federal de Salud (PROFE) –hoy Programa Federal Incluir Salud– no es una Obra Social ni tampoco una persona jurídica –estatal o no–, sino que es un sistema de transferencia de fondos con destino a quienes tienen a su cargo la cobertura médico integral de los beneficiarios de pensiones no contributivas en el orden nacional, que importa un sistema de aseguramiento público de su acceso a los servicios de salud, a través de los gobiernos de las respectivas jurisdicciones donde éstos residen; tal y como se encuentra definido en el *Anexo I de la Resolución N° 1862/2011 del Ministerio de Salud de la Nación*.

Así, es un Sistema de Aseguramiento Público de Salud por el que se transfiere fondos a las provincias para garantizar que todas las personas titulares de dichas pensiones, independientemente de dónde vivan, puedan acceder a una atención de calidad. El mismo está articulado funcionalmente a través de cada ministerio en las 24 regiones que tiene el programa incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ^[46]

Es un Programa del Estado Nacional que persigue un fin público esto es: el fortalecimiento económico mediante financiación específica a la red sanitaria provincial.^[47] Consecuentemente, a los fines de cumplir con el objetivo primordial del Programa, se encomienda por convenio a cada jurisdicción provincial la atención integral de tales beneficiarios residentes en su ámbito geográfico, estableciendo en el mismo pautas en lo relativo a la cobertura, accesibilidad, utilización y calidad, para el cumplimiento del cometido. De tal modo, resulta ser un programa consensuado con las autoridades de las distintas jurisdicciones, las que en definitiva son las responsables primarias de la atención sanitaria y asistencial de la población que reside dentro de sus límites territoriales.

Su objetivo^[48] es asegurar la asistencia médica a las personas sin cobertura social que han accedido a una pensión no contributiva o graciable. Es importante señalar que, en su gran mayoría, los pensionados no contributivos integran conjuntos cuyas condiciones sociales y culturales exceden el mero aspecto económico, con enormes dificultades de acceso a los servicios de salud.

b. Colectivo concernido

El Programa Federal de Salud es un sistema de aseguramiento del servicio médico-asistencial destinado a titulares de una Pensión No Contributiva que no posean otra cobertura médica como beneficiario del Sistema Nacional de Seguro de Salud o de la Obra Social Provincial. Para ser claro, el programa se ocupa de financiar a cada jurisdicción provincial para dar la cobertura médico-asistencial a todas aquellas personas titulares de pensiones nacionales no contributivas, que reúnan las condiciones para ser beneficiarios del mismo.

La población de pensionados no contributivos se subdivide según su tipo de pensión en asistenciales, graciabiles y por leyes especiales. Básicamente, este programa financia la cobertura médico-asistencial dirigida a tres grupos que se distinguen en su colectivo concernido, a saber: 1.-) *Titulares de pensiones asistenciales*, que son otorgadas a personas sin jubilación ni pensión con alguna de las siguientes condiciones específicas: a) *Vejez*. Para personas adultos mayores –antes de 75 y hoy de 70 años o más–, sin cobertura previsional o no contributiva. b) *Multiparidad* (madres de 7 o más hijos). Para mujeres que tengan o hayan tenido siete hijos o más (incluidos los adoptados), de cualquier edad, estado civil. c) *Enfermedad invalidante* (discapacidad psíquica o física con compromiso mayor de 76 %). Para personas que acrediten una disminución del 76% o más en su capacidad laboral y se encuentren en situación de vulnerabilidad social (personas con discapacidad e invalidez laboral). 2.-) *Beneficiarios de pensiones por leyes especiales*: ex-combatientes de Malvinas, familiares de desaparecidos, precursores de la Antártida Argentina, ganadores de Premios Nobel u Olímpicos, prelados, etc. 3.-) *Beneficiarios de pensiones graciabiles*: personas designadas por legisladores del Congreso Nacional.

Para priorizar el trámite y el otorgamiento de las pensiones asistenciales se consideran diversos factores concurrentes, de los cuales los siguientes son los más importantes: a) Ausencia o desempleo del progenitor en casos de madres de 7 o más hijos; b) Carecer de algún tipo de subsidio; c) Falta de cobertura alternativa; d) Riesgo médico social; e) Carencia de contención socio familiar e institucional; f) Desempleo; g) Hogares con necesidades básicas insatisfechas. En la práctica, los factores concurrentes constituyen condicionantes que determinan la viabilidad de la tramitación de estas pensiones, de manera que la sola condición de beneficiario de pensiones

asistenciales implica una situación social particularmente desfavorable y de alto riesgo sanitario.

Las PNC incluyen también a las que son otorgadas en virtud de distintas leyes especiales, a los ex combatientes de la guerra de Malvinas, a familiares de desaparecidos, a Presidentes y Vicepresidentes de la Nación, a premios Nobel, a pioneros de la Antártida y precursores de la Aeronáutica y otros. Estas pensiones, como las asistenciales se conceden para toda la vida. Las pensiones no contributivas son vitalicias siempre y cuando se mantengan las condiciones que dieron lugar a su otorgamiento.

El otro grupo de PNC es el de las graciabiles que son otorgadas por los Legisladores Nacionales, según su criterio. Estos beneficios pueden ser otorgados por razones estrictamente justificadas (enfermedades o situaciones sociales de extrema gravedad y urgencia) o por causas no fundamentadas en aspectos de índole médica o social. Su financiación depende de una partida específica asignada dentro del presupuesto del Poder Legislativo. A diferencia de las anteriores tienen una vigencia de 10 años, y las prórrogas de las vigentes se concederán por cinco años, sujeto al pronunciamiento del futuro Congreso. (cfr. *Art. 13 Decreto Ley N° 17.923/44*, Id SAIJ: LNS0002192).

c. Autoridades de aplicación

Resulta oportuno recordar, en este estrecho marco cognoscitivo propio de las cuestiones de competencia, que la asistencia médica de beneficiarios de pensiones no contributivas (PNC), fue implementado inicialmente por el Plan de Atención Medica Integral (PAMI) –cfr. *Decreto 292/1995*–; a partir del 1/1/1996 y en el ámbito de la Secretaria de Desarrollo Social (SDS) de la Presidencia de la Nación, por la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales (CNPA), a través de su Dirección Nacional de Prestaciones Médicas (DNPM) –cfr. *Decreto 1455/1996*–, en el marco denominado Programa Federal de Salud (PROFE), transfiriéndose luego dicha dirección (DNPM) a la órbita de la Subsecretaria de Políticas, Regulación y Fiscalización de la Secretaria de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud de la Nación (MSN) –cfr. *Decreto 1606/2002*–, y luego a la Secretaría de Operaciones y Estrategias de Atención de la Salud del Ministerio de Salud (MSN) –cfr. *Decretos*

13/2015, 114 y 884/16, 112/2017–, recibiendo –por entonces– dicho programa su nueva denominación “Incluir Salud”; asimismo, conforme al art. 4° del Decreto N° 160/2018, es finalmente transferido –hoy en día con carácter permanente– a la órbita de la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS) –organismo descentralizado en la órbita de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, creado por Decreto N° 698/2017–, quien interviene a través de su Dirección Nacional de Acceso a Servicios de Salud (DNASS) –cfr. Resoluciones 453/2018 y 1079/2021 (ANDIS)–.

La autoridad de aplicación es hoy la Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Salud (DNASS) que depende de la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS), que a su vez es dependiente de Secretaría Nacional de Presidencia de la Nación.

Ese rol anteriormente era cumplimentado por el Ministerio de Salud de la Nación, que se vinculaba con las distintas jurisdicciones a través de *convenios* prestacionales, dependiendo –en ese sentido– de la labor conferida a su Dirección Nacional de Prestaciones Médicas.^[49]

Por ende, en base al periodo en que actúa cada uno de dichos organismos como autoridad de aplicación, difieren los aspectos normativos relevantes que nos ayudan a desentrañar los alcances de las relaciones jurídicas existentes entre los organismos locales y nacionales intervinientes, así como las responsabilidades asumidas entre sí y para con respecto a los beneficiarios afiliados.

d. Convenios. Responsabilidades

Por tratarse de un sistema de asistencia financiera a las provincias, el Ministerio de Salud de la Nación –con competencia para entender en la planificación global del sector salud y en la coordinación con las autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales–, se vincula con las distintas jurisdicciones únicamente a través de convenios prestacionales de *cápita integral*.^[50]

Con la finalidad de ejecutar la gestión transferida, el Ministerio de Salud de la Nación –o entidad nacional interviniente– suscribe con los Gobiernos Provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –responsables primarios de la cobertura de salud de los beneficiarios de pensiones no contributivas en sus respectivas jurisdicciones (afiliados a sus OSPr)–,

convenios destinados a la implementación –en sus territorios– del Programa de Salud Federal consensuado, que cuente con la suficiente viabilidad social.

En el mismo sentido, surge expresamente de los considerandos de la *Resolución N° 1862/2011 del MSN y Resolución 453/2018 de la ANDIS*, que los Gobiernos Provinciales son los responsables primarios de la salud de los beneficiarios de pensiones no contributivas en sus respectivas jurisdicciones, porque en dicho marco se suscribieron los convenios referidos con el organismo respectivo.

Cabe detenerse en la *Resolución N° 1862/2011 del Ministerio de Salud* por que se aprobó el nuevo modelo de Programa –denominado Programa Federal de Salud “Incluir Salud”–, pues allí se regula un nuevo convenio a fin de que adhieran las provincias, en cuyo Anexo I se prevé expresamente que

“Para el supuesto de controversias respecto de la interpretación del presente acuerdo, ambas partes se someten a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”;
(cfr. Cláusula Trigésima Primera: “De la resolución de controversias”).

Es así que el financiamiento del programa corresponde al Estado Nacional, mientras que cada Provincia mediante la adhesión al Convenio Marco, es la responsable de la implementación del plan dentro de su ámbito territorial, a través de las denominadas UGP (Unidad de Gestión Provincial) –o Unidades Ejecutoras PROFE o Incluir Salud– cuya función es la ejecución, supervisión y evaluación del Programa a nivel local. Al respecto, cabe destacar que la ejecución, supervisión y evaluación del Programa se delega –a nivel local– en las Unidades de Gestión Provincial (UGP), las cuales tienen no solo sede sino también estructura y responsabilidad propia. No obstante financiar la cobertura médico-asistencial de los beneficiarios correspondientes, el programa transfiere los recursos presupuestarios a las provincias, quienes son responsables de brindar las prestaciones requeridas.

[51]

De acuerdo a lo indicado, el sistema de asistencia financiera instaurado a través del Programa Federal de salud (PROFE) –hoy Programa federal Incluir Salud– no otorga ninguna clase de prestaciones en forma directa,

sino solamente a través de la Unidades Ejecutoras o de Gestión eminentemente locales^[52], establecidas por acuerdo con la máxima autoridad sanitaria de cada jurisdicción provincial, siendo estas unidades son quienes conforman su propia red de prestadores, estableciendo –asimismo– oficinas, despachos o lugares de atención en distintas localidades de cada Provincia –sin intervención alguna de la Dirección Nacional de Prestaciones Médicas (DNPM), ni de ninguna otra dependencia situada en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación–.^[53]

No existe ninguna clase de relación jerárquica administrativa entre las partes del respectivo convenio de adhesión ya que, el Ministerio de Salud de la Nación –y su respectiva Dirección Nacional de Prestaciones Médicas–, forman parte del Gobierno Federal, y, las Unidades de Gestión –bajo sus distintas denominaciones históricas: Unidades Ejecutoras PROFE o Incluir Salud– dependen cada una de su respectivo Gobierno Provincial.

En tal sentido, el sistema de salud pública tiene en nuestro país una organización de tipo federal y compartida; en consecuencia, si bien el Estado Nacional es garante de su sistema de salud, no es competencia de su Ministerio de Salud de la Nación, cumplimentar las obligaciones de las obras sociales extrañas a su jurisdicción, pues sólo es competente en el control y fiscalización de su cumplimiento por parte de las obras sociales que se hallan comprendidas dentro del marco regulatorio de los Agentes –Naturales o Adherentes– del Seguro Nacional del Seguro de Salud –*Leyes N° 23.660 y 23.661*–.^[54]

e. Provincia de Buenos Aires. Unidad Ejecutora

Dentro de ese contexto y en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, se dicta *Decreto Provincial N° 880/2004* por el cual se aprobó el Convenio Marco (del 31/3/2004). En concreto, por dicho instrumento, el Ministerio de Salud de la Nación encomienda a la Provincia de Buenos Aires la atención médica integral de los beneficiarios de Pensiones no contributivas (PNC) afiliados al Programa Federal (PROFE), residentes en el ámbito territorial de la Provincia de Buenos Aires y cuya ejecución se encuentra a su cargo a través de la Dirección Nacional de Prestaciones Médicas (DNPM); y, a tales efectos, “La Provincia”, a través de su Ministerio de Salud, se compromete a brindar los servicios que se detallan

en el Anexo I, según Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), sus modificatorias, Leyes Nacionales y las especificaciones de los anexo del convenio (cfr. Cláusula Primera), a los beneficiarios que hayan tramitado su afiliación y estén incluidos en el Padrón PROFE a que hace referencia la Cláusula Tercera. (cfr. cláusula Segunda). A su vez, en su Cláusula Cuarta, se establece que “La Provincia desarrollará las obligaciones comprometidas originadas en el presente Convenio a través de la Unidad de Gestión Provincial (UGP), conforme lo acordado en el Anexo III”, responsable de la gestión y control de la atención médica integral prestada a los afiliados beneficiarios del Programa. A tales fines, por *Decreto Provincial N° 316/2005* se creó en la jurisdicción del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires la Unidad de Gestión Provincial.

Posteriormente, se dictó el *Decreto Provincial N° 492/2006* que aprobó la Adenda al Convenio Marco –suscripta entre las mismas partes y el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)–, que pasa a integrar el decreto y por la que se acuerda que las prestaciones a brindar a los beneficiarios (PNC), afiliados al Programa Federal “PROFE”, residentes en el ámbito territorial de la Provincia, a partir del 1/2/2006, se efectuará a través de dicha Obra Social Provincial (IOMA). A tales fines, en su Cláusula Segunda, se establece que la Unidad de Gestión Provincial “UGP”, creada por *Decreto N° 316/2005*, funcionará en la Sede Central de “El Instituto” y su funcionamiento se regirá a través de las Direcciones Regionales, Delegaciones y Subdelegaciones. No obstante, por *Decreto Provincial N° 796/2007* se derogó su similar *N° 316/2005* y se aprobó la creación de la Unidad Ejecutora PROFE en la jurisdicción del Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), determinándose los cargos de la estructura organizativa.

Luego, considerando que el *art. 144 –proemio– de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires* faculta al Poder Ejecutivo como Jefe de la Administración a proveer la estructura de sus jurisdicciones, se dicta el *Decreto Provincial N° 1532/2010 –del 2/9/2010–*, por cuyo art. 1° se ordena –a partir del 1/7/2010– la transferencia de la Unidad Ejecutora PROFE creada por Decreto N° 796/07, a la jurisdicción del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires –suprimiéndolo del ámbito del IOMA–, en adelante, debería ejercer y cumplir sus cometidos con eficiencia y eficacia.

Sin embargo, más adelante, mediante el *Decreto Provincial N° 234/2017*, son derogados los *Decretos Provinciales N° 796/2007* y

1532/2010, se transfirió el Programa Federal Incluir Salud (ex PROFE) del ámbito del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires –nuevamente– a la órbita del Instituto de Obra Médico Asistencial –IOMA–, rigiendo ello hasta la actualidad; y, se aprueba la creación de la Unidad Ejecutora Incluir Salud en la jurisdicción del Instituto de Obra Médico Asistencial –IOMA–.

V. Legitimación pasiva

Como consecuencia de lo antes expuesto y toda vez que la obligada a cumplir con esta prestación es la provincia y que el beneficiario se ve 'empadronado en ese ámbito', podemos avizorar que los reclamos prestacionales debieran dirigirse –indefectiblemente– a la autoridad de aplicación local como sujeto pasivo de la relación jurídica, pues actúa a través de sus unidades ejecutoras y/o delegaciones, según su distribución dispuesta en órbita de cada estructura asignada por los gobiernos de las provincias dentro de su jurisdicción y ámbito territorial de aplicación, y, eventualmente, en la órbita de la justicia ordinaria o local.^[55]

En ese contexto, si el objeto de la pretensión se emparenta con la gestión y ejecución del programa y no con aspectos relacionados al financiamiento del mismo, no habría omisión del Estado Nacional, que no es el sujeto vinculado por la relación jurídica sustantiva, ya que la autoridad ejecutora provincial es la llamada a satisfacer las prestaciones objeto del reclamo. En consecuencia, el sujeto pasivo de esa relación jurídica resulta ser la provincia, y no el Ministerio de Salud de la Nación –o entidad nacional que lo reemplace– que, por ende, no es parte sustancial en ese aspecto del asunto, criterio que se ve convalidado por el *art. 7° del Decreto 160/2018*, por lo tanto, el sujeto pasivo de la relación es la Provincia adherida y no el Estado Nacional, razón por la cual el caso resulta ser de competencia de la Justicia Provincial.^[56]

En tal sentido –y sin lugar a dudas–, el eventual legitimado pasivo no resultaría ser otro que el Estado Provincial y/o el Ministerio de Salud de la Provincia y/o, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, el Instituto de Obra Médico Asistencial –IOMA– (según el momento de interposición de la demanda en que se dirima el conflicto negativo de competencia de que se trate), entes provinciales que, como tales, se identifican con dicho Estado

provincial adherente, quien así sería –a todo evento– parte sustancial.^[57] En ese sentido, la jurisprudencia ha puntualizado que

“...el PROFE no puede ser condenado. Y es entendible que ello sea así, porque al tratarse de un programa de salud no reviste la calidad de sujeto como para ser parte en el proceso y, por ende, resultar o no condenado (...). Ante lo expuesto, la sentencia recaída en autos no puede obligar al PROFE como afirma el sentenciante de grado sino al órgano executor, que en el caso resulta ser la provincia de Buenos Aires por medio de IOMA...”.^[58]

Esta es la solución que mejor se ajusta a la doctrina de la Corte Suprema expuesta en las distintas causas citadas en el presente y también en autos “*Defensoría Pública Oficial c/Provincia de Córdoba y otro s/Amparo Ley 16.986*” (FCB 17844/2014/CS1), sentencia del 2/6/2015, donde el Máximo Tribunal –adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal– estableció por un lado que

“Esa calidad de parte conlleva la necesidad de que el Estado Nacional, en el caso, sea titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, lo que debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 321:2751; 322:2370; 326:1530 entre otros) ... y que ... se desprende que la pretensión de la actora tiene por objeto obtener que las personas individualizadas en la demanda y todos los beneficiarios de pensiones no contributivas en la provincia reciban determinadas prestaciones de salud lo que, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Provincial, ya citada, es de responsabilidad primaria de la provincia...Por lo tanto, no es válido colegir que el Estado Nacional posea la calidad de parte, según la doctrina del Tribunal, dado que no se advierte que tenga un interés directo en el juicio ni que integre la relación jurídica sustancial que da origen a este pleito, de forma tal que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria ...”.

VI. Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)

El Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), es una entidad autárquica local con capacidad para actuar pública y privadamente, creada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires –para realizar en la Provincia todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen–, cuya organización y funcionamiento están regidos por la *Ley Orgánica N° 6.982 (t.o. decreto 179/87) –y su Decreto Reglamentario 7.881– de la Provincia de Buenos Aires*, en cuya jurisdicción reside su ámbito de actuación en materia médico asistencial, que concierne a la cobertura perseguida por sus afiliados, bajo el sistema de obra social abierta y arancelada.

Así pues, el ente autárquico asistencial debe atenerse a la normativa vigente que rige su actividad, consistente básicamente en la *Ley N° 6.982 y su decreto reglamentario 7.881/84*, la Ley de Medicamentos de la Provincia de Buenos Aires (*Ley N° 11.405*), leyes especiales provinciales que integran el plexo normativo local en materia (concurrente) de salud, y las resoluciones que dicte su directorio. Mas, en lo que concierne al cumplimiento de sus obligaciones respecto de los afiliados con origen en beneficios de PNC, la Provincia adherente –cuyo cometido en materia de salud es ejecutado por el IOMA–, debe observar en su gestión un piso mínimo de cobertura asumido en su adhesión –cfr. *Decreto 880/2004, Anexo I, Clausula Primera*–, según se establezca en Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), sus modificatorias, en las Leyes Nacionales y las especificaciones de los anexos de cada convenio.

Por cierto, y esto es central en el presente análisis, para controvertir lo decidido en sus disposiciones o resoluciones u omisiones y hacer valer los derechos que eventualmente ese acto u omisión hubiera afectado, los afiliados cuentan con específicos remedios administrativos y judiciales consagrados por el ordenamiento jurídico positivo local –específicas vías de impugnación de las decisiones administrativas cuyos destinatarios reputen lesivas de sus derechos–. Este mismo sistema regulatorio también permite la impugnación de la norma reglamentaria en que se funda el acto aplicativo.

Ergo, a partir de la denegatoria que el IOMA formule respecto de un pedido de cobertura de salud, el afiliado –cualquiera sea su especie– cuenta con vías administrativas y judiciales para procurar la tutela de sus derechos. [59] La juridicidad vigente habilita el obrar inicial de la entidad administrativa provincial (el IOMA) y, por control de legalidad, el Poder Ejecutivo (local) y eventualmente, en el marco de un proceso contencioso o de amparo, la intervención de un magistrado o tribunal del Poder Judicial provincial en ejercicio de su jurisdicción.

Corresponde –entonces– preguntarnos si –como acontece en ciertas latitudes– la justicia federal de primera instancia receptora se hallaría investida de la competencia que correspondería ejercer para poder intervenir en el caso de una acción interpuesta por un afiliado a IOMA –sea o no beneficiario de PNC capitado en la Provincia de Buenos Aires– cuyo objeto sea inherente a la cobertura de las prestaciones de salud asumidas por la Provincia, y, de ese modo, resolver la contienda contenciosa privando de efectos a un acto administrativo emanado de un organismo del Estado provincial que realiza sus fines en materia médico asistencial u ordenarle otras medidas complementarias.

Se advierte pues no sólo que el asunto que daría origen a la contienda es ajeno al marco de actuación de las *Leyes N° 23.661 –arts.2 y 38– y 16.986 –art. 18–*, sino que –en tales circunstancias– las vías de tutela establecidas por las leyes aplicables de ningún modo habilitan la intervención de los jueces federales, menos todavía le confieren el poder de expedir los mandatos en el expediente administrativo del ente provincial.

Es que los aludidos órganos jurisdiccionales de la justicia federal carecen de aptitud jurídica para conocer y dirimir controversias como las originadas en la especie a raíz del dictado de la disposición del ente provincial. Por consiguiente, no está investido de potestad alguna para suspender, anular o mandar a reemplazar actos administrativos emanados de una autoridad provincial en ejercicio de sus propias competencias.

De lo contrario, importaría una visible intromisión en un ámbito competencial que le es totalmente ajeno, pues se avanzaría ilegítima e invasivamente sobre la competencia y atribuciones propias del Poder Judicial local, cuyos integrantes, por imperio de la jurisdicción (local), pueden –en la evaluación del caso– imponer a otro poder del Estado Provincial determinada manda.

Incurrir en ello, ya sea por inercia procedimental –fallas al momento de revisar inicialmente la admisibilidad de la acción y procedencia del fuero federal (“sin querer queriendo” diría un personaje del ilustre dramaturgo Roberto Gómez Bolaños)– o merced a una antojadiza valoración del régimen vigente en materia de sistemas de salud (local y nacional), pondría de relieve una clara violación del sistema federal de gobierno y del principio constitucional del juez natural.

A este punto, es pertinente poner de resalto cierta jurisprudencia de la Excma. Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, al acoger la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional, expresó:

“...Debo abundar a lo antes expuesto, que el IOMA no integra el Sistema Nacional de Obras Sociales, estando alojado en el ámbito competencial autónomo de la Provincia de Buenos Aires, con lo que, adoptar decisiones que integren en su ámbito de actuación, dependencias de competencia federal, ello posee aptitud para interferir en el contexto de las autonomías provinciales, espacio éste que se encuentra constitucionalmente resguardado (arts. 5, 121, 122, 123 C.N.) ...”.^[60]

VII. Jurisprudencia en torno a la cuestión

En principio, las causas en que se ventile la relación jurídica e intersubjetiva antes analizada, guardan sustancial analogía con lo decidido en fecha 23/9/2008 por el Máximo Tribunal *in re* "A. A c/I.O.M.A. s/Amparo" –S.C. Comp. W 618, L. XLIV–, de conformidad a lo dictaminado por la Procuración. En síntesis, se sostuvo que se trataba de un litigio entablado por un vecino de un Estado contra ese Estado y/o uno de sus entes autárquicos –únicos legitimados pasivos– (*Ley Provincial N° 6.982; t.o. por Decreto 179/87 –v. Fallos 327:214–*). De aquel relato se sigue, por un lado, que no estamos ante un reclamo de naturaleza federal en razón de las personas (Doct. arts. 116 C.N., 2 –inc. 6°– y 12 Ley N° 48, y III –inc. 5– Ley N° 1.893), y por otro, que la pretensión se funda sustancialmente en normas de derecho local.^[61]

Así las cosas, debe enfatizarse que, por un lado, tanto el convenio de transferencia celebrado entre la Nación y la provincia, como el decreto local

que lo avaló, han pasado a integrar el plexo legal interno, que debe ser interpretado por los jueces locales^[62]; y que, por otro, la naturaleza de la relación litigiosa radica en la cobertura de prestaciones médico asistenciales, cuya parte obligada es exclusivamente la Provincia adherente por convenio, mediante uno de sus organismos, ya sea el Ministerio de Salud de la Provincia o el Instituto de Obra Médico Asistencial (en la Provincia de Buenos Aires). De tal forma, tanto la materia como las personas comprometidas en el litigio resultan ajenas a esta jurisdicción de excepción, ante lo cual corresponde declarar la incompetencia toda vez que este tipo de normativas son orden público y debe ser aplicada de oficio por los tribunales (*Fallos 118:436 156:34* entre otros).^[63]

Por otro lado, en la especie también resulta aplicable el criterio antes sentado por la Excma. CSJN –por adhesión al dictamen de esta Procuración–, *in re "PERALTA, María Florencia c/Buenos Aires, Provincia de s/ Amparo"* –S.C. P. W 943, L. XLI–, 7/7/2005.^[64] Allí, se trajo a colación la pauta contenida en el *art. 18 –segunda parte– de la Ley N° 16.986*, y, se recordó también que la invocación de cláusulas constitucionales no determina per se la sustracción de la causa a los tribunales ordinarios; y se ponderó que –si la solución del caso hiciera menester interpretar preceptos federales–, la tarea puede llevarse a cabo por los jueces de todas las jurisdicciones, cuyas decisiones podrán, finalmente y en su caso, obtener debido control ante esa Corte, por la vía pertinente.^[65]

En función del análisis efectuado y de la armonización de las normas en juego, no se advierte que el supuesto en cuestión se encuadre entre los contemplados por el *Art. 2 de la Ley N° 48* y las *Leyes N° 23.660 y 23.661*. Ergo, al no encontrarnos en presencia de vínculo alguno de conexidad jurídica que someta a la repartición provincial al fuero federal, habilitando así la competencia para entender en el pleito, no se darían los requisitos, que habilitan la competencia federal según los *arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental*, por lo que el caso resultaría ajeno a dicha instancia.^[66]

Sentado ello, cabe señalar que son numerosos los casos de conflictos negativos de competencia suscitados por acciones judiciales incoadas por los beneficiarios del Programa Incluir Salud de la provincia de Buenos Aires, en los que la Excma. CSJN ha concluido en que corresponde entender a la justicia provincial.^[67] En esos precedentes se sostuvo, en suma, que, si bien el aludido programa fue instituido en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación, algunas provincias adhirieron al régimen

del sistema para que sus residentes, beneficiarios de pensiones no contributivas o graciabiles, reciban atención médica, situación que se da en el supuesto analizado al haberse transferido el sistema a la órbita local (cf. S.C. Comp. 713, L. XLVIII, "*G.,C. c/Programa Federal de Salud s/Amparo*", 21/5/2013, y su cita).^[68]

En esas condiciones, las cuestiones de competencia planteadas serían también análogas a lo fallado por esa Corte en los autos Comp. CSJ 1128/2018/CS1, "*B. E. N. c/ Estado Nacional Presidencia de la Nación – Agencia de Discapacidad s/ Amparo de Salud*", con fecha 11/9/2018 – Dictamen 12/7/2018–, a cuyas consideraciones corresponde acudir, en todo lo pertinente, por razones de brevedad, y en los cuales se atribuyó competencia a la justicia provincial.^[69] No obstante, de su lectura se desprende que se hace alusión los distintos precedentes en los que –en igual sentido–, se expidiera con anterioridad la Excma. CSJN^[70], por lo que cabe enfáticamente afirmar sin lugar a dudas que planteos como el que nos ocupa resultan ajenos a la competencia del fuero federal prevista en los *arts. 116 y 117 de la C.N.*

Entonces, cabe concluir en que, tratándose –por ejemplo– el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) de un organismo creado en el marco de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, y, siendo que la cuestión analizada conlleva el análisis e interpretación de normativas locales –cuyo plexo se ve integrado también por los Convenios Marco aprobados y asumidos en el orden local (celebrados entre las autoridades provinciales y los organismos nacionales)–, pudiendo ser interpretados –al igual que toda otra norma de alcance nacional– también por los jueces locales (naturales), y, no viéndose comprometido en modo alguno el interés público federal y/o los propósitos que lo informan–, la cuestión relativa a cada reclamo prestacional iniciado por sus afiliados –en virtud del Programa Federal de Salud, ejecutado por el organismo provincial sindicado en cada administración pública provincial– al igual que acontece con sus afiliados naturales no capitados en los referidos convenios –al no ser una obligación propia del Estado Nacional sino, en su caso, del Estado Provincial–, debe ser sometida a la justicia local, con competencia en dicha jurisdicción (Arg. Cfr. CSJN, *Fallos 327:214*).

Una interpretación contraria implicaría alterar la garantía del Juez Natural, modificando la competencia que es de orden público al arbitrio del accionante con la sola inclusión del Estado Nacional en la acción.^[71] Este

criterio se fundamenta en la observancia del sistema federal y en el debido respeto de las autonomías provinciales, que requieren que se reserve a sus jueces las causas que en lo sustancial del litigio versan sobre aspectos propios de la jurisdicción local, al corresponder que sean los jueces locales los que intervengan en las causas en que se ventilen cuestiones de esa naturaleza, sin perjuicio de que los temas y las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos, sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado en el *art. 14 de la Ley N° 48*.^[72]

VIII. Conclusiones

Dado el desarrollo observado en los párrafos precedentes, hemos de culminar con el análisis de la cuestión que nos ocupa, poniendo de relieve las siguientes conclusiones, de cuya síntesis ordenada se extrae que:

1.- El Programa Federal de Salud (PROFE-Incluir Salud) no es una obra social ni una persona jurídica –en tanto, no es ni una obra social en los términos de la *Ley N° 23.661*, ni ninguno de los otros agentes del sistema del seguro de salud enumerados en la *Ley N° 23.660*, ni tampoco un organismo estatal dotado de personalidad jurídica–, sino tan solo un “programa federal” de financiamiento y asistencia económica –sistema de transferencia de fondos– que debe llevar a cabo la Nación en beneficio de las Provincias (sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios), siendo –estas últimas– las responsables de la atención y cobertura de salud de los beneficiarios de PNC capitados en su territorio, en virtud de sus adhesiones a los convenios (adendas) respectivos habiendo sido aceptado –por dicho medio– como piso mínimo la cobertura prevista en el Programa Medico Obligatorio (PMO) –cfr. *Decreto Provincial N° 880/2004*, por el cual se aprobó el Convenio Marco (del 31/3/2004), y normas modificatorias y/o complementarias posteriores–. Importa así un sistema de aseguramiento público del acceso a los servicios de salud, de los beneficiarios de pensiones no contributivas, a través de los gobiernos de las respectivas

jurisdicciones donde éstos residen (cfr. *Anexo I de la Resolución N° 1862/2011 del MSN*).

2.- Cuando tal financiación o asistencia económica no se cumple, será la Provincia quien se encontrará legitimada activamente para reclamar –a la Nación– por su observancia. En tal escenario, no habría duda en cuanto a que el caso sería competencia originaria de la CSJN (cfr. *Arts. 116 y 117 C.N.; Ley N° 48; y clausula Trigésimo Primera del Modelo de Convenio de adhesión, aprobado por Art. 4 de la Resolución 1862/2011 MSN, y sus normas convalidantes*).^[73]

3.- A su turno, la cobertura de salud del beneficiario de PNC capitado es prestada por la Provincia –quien ha asumido esa responsabilidad, al adherirse y/o suscribir las respectivas adendas o convenios (cfr. *Resoluciones 1862/2011 MSN y 453/2018 ANDIS*)– a través de sus Unidades de Gestión Provinciales, y de sus Unidades Ejecutoras Provinciales, que generalmente recaen en las Obras Sociales Provinciales (ej. IOMA) –que integran su administración pública– y a las cuales resultan encontrarse afiliados con las mismas prerrogativas que sus otros afiliados (voluntarios u obligatorios).

4.- La legitimación activa del beneficiario de PNC se presenta cuando su reclamo es dirigido a fin de obtener el cumplimiento de su cobertura de salud que debe ser prestada por la Obra Social Provincial (ej. IOMA). No debe confundirse la autoridad de aplicación que interviene desde su origen en el otorgamiento y pago del beneficio previsional (PNC), con la entidad asistencial a la cual se encuentra afiliado dicho beneficiario a los fines de recibir la cobertura de salud (Obra Social Provincial).

5.- Tal reclamación, ha de ser dirigida en contra de su legitimado pasivo, a saber, la Obra Social Provincial (cfr. *Art. 7° del Decreto 160/2018*) a la que se encuentre afiliado el beneficiario capitado de la PNC y en la que opere la respectiva Unidad Ejecutora provincial; para ello –a la vez– contará con las vías administrativas de impugnación y/o con las acciones judiciales, consagrados en los respectivos ordenamientos jurídicos locales, siendo entonces el caso del resorte y competencia de la justicia ordinaria, tanto en razón de las personas como en razón de la

materia (concurrente), en tanto su objeto es la tutela del derecho a la salud, garantía que no es exclusivamente federal sino concurrente con el derecho público local por estar prevista en las constituciones provinciales.

6.- Por ende, no resultando ser las Obras Sociales Provinciales (no obstante su rol de Unidad Ejecutora PROFE) un agente natural o adherente del seguro nacional de salud (al no encontrarse alcanzadas entonces por el régimen de las *Leyes N° 23.660/23.661*^[74], ni pudiendo ser consideradas –por distinta vía– como persona aforada dada su naturaleza jurídica y origen (*arts. 116 C.N.; 2 –inc. 6°– y 12 Ley N° 48, y 111 –inc. 5°– Ley N° 1.893; 1 y 18 Ley N° 16.986; 1 Ley N° 23.660; 2 y 38 Ley N° 23.661*), frente al reclamo de un afiliado de una Obra Social provincial –Unidad Ejecutora– no adherida al Régimen Nacional de Obras Sociales, no surge que exista naturaleza federal en razón de las personas. A todo evento, la sola circunstancia de que se demandase al Estado Nacional no determina la competencia federal si éste no es parte sustancial del pleito.

7.- Asimismo, siendo la salud una materia de índole concurrente para la Nación y las Provincias, siendo que la pretensión se funda –sustancialmente– en normas de derecho local –cuyo plexo normativo se integra además por el convenio al que adhiere la provincia y el decreto local que lo avalare, que también deben ser interpretadas por los jueces locales– recayendo pues en la órbita provincial (*cf. arts. 31, 75 inc. 12 –ex 67, inc. 11–, 121 –ex 104–, 125 –ap. 2– C.N.*).

8.- Además, la invocación de cláusulas constitucionales no determina per se la sustracción de la causa a los tribunales ordinarios, y, si la solución del caso hiciere menester interpretar preceptos federales–, la tarea puede llevarse a cabo por los jueces de todas las jurisdicciones, cuyas decisiones podrán, finalmente y en su caso, obtener debido control ante esa Corte, por la vía pertinente (*art. 14 Ley N° 48*).

9.- Por todo ello, y toda vez que este tipo de normativas son orden público, no corresponde su tramitación y/o radicación ante el fuero federal. En caso de así suscitarse, sea por vía de acción ingresada directamente en el fuero federal, éste puede declarar su

incompetencia aun de oficio y en cualquier estado del proceso – cfr. *Arts. 4, 5, 352 CPCCN*–), o, por vía de su remisión desde el fuero ordinario en virtud de ser declarada de incompetencia, ser trabado el conflicto de competencia (cfr. *arts. 24, inciso 7°, del Decreto-Ley N° 1.285/1958 –texto según Ley N° 21.708–*). De lo contrario, permitir su radicación en sede federal, posee aptitud no solo para interferir en el contexto de las autonomías provinciales – espacio éste que se encuentra constitucionalmente resguardado (*arts. 5, 121, 122, 123 C.N.*)– sino también para violentar el sistema federal de gobierno de nuestra república y el principio y garantía del juez natural.

GÉNERO Y SALUD

Daniela Bozzari*

I. Introducción. Diversidad sexual y Perspectiva de Género

La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo o de su mismo género o de más de un género; así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Por su parte, la identidad de género, representa la vivencia interna e individual de género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento de nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Estas definiciones provienen de los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, desarrolladas por un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos reunidos en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia en noviembre de 2006^[75].

Allí se consolidó la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Asimismo, se acompañó cada principio con recomendaciones, y se puso énfasis en que todos los actores tienen responsabilidades en cuanto a promover y proteger

los derechos humanos y se afirmaron las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir.

Muchos Estados y sociedades imponen a las personas normas relativas a la orientación sexual y la identidad de género a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y procuran controlar cómo las personas viven sus relaciones personales y cómo se definen a sí mismas. La vigilancia en torno a la sexualidad continúa siendo una de las fuerzas principales que sustentan la perpetuación de la violencia basada en el género y de la desigualdad entre los géneros (Principios de Yogyakarta, 2007).

La perspectiva de género y derechos contribuye a una visión compleja de los determinantes sociales y subjetivos del proceso de salud, enfermedad, atención y cuidado. Implica desnaturalizar lo que se interpreta por diferencias sexuales, en el sentido de entender la construcción social de lo sexual como una diferencia binaria de opuestos, complementaria y fija, basada a su vez en una diferencia anatómica que exige una serie de “coherencias” (coherencia entre la apariencia física, genitalidad, aparato reproductivo, hormonas predominantes, expresión sexual y de género, nombre e identidad de género auto-percibida y socialmente percibida, deseo y orientación sexual, etc.). Implica interpretar lo sexual y lo genérico como una esencia, una característica sustantiva radical que marca desde el nacimiento el destino de las personas.

En esta línea de pensamiento, cada una de las instituciones sociales y el propio Estado se han articulado históricamente suponiendo y reproduciendo el binarismo sexual y de género afincado en un supuesto binarismo biológico, “natural”. Por el contrario, pensar y proyectar con perspectiva de género y derechos, remite a asumir la pluralidad de identidades de género, expresiones de género y orientaciones sexuales que van más allá de los modelos normativos heterosexuales, reproductivos y cis.

La diversidad sexual alude, entonces, a un campo de prácticas, identidades y relaciones que no se ajustan a “lo conocido” y desafían lo que se denomina heteronormatividad. El concepto de heteronormatividad remite al principio organizador de las relaciones sociales, a un orden que es político, institucional y culturalmente reproducido, que convierte a la heterosexualidad reproductiva en el parámetro desde el cual se juzga la variedad de prácticas, identidades y relaciones sexuales, afectivas y amorosas existentes.

En tal sentido, el Estado es y ha sido un actor central en la producción y reproducción de la heteronormatividad, estructurando las prácticas e instituciones sociales sobre el supuesto de que todas las personas son cis, es decir, que aquellas personas que fueron asignadas al sexo masculino al nacer, son hombres, y que aquellas asignadas al género femenino, son mujeres.

II. Derecho a la Vida y a la Salud. Bloque de Constitucionalidad Federal. Acción de Amparo

El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana y es preexistente a toda legislación positiva, constituyendo un bien fundamental en sí mismo, reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. De este derecho deriva el derecho a la salud en su primera formulación, considerado en relación con el bienestar psicofísico del individuo. El Constitucionalismo social lo tornó grupal o comunitario. Y a la salud, como veremos, tiene que ver con derechos de tercera generación como la tutela al ambiente y al consumidor, reafirmando su compromiso social^[76].

Los derechos de tercera generación son los llamados derechos de los pueblos o de solidaridad. Surgen como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones. Dan a luz primero en el seno del derecho internacional para luego filtrarse en los ordenamientos constitucionales. Ello así, que el derecho a la salud fue receptado por el bloque Constitucional Federal, compuesto por la Carta Magna y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (arts. 33 y 75, inc. 22 C.N.).

Dentro del contexto constitucional argentino, el derecho a la salud y a la vida, emergen como derechos no enumerados en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental. Desde el ordenamiento constitucional nacional, el derecho a la salud se proyecta de los arts. 41 con relación al ambiente y art. 42 en materia de reconocimiento y protección del derecho de consumidores y usuarios, en el cual se menciona la defensa de la salud. De ahí que también gocen quienes invocan el derecho a la vida y salud, de la protección de la Ley de Defensa al Consumidor N° 24.240^[77], reformada por la Ley N° 26.361.

Dentro de la enumeración realizada por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el derecho a la salud es atendido por los convenios internacionales de derechos humanos, en el art. 21 inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales^[78]; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica^[79]; inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[80], extensivos no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva, La Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24, 25 y 26)^[81] y la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer (art. 12)^[82].

En tal sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre^[83] establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos^[84] dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que entre las medidas que los Estados Parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho que toda persona se encuentra de disfrutar en el más alto nivel posible de salud física y mental.

Receptando esos principios constitucionales e internacionales, disponen de modo similar las constituciones y legislaciones provinciales, mediante acciones y prestaciones que establecen, regulan y fiscalizan el sistema de salud.

Dicho todo esto, podemos conceptualizar a la salud, en el modo que lo hace la Organización Mundial de la Salud, como un estado de bienestar, físico, mental, social, y no meramente como la ausencia de enfermedad o invalidez. La salud implica siempre un determinado equilibrio entre sus diferentes dimensiones: anatomomorfológico, fisiológico, psíquico, ecológico y socio-económico.

El derecho a la salud puede definirse también como aquel que posee

“todo individuo de un Estado a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto de la prevención como en el asistencial, cuando pueda hallarse en peligro o se encuentre afectada la salud de las personas”^[85].

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General 14/2000 refiere que debe asegurarse el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, poniendo la obligación de su garantía en cabeza de los Estados Parte, como, asimismo, en los demás actores que prestan servicios de salud.

Como bien lo explica Mosset Iturraspe^[86], la salud se advierte como un derecho primario, absoluto, natural, inalienable que poseen las personas y la comunidad, siendo obligación del Estado garantizar su prestación al ser humano desde la concepción hasta la muerte. Fijando las características del derecho a la salud como derecho constitucional, civil, biológico-existencial y primario. A su vez, es prestacional por cuanto reclama una realización y que en términos generales se expresa en que la sociedad tenga acceso a servicios médicos suficientes para una adecuada protección de su naturaleza física y psicológica.

En nuestra jurisprudencia, podemos ver que el Máximo Tribunal ponderó, que el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves, se relaciona estrechamente con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, en consideración que el individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida^[87].

En el fallo “*Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de Lucro c/ M.S. y A.S.*”^[88] la Corte determinó que

“el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional”. También ha dicho que: “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter de instrumental”.

De esta forma, y determinada la prioridad del derecho a la vida y a la salud y su rango constitucional e internacional, con relación a las vías mediante las cuales pueden hacerse efectivos, la jurisprudencia de la CJSN es unánime en afirmar que, ante la posibilidad de un menoscabo, el camino adecuado resulta la acción de amparo del art. 43 de la Constitución Nacional.

Ello por cuanto

“...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 formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere”^[89].

III. Contextualización de la salud LGBT. Percepciones sobre necesidades y acceso al sistema sanitario

Analizaremos este marco tomando como punto de partida un informe realizado en base a dichos recogidos en grupos focales de lesbianas, gays, bisexuales y trans destinado al análisis de la accesibilidad y la calidad de atención de la salud, realizado por la Fundación Huésped –año 2017– y desarrollado a iniciativa del Programa Provincial de Implementación de Políticas de Género y Diversidad Sexual en Salud del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

En tal sentido, en relación con la situación de la atención en salud, las personas encuestadas refieren, entre otras cosas, que las campañas mediáticas de prevención y testeo de VIH no existen en la realidad y no logran los efectos deseados, no pudiendo alcanzar un correlato entre la información y la práctica. Un claro ejemplo de ello es la falta de preservativos en los efectores de salud.

Señalan, asimismo, otras necesidades tales como asistencia psicológica y la prevención y atención de otras infecciones de transmisión sexual (ITS)

además del VIH. También, refieren la dificultad en el acceso a tratamientos de reproducción médicamente asistida, atención endocrinológica para tratamientos de reemplazo hormonal y quirúrgicos como las mastectomías de aumento o las cirugías de modificación de genitales, así como la búsqueda de reparar daños producidos por intervenciones previas (caseras o profesionales). En relación a estas prácticas, manifiestan una imperante necesidad de que se les brinde información fehaciente sobre beneficios, riesgos y contraindicaciones.

Otra de las carencias identificada por los participantes del estudio es la prevención y tratamiento de consumo problemático de drogas como respuesta frente a las continuas situaciones de discriminación, violencia y estigmatización por las que atraviesan.

Particularmente las mujeres cis lesbianas, bisexuales y hombres trans destacan la necesidad de contar con una atención ginecológica de calidad que responda a sus necesidades de salud específicas y que la consulta no parta de una presunción de heterosexualidad. Las entrevistadas señalan la falta de sensibilización y capacitación de los profesionales en salud en género y diversidad sexual. A ello se suma el desconocimiento de gran proporción por parte de los profesionales acerca de las prácticas de prevención y promoción de la salud en relaciones sexuales que se efectúan fuera del patrón hegemónico y heterosexual. Por otro lado, señalan, que cuando manifiestan la orientación sexual lésbica en las consultas, ello suele cerrar la puerta al abordaje de cuestiones relativas a la maternidad o la prevención de embarazos, como si estas cuestiones fueran exclusivas de las mujeres heterosexuales.

A raíz de lo expuesto, podemos decir que la falta de capacitación a profesionales puede dar lugar a efectos iatrogénicos de las políticas y atención en materia de salud sexual y reproductiva al basarse en un modelo de heteronormatividad obligatoria. Así queda demostrado que los servicios de salud no pueden responder a las necesidades de una población específica generando efectos perjudiciales para los demás, presuponiendo la heteronormatividad y la cisonormatividad en cada momento del proceso de prevención, atención y cuidado.

Asimismo, el tema VIH aparece como prioritario para los hombres cis gay y para las mujeres trans y travestis. En todos los casos, las y los entrevistados se han manifestado hostiles a los tratamientos compulsivos en salud mental, al tiempo que consideran deseable el apoyo terapéutico

psicológico adecuado, cuando es voluntario y con profesionales debidamente formados. En el caso de las mujeres y hombres trans, los tratamientos hormonales y quirúrgicos son la demanda principal, sobre todo a partir del reconocimiento de los derechos en la Ley de Identidad de Género^[90]. Se trata de una demanda en materia de salud que es condición necesaria para que puedan ejercer, desde su identidad, su derecho de tener todos los demás derechos.

En cuanto a la accesibilidad, se describirán a continuación –siempre según las perspectivas surgidas del grupo focal entrevistado– algunos factores objetivos que dificultan el acceso a la salud (distancias, tiempo y dinero) y factores subjetivos (estigmas, maltratos y miedos).

En tal sentido, los condicionamientos objetivos que limitan y dificultan el acceso de las distintas poblaciones del colectivo LGBT a los servicios médicos se pueden agrupar en tres componentes principales: 1) los horarios de atención y la asignación de turnos, 2) el emplazamiento geográfico y, 3) el nivel de servicios y tratamientos que efectivamente puede brindarse a los y las pacientes.

En primer lugar, la problemática de los horarios de atención ha sido un reclamo recurrente. Frente a una política focalizada y con recursos limitados, el criterio de selección de los cronogramas de atención ha demostrado ser de vital importancia para una efectiva prestación del servicio. Una lectura de las distintas intervenciones de los y las entrevistadas muestra que un horario de atención que no se adapta a las posibilidades y necesidades del público objetivo repercutirá en la merma de la asistencia al servicio.

Esta problemática muestra que la subpoblación más afectada por un horario “tradicional” de atención son las mujeres trans, vinculadas a dinámicas labores sexuales que insumen horarios nocturnos. El procedimiento de asignación de turnos enfrenta problemáticas similares, ya que si la tramitación de la reserva de turnos implica la presencia física en horarios incompatibles con las dinámicas laborales, las posibilidades de acceso y permanencia al servicio del público objetivo se ven limitadas fuertemente. Adicionalmente, la dispersión de turnos y la dificultad para coordinar y derivar tratamientos aparecen mencionadas como elementos que dificultan el acceso a los servicios médicos.

En segundo lugar, la otra problemática refiere al emplazamiento geográfico por cuanto existe una oferta limitada de centros de salud y esto

repercute a menudo en una gran distancia entre los mismos. Incluso más, ante situaciones de vulnerabilidad que enfrentan las poblaciones LGBT, el costo de tiempo y recursos económicos que implicaría trasladarse hasta esos centros de atención desincentiva el acceso a los mismos.

En tercer lugar, de acuerdo con la mirada de las y los profesionales médicos, deficiencias puntuales en la oferta de servicios también operan como un elemento que dificulta el acceso al servicio de la población LGBT. Las y los médicos entrevistados identificaron la merma de la calidad de oferta de servicios –particularmente la oferta de tratamientos de hormonización– y la saturación de la capacidad de atención de pacientes como dos elementos que caracterizan a esta problemática.

El grupo entrevistado identifica además una serie de elementos subjetivos, propios de sus percepciones individuales y colectivas, que señalan elementos que desincentivan que las poblaciones LGBT disfruten de un pleno acceso a sus requerimientos y necesidades médicas: la discriminación, los maltratos asociados, los miedos y las trayectorias de exclusión institucional que signan sus hojas de vida.

Una preocupación recurrente es la discriminación sufrida al acudir a servicios de salud tradicionales. Estas experiencias operan como un elemento disuasorio a la hora de realizar nuevas consultas médicas. Un reclamo frecuente recae sobre las formas de llamar a las y los pacientes, sin respeto alguno por su género auto-percibido, el nombre, las identidades de las y los pacientes en las mujeres y hombres trans lo cual no hace más que fomentar la expulsión del sistema sanitario.

Los episodios de discriminación y de trato sufridos operan en un nivel institucional, es decir que las malas experiencias y las formas agresivas de atención en determinada institución estatal (por ejemplo, ámbito educativo, justicia o policía) desincentiva el tránsito y la permanencia en otras agencias públicas. No es un tema menor, pues muestra que las soluciones a las vulnerabilidades de la población LGBT deben ser abordadas en forma integral y no meramente en términos sectoriales.

Finalmente, se remarca la existencia de una brecha generacional como barrera de acceso a las instituciones en general y a la salud en particular. Entre los efectores médicos prima una opinión compartida de que las nuevas generaciones, al menos progresivamente, están expuestas a menores discriminaciones y maltratos y cuentan con mayores recursos organizativos

y subjetivos que las generaciones anteriores, quienes continúan sufriendo las consecuencias de trayectorias de vida al margen de las instituciones.

IV. Responsabilidad del Estado. Marco Legal Argentino. Ley de Identidad de Género. Políticas Públicas

La obligación y responsabilidad del Estado de velar, tutelar, garantizar y mantener una conducta proactiva y acciones positivas respecto al derecho a la vida y a la salud de los individuos y de la comunidad es un punto que ha suscitado numerosa jurisprudencia, principalmente, a partir de la reforma constitucional del año 1994.

El deber del Estado nacional y provincial de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud y el derecho a la vida, es concurrente con las obligaciones de las obras sociales públicas o privadas y demás entes prestatarios de servicios médicos de cualquier índole o naturaleza.

Ello así que

“la administración de los asuntos de Estado debe cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas”^[91].

De allí que el derecho a la salud sea prestacional, pues exige su realización, lo que implica la necesidad de que el Estado asegure a la comunidad el acceso a servicios médicos y asistenciales suficientes para una adecuada protección de su naturaleza física y psicológica.

En este orden de ideas, cabe señalar que la Convención Americana (1969) en su art. 1.1 y 2 impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es

“deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

A su vez, los Principios de Yogyakarta (2007) afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometiendo un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar esos valiosos derechos que les corresponden por su nacimiento.

El sistema de salud Argentino está conformado por el subsistema público, el de las obras sociales y el privado. Mediante el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 492/95^[92] se creó el Programa Médico Obligatorio y es allí donde se definen las prestaciones mínimas que deben contemplar cada uno de los subsistemas. Las principales normativas nacionales que en materia de salud atañen a la población LGBT son aquellas que diseñan programas y disponen recursos para la prevención y el tratamiento del VIH (Ley N° 23.798/90^[93] y Decreto N° 244/91) y para promover la salud sexual y la procreación responsable (Ley N° 25.673/2003^[94] y Ley N° 26.130/2006^[95]). En tal sentido, se puede observar que las áreas de VIH e infecciones de transmisión sexual (ITS) y de salud sexual y reproductiva fueron las que primero se han ocupado de esta población en el seno de los Ministerios de Salud.

La construcción jurídica de la sociedad se va desarrollando y evolucionando con el correr del tiempo, a medida que la sociedad va manifestando o descubriendo nuevas necesidades. En tal sentido, en lo que respecta a la población trans, Argentina se destaca con una Ley de Identidad de Género (2012) de vanguardia a nivel internacional (N° 26.743/2012) estructurada sobre dos grandes ejes: 1) una definición de identidad de género anclada en los Principios de Yogyakarta y en el paradigma de los Derechos Humanos y, 2) un procedimiento administrativo de rectificación de datos registrales, basado en la autonomía personal y en la auto-percepción.

Esta permite a cualquier persona mayor de edad realizar el cambio de nombre y sexo registral en su documento nacional de identidad mediante un

trámite personal y sin requerir autorización judicial, administrativa o diagnóstico médico. Así, la ley abandona el paradigma civil clásico según el cual el nombre es un atributo de la personalidad inmutable sin intervención judicial, que a su vez tiene que guardar una correlación con un sexo registral apropiado a ese nombre, para pasar a un modelo centrado en la voluntad del sujeto, en la percepción del mismo, en la des-patologización y en la agilidad del trámite.

En el caso de los menores de edad, se establece que el trámite debe ser realizado por intermedio de sus representantes legales y puede contar con la asistencia de un abogado del niño o niña.

En el caso del colectivo trans, lo que ocurre es una incongruencia entre el sexo inscripto y la autopercepción de éste, de manera que no se logra el vínculo entre la identidad autopercebida y la registral. El reconocimiento de este derecho implica que sea jurídicamente aceptable la existencia de una incongruencia entre el género autopercebido y el sexo biológico, y que, por lo tanto, pueda prevalecer el primero por sobre el segundo. Este reconocimiento no sólo consagra así el derecho a la identidad, sino que también se constituye en la puerta al ejercicio de los demás derechos humanos. Esta línea de pensamiento, entendida como la identificación e individualización de cada persona, es la base del reconocimiento del resto de los derechos consagrados por nuestra Carta Magna.

Ello así, que se deduce el derecho de una persona a ser tratada de acuerdo con la identidad autopercebida, comenzando por la rectificación de los instrumentos que lo acrediten. En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho hincapié en la importancia de contar con la documentación personal identificatoria en el caso “*Vázquez Ferra*”^[96], sosteniendo que la falta de ésta pone a la persona en una suerte de “muerte civil” por socavar derechos fundamentales.

Por todo lo expuesto, podemos ver que contar con una documentación que refleje como corresponde la identidad hace posible a las personas el tránsito por las instituciones públicas y privadas, incluyendo las médico-asistenciales.

La Ley de Identidad de Género (2012) en su art. 11 legaliza los tratamientos hormonales y quirúrgicos que tengan por objetivo adecuar el cuerpo a la identidad de género. Dispone la cobertura de intervenciones y tratamientos por parte de los tres subsistemas de salud y establece como requisito la firma de un consentimiento informado.

Por su parte, el Decreto N°903/2015 que reglamenta el art. 11 expone un listado orientativo de las prácticas quirúrgicas contempladas y dispone que el Ministerio de Salud Nacional, conjuntamente con las autoridades sanitarias jurisdiccionales, serán las responsables de adecuar los centros asistenciales para cumplir con lo dispuesto en la Ley. Además establece la creación de un programa de capacitación para profesionales de la salud del subsector público y campañas de información y sensibilización de la comunidad médica en general.

La Ley N° 26.862/2013^[97] de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida dispone el acceso igualitario a estos procedimientos y, en sintonía con la Ley de Identidad de Género, se garantiza la cobertura integral de dichas prestaciones por parte de los tres subsistemas de salud a parejas del mismo sexo, personas trans, personas sin pareja, teniendo todas ellas derecho a acceder a los tratamientos no siendo necesario acreditar diagnóstico de infertilidad.

En el año 2009 el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Dirección de Sida y Enfermedades de Transmisión Sexual (DSyETS), junto con el apoyo del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH-Sida (ONUSIDA), el fondo de Población de Naciones Unidas (UNPFA) y la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) realizó una investigación acerca del vínculo existente entre la población LGBT y el sistema público de salud. De los resultados hallados en ese estudio, surge la propuesta de crear Consultorios Amigables para la Diversidad Sexual, como estrategia basada en evidencia para mejorar el acceso al sistema público de salud y calidad de la atención reafirmando los derechos a la salud.

Estos primeros consultorios, gestionados por el trabajo conjunto de organizaciones sociales, programas locales de VIH y servicios de hospitales públicos implican la reorganización de los recursos existentes y la focalización en las necesidades específicas de la población de la diversidad sexual, la formación de equipos mixtos con organizaciones de la sociedad civil (OSC) con trabajo en VIH y/o derechos sexuales y equipos de salud insertos en Hospitales Públicos. Los referentes de las OSC promocionan el consultorio y reciben y acompañan a las personas cuando se acercan al mismo. Por su parte, el equipo de salud cuenta con la capacitación y

sensibilización necesarias para atender a la población, preferentemente en horarios vespertino o nocturno y por demanda espontánea, focalizando sus prestaciones en atención clínica, asesoramiento y diagnóstico en VIH y otras ITS, apoyo psicosocial y hormonización para el caso de las personas trans que lo demanden.

Entre 2010 y 2012 se implementó este proyecto y se dio lugar a la creación de Consultorios Amigables en siete localidades: Ciudad de San Juan, Ciudad de Salta, La Matanza, Mar del Plata, Rosario y San Martín (Provincia de Buenos Aires). Esta estrategia ha sido una respuesta eficaz, novedosa e inclusiva que se ha ido paulatinamente replicando en más localidades y que constituye un antecedente importante para instalar políticas de salud hacia la población LGBT.

Estos consultorios inclusivos funcionan en hospitales pequeños, en centros comunitarios o en centros de atención primaria. Dependen de programas municipales de atención primaria o salud comunitaria y tienen un abordaje integral de la persona que facilita el acceso general a la salud. En algunos casos están cercanos a las zonas donde reside o trabaja la población trans.

Con relación a las prestaciones ofrecidas, la mayoría de los consultorios para la población LGBT cuentan con médicos y médicas generalistas que realizan una aproximación integral de la salud, ocupándose de brindar una atención clínica general, vacunación, hormonización y detección y seguimiento del tratamiento de la infección por VIH y otras ITS. A su vez, articulan su trabajo con profesionales de la psicología y el trabajo social para cubrir aspectos psico-sociales de la atención.

Alguno de los efectores cuenta con servicio de enfermería y ginecología, consejería en salud sexual y reproductiva y distribución de anticoncepción. Varios trabajan sobre consumos problemáticos de sustancias, desde una perspectiva de reducción de daños, así como también atención de casos de violencia de género. Con menor frecuencia, en función de la disponibilidad de profesionales interesados en trabajar con esta minoría, algunos consultorios ofrecen prestaciones como salud bucal y odontológica, nutrición y reeducación de la voz, entre otros.

Los hospitales centrales son los únicos que tienen la capacidad de ofrecer y practicar cirugías. Excepto por un efector que tiene una larga trayectoria en la realización de cirugías genitales –vaginoplastia y penectomías– el resto de los servicios en hospitales está iniciando sus pasos

en la realización de este tipo de prácticas y/o se focalizan en mastectomías o implantes mamarios que demandan menor nivel de especialización. Estos servicios cuentan con especialidades como urología, cirugía general y/o plástica. Como en estos espacios no hay referentes de diversidad ni organizaciones de la sociedad civil articulándolos, los usuarios y usuarias suelen transitar por estos servicios de forma individual, a veces sin contar con la adecuada orientación.

Los consultorios amigables cuentan con salas de espera o espacios que facilitan el encuentro entre pares, grupos de reflexión, charlas, talleres y capacitaciones que colaboran con el empoderamiento individual y de la comunidad, la formación de redes y la articulación con farmacias, derivaciones a otros servicios profesionales o seguimiento. Se han observado casos de personal de salud transformando parte del equipo (en enfermería). Por su parte, las y los referentes tienen un rol activo en la promoción de salud, saliendo a las calles a publicar el consultorio, campañas de testeo, vacunación y distribución de preservativos y materiales.

Por parte de los usuarios y usuarias, se observa un sentido de pertenencia al espacio que va más allá de la atención sanitaria en sí misma y una libertad y comodidad de circulación dentro del efector de salud que, en el caso de la comunidad trans, pocas veces se observa en otras instituciones y espacios públicos, generando una fuerte visibilización de la población y una inclusión social percibida como más real.

V. Conclusión. Recomendaciones. Propuestas orientadoras de políticas públicas

De todo lo expuesto, podemos arribar al resultado de que el colectivo LGBT tiene necesidades de salud comunes con el resto de la población, pero a su vez, tienen necesidades específicas vinculadas con la accesibilidad y calidad de atención en contextos de estigma y discriminación hacia la diversidad sexual y de género.

En tal sentido, por un lado, hay graves problemas en relación con el estado general de la atención a la salud, de servicios y hospitales, que tiene que ver con infraestructura, escasez de recursos humanos, sobrepoblación y

esperas, cuestiones económicas y de tiempo así como también la falta, escasez o intermitencia en la provisión de insumos.

Por otra parte, podemos también destacar aspectos positivos, como las campañas de testeo del VIH, la gratuidad de la mayor parte de las prestaciones y a menudo la buena predisposición y gran compromiso de muchos/as profesionales de la salud.

Específicamente hablando de la población objeto de estudio, se advierten dos grandes cuestiones: primero, hay especificidades que tienen que ver con la intervención de la orientación sexual y la identidad de género –en relación a su reconocimiento, discriminación o rechazo– en la salud y la atención de la salud sexual, reproductiva o genital; segundo, hay especificidades que tienen que ver especialmente con la identidad de género trans, como es el acceso a tratamientos hormonales y quirúrgicos.

A pesar de los avances sociales y legales en el reconocimiento de derechos para la población LGBT, que en Argentina fueron muchos, sigue existiendo discriminación, la violencia, la estigmatización, prácticas y políticas discriminatorias basadas en la orientación sexual, la expresión de género y la identidad de género. Todo esto, como se viene relatando, se traduce en que las personas se abstengan o desistan de acudir a ayuda profesional cuando la requieren, no se practiquen controles, desconfíen o se sientan agredidos cuando entran en contacto con profesionales e instituciones de la salud.

En tal sentido, los servicios inclusivos como los consultorios amigables y otras políticas de salud dirigidas a LGBT han demostrado ser eficaces iniciativas para promover el acceso, consolidar el seguimiento y tratamientos y establecer lazos de confianza. Todo ello en articulación con los referentes de la comunidad, son instrumentos indispensables para que el sistema de salud vaya incorporando cada vez más a todos los ciudadanos y ciudadanas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género.

En estas conclusiones ponemos de relieve algunos aspectos claves, tales como se demuestra que las políticas públicas inclusivas e integrales propician el acceso a las consultas y tratamientos, manteniendo buenos estándares de salud y buena calidad de vida. Todo ello, en el marco de recibir un lenguaje y modo amigable, adecuado, participativo como se da por ejemplo en el caso de los consultorios amigables.

De todas formas, es correcto señalar, que la iniciativa y la puesta en marcha de estos consultorios específicos no deben ser “para siempre”, puesto que el objetivo a mediano y largo plazo es que el reconocimiento de la diversidad sea transversal y universal al conjunto del sistema de salud. Un sistema que se verá entonces fortalecido, vuelto sustentable y protegido de los vaivenes partidarios.

Como recomendaciones de políticas públicas, se identifican dos núcleos centrales: la educación y la capacitación.

En lo referido a la educación se necesitan impulsar políticas de integración y no discriminación de forma transversal en todos los niveles del sistema educativo, así como también, el fomento de la educación sexual y el avance de acuerdo con lo estipulado por la Ley de Educación Sexual Integral (Ley N° 26.150)[\[98\]](#).

Por otra parte, se requieren medidas puntuales sobre la modificación y actualización de los planes de estudios universitarios dado que en el nivel de pregrado de los profesionales de la salud no existe una capacitación en género. Recién en el año 2016 se incorporó al Sistema de residencias la Guía del Ministerio de Salud de la Nación de la Salud Trans.

En lo referido a la capacitación, si bien el foco se encuentra puesto en la práctica médica, las sugerencias de políticas públicas exceden al saber técnico de las y los profesionales de la salud. Así es que se sugiere que las capacitaciones en temáticas LGBT deben dirigirse a un público amplio que incluya a la totalidad de los actores del sistema de salud, como ser profesionales médicos, personal administrativo y a quienes actúan como puerta de entrada al sistema como medida destinada a favorecer el buen trato y la permanencia del público LGBT.

A pesar de que la búsqueda de la salud integral es un objetivo primordial, se deberían abordar también problemáticas generales del colectivo traído a estudio que exceden específicamente las necesidades de la salud. Entre las mismas, podemos encontrar el acceso al trabajo y a la protección social, el acceso a la vivienda, el enfrentamiento de los consumos problemáticos de drogas y alcohol, la discriminación y la violencia policial e institucional.

Por último y en concordancia con todo lo expuesto, podemos señalar algunas propuestas orientadoras de políticas públicas, como ser:

- Que se promueva la inserción transversal de la no-discriminación y el respeto de la diversidad sexual y de género en todas las políticas públicas de salud, en todos los niveles.
- Que se elimine el uso de lenguaje y prejuicios heteronormativos y cisnormativos que resisten la accesibilidad y la calidad de la atención en la salud para la población LGBT.
- Incrementar la visibilidad de los consultorios amigables como así también fortalecer la vinculación entre éstos y el resto de los efectores de salud.
- Crear instancias y equipos de capacitación para cirujanos, cirujanas y demás profesionales no asociados a centros inclusivos con perspectivas a incrementar el trabajo en conjunto y el número total de intervenciones quirúrgicas practicadas a la población de mujeres y hombres trans.
- Fomentar la capacitación, sensibilización y actualización de médicos y médicas de diversas especialidades en temáticas de atención del VIH, ITS, salud reproductiva y hormonización.
- Fomentar también profesionales en enfermería, trabajo social, reducción de daños asociados a las drogas y, de personal de salud en general, en relación con la población LGBT para impulsar su incorporación y permanencia en el servicio de salud.
- Promover la educación continua para la capacitación de funcionarios/as públicos del área de la salud sobre los derechos de LGBT y la normativa existente, a efectos de que contribuya a erradicar a la discriminación por orientación sexual e identidad de género.
- Promover la capacitación, sensibilización y actualización sistemática de profesionales de la salud apuntando a cambios en sus actitudes en la atención a la población LGBT, garantizando el acceso igualitario.
- Articular con las acciones tendientes a la descriminalización de hecho del trabajo sexual de las personas adultas y acompañamiento de la población LGBT en tal situación ocupacional.
- Desarrollar programas de capacitación profesional de personas LGBT que faciliten el acceso de las mismas al mercado laboral.

Fomentar la aplicación de la Ley N° 14.783^[99] en el Estado Provincial con el objetivo de garantizar el cupo laboral de personas trans, travestis y transgénero, promoviendo así la igualdad real de oportunidades en el empleo público.

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN AMPAROS DE SALUD. UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

David A.Chassagnade*

I. Introducción

Las acciones de amparo por cuestiones de afectación al derecho a la salud en la órbita del fuero federal han tenido un incipiente crecimiento en las últimas dos o tres décadas, habiéndose escrito excelentes obras de doctrina y de recopilación de jurisprudencia en la materia. Estas publicaciones en gran mayoría, abocadas al tratamiento de medidas cautelares, responsabilidad del estado, enfermedades poco frecuentes no incluidas en el Programa Médico Obligatorio, responsabilidad solidaria entre Estado Nacional, Provincias y efectores médicos del Seguro Nacional de Salud, entre otras cuestiones. En esta oportunidad, nos pareció de sumo interés la invitación cursada por parte de los organizadores de esta obra colectiva, especialmente, por las particularidades de los temas a tratar. En este caso, abordaremos cuestiones procesales, las que en la práctica por la vorágine diaria, se automatizan y muchas veces no analizamos en forma dogmática. Por ello es que reviste particular interés la legitimación activa de la relación procesal, haciendo especial hincapié en las personas en situación de vulnerabilidad y la garantía de acceso a la justicia, a través de la intervención del Ministerio Público de la Defensa (arts. 120 C.N;1, 5, 16, 34, 41 y 42 incs. a.), f.), o.) y p.) de la Ley N° 27.149 y Resolución reglamentaria DGN N° 230/17 de la Defensoría General de la Nación), tanto en causas de patrocinio de sectores vulnerables, como de intervenciones *ministerio legis* del art. 103 del Código Civil y Comercial.

En materia de acciones de amparo tendientes a obtener tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales a la salud y al mayor estándar de calidad de vida (arts. 11 DADDH, 25 DUDH, 5.1 CADH, 12 PIDESC.) la Defensa Oficial tiene un rol trascendental, sea que intervenga como patrocinante del actor o actora en supuestos de vulnerabilidad económica o, también, como Ministerio Público de conformidad a las previsiones del art. 103 del Código Civil y Comercial, sea interviniendo en una representación complementaria o principal, temas que abordaremos en el presente trabajo.

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia que nos convoca, se advierte la ferviente actividad que desarrollan Defensores y Defensoras Federales en este tipo de causas. Repárese que el *leading case* en amparos por cuestiones de salud^[100], en el que la CSJN sobre el derecho a la salud sostuvo

“...el tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.

Recordamos que se trataba de un caso en la que se demandó, la tutela del derecho a la salud de un menor con discapacidad ante la imposibilidad material de una obra social en situación de insolvencia y el patrocinio fue llevado adelante por la Defensa Oficial. De no haber sido por la intervención de la defensa pública oficial, mucho más difícil y costoso, habría sido para la parte actora –en una clara situación de vulnerabilidad– el camino procesal recorrido, siendo que fue un proceso que tramitó en todas las instancias judiciales del fuero federal, culminando con la conocida sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. La intervención del Ministerio Público de la Defensa como garante del acceso a la justicia

Siempre que hablamos de legitimación procesal en las acciones de amparo es necesario analizar diversos aspectos procesales del titular del derecho subjetivo canalizado a través de la pretensión procesal que se interpone en la demanda. Esos aspectos son, primeramente, evaluados al tomar el caso en las defensorías federales, sobre todo, cuando hay que determinar si las personas en situación de vulnerabilidad que concurren a las dependencias del Ministerio Público de la Defensa, buscan la tutela judicial efectiva de sus derechos ante incumplimientos de obras sociales nacionales o si se trata de efectores de salud de las provincias o programas de gestión provincial. En los cuales, también, se debe determinar si son acciones de amparo que tramitan en el fuero federal o el ordinario. Pero más allá de las cuestiones de competencia, es de destacar la labor previa a la interposición de una demanda de amparo que se lleva a cabo en las defensorías federales y que permite descomprimir el nivel de judicialización en un elevado porcentaje de los casos –que llegan día a día–, mediante diversas gestiones extrajudiciales, motivo de la negativa de los agentes de salud de la Ley N° 23.660 de brindar cobertura a sus afiliados. Ello permite la satisfacción de los intereses de las personas asistidas sin necesidad de llegar a accionar judicialmente o, en su caso, conseguir prestaciones urgentes previo a la interposición del amparo. Dichas gestiones –en un trabajo extrajudicial que muchas veces no se vislumbra– son las que permiten habilitar la vía del amparo y que su posterior tramitación sea expeditiva.

Es común escuchar en la mesa de entradas o en la línea telefónica de una defensoría, que las personas llegan o se comunican con la dependencia directamente para que le presenten ante la judicatura una demanda de amparo, sin que exista una sola constancia de presentación de documentación o pedido de autorización al efector de servicios de salud, encontrándose la persona asistida muchas veces con estados de ansiedad en niveles sumamente elevados o hasta en situaciones de crisis nerviosas ante el temor de que la morosidad o negativa del agente de cobertura medico asistencial sea perjudicial en la salud o la vida del afectado o el familiar cercano por quien se solicita la intervención. De allí, que es importante contar con personal capacitado que aborde la situación y transmitir la calma para, luego, identificar la pretensión concreta del afectado y brindar una respuesta eficaz. A partir de ello, se inicia la actuación administrativa que es

plasmada en un acta de entrevista, lo que permite el inicio de la gestión extrajudicial desde las dependencias. Así, posteriormente, se puede tomar contacto con al agente del servicio de salud para obtener mayor información e intentar lograr el cumplimiento de la prestación en forma temprana y por la vía extrajudicial. Dichas facultades se enmarcan en el art. 16 de la Ley N° 27.149.

Ante situaciones de complejidad, por el tipo de prestación que la obra social o empresa de medicina privada se niega a cubrir, resultara necesaria la intimación extrajudicial para constituir formalmente en mora a la futura demandada, y acreditar el estado de ilegalidad continuada en el incumplimiento de la prestación que es lo que lesiona el derecho constitucional a la salud. Ello permite acreditar el plazo de interposición de la acción de amparo, de conformidad al art. 2 inc. e) de la Ley N° 16.986, que establece estar dentro de los quince días desde que existió denegatoria expresa o tácita del afiliado a la obra social, solicitando una cobertura determinada. El plazo que establece la Ley N° 16.986 es soslayable cuando estamos ante un supuesto de ilegalidad continuada, ya que se trata de derechos fundamentales. Así expresamente lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: “*Mosqueda Sergio c/ INSSJP - PAMI*” (Fallos 329:4918)^[101].

En el devenir de intimaciones y gestiones extrajudiciales, desde las defensorías se solicita la realización de informes socio ambientales por asistentes sociales, sea del Ministerio Público de la Defensa u otros organismos públicos con los que se tenga convenio que permiten, luego, mostrar al juez la situación de vulnerabilidad del asistido; se recaba prueba documental para la confección de la demanda de amparo, la medida cautelar (cfme. art. 232 del CPCCN) y el beneficio de litigar sin gastos (arts. 78 y cc. del CPCCN).

III. Legitimación procesal. Acceso al patrocinio. Requisitos y reglamentación

III.1. Patrocinio de vulnerables

Cuando hablamos de legitimación, como usualmente se distingue en derecho procesal civil, debemos distinguir la legitimación sustancial, la legitimación procesal y las cuestiones de personería. Para no perder el eje expositivo, solamente recordaremos que la legitimación sustancial implica la titularidad del derecho fundamental afectado, que de conformidad a los arts. 43 de la C.N. y 1° de la Ley N° 16.986 es toda persona afectada por el acto lesivo^[102]. En el caso de los amparos por cuestiones de salud, lo ejemplificamos con el afiliado a la obra social o prepaga, a quien se le niega una prestación médica o farmacológica en forma total o parcial.

Por otro lado, esa titularidad del derecho que sustenta la pretensión difiere de la cuestión de personería, que es cuando la ley autoriza a litigar por sí o por apoderados. Desde la óptica de una acción de amparo iniciada con el patrocinio letrado de un Defensor Público Oficial, la Ley N° 27.149, puede ser entablada por un representante legal del actor, sea a través de un poder general o especial conferido mediante escritura pública para actuar en juicio; o por conferir una carta poder para que el titular de pretensión sea representado en juicio por magistrados del MPD, de conformidad a la prescripción del art. 42 p) de la Ley N° 27149^[103].

También puede darse el caso en que la persona que posee la legitimación sustancial no puede ejercer por sí la legitimación procesal porque su salud no se lo permite y no cuente con un representante legal conforme la ley civil. En dicho caso, ante la urgencia que aqueja en estas situaciones, con la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en función de la previsión del art. 103 inciso b) III del Código Civil y Comercial en ejercicio de la actuación principal que prevé la norma, se integra el polo activo de la relación jurídica procesal.

El último aspecto que hace a la legitimación activa, es la legitimación procesal o situación de capacidad procesal, que es la aptitud para litigar o estar en juicio, también denominada capacidad procesal, puesto que determinadas personas humanas pueden carecer de personalidad para actuar en juicio, a lo que también se refiere el art. 5° de la Ley N° 16.986.^[104] Al respecto, debemos destacar que en el Código Civil y Comercial, la capacidad de ejercicio esta reglada en el art. 24 y concordantes, por lo que quienes legalmente posean su capacidad de ejercicio restringida deberán intervenir en el proceso a través de sus respectivos representantes legales^[105].

Como se refiriera en la introducción, la intervención del Ministerio Público de la Defensa es el reaseguro de derechos fundamentales, como la más elevada calidad de vida, la salud y el acceso a la justicia, conforme se deriva del art. 120 de la Constitución Nacional. Esta norma es incorporada por los Convencionales Constituyentes de la reforma del año 1994, en la que otorgaron rango constitucional al Ministerio Público como órgano extra poder bifronte. Las dos cabezas del Ministerio Público son la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación, cuyas Leyes orgánicas N° 27.148 y 27.149 respectivamente, delimitan incumbencias de cada uno de ellos.

Es así que el art. 42 inc. a) de la Ley N° 27.149 establece entre los deberes de los Defensores Públicos Oficiales

“...Ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad...”.

Esta norma es de la cual surge la primera forma de intervención en el proceso constitucional de amparo, que es patrocinando al actor cuando el mismo fuere una persona con escasos recursos económicos o en situación de vulnerabilidad.

Las causas de vulnerabilidad pueden vislumbrarse en función de la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades aborígenes o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad, de conformidad a las definiciones que establecen las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, Reglas 3 y 4*.

Para acceder al patrocinio de la Defensa Oficial, la Defensoría General de la Nación, tiene reglado quiénes son las personas que pueden acceder al servicio de patrocinio jurídico gratuito (previsto en el art. 42 a) de la Ley N° 27.149. Ello, se encuentra dispuesto en la Resolución General DGN n° 230/2017 de fecha 08 de marzo de 2017, en la que se establece que accederán al patrocinio quienes perciban ingresos de hasta dos salarios mínimos o que por encontrarse en situación de vulnerabilidad^[106], no puedan costear los gastos de justicia y honorarios de un abogado de la matrícula.

Por otro lado, esta reglamentación es complementaria del art. 78 del CPCCN, que regula la procedencia del beneficio de litigar sin gastos para las personas que carecieran de recursos económicos. El que se complementa con el art. 85 del mismo CPCCN, que establece la intervención del Defensor Oficial. Por ello, necesariamente la acción de amparo debe iniciarse con beneficio de litigar sin gastos. Lo que, por otro lado y por imperio del art. 200 inc. 2. del CPPN, permitirá eximir de contracautela al beneficiario, al momento de dictarse una medida cautelar innovativa. Recordemos que este tipo de amparos, atento la situación de urgencia que jaquea la vida y la salud de las personas, requieren siempre de una tutela anticipatoria por parte del Poder Judicial. Lo que motiva que las acciones de amparo sean interpuestas casi siempre con una medida cautelar de tipo innovativa del art. 232 del CPCCN. Debiendo siempre acreditarse, no solo la verosimilitud del derecho, el peligro de la demora y la imposibilidad de procurar la prestación por otro medio, sino que también se resulta necesario ofrecer contracautela suficiente; y es esa excepción prevista en el art. 200 inc. 2) del CPCCN, la que permite a las personas en situación de vulnerabilidad económica, sortear el obstáculo legal y permitir que se materialice la tutela anticipada sin una contracautela.

III.2. Representación del art. 103 del Código Civil y Comercial

Como se adelantara en la introducción, la Defensa Pública Oficial no solo interviene en el patrocinio de personas carentes de recursos, sino también de aquellas a las que por factores como la edad o una discapacidad, la ley los considera en situación de vulnerabilidad y dignos de una protección especial. Criterio este, que ha sido reiteradamente sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Huelga recordar lo sostenido en el caso **“Furlan vs. Argentina”**¹⁰⁷¹, donde la Corte reafirmó esa protección, al sostener que

“Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario

para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”.

Ese paradigma de reforzar la protección de personas en situación de vulnerabilidad tiene directa incidencia en la modificación del instituto de la representación promiscua de menores e incapaces en el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, respecto de la del art. 59 del Código Civil Ley N° 340 de Vélez Sarsfield^[108]. Habiéndose pasado de una representación complementaria a una intervención que también puede ser principal en caso de inacción o inexistencia de la representación propia de los padres, apoyos tutores o curadores. Es así que el art. 103 del Código Civil y Comercial establece:

“La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;

ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando

están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.”

En este marco tutelar toma suma importancia la intervención del Ministerio Público de la Defensa. Cuando se ejerce la representación complementaria de la primera parte del art. 103 CCyC, la tarea del Defensor de Menores, si bien es en principio una actividad de control, no son pocas las ocasiones en las que esa representación complementaria ha impedido que a lo largo del proceso de amparo, el incumplimiento de cargas procesales por parte del representante legal que ejerce la representación principal y que podrían haber sido perniciosas a los fines procesales, terminen siendo cumplidas al conferirse la vista del acto procesal al Defensor que ejerce la representación complementaria que marca la ley sustantiva. Para graficarlos con un ejemplo, podemos referir el típico supuesto en que la demandada acompaña prueba documental y luego se confiere un traslado y el mismo no es contestado por el representante legal y su abogado. Pero, a través de la posterior vista al Ministerio Público de la Defensa, el mismo es contestado en representación del menor por el Defensor Oficial, lo que permite salvaguardar el derecho de defensa de la persona representada. Otras veces también, al conferirse la vista a la Defensoría en términos del art. 103 del CCyC, se ha advertido algún defecto en la demanda, lo que ha permitido que los mismos sean corregidos por parte de quien ejerce la representación complementaria.

Sobre la importancia de la representación que compete a la asesoría de menores e incapaces, cuya omisión no solo es causal de nulidad en el proceso, también hay que recordar que la falta de intervención también es causal de responsabilidad internacional para el Estado Nacional Argentino (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

Ello, también fue destacado por la Corte IDH en el referido caso “Furlan”, al concluir que:

“al no haberse escuchado en ninguna etapa del proceso judicial a Sebastián Furlan, el juez tampoco pudo valorar sus opiniones sobre el asunto y, en especial, no pudo constatar la situación específica de él como persona con discapacidad. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal consideró que se vulneró el derecho a ser oído y ser debidamente tomado en cuenta consagrado en el

artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan. Por otra parte, la Corte observó que el asesor de menores no fue notificado por el juez del proceso civil mientras Sebastián Furlan era un menor de edad ni posteriormente, cuando se contó con los peritajes que daban cuenta del grado de su discapacidad. Por tal razón, no contó con una garantía, no sólo obligatoria en el ámbito interno, sino que además habría podido ayudar mediante las facultades que le concede la ley, a coadyuvar en el proceso civil. Teniendo en cuenta lo anterior, en las circunstancias específicas del presente caso el asesor de menores e incapaces constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlán por el efecto negativo que generaba la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con que contaban él y su familia, generando que la pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de persona con discapacidad. En consecuencia, la Corte concluyó que se vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan”.

Del cuadro normativo expuesto, vemos que hoy se encuentran armonizada la legislación interna junto a los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad. De allí, que al analizar la legitimación activa en la acción de amparo, resulta insoslayable no destacar estos aspectos.

Retomando la legitimación activa del amparo en casos de amparos de salud, la ejercida por el representante legal de la persona vulnerable, cuando la misma es deficiente o perniciosa a los intereses del menor o persona con discapacidad, la complementaria del Ministerio Público de la Defensa se vuelve principal y continúa con su impulso como si fuera una causa propia.

III.3. Supuestos de inexistencia de representantes legales, apoyos o curadores y que el afectado se encuentra imposibilitado de interponer el amparo

No son pocas la veces que llega un caso a una defensoría solicitando una cobertura de salud y quien hace la consulta es un vecino, un amigo, un profesional de la salud, etc., de la persona vulnerable que, por una patología o por discapacidad física o mental, esta impedida de actuar por sí mismo y carece de representantes legales. En esos casos, también por el art. 103 del CCyC y art. 43 de la Ley N° 27.149, el Ministerio Público de la Defensa, por mandato legal y ante la situación de urgencia que apremia, puede iniciar *per se* la acción de amparo en nombre y representación de la persona en situación de vulnerabilidad, que se encuentra impedida y con autonomía de promover una demanda.

Por ello, es que dentro de lo que es la legitimación procesal –o capacidad procesal– también se encuentra incluido el Defensor o Asesor de Menores e Incapaces, que por imperio del nuevo Código Civil y Comercial, cuando llega un caso a su conocimiento y es necesario asegurar la prestación de un servicio de salud que le es denegado al afectado y resulta necesario interponer una demanda. Cuando se carece de allegados que ostenten la representación legal, es el mismo Ministerio Público de la Defensa quien por imperio de la ley sustantiva está legitimado procesalmente a interponer la demanda constitucional de amparo.

Otro supuesto de legitimación procesal es el ejemplo que menciona SAGÜES^[109] que la ley que regula el de ejercicio de la medicina Ley N° 17.132, en su art. 19 establece que

“Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: (...) 2°) **asistir** a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente”.

Esta norma es la que ha permitido a médicos presentar amparos a favor de sus pacientes, careciendo estos de autonomía y capacidad jurídica para ejercer la acción por sí mismos. Mas allá de la presentación inicial que efectúe el galeno por imperio de la Ley N° 17.132, en estos casos, también se dará intervención por imperio del art. 103 del Código Civil y Comercial y el art. 43 de la Ley N° 27.149 al asesor de menores e incapaces de la jurisdicción.

IV. Honorarios del MPD. Destino. Ejecución

En los casos que el Ministerio Público de la defensa interviene en el proceso como patrocinante del actor en situación de vulnerabilidad, en los términos de Resolución reglamentaria DGN N° 230/17 de la Defensoría General de la Nación o que la actuación complementaria del art. 103 del CCyC, se transformó en principal, dicha actuación es objeto de regulación de honorarios profesionales que están regulados en el art. 66 f) y 70 de la Ley N° 27.149. Los honorarios son regulados de conformidad a la Ley de Honorarios profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia Nacional y Federal N° 27.423, siendo el destino de los estipendios regulados, el depósito en cuenta de la Defensoría General de la Nación, que los destina a capacitación de Magistrados, Funcionarios y Empleados, como también al Fondo de Asistencia a los Asistidos y Defendidos del MPD, y a toda otra actividad dirigida al mejoramiento de las prestaciones del servicio, conforme se reglamente. Huelga destacar que en caso de que los mismos no sean oblatos se solicitara certificado de deuda y se ejecutaran de conformidad al trámite que establece la Resolución DGN 169/2018.

V. Conclusión

Para finalizar, creemos que en materia de derecho de la salud, la acción de amparo conforme a la incorporación en el texto de la Constitución Nacional reformado en el año 1994 en su art. 43, junto a la implementación del nuevo Código Civil y Comercial, han permitido un crecimiento sustancial de la temática, habiéndose transformado la tutela de derecho a la salud en un capítulo con peso propio dentro del derecho constitucional y procesal constitucional argentino.

Como se expusiera, a través de la intervención del Ministerio Público de la Defensa, es posible superar el escollo que se puede plantear al interponer una demanda por parte de una persona afectada y que, por la circunstancia que fuere, se viera en forma permanente o transitoria imposibilitada de

solicitar por sí o por un representante legal la tutela judicial de su derecho a la salud en una situación de urgencia.

Por otro lado, la jerarquización constitucional del Ministerio Público de la Defensa en el art. 120 de la C.N. y la postura proactiva, que todos los días llevamos adelante defensores y defensoras oficiales es, sin lugar a dudas, el resultado que vemos reflejado en la jurisprudencia nacional y que demuestra que cumplen un rol esencial para garantizar el acceso a la justicia de miles de personas en situación de vulnerabilidad y conseguir la tutela judicial de su derecho a la salud y al mayor estándar de calidad de vida y salud.

DISCAPACIDAD. PRESTACIONES NO CONTEMPLADAS EN EL NOMENCLADOR. SOLUCIONES ANÁLOGAS. JURISPRUDENCIA DE LA JURISDICCIÓN FEDERAL DE LA PLATA

Gisela A. Diez*

Federico N. Autunno**

I. Introducción

Previo adentrarnos en el análisis del tema elegido para el desarrollo del presente artículo, consideramos necesario señalar que el derecho a la salud representa uno de los corolarios del derecho a la vida, y su reconocimiento como prerrogativa personalísima posee expresa raigambre constitucional en virtud de la incorporación como Ley Suprema de los Tratados Internacionales que así lo receptan (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros).

Tales premisas han sido recogidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar que lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), reafirma el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones provinciales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga^[10].

No caben dudas de que el derecho a la salud se encuentra ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de las personas con discapacidad (art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley N° 27.044 (11/12/2014) que otorga jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país^[111].

Ahora bien, el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, derechos todos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia^[112]; incumbiendo a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con una tutela constitucional^[113].

Cuando hablamos de personas con discapacidad, resulta aplicable la Ley N° 24.901 que establece el “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad”, la que hace inmediatamente operativa la obligación de los agentes de salud y de las empresas médicas de cubrir las prestaciones enumeradas en dicho plexo normativo, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1). Asimismo, establece que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas establecidas en la ley que requieran sus afiliados con discapacidad (art. 2).

Cabe señalar que la amplitud de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad, así como su rehabilitación física y psíquica. Dicha norma legal consagra la obligatoriedad de un sistema amplio de prestaciones de rehabilitación, terapéuticas, educativas y

asistenciales que aseguren a las personas con discapacidad el nivel psicofísico más adecuado para su integración social. A su vez, dentro del marco normativo aplicable, se encuentra la Resolución N° 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad.

Efectuado un somero análisis de la jurisprudencia vigente en la materia y de la normativa legal aplicable, corresponde hacer a continuación una serie de consideraciones relacionadas con el tema a tratar en el presente artículo y la jurisprudencia del fuero en esta materia.

En primer lugar, no puede soslayarse lo decidido en cuanto a que en determinados supuestos no resulta antojadiza la pretensión del paciente de requerir la cobertura de prestadores ajenos a la cartilla de la empresa de medicina prepaga o que no sean prestadores propios o contratados por la obra social a la cual se encuentra afiliada la persona discapacitada, ya sea porque la demandada no cuenta con prestadores especializados en la materia requerida o por la relación médico-paciente¹¹⁴. De modo tal que en caso de que se acredite que la Obra Social o la empresa de medicina privada no cuente con un centro especializado o con prestadores propios o contratados para cumplir las prestaciones que requiere la persona discapacitada, resulta incuestionable que en cumplimiento de la Ley N° 24.901, se deberá garantizar el 100 % de la cobertura de las prestaciones requeridas u otorgar un reintegro total de las mismas.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la obra social o empresa de medicina prepaga cuenta con prestadores o agentes de salud especializados para atender las prestaciones requeridas por el paciente, pero éste no acepta los prestadores ofrecidos y opta por prestadores ajenos, invocando la relación médico-paciente? En este supuesto la jurisprudencia del fuero ha señalado que en caso de optarse por prestadores ajenos –ni propios ni contratados–, invocándose y acreditándose con la prescripción médica pertinente la relación médico-paciente, la obra social o empresa de medicina prepaga debe reintegrar al paciente las sumas previstas en el Nomenclador de Prestaciones Básicas Para Personas con Discapacidad, previsto por la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud, sus modificatorias y actualizaciones periódicas. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia:

“En atención al principio de cobertura integral que establece el sistema de salud argentino (cfr. arts. 1 de la ley 22.431 y arts. 1 y 2 de la ley 24.901), la norma expedida por la autoridad sanitaria reglamenta ese ordenamiento legal y establece los valores de las prestaciones allí reconocidas, constituyendo un parámetro que permite determinar cómo debe entenderse la integralidad que prevé la ley en materia de discapacidad (cfr. Sala II de la CFACCF, causas 7374/13 del 23/04/2014 y 7210/2 del 17/03/16, entre otras). Aún admitiendo que la demandada ofreció los servicios de prestadores propios, y ante la opción del actor de acudir a un centro externo a su cartilla, ofreciéndole un reintegro conforme a su plan, el Tribunal considera que el monto de dicho reintegro no puede ser menor al establecido por el Nomenclador para la prestación en cuestión. En consecuencia, se concluye que resulta lesivo al derecho de salud la negativa injustificada de la demandada, y su omisión arbitraria de cumplir en forma integral la prestación requerida por el actor, se aparta del principio de legalidad (CN, arts. 19 y 31), y genera una lesión constitucional al amparista, poniendo en riesgo la salud del paciente (arts. 1° y 17 de la Ley 16.986)”[\[115\]](#).

Cabe destacar que el mismo criterio ha sido adoptado por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en numerosos precedentes, reconociendo la Alzada que en los casos de que el actor opte por prestadores que no sean propios o contratados por la obra social,

“...debe concederse el 100 % de reintegro con los valores del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, previsto en la Resolución N° 428/99 y sus modificatorias del Ministerio de Salud...sin que la demandada pueda oponer eventuales límites establecidos por la normativa específica”[\[116\]](#).

Para así decidir el Superior tuvo en consideración lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia con relación al límite normativo en la cobertura de reintegro, señalando que el Máximo Tribunal ha reconocido mayor

amplitud a los límites establecidos por normativas específicas, tales como el correspondiente al Programa Médico Obligatorio^[117].

Que conforme la jurisprudencia citada emanada de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata y de otros fueros con competencia en la materia, hay uniformidad de criterio en cuanto a que las obras sociales o empresas de medicina privada deben otorgar al paciente cobertura integral (100 %), de las prestaciones requeridas, cuando las mismas sean efectuadas por prestadores propios o contratados; y en caso de que el paciente opte por prestadores que no sean ni propios ni contratados, o sea ajenos a la obra social o a la empresa de medicina prepaga, éstas deben cubrir o reintegrar al paciente el monto previsto por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (conf. Res. 428/99 del Ministerio de Salud de la Nación y Acción Social, sus modificatorias y actualizaciones periódicas –Resolución Conjunta N° 10/2021 del Ministerio de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad, B.O. 22/05/2021–).

Ello también encuentra sustento en que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga cuentan con prestadores contratados en el ámbito de las distintas especialidades respecto de las cuales dan cobertura, por lo que no es dable exigirles el pago a un profesional y/o institución no contratado, a un valor que, como agente de salud y atento su giro comercial, no pudo preestablecer dentro del marco de libertad contractual, por lo que el tope que señala el nomenclador aludido en las diversas prestaciones, aparece como el remedio a la situación planteada.

Sentado lo expuesto, nos avocaremos a continuación a tratar en forma detallada el tema de análisis en este artículo, tal como es la cobertura de las prestaciones que no se encuentran expresamente incluidas en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Resolución N° 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación), analizando por separado y conforme los criterios jurisprudenciales vigentes, determinadas prestaciones en particular.

II. Tratamiento cognitivo conductual o terapia cognitivo conductual

En lo que respecta a la prestación bajo análisis, cabe señalar que la misma no se encuentra incluida con tal denominación entre las enumeradas por la Ley N° 24.901 ni tampoco en el listado de prácticas del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad.

Respecto de esta prestación, en los autos “S., M. y Otro c/ OSDE s/ Prestaciones Médicas”, Expediente N° 113141/2018 del registro de la Secretaría N° 10 del Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora, a los fines de determinar los alcances del pronunciamiento definitivo de fecha 4/06/2019, en virtud de la cuestión controvertida entre las partes respecto de los montos que la empresa de medicina privada debía reintegrar al actor por el “Tratamiento Cognitivo Conductual” que recibía su hijo menor discapacitado, con prestadores ajenos a la cartilla, atento no encontrarse dicha prestación contemplada en el Nomenclador, se resolvió en primera instancia equiparar la misma a la prestación de “Acompañante Terapéutico” (pronunciamiento de primera instancia de fecha 16/12/2019). Para así decidir el juzgador tuvo en cuenta que conforme lo establecido en el apartado 2.3.1. de la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social, se entiende por “Prestaciones de Apoyo” aquellas que recibe una persona con discapacidad como complemento o refuerzo de otra prestación principal, siendo las mismas de carácter ambulatorio, pudiendo ser otorgadas a través de la atención domiciliaria, y brindadas por profesionales, docentes y/o técnicos con título habilitante otorgado por autoridad competente. Por su parte, el referido Nomenclador en el apartado 2 punto d) a), define el “Módulo de Tratamiento Integral Intensivo” –en el cual la demandada pretendía incluir la prestación en análisis a los fines de determinar los valores de la cobertura y reintegro por parte de la accionada–, como comprensivo de los siguientes tipos de atención: Fisioterapia-Kinesiología, Terapia ocupacional, Psicología, Fonoaudiología, Psicopedagogía, y otros tipos de atención reconocidos por autoridad competente, y comprende semana completa (5 días).

Cabe señalar que en el caso específico en análisis el tratamiento cognitivo conductual del niño se realizaba en su domicilio y se encontraba a cargo de un terapeuta especializado de un Centro de Educación Especial, con la debida Coordinación y Supervisión, con una carga horaria prescripta por los profesionales tratantes de 15 horas semanales, sujeto a modificaciones de acuerdo a la evolución del niño y a las evaluaciones que se realizaran. Asimismo, conforme el certificado de discapacidad

acompañado, el niño padecía “Trastorno generalizado del desarrollo no especificado”, entendiendo el juzgador que dicha patología se encontraba incluida entre las llamadas “discapacidades psíquicas”, resolviendo en virtud de la controversia planteada entre las partes por tratarse de una prestación no contemplada en el Nomenclador, que la misma debía equipararse a la prestación de “*Acompañante Terapéutico*”, atento que la prestación era realizada por un terapeuta especializado, en el domicilio del niño, con la carga horaria prescripta conforme plan de trabajo, y en forma independiente de otras prestaciones que ya estaba recibiendo el menor, tales como fonoaudiología, psicopedagogía, etc.

Sentado ello, y teniendo en consideración que la prestación de “*Acompañante Terapéutico*” a la cual se equiparó el “Tratamiento Cognitivo Conductual” en el caso analizado, tampoco se encuentra incluida en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad ni en la Ley N° 24.901, el juzgador aplicó el criterio ya decidido por la jurisprudencia del fuero en causas análogas^[118], equiparando la prestación de “*Acompañante Terapéutico*” a la modalidad “Prestaciones de Apoyo”, la que sí se encuentra contemplada en la Resolución N° 428/99, entendiendo que

“...el tratamiento cognitivo conductual que realiza el menor en su domicilio con un acompañante terapéutico o terapeuta especializado, es un “complemento o refuerzo de otra prestación principal”, en los términos del apartado 2.3.1. punto a) del Nomenclador...”.

Respecto de la carga horaria y considerando lo resuelto por la jurisprudencia imperante en la materia –no solamente respecto de la prestación específica en análisis sino en general para las diferentes prestaciones–, se dispuso que la demandada debía otorgar cobertura por la cantidad de horas prescriptas por el profesional que atendía al niño, sin perjuicio de lo previsto en el Nomenclador.

Finalmente, efectuando una interpretación armónica de la normativa vigente conjuntamente con la discapacidad que padece el menor, las terapias y tratamientos prescriptos por los profesionales que lo atienden, y no pudiendo soslayarse que el principio interpretativo rector en esta materia es la integralidad en el cumplimiento de la prestación asistencial, lo cual

implica que la prestación debe ser ejecutada del modo más eficaz e idóneo para satisfacer las condiciones mínimas acordes con las necesidades del discapacitado, en relación a la situación particular de cada afiliado, se resolvió mediante decisorio de fecha 16/12/2019, que en caso de optarse por prestadores que no fueran propios ni contratados de la accionada, la empresa demandada debía brindar cobertura respecto del Tratamiento Cognitivo Conductual (TCC) del menor, en la forma, periodicidad y modalidades prescriptas por los profesionales tratantes, hasta el límite del valor asignado para el módulo “Prestaciones de Apoyo” en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Resolución N° 428/99, sus modificatorias y actualizaciones periódicas).

Cabe señalar que dicho pronunciamiento fue confirmado en su totalidad por la Alzada mediante sentencia definitiva de fecha 05/03/2020, con fundamento en la enfermedad del menor, su discapacidad (trastorno generalizado del desarrollo no especificado) y los informes médicos acompañados respecto de las terapias del niño, recordando el Superior

“...la necesaria protección de los más débiles o vulnerables, considerando especialmente entre éstos –y en primer término– a los niños, lo que coadyuva a adoptar el criterio más amplio en el análisis y ponderación de toda circunstancia que coloque en crisis el goce de sus derechos”,

aseverando que

“En el caso, el hijo de los actores posee una doble protección legal, que surge “del interés superior del niño” y del “sistema integral de protección de las personas con discapacidad”.

Asimismo en dicho pronunciamiento la Cámara ha reiterado lo ya sentado en numerosos precedentes del fuero, afirmando que son los profesionales que tratan al menor los que deben determinar el alcance, la modalidad y la periodicidad de los tratamientos, conforme la patología que padece el paciente, concluyendo que la accionada se encuentra obligada a la cobertura por el valor del nomenclador “Prestaciones de apoyo”, en la cantidad de horas que el menor requiera para su tratamiento, sin el límite

máximo dispuesto por la normativa en análisis (CFALP, Sala II, voto del Dr. César Álvarez, sentencia del 05/03/2020).

Ahora bien, entendemos que respecto de la prestación “Tratamiento Cognitivo Conductual” no contemplada en el Nomenclador y su equiparación a otros valores asignados en el mismo a los fines de cubrir el vacío normativo existente, en cada caso deben valorarse las circunstancias particulares de la causa, tales como la dolencia del paciente, su discapacidad, y fundamentalmente las prescripciones médicas que se acompañan como prueba documental, pudiendo acontecer que en otros supuestos, conforme la evaluación que se realice conforme las “reglas de la sana crítica”, la prestación de Tratamiento Cognitivo Conductual (TCC) resulte equiparable, en cuanto a los valores que debe cubrir la demandada, a otra de las prestaciones expresamente contempladas en el Nomenclador y no a las “Prestaciones de Apoyo”, tal como se decidió en el precedente citado.

III. Acompañante terapéutico

En relación con esta prestación, cabe señalar que si bien no se encuentra prevista como tal en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad ni en la Ley N° 24.901, la cuestión ya sido decidida en numerosos precedentes de la jurisdicción, habiéndose equiparado la prestación de “Acompañante Terapéutico” a la modalidad “Prestaciones de Apoyo”, contemplada expresamente en la Resolución N° 428/99, por entender que la prestación de “Acompañante Terapéutico” es un *“complemento o refuerzo de otra prestación principal”*^[119].

IV. Cuidador o asistente domiciliario

A fin de abordar su tratamiento, debemos recordar de modo preliminar que el art. 39 inc. d) de la Ley N° 24.901 impone la obligación a los entes que prestan cobertura social, de reconocer la “Asistencia Domiciliara” a favor de las personas con discapacidad. En ese sentido, señala la norma que

“Por indicación exclusiva del equipo interdisciplinario perteneciente o contratado por las entidades obligadas, las personas con discapacidad recibirán los apoyos brindados por un asistente domiciliario a fin de favorecer su vida autónoma, evitar su institucionalización o acortar los tiempos de internación. El mencionado equipo interdisciplinario evaluará los apoyos necesarios, incluyendo intensidad y duración de los mismos, así como su supervisión, evaluación periódica, su reformulación, continuidad o finalización de la asistencia. El asistente domiciliario deberá contar con la capacitación específica avalada por la certificación correspondiente expedida por la autoridad competente”.

A su vez, el inciso mencionado ha sido incorporado al art. 1 de la Ley N° 26.480, con el objeto de garantizar el derecho de las personas con discapacidad a vivir de manera independiente y ser incluidos en la comunidad, de conformidad con lo establecido en el art. 19 inciso b de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada a través de la Ley N° 26.378 y dotada de jerarquía constitucional por medio de la Ley N° 27.044.

De tal forma, el legislador previó el instituto de asistencia domiciliaria para las personas con discapacidad en consonancia con los objetivos constitucionales de autonomía e inclusión, como un servicio flexible y adecuado a las necesidades de la persona, entendido como un derecho y no como un beneficio de carácter médico o social, y que puede asumir distintas denominaciones, categorías o modalidades e incluye el cuidado personal domiciliario.

De modo concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el art. 39 inciso d) de la Ley N° 24.901 comprende la cobertura por el asistente domiciliario, por lo que, cualquier intención de los Agentes de Servicios de Salud de desentenderse de otorgar la prestación so pretexto de no encontrarse reglamentada, es pasible de rechazo^[20].

Pese al fuerte marco normativo que respalda esta prestación, tampoco ha sido contemplada en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, aprobado mediante la Resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social, ni en las modificaciones posteriores, por lo que ese vacío legal debe ser cubierto por la función judicial a través

de sus fallos, mediante la interpretación del conjunto de normas que receptan las necesidades de las personas con discapacidad y propenden a erradicar cualquier tipo de discriminación que restrinja sus derechos, garantizando cada vez con más fuerza las posibilidades de inclusión social.

Ahora bien, el alcance de la prestación de asistencia domiciliaria no requiere calificación médica para su cumplimiento, puesto que no tiene objetivos de recuperación y/o rehabilitación, sino que ha sido concebida como un apoyo para la persona con discapacidad, a fin de evitar su institucionalización y posibilitar su interacción social desde su lugar de residencia, manteniendo la plena relación con su entorno. Por ello, la solución que hemos adoptado para enmarcar este tipo de cobertura cuando no es cubierta por personal contratado de manera directa por las obras sociales o empresas de medicina prepaga, provino de las disposiciones que reglamentan el trabajo del personal de casas particulares.

En efecto, la Ley de Servicio Doméstico N° 26.844 –Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares–, establece en su art. 2° que

“Se considerará trabajo en casas particulares a toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Se entenderá como tales también a la asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad”.

A su vez, esta norma dispone en su art. 3° que

“No se considerará personal de casas particulares y en consecuencia quedarán excluidas del régimen especial: ...c) Las personas que realicen tareas de cuidado y asistencia de personas enfermas o con discapacidad, cuando se trate de una prestación de carácter exclusivamente terapéutico o para la cual se exija contar con habilitaciones profesionales específicas”.

En ese entendimiento, la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares, como autoridad de aplicación del régimen legal, mediante el

dictado de diversas resoluciones, estableció la escala salarial del personal comprendido en dicho régimen. Así, mediante la Resolución 1/2020 y su respectivo Anexo I, fijó las remuneraciones para cada categoría, contemplando dentro de la denominada “Asistencia y cuidado de personas”, el cuidado y asistencia no terapéutico de personas, tales como: personas enfermas, con discapacidad, niños/as, adolescentes, adultos mayores. Estableció en ese sentido las remuneraciones horaria y mensual, con y sin retiro.

La actualización de dichos valores está dada por la Resolución N° 2/2021 de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares y sus Anexos.

De este modo, en numerosos pronunciamientos se ha establecido la obligatoriedad de las obras sociales y empresas de medicina prepaga de dar cobertura integral (100 %) de la prestación de cuidado o asistencia domiciliaria, para el caso de hacerlo con personal propio o contratado a tales fines. Pero en caso de optar el beneficiario por efectores fuera de cartilla, se decidió que por tratarse de una actividad no incluida en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud de la Nación, Resolución Conjunta N° 10/2021 del Ministerio de Salud y Agencia Nacional de Discapacidad y sus actualizaciones), ni en la Ley N° 24.901, debería ser cubierta hasta el valor mensual asignado para la “Asistencia y Cuidado de Personas” contemplado en el Anexo pertinente de la Resolución N° 2/2021 de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares, sus modificatorias y los eventuales incrementos que la normativa futura pudiera disponer (conf. Ley N° 26.844 – Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares).

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata ha confirmado tal postura, la que fuera adoptada cautelarmente en los fallos dictados en fecha 10/12/2020 en autos “P., G. F. c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD”, Expediente N° CCF 13810/2019 (Sala I); el 28/07/2021 en autos “D., S. M. c/ PAMI s/AMPARO LEY 16.986”, Expediente N° FLP 6077/2021 (Sala de FERIA); y el 30/07/2021 en autos “A., J. C. c/ PLAN DE SALUD HOSPITAL BRITÁNICO BS. AS. s/ AMPARO LEY 16.986”, Expediente N° FLP 7932/2021 (Sala de FERIA), entre otros.

En igual sentido fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “P.V.E. c/ OSPJN s/ Amparo de Salud” (Expte. N°

6973/2013), al remitirse al dictamen del Procurador General de la Nación del 18/12/2019 mediante el cual se aplicó la escala salarial del Régimen del Servicio Doméstico a la prestación de cuidador domiciliario durante 24 horas.

Por su parte, otros pronunciamientos definitivos dictados recientemente, en los que se ha adoptado idéntica tesitura, se encuentran a la espera de la resolución del Superior (“P., G. F. c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD” – Expte. N° 13810/2019, del 14/06/2021 y “L. B., M. J. c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986” – Expte. N° 25187/2020, del 08/05/2021).

Por último, a fin de zanjar las dudas en torno al monto de la cobertura fijada, teniendo en cuenta que conforme surge de la escala establecida en los Anexos de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares, el valor mensual ha sido previsto para el personal con retiro, con una jornada laboral de 8 horas (conf. art. 14 inc. a de la Ley N° 26.844), entendemos que al excedente horario debería aplicarse el importe proporcional correspondiente, el que constituirá el tope señalado en los párrafos anteriores.

V. Acompañante terapéutico y cuidador domiciliario. Prestaciones equiparadas. Exigencia de título habilitante a los fines de su encuadre en el nomenclador

Respecto de estas prestaciones, citaremos un precedente en el cual en virtud de la forma y modalidad en que las mismas se venían cumpliendo, conforme las prescripciones del médico tratante de la persona discapacitada, a los fines de resolver las discrepancias entre las partes, si bien en un principio las mismas fueron unificadas en una misma prestación, a los efectos de determinar su encuadre en las prestaciones previstas en el Nomenclador aprobado mediante la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud, se efectuó en primera instancia una distinción entre la prestación de “Acompañante Terapéutico” y la prestación de “Cuidador”, atento a que ninguna de ellas se encuentra contemplada en el referido Nomenclador.

En tal sentido, en virtud de lo ya decidido por la Cámara Federal del Fuero en causas análogas, efectuando una interpretación armónica de la

normativa vigente conjuntamente con la enfermedad que padecía la paciente, su condición de persona discapacitada, las diversas terapias y tratamientos prescritos por su médico tratante en la modalidad de “internación domiciliaria”, y no pudiendo soslayarse que el principio interpretativo rector en esta materia es la integralidad en el cumplimiento de la prestación asistencial, lo cual indica que la prestación debe ser ejecutada del modo más eficaz e idóneo para satisfacer las condiciones mínimas acordes con las necesidades del discapacitado, se dispuso mediante decisorio de primera instancia que la prestación de “Acompañante Terapéutico”, en caso de que la amparista optara por prestadores no contratados por la obra social, debía ser cubierta por la demandada hasta el límite del valor asignado para el módulo “Prestaciones de Apoyo” previsto en el apartado 2.3.1. del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, Resolución N° 428/99, sus actualizaciones periódicas y Resolución Conjunta N° 6/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud y Agencia Nacional de Discapacidad, “siempre que el agente de salud propuesto por la actora acredite ante la obra social, con la documentación pertinente, el título de “Acompañante Terapéutico”. Se aclara en la referida resolución que la exigencia de título habilitante a los efectos de encuadrar la prestación de “Acompañante Terapéutico” en el Módulo de “Prestaciones de Apoyo” de la Resolución N° 428/99 y en los aranceles previstos por dicha normativa y sus actualizaciones periódicas, radica en lo establecido en el apartado 2.3.1. punto c) del Nomenclador al especificar el tipo de prestación, estableciendo que: “...La misma será brindada por profesionales, docentes y/o técnicos, quienes deberán acreditar su especialidad mediante título habilitante otorgado por autoridad competente”. (el subrayado me pertenece).

Respecto de aquellos agentes de salud propuestos por la parte actora para cubrir la prestación de AT/Cuidadora que no acreditaran título habilitante a los fines de ejercer como “Acompañante Terapéutico”, se resolvió encuadrar dichas prestaciones dentro de la “asistencia domiciliaria” a la que alude el art. 39 inciso d) de la Ley N° 24.901, por considerar que se trataba de una prestación diferente a la de “Acompañante Terapéutico”.

Para así decidir se tuvo en cuenta en primera instancia que ambas prestaciones se encontraban normadas en diferentes regímenes legales. Por un lado, la Ley N° 24.901 relativa al “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con

Discapacidad”, prevé la cobertura “integral” de todas las prestaciones allí enumeradas (art. 1º), entre las que se encuentra el “asistente domiciliario”, cuya función es facilitar el desenvolvimiento diario de las personas con incapacidades motrices propendiendo a su autonomía (art. 39 inc. d) de la Ley N° 24.901). Es así como la prestación de “asistente domiciliario”, difiere en lo sustancial de la prestación de “acompañante terapéutico”, contemplada expresamente dentro de las acciones de prevención, en el Anexo I de la Ley N° 25.421 que creó el “Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental (APSM)”.

Efectuada dicha distinción entre ambas prestaciones y su regulación en diferentes regímenes legales, se resolvió que en el caso bajo análisis la prestación de “cuidadora” prescripta por el médico tratante de la paciente, con una periodicidad de 24 horas al día, de lunes a domingo, en tres turnos rotativos, debía encuadrarse en la prestación de “asistencia domiciliaria” prevista en el art. 39 inciso d) de la Ley N° 24.901,

“siempre que dicha prestación sea efectuada por una agente de salud que no posea título habilitante otorgado por autoridad competente que acredite especialidad profesional o técnica en una materia determinada” (el subrayado me pertenece).

Ahora bien, en el referido decisorio se tuvo en cuenta que al igual que con la prestación de Acompañante Terapéutico, no puede soslayarse que la “asistencia domiciliaria” no está prevista en la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que fija los valores de las prestaciones básicas para las personas con discapacidad. De tal manera, en dicho caso particular y con un criterio diferente al adoptado en la actualidad por el mismo juzgado para la prestación de “cuidador domiciliario”, teniendo en cuenta las circunstancias denunciadas por la amparista, las prescripciones del médico tratante, las patologías de la paciente y las diversas y múltiples prestaciones prescriptas a su favor, se resolvió que el valor de “asistente domiciliario” o “cuidador”, siempre que el agente de salud no acreditara título habilitante para ejercer como “acompañante terapéutico”, debía equipararse al módulo “HOGAR ALOJAMIENTO PERMANENTE CATEGORÍA A”, previsto en el apartado 2.2.2. del Nomenclador. Para así decidir el magistrado tuvo en cuenta la jurisprudencia vigente en la materia según la cual

“...la falta de reglamentación de aspectos relacionados con el derecho a la salud no obsta a que, en ciertas situaciones, los jueces puedan subsanarla teniendo en cuenta las garantías constitucionales involucradas (art. 42 de la CN) y las circunstancias particulares de cada conflicto. Ese vacío normativo debe ser llenado acudiendo a prestaciones que puedan asimilarse en cuanto a su naturaleza, contenido y finalidad a aquella que requiere el afiliado. Así el valor del módulo a determinar es el que opera como límite de la obligación de la EMP, en caso de optar la actora por un prestador por fuera de la cartilla” (Causa N° 4180/2012 del 28/11/2017, Sala III, CNACCF).

Cabe destacar que habiéndose efectuado la distinción entre “acompañante terapéutico” y “asistente domiciliario o cuidador”, y teniendo en cuenta las funciones diferentes perseguidas por ambos tipos de prestaciones, se dispuso que el médico tratante de la paciente debía especificar, a través del certificado pertinente, por un lado la cantidad de horas y días semanales de tratamiento a cargo del “Acompañante Terapéutico”, a quien se le exigía acreditar título habilitante expedido por autoridad competente a fin de dar cumplimiento con dicha prestación; y por otro lado el horario y periodicidad requerido por la paciente para la prestación de “asistente domiciliario o cuidador” –sin exigencia de título habilitante–, en función de las tareas diferentes que se encuentran a cargo de ambos agentes de salud.

Respecto de este punto el resolutorio de la Cámara Federal de La Plata de fecha 9/02/2021, hizo lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora, ordenando específicamente que las prestaciones a cumplir por las agentes de salud propuestas por la amparista para desempeñarse como “cuidadoras” o “asistentes domiciliarios”, aunque no posean título alguno, queden incluidas en el módulo “Prestaciones de Apoyo” previsto en el apartado 2.3.1. del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, debiendo en consecuencia autorizar y responder la obra social demandada, hasta el límite y valor asignado para dicho módulo, reintegrando los montos que correspondan a través de la vía administrativa pertinente^[121].

Destacamos que no compartimos en este punto el criterio de la Alzada, por cuanto consideramos que no se puede equiparar la prestación de “Acompañante Terapéutico” a la prestación de “Cuidador” o “Asistente Domiciliario”, ya que ambas cumplen funciones diversas y requieren, por parte del agente de salud, capacitaciones y habilidades diferentes en virtud de las tareas específicas a cumplir. En efecto, tal como se sostuvo en el decisorio de primera instancia de fecha 29/09/2020, al incluir al acompañante terapéutico en la categoría de “Prestaciones de Apoyo” prevista en el apartado 2.3.1. del Nomenclador a los fines de la autorización y reintegro de los valores a abonar por la obra social, cuando los prestadores sean ajenos a la misma, tal equiparación requiere como condición imprescindible la exigencia de título habilitante, surgiendo ello de lo establecido en el apartado 2.3.1. punto c) del Nomenclador, al especificar el tipo de prestación, aclarando que la misma debe ser brindada por “profesionales, docentes y/o técnicos, quienes deberán acreditar su especialidad mediante título habilitante otorgado por autoridad competente”.

De modo tal que, a nuestro criterio, cuando el agente de salud cumple las tareas de cuidador o asistente domiciliario, en los términos del art. 39 inciso d) de la Ley N° 24.901, sin acreditar título habilitante alguno otorgado por autoridad competente, dicha prestación no puede ser equiparada al módulo “Prestaciones de Apoyo” previsto en el Nomenclador, por cuanto falta uno de los requisitos esenciales tal como es el título habilitante.

A mayor abundamiento, creemos que si la solución propuesta por el juzgador equiparando la prestación de “cuidador o asistente domiciliario” al módulo “HOGAR ALOJAMIENTO PERMANENTE CATEGORÍA A”, previsto en el apartado 2.2.2. del Nomenclador, no resultaba la más adecuada en virtud de los bajos montos o valores que la demandada debía reintegrar a los agentes de salud ajenos a la cartilla, en función del cálculo matemático efectuado por la propia obra social, la solución análoga más justa y equitativa hubiera sido, a nuestro criterio, la equiparación de la prestación de “cuidador domiciliario” de la persona discapacitada, sin acreditar título habilitante y en el horario de lunes a lunes las 24 horas, al valor mensual asignado para la “Asistencia y Cuidado de Personas” contemplado en el Anexo pertinente de la Resolución N° 2/2021 de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares, sus modificatorias y

los eventuales incrementos que la normativa futura disponga (conf. Ley N° 26.844 que instituye el “Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares”); destacando que dicho criterio ha sido adoptado recientemente por el Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora en los precedentes citados en el apartado anterior del presente artículo, a los fines de decidir sobre el valor que corresponde asignarle a la prestación de “Cuidador o Asistente Domiciliario” de las personas discapacitadas.

VI. Prestaciones de honorarios de diferentes especialidades médicas (clínica, ginecología, nefrología, neurología, enfermería y kinesiología) bajo el módulo de internación domiciliaria y de atención ambulatoria

Con respecto a las prestaciones de médico clínico, ginecología, nefrología, neurología, enfermería y kinesiología, las cuales conforme prescripción médica deben ser cumplidas bajo el “módulo de internación domiciliaria”, cabe destacar que dicha categoría no se encuentra expresamente prevista en la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud.

En un precedente del fuero se dispuso que a los fines de interpretar la normativa vigente y determinar los valores que la obra social debía reintegrar a la amparista en caso de que dichas prestaciones fueran efectuadas por prestadores ajenos a la demandada, bajo la modalidad de “Internación domiciliaria” conforme la prescripción del médico tratante, y teniendo en consideración que la misma no se encuentra contemplada en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, los valores a reintegrar por parte de la obra social debían equipararse al “MÓDULO DE TRATAMIENTO INTEGRAL INTENSIVO”, previsto en el apartado 2.1.1. inciso d) “Modalidad de cobertura”, punto a) del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, incluyendo la cobertura de los tipos de atención que se especifican en el apartado 2.1.1. y “otros tipos de atención reconocidos por autoridad competente”, con la periodicidad y modalidad que prescriba el médico tratante y conforme el arancel previsto en el inciso e) del apartado referido y su respectiva actualización.

En el caso bajo análisis la actora se agravió de lo decidido por el juzgador por entender que los servicios de médico clínico, neurología, nefrología y ginecología, no podían enmarcarse en la categoría dispuesta “Módulo de Tratamiento Integral Intensivo”, por entender que

“...se trata de profesionales de la salud que cuentan con especialización en diversas disciplinas y llevan a cabo prácticas cuyos honorarios no se encuentran previstos en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad”.

En tal sentido pretendía la apelante que los montos que perciban dichos agentes de salud sean los mismos que la demandada les abona a los profesionales contratados, o bien que se abonen los valores “galeno” establecidos por el colegio médico del distrito que corresponda y que sólo queden encuadrados en la categoría de “Módulo de Tratamiento Integral Intensivo” las prestaciones de rehabilitación, como complemento o refuerzo de otra prestación profesional especialista.

La resolución de primera instancia fue confirmada por la Cámara del Fuero, quien tuvo en cuenta que los agravios traídos por la apelante no lograban conmover lo resuelto por el juez de grado, atento no advertirse perjuicio alguno que justificara un apartamiento de la equiparación efectuada en primera instancia, respecto de los honorarios de los diversos profesionales contratados por la amparista y ajenos a la cartilla de la obra social (especialistas en médico clínico, ginecología, nefrología, neurología, enfermería y kinesiología), el que se traduce en un límite semanal que, conforme la equiparación efectuada a los valores previstos en el “MÓDULO DE TRATAMIENTO INTEGRAL INTENSIVO”, previsto en el apartado 2.1.1. inciso d) “Modalidad de cobertura”, punto a) del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, ascendía a la fecha del pronunciamiento, a la suma de \$ 6.178, 70. Para así decidir, además del argumento relativo a que la actora no había acreditado en la causa el perjuicio que la decisión de primera instancia le causaría en cuanto a los montos de honorarios a percibir por los diferentes prestadores ajenos a la obra social, el Superior también tuvo en cuenta que respecto de determinadas prestaciones (enfermería, kinesiología y médico clínico), no se había acreditado la existencia de un vínculo de confianza previo logrado entre los agentes de salud propuestos por la amparista y la afiliada, que

justificara su elección por sobre los propuestos por la obra social.(“P., M.C. c/ OSUOMRA s/ Prestaciones Médicas”, CFALP, Sala I, fallo del 9/02/2021).

Asimismo, en un reciente pronunciamiento de primera instancia se dispuso ampliar la medida cautelar, ordenando a la obra social demandada a cubrir las prestaciones requeridas por el hijo menor discapacitado de los amparistas, quien padece de epilepsia, en un 100 % siempre que las mismas sean efectuadas con prestadores propios o contratados. Y en caso de que los amparistas insistan en llevar adelante el tratamiento ambulatorio con el profesional médico de un Centro por ellos elegido –es decir, con un prestador médico ajeno a la obra social–, se dispuso que ésta debía garantizar la cobertura de los honorarios del médico tratante, hasta los valores previstos en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, de acuerdo a la categoría “Rehabilitación – Módulo Integral Intensivo” (A., F.E. c/ IOSFA y Otro s/ Amparo de Salud”, Expte. N° 7581/2020, Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora, resolución de fecha 23 de agosto de 2021). Dicho decisorio, en virtud de su reciente dictado, aún no ha sido tratado por la Cámara.

Para decidir en tal sentido el a quo tuvo en consideración un caso análogo en el cual los padres de un menor con discapacidad, con diagnóstico de epilepsia refractaria, eligieron un prestador ajeno a su obra social para llevar adelante un tratamiento con dieta cetogénica^[122].

VII. Conclusión

En este artículo hemos analizado someramente algunas de las prestaciones no contempladas en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, explicando su equiparación por analogía a diferentes categorías y módulos previstos expresamente en el referido Nomenclador, conforme la actual jurisprudencia del fuero vigente en la materia.

Es dable destacar que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata ha adoptado en los últimos años una solución que consideramos ajustada a derecho y que atiende los distintos aspectos involucrados en los procesos de amparos en los que se encuentra en juego el derecho a la salud y a la

atención integral de las personas con discapacidad. Esta solución que compartimos en términos generales, más allá de alguna disidencia que podamos tener muy específica y puntual, consiste en limitar la cobertura, solamente en caso de que se opte por prestadores ajenos a la cartilla de la obra social o empresa de medicina prepaga, a los valores establecidos en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, según el módulo correspondiente. Y en caso de que dicho módulo no esté contemplado en el Nomenclador, existe abundante jurisprudencia del fuero que hemos intentado resumir y explicar en este artículo, estableciendo las pautas generales a tener en cuenta para efectuar la equiparación analógica en cada caso en particular.

Entendemos que esta solución es la más justa y adecuada a las circunstancias actuales, ya que por un lado las leyes no autorizan a los pacientes discapacitados a prescindir de los profesionales e instituciones enumerados en las cartillas de los agentes de salud, por otro lado la relación de confianza médico-paciente no puede ser obviada al momento de elegirse los diferentes prestadores para atender su enfermedad –máxime teniendo en cuenta la especial protección que merecen las personas con discapacidad–, y finalmente debe tenerse en cuenta la administración y distribución de los recursos económico-financieros por parte de los Agentes del Seguro de Salud. En virtud de ello y lo analizado en este artículo, consideramos que la solución propiciada es la que mejor integra los aspectos y objetivos descriptos.

LA DOCTRINA DE LAS “CATEGORÍAS SOSPECHOSAS”: ¿PUEDE SER ÚTIL PARA UN CONTROL JURISDICCIONAL OBJETIVO DEL ACCIONAR DEL ESTADO EN RESTRICCIONES DE SALUD? * UN CASO CONCRETO **

Matías I. Fernández Pinto **

I. Introducción

A propósito de una reciente acción más en la jurisdicción en que me desempeño^[123], nuevamente surgen los interrogantes acerca de la posibilidad de encontrar una herramienta jurídica lo más objetiva posible para aplicar a la tensión que en la práctica cotidiana se nos plantea en torno a la incidencia del Poder Judicial en el presupuesto de la Administración en materia de salud como derecho constitucional^[124].

Una breve reseña del sistema federal de salud nos permitirá adentrarnos en el control de constitucionalidad y convencionalidad del caso concreto, permitiendo comprender la determinación de criterios de aplicación^[125], sin por ello desconocer la incidencia que la evolución de las diversas doctrinas actuales sobre el rol judicial pudiere tener por su vulnerabilidad y control social.^[126]

Sabido es que el derecho a la salud como primer derecho del hombre goza de una amplísima protección constitucional e internacional.^[127] A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud como comprendido dentro del derecho a la vida.^[128]

El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional,^[129] en atención a que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.^[130]

Para garantizar su ejercicio, nuestro país ha diseñado un engorroso andamiaje que establece las pautas de ejecución de la obligación asumida por el Estado Nacional.

Este sistema deriva en determinados agentes la concreción: obras sociales, empresas de medicina prepaga, mutuales, cajas de actividades delegadas y, particularmente, entidades estatales encargadas de amplios sectores de la población tanto provinciales como nacionales^[131]. Entre estas últimas encontramos al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (en adelante INSSJP o PAMI indistintamente) sobre el que he de puntualizar la aplicación del criterio esbozado en el caso concreto de las decisiones administrativas de provisión de servicios de rehabilitación^[132] como limitantes del derecho constitucionalmente reconocido, aunque sus conclusiones son aplicables a cualquier disposición sobre la distribución de recursos públicos para afrontar los gastos que demande el sistema de salud.

II. Los hechos de la causa

Una afiliada de 82 años de edad interpuso acción de amparo contra el INSSJP (PAMI) y, subsidiariamente, contra el Ministerio de Salud de la Nación, a fin de que se le suministre la cobertura del 100 % del tratamiento de rehabilitación diaria y en doble turno, en la modalidad de internación en forma intensiva, para fortalecer y recuperar la marcha, logrando su independencia y una mejor calidad de vida. Debido a una fractura, se encontraba postrada desde hacía más de un año requiriendo osteosíntesis, con complicaciones posteriores por una infección de las partes blandas y compromiso óseo, generando una osteomielitis crónica. Las infecciones le ocasionaron varios inconvenientes, por lo que luego de meses de tratamiento antibiótico sin buena respuesta, los médicos tratantes decidieron retirar la prótesis, derivando en consecuencias tales como rigidez en su

rodilla que dificultaron el uso de una silla de ruedas a pesar de haber realizado ochenta sesiones de kinesiología en domicilio. Al momento de iniciar la acción, se encontraba internada en una clínica de rehabilitación, con debilidad de los cuatro miembros, hipotrofia y disminución de la fuerza muscular por desuso y postración, con rangos articulares limitados que dificultaban la sedestación e impedían la bipedestación, derivando en una dependencia absoluta para todas las actividades de la vida diaria. Tanto su médico de cabecera como los tratantes durante la internación ordenaron su continuidad intensa en una clínica especializada, a pesar de lo cual, efectuada la solicitud ante el PAMI mediante expediente administrativo, fue rechazada con fundamento en que “no se internan fracturas ni osteosíntesis”, indicando que “corresponde internación domiciliaria integral”.

Para sostener su posición, la demandada hizo ver las distintas opciones que contempla el sistema actual para su tratamiento y cuestionó el apartamiento voluntario del sistema en favor de la internación en una clínica de rehabilitación determinada, resaltando también el dudoso accionar de sus integrantes.

III. La posición del INSSJP en cuanto a la resolución de referencia

Mediante la Resol. 379/2008 y sus modificatorias, el Instituto aprobó el Modelo de Atención Médica en Prestaciones Especiales, Medicina Física y Rehabilitación con su respectivo Menú Prestacional, que fuera modificado por la Resol.1349/2017 por el Nuevo Modelo de Atención de Medicina Física y Rehabilitación e Internación Crónica vigente actualmente, habiéndose sustituido mediante la Resol.2379 del 30/12/2020, que regula la Atención Domiciliaria Integral (ADI) y el Modelo de Internación Domiciliaria Integral (IDI) con variantes, existiendo colateralmente abordajes por intermedio de los subsidios PADIF.

El nuevo modelo se funda en que la rehabilitación es un proceso global y continuo de duración limitada y con objetivos definidos, encaminado a promover y lograr niveles óptimos de independencia física y las habilidades funcionales de las personas con discapacidades, deviniendo en un proceso

complejo que resulta de la aplicación integrada de muchos procedimientos para lograr que el afiliado/a recupere su estado funcional óptimo. Para ello, basa la prestación modulada de Atención Domiciliaria Integral del Instituto en la complejidad clínica y estabilidad de funciones del paciente, diferenciando entre módulos destinados a situaciones de baja complejidad y mayor estabilidad de funciones, de otros para cuadros con mayor complejidad y menor estabilidad.^[133]

Así, define al servicio de Internación Domiciliaria Integral (IDI)^[134] como la secuencia de acciones integradas, organizadas y coordinadas para brindar soporte clínico asistencial en el domicilio de una persona con patologías complejas, agudas o subagudas, a través de un grupo interdisciplinario de profesionales y técnicos de la salud. Está dirigida a aquellas personas que han sufrido una patología aguda, y habiendo superado dicho evento, requieren de un abordaje multidisciplinario para transitar en su domicilio el período subagudo de su enfermedad y su evolución de mayor a menor complejidad, siendo requisito indispensable la participación activa del grupo familiar o el entorno de la persona afiliada que resulte en una red de apoyo significativo, por expresa disposición del Código Civil y Comercial de la Nación, puesto que recae en ellos la red primaria obligada.

A su vez, afirma que continúa vigente la Resol. 1349/2017 para el módulo de Internación en Rehabilitación^[135], conceptualizándose a la rehabilitación bajo esta modalidad como un proceso complejo y global de duración limitada para lograr la recuperación funcional óptima, sin que pueda extenderse más allá de los tres meses puesto que desnaturalizaría el objetivo básico del modelo, institucionalizando sine día a un afiliado/a que debe pasar a otro nivel de atención (ambulatoria, Hospital de día, ADI, geriátricos de sistema capitado o alta definitiva).

La resolución 1349/17 también contempla al Hospital de día^[136], entendido como aquel establecimiento asistencial, multipersonal, destinado al diagnóstico y tratamiento de la secuela motora. A diferencia de la prestación ambulatoria, se brinda un tratamiento que incluye atención diaria y tiene por objeto estimular, desarrollar y recuperar al máximo posible las capacidades remanentes de una persona con patologías complejas de tipo neurológicas o traumatológicas recientemente adquiridas, con o sin certificado de discapacidad, y que hayan completado el módulo de

internación en rehabilitación institucional. Este módulo también tiene un límite de tres meses luego de la externación, por lo que de completarse ambos módulos de hospital de día, y aún necesitar continuar con el tratamiento, puede pasar al Módulo de Atención Ambulatoria Individual (hoy IDI).

Finalmente, acreditada la vulnerabilidad, se encuentran disponibles subsidios PADIF (Programa de Atención a la Dependencia y la Fragilidad) [\[137\]](#), que pueden destinarse para gastos de cuidador domiciliario.

De lo hasta aquí expuesto, afirma PAMI que deben darse determinadas condiciones psicofísicas para que proceda la internación en rehabilitación por un plazo máximo determinado que evite la institucionalización del paciente, máximo en tiempos de pandemia, donde los vínculos parentales son pieza fundamental para evitar el deterioro cognitivo y el desarrollo emocional.

Dicho todo esto, el Instituto cuestionó la pretensión de la actora pues no existe solamente la prestación de internación en rehabilitación –y tampoco el único prestador pretendido– pudiendo realizarse el abordaje a través de ADI o IDI, ya que existe grupo primario continente (hermana, sobrinos, etc.).

IV. El conflicto existente y la tensión entre poderes

Suele sostener el Instituto, que su naturaleza jurídica de ente público no estatal determina su individualidad económica y financiera, proviniendo sus recursos de los aportes de los trabajadores activos y pasivos, considerándose sus prestaciones servicios de interés público siendo intangibles los recursos destinados a su financiamiento.[\[138\]](#)

Arguye que los destinatarios directos de sus prestaciones exceden a los jubilados y pensionados del sistema integrado, alcanzando veteranos de guerra, grupos de familiares a cargo y menores con discapacidad integrantes de aquellos grupos de manera adicional e indirecta, es decir, grupos de amplia necesidad de cobertura.

Por ello, hacen hincapié en que el reconocimiento judicial del universo de prestaciones reclamadas por fuera del sistema prestacional establecido haría eventualmente colapsar el sistema, provocando un total desmedro de la cobertura que brinda el PAMI a sus beneficiarios y grupos familiares a

cargo y el quiebre del sistema solidario de salud, razón por la cual el Poder Ejecutivo Nacional a efectos de evitar tal situación, ha dictado el Decreto N° 486/02 (Decreto de Emergencia Sanitaria) que tiene entre otros objetivos esenciales ayudar a mantener el equilibrio económico financiero del PAMI^[139].

Suelen sostener también, que resulta de aplicación lo normado en la ley de presupuesto en cuanto a la ejecutabilidad de las sentencias judiciales en su contra, las que serán satisfechas dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidos en las distintas jurisdicciones y entidades del Presupuesto General de la Administración Nacional^[140].

Por último, afirman que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido una posición en su defensa, al sostener que

“existe interés institucional en la defensa del sistema establecido por la Nación para responder a los reclamos de la asistencia y seguridad social, así como en la preservación del acervo común de afiliados y beneficiarios”^[141].

A ello se aduna, la posición del Estado Nacional. Recientes apelaciones ante el rechazo de excepciones de falta de legitimación pasiva^[142], han sido fundadas en similar sentido limitante, reconociendo el derecho a obtener del Estado una prestación médica en la que sólo ha asumido el compromiso de adoptar providencias para lograr progresivamente su plena eficacia “...en la medida de sus recursos disponibles”^[143], reduciéndola a los carenciados enfermos sin cobertura social como únicos destinatarios de su responsabilidad subsidiaria. Suele agregar en su interpretación restrictiva, que las cláusulas en materia de atención de la salud contenidas en los tratados internacionales integrantes de nuestra Constitución Nacional, tienen como consigna una justa proporcionalidad para todos los habitantes de la Nación, pues de admitirse pretensiones en las que se obligara subsidiariamente al Estado a una cobertura que no le corresponde por ley, se estaría vulnerando el principio jurídico básico de igualdad ante la ley, incurriendo así en una discriminación inaceptable para con el resto de la población carenciada y sin cobertura social. Afirma que en palabras de la Corte, “...el principio de progresividad en materia de obligaciones asistenciales del Estado, ha sido reconocido...únicamente en la medida de sus recursos disponibles”.^[144]

Por último, hace gala igual que el PAMI del estado de emergencia sanitaria para intensificar el dilema sobre la equidad en la distribución de los recursos.

V. La resolución de la causa judicial

La CFALP^[145] revocó la decisión de primera instancia e hizo lugar a la cautelar peticionada con fundamento en que la protección cautelar del derecho a la salud debe otorgarse con amplitud, precisamente para evitarlos daños o su agravamiento^[146]. Recordó la existencia de las previsiones que emanan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores^[147], habiendo dispuesto que los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez. También puntualizó que la Ley N° 24.901^[148] instituyó

“un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos”,

haciendo hincapié en que define a las prestaciones de rehabilitación como aquellas

“...que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de

todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios...”.

Por último, destacó que

“...En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”^[149].

VI. La aplicación al caso de la regla de “categorías sospechosas” basada en la igualdad constitucional

Planteada la tensión entre el poder administrador y sus argumentos de recursos limitados –como en el caso–, y la función de control de constitucionalidad y convencionalidad^[150] que tiene el poder juzgador en nuestro sistema republicano, la búsqueda de una herramienta que permita minimizarla resulta alentadora.

Sabido es que los derechos no son absolutos, ni siquiera el derecho a la salud^[151] y que para determinar la preeminencia de una norma sobre otra, la supremacía constitucional derivada de la jerarquización de normas resulta necesaria^[152].

Esta jerarquía ha tenido especial conflicto a lo largo de la historia entre tratados internacionales y leyes, cuestión zanjada con la introducción del “bloque de constitucionalidad”.

La razonabilidad en las restricciones es entonces el límite, de modo tal que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que ese límite está dado en la medida que no alteren la “esencia” del derecho del que se trate, debiendo existir un correlato entre la restricción y el fin que persigue la norma al limitar.

Tampoco podemos olvidar que en ejercicio del control de convencionalidad se ha hecho gala del principio de progresividad existiendo fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con su anterior integración, en los que estableció que los derechos sociales son derechos progresivos, y que no pueden ser restringido e ir retrocediendo en su garantía de modo tal de retrotraer derechos que ya estaban garantizados a situaciones anteriores de vulnerabilidad^[153].

Así es como a la regla de la “*última ratio*”^[154] pregonada por el máximo tribunal, se le reconocen excepciones en las que válidamente puede ablandarse la aplicación a determinados derechos por considerar que sus restricciones carecen de la necesaria presunción de constitucionalidad.

Esto nos introduce en la necesidad de chequear la posible inclusión del derecho a la salud entre las denominadas “*categorías sospechosas*”, como herramienta de características propias para el test de razonabilidad constitucional en materia de igualdad.

Ahora bien, existe una diferencia entre el criterio de “*razonabilidad*” tradicional y el de “*categoría sospechosa*”, de modo tal que en el primero hay una gran tolerancia judicial respecto de los medios y los fines elegidos por el legislador, y en el segundo hay una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el estado fundado en una pauta considerada “*sospechosa*” y, en consecuencia, es éste el que debe argumentar suficientemente la restricción impuesta.

La idea de que el control constitucional debe otorgar una protección especial a determinados grupos y por ende la presunción de constitucionalidad de las leyes podía tener un alcance más restringido, surgió en la Corte norteamericana^[155], siendo receptada posteriormente en nuestro país.

La Corte Suprema ha venido desarrollando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características, planteándose la posibilidad de extensión a otras hipótesis que involucran restricción de derechos^[156].

Uno de los ejemplos más viejos de la utilización de esta categoría sin emplear tal denominación lo encontramos en el derecho comparado^[157], donde tiempo después se introdujo el concepto de “*categoría*

sospechosa”^[158] sentando un principio jurisprudencial que posteriormente fue utilizado en numerosas ocasiones en materia racial.

Aquí, el art. 20 de la Constitución fue empleado de manera similar en el caso “*Repetto*”^[159], al declarar la invalidez de una ley provincial que vedaba el acceso a la docencia, en escuelas públicas o privadas a los extranjeros, con remisión expresa de dos de los magistrados al criterio estadounidense de “*categoría sospechosa*” para sostener que sólo “*un interés estatal urgente*” podría justificar el tratamiento desigualitario entre argentinos y extranjeros^[160].

En el caso “*González de Delgado*”^[161], algunos jueces del tribunal se remitieron a un criterio de “*categoría sospechosa*” al discutir la validez constitucional de una práctica que impedía el ingreso de mujeres a una escuela secundaria estatal.

La Corte también ha utilizado este criterio en materia social fundada en la diferenciación por sexo de condiciones para la concesión de pensiones^[162] y en pensiones por invalidez pero respecto de extranjeros y por cuestiones de edad^[163].

Con heterogéneas opiniones el máximo Tribunal se ha manifestado en cuanto a que el derecho no puede tratar mejor o peor a algunas personas por razones moralmente arbitrarias^[164], es decir, a partir de cuestiones respecto de las cuales los individuos no son responsables.^[165]

De sostener esta postura, en casos como los citados los jueces deben examinar el conflicto con el escrutinio más estricto y no con un análisis liviano, de “*mera racionalidad*”. Los jueces deben asumir, en tales situaciones, que la norma en cuestión –la que pretende distinguir entre personas a partir de cuestiones moralmente arbitrarias– es, prima facie, inválida. Aquí, por tanto, la jurisprudencia comparada invierte la carga de la prueba: es el Estado el que debe probar que tiene un interés fundamental para afirmar la diferencia que quiere afirmar.

Algunos autores^[166] sostienen que la nota común de las “*categorías sospechosas*” que permitirá reconocer situaciones en las que es factible aplicar este análisis, es que estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien

en razón de su edad, género, estado físico o mental, pues en la argumentación de la Corte ha sido clave el hecho de que el actor perteneciera a una categoría o grupo que recibía un trato diferente y ese trato provenía de una norma general.

Así, en el caso de motivos de discriminación especialmente prohibidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las categorías así definidas se encuentran en una situación vulnerable.

El examen estricto permite que a través del control judicial se detecte si la distinción efectuada carece de justificación racional por obedecer a prejuicios o estereotipos, máxime teniendo en cuenta que las normas internacionales de derechos humanos contienen una cláusula de apertura que permite contemplar situaciones análogas agravadas de justificación.

Con la misma lógica, las personas mayores pueden experimentar dificultades de acceso a determinados derechos de prestación como el derecho a la salud y en tales casos podrían ser pensados como una categoría vulnerable, que exige un estándar más exigente de análisis que el de mera razonabilidad.

Cabe señalar que el constituyente identificó a este colectivo como digno de una mayor protección, al punto que los menciona como posibles beneficiarios de medidas de acción afirmativa^[167]. Además, incluso algunos ordenamientos locales incluyen a la edad como motivo especialmente prohibido de discriminación.^[168]

Sin embargo, el acercamiento al caso propuesto nos permite vislumbrar que aunque la edad no necesariamente implica la consagración de un estereotipo o la existencia de una situación de vulnerabilidad social, ésta puede verse en relación con el acceso a ciertos derechos, donde ciertos grupos etarios pueden verse en situación de desprotección. Ello es particularmente así en el caso del derecho a la salud donde la existencia de barreras de hecho para su ejercicio por parte de esos colectivos podría justificar el empleo de un test más exigente.^[169]

Como ya señalé, a partir de la previsión del art. 75 inciso 23 CN respecto de las personas mayores, podría construirse la noción de que estos colectivos se encuentran en situación de vulnerabilidad y deberían conducir a la aplicación de la regla de “*categoría sospechosa*” frente a determinado tipo de derechos necesarios para su desarrollo o subsistencia.^[170]

Ni más ni menos es lo que ha hecho el máximo tribunal al tratar el impuesto a las ganancias en relación a jubilados. Así, en “*García*”, el voto concurrente en mayoría de la Corte, luego de traer a colación la división de poderes, la regla restrictiva del control de constitucionalidad judicial y la doctrina del derecho constitucional a la igualdad en razonables circunstancias, hizo ver el carácter eminentemente social del justificado reclamo en el reconocimiento de los derechos de la ancianidad receptados por la Constitución Nacional ^[171]. Recordó el direccionamiento de la reforma constitucional de 1994 hacia establecimiento de “*medidas de acción positiva*” en favor de aquellos grupos. Resaltó que también encomendó legislar y promover acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en su favor, remarcando la regulación internacional concordante como por ejemplo, la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de 1982 de Naciones Unidas con sus 62 puntos promoviendo acciones sobre salud, nutrición y bienestar social, entre otros; todo lo cual se reeditó en la Segunda asamblea de 2002, donde se remarcó la protección de la vida saludable.

A su turno, resulta sumamente relevante que allí recordó también entre sus fundamentos que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada por la OEA en 2015 e incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante Ley N° 27.360 de 2017, dispuso fortalecer las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole a fin de garantizar a las persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos. ^[172]

Por último, en lo que respecta al tema que nos ocupa resulta trascendente la forma en que definió al status de jubilado, marcando que el envejecimiento y la discapacidad son los motivos más comunes por los que se accede a éste, siendo causa predisponentes de vulnerabilidad, lo que normalmente debería obligar a contar con mayores recursos para que no vean comprometida seriamente su existencia o calidad de vida.

VII. Conclusión

En el caso de la resolución puesta a consideración como hipótesis, no existen dudas respecto de la reducción de prestaciones a determinados

afiliados por su condición física. Sin embargo, la pregunta es: ¿resultan suficientes los argumentos que sustentan las prestaciones ofrecidas para considerar garantizado el derecho a la salud de sus afiliados sin atentar contra la igualdad?

En mi opinión, la herramienta interpretativa propuesta puede arrojar luz sobre cuestiones como esta. Si bien se presenta complejo el uso de las “*categorías sospechosas*” para analizar la cuestión de la igualdad a modo de garantía de ciertos grupos desventajados físicamente sobre otros, podría resultar de utilidad al analizar la igualdad entre seres de la misma franja etaria que integren el grupo de jubilados o sector social incluido en la previsión social. Establecer diferencias de cobertura y atención por sus posibilidades de recuperación fundadas en aparentes pautas objetivas, podría generar una categoría sospecha en sí, lo que no equivale necesariamente a sostener su invalidez “*per se*”, sino un control más estricto en el test de razonabilidad que debe sortear la norma que así lo disponga.

Las distintas edades y patologías de los integrantes de un sector vulnerable no justifican su tratamiento discriminado sin detrimento de unos sobre otros; en caso de que así suceda por alguna necesidad económica planteada mediante resoluciones del Poder de turno, como en el caso, esas diferencias que generan limitaciones de los derechos constitucionales de algunos de ellos, podría ser leída en clave de “*categoría sospechosa*” debiendo aplicarlos efectos propios de aquella, partiendo de la presunción de su invalidez con inversión de la carga en demostrar su razón de ser.

En este sentido, tanto el esfuerzo argumentativo del INSSJP como el del Estado Nacional para justificar la resolución en crisis en diversas causas, parece no ser suficiente para el tribunal del caso a pesar de no haber utilizado expresamente la herramienta aquí propuesta. A la luz de la interpretación efectuada con frecuencia por el mismo tribunal, una respuesta negativa a planteos como los de la presente causa implicaría ignorar toda la legislación de protección y garantía de derechos fundamentales por la cual el Estado Nacional debe velar obligadamente, amén de lo que el cuidado de personas indigentes, enfermas, minusválidas hace al respeto de la dignidad de ellas, situación que determina la asistencia preferente, oportuna y directa, sin excusas económicas ni financieras de los prestadores públicos o privados de la salud ^[173].

En materias como la tratada, la función judicial resulta relevante pues el Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requieran sus habitantes, con mayor necesidad en los casos de discapacidad y ancianidad por su situación de desamparo, deberes de los que no puede desligarse so pretexto de incurrir en la duda inicial que expusiera Bianchi con claridad meridiana; el laberinto existe, pues “...tan peligroso para el Estado de Derecho es un Poder Judicial acorralado, temeroso o complaciente como el gobierno de los jueces que se arrogan funciones que no les competen”.^[174]

**DIABETES, ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA
PROTECCIÓN INTEGRAL DEL 100 %?
MODERNIZACIÓN DE LA APARATOLOGÍA DE
CONTROL. ¿RESULTA OPONIBLE A LOS
BENEFICIARIOS DE LOS AGENTES DE SALUD,
LA NEGATIVA DE COBERTURA POR NO
ENCONTRARSE PREVISTA EN EL PMO?**

María Belén Gallego*

I. Aspectos generales del tema

La Salud es un derecho colectivo, público y social de raigambre constitucional que se encuentra consagrado en la Constitución Nacional Argentina (Art. 42 C.N.) y en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (Art. 75 inc. 22 C.N.). El referido art. 42 de la CN, en lo pertinente, reza lo siguiente: Los consumidores de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

El derecho a la salud en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados, involucra la garantía de acceso a las prestaciones básicas de salud, su mantenimiento y regularidad a través del tiempo (art. 75 inc. 23 CN) –entre otros–. Se entiende por salud, conforme la Organización Mundial de la Salud (OMS), el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad.

La diabetes es una enfermedad crónica (de larga duración), que todavía no tiene cura, pero se puede reducir el efecto que tiene sobre la vida de las personas afectadas, si se practican hábitos de estilo de vida saludables, se medica según el caso, se brinda información sobre el automanejo de la diabetes y se realizan los controles médicos con la frecuencia indicada.

A tales fines, la Ley Nacional de Diabetes N° 23.753 (sancionada el 29 de septiembre y promulgada el 6 de octubre de 1989), y modificada por la Ley N° 26.914 (sancionada el 27 de noviembre de 2013 y promulgada el 17 de diciembre de 2013), establece que el Ministerio de Salud de la Nación dispondrá las medidas necesarias para la divulgación de la problemática derivada de la enfermedad diabética y sus complicaciones, tendiente al reconocimiento, tratamiento y adecuado control de la misma. Dicho Ministerio, deberá abocarse específicamente a los problemas de producción, provisión y dispensación, para asegurar a todos los pacientes los medios terapéuticos y de control evolutivo (art. 1).

Asimismo, la Ley N° 22.431, que prevé el Sistema de protección integral de las personas con discapacidad, establece que

“Se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (art. 2).

Con ello quiero significar que las personas con diagnóstico de alguno de los tipos de “*diabetes*” les resulta aplicable supletoriamente la normativa referida a la discapacidad.

Es decir, que ante cualquier irregularidad y/o incumplimiento encubierto, por parte de los agentes de salud, en la falta de previsión legal; existen medios administrativos y judiciales para forzar al acatamiento de lo que establecen las leyes que garantizan el derecho a la salud.

Sin embargo, a la hora de reclamar judicialmente, resulta indispensable que se exprese con precisión cuál es la pretensión que se reclama, toda vez que muchas veces la falta de respuesta y de cobertura se debe a una falla en la especificación de lo que se requiere, con el debido respaldo médico. Si se pretende un tratamiento, hay que expresar claramente cuál es, en qué lugar y/o lugares se prestan, cuantas sesiones se requieren, si se necesita el

traslado, medicamentos complementarios, asistentes, etc. Y si lo que se requiere es un dispositivo específico para autocontrol, se debe acompañar la prescripción por un médico especializado que individualice el dispositivo prescripto, funcionalidad, objetivo, justificar porque debe ser ese dispositivo y no otro, resumen de historia clínica; del que surja indiscutiblemente la necesidad, de lo que es mejor para el estado de salud del afiliado y/o beneficiario; de modo de poder encuadrar la prestación requerida en orden a los derechos legales, constitucionales y de derechos humanos y de este modo obtener un resultado que sea justo y equilibrado en función de la persona.

II. Cobertura integral al 100 %. Requisitos

A la hora de responder el interrogante hasta dónde alcanza la cobertura integral al 100 % de los avances farmacológicos y tecnológicos que resulten de aplicación en la terapia de la diabetes, aunque no se encuentren dentro del PMO y/o de las Resoluciones del MS reglamentarias de la ley de diabetes; resulta imperioso analizar la garantía constitucional de asistencia integral de la cual gozan las personas de conformidad con el derecho a la salud de rango constitucional; a fin de respetar la motivación que tuvo el legislador, y el propio espíritu de la Ley N° 23.753 (Art. 5 de la Ley N° 23.753).

Para ello, resulta indispensable destacar que en relación al amplio plexo normativo que privilegia el derecho a la salud, sumado a la Ley N° 23.753 – modificada por la Ley N° 26.914– y la reglamentación del Programa Nacional de Prevención y Control de Diabetes, que ordena la cobertura total de los medicamentos e insumos básicos para el control y tratamiento de la enfermedad de Diabetes; y que la autoridad de aplicación debe revisar y actualizar la reglamentación, como mínimo cada 2 (dos) años, a fin de poder incluir en la cobertura los avances farmacológicos y tecnológicos, que resulten de aplicación en la terapia de la diabetes y promuevan una mejora en la calidad de vida de los pacientes diabéticos; es que resulta indubitable la cobertura total de lo que prescriba el médico tratante de la diabetes.

Ello así, en razón de que el “*Programa Médico Obligatorio*” (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales y prepagas deben garantizar (Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio

de Salud); sin que constituya una limitación para los agentes de seguro de salud. Consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales y/o empresas de medicina prepaga, y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional, y por debajo del cual, ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto.

Lo mismo sucede con la Resolución MSyDS N° 423/2018 –es la última actualización de las normas de provisión de medicamentos e insumos– la cual forma parte del PMO (art. 4); sin embargo, la norma prevé expresamente que

“la cobertura de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para autocontrol de los pacientes con diabetes, será del 100 % (cien por ciento) y en las cantidades necesarias según prescripción médica”.

En tal sentido, ni las obras sociales, ni las entidades de medicina prepaga, ni los agentes de salud, pueden limitar o negar la cobertura de las prestaciones indicadas por los facultativos a sus afiliados basándose en interpretaciones mezquinas o restrictivas de preceptos reglamentarios, en clara contradicción con el espíritu de la Ley N° 23.753, cuyo objetivo primordial es mejorar la calidad y esperanza de vida de las personas diabéticas, evitar o disminuir las complicaciones por esta patología y procurar el descenso de sus costos directos e indirectos, a través de un programa prioritariamente preventivo y de control con intervenciones adecuadas sobre factores de riesgo de esta enfermedad y sus complicaciones (Resolución MS N° 1156/2014).

Todos los Agentes del Sistema de la Nación del Seguro de Salud, enmarcados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Obra Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y las Obras Sociales Universitarias, deben garantizar la cobertura del 100 % de todos aquellos medicamentos y reactivos de diagnósticos para autocontrol autorizados.

A tal fin, los profesionales médicos, al momento de prescribir, deberán tomar como referencia las indicaciones establecidas por las Normas de

Provisión de Medicamentos e Insumos del Ministerio de Salud (Decreto Reglamentario 1286/2014. Anexo I Art. 5).

Los requisitos para obtener la cobertura al 100 % son: 1) acreditar la condición de persona con diabetes mediante la certificación médica; 2) Si se requiere un tratamiento intensificado y/o cantidad de referencia específica de insulina, deberá acompañar resumen de historia clínica y registro semanal de glucemias y/o que incluya el registro de las hipoglucemias – según cada caso– con respaldo de médico especialistas en Endocrinología y/o Nutrición, y aquellos especialistas en Clínica Médica, Medicina General y Pediatría, que acrediten capacitación en Diabetes (Especialización Universitaria a través de carreras de especialización y/o maestrías, capacitación en sociedades científicas afines) y un mínimo de cinco años de trabajo en un Servicio acreditado donde se traten pacientes con esta patología; 3) Si se requiere Bomba de infusión, el pedido de ser con indicación expresa y fundamentada de profesional especializado (Resolución MS 1156/2014, Resolución 423/2018 del Ministerio de Salud y Desarrollo Social). Asimismo, se aprueba un “*Modelo de Certificado para la Acreditación de Personas con Diabetes*” (Anexo II de las Resoluciones del Ministerio de Salud); a los fines de garantizar el acceso de la cobertura y evitar barreras, para que se expida la certificación a través de sus efectores al momento del diagnóstico; la cual se deberá actualizar anualmente, por las características de la enfermedad que varían en función del estado y curso evolutivo que la persona con diabetes experimente.

Cumplidos ellos, los agentes de salud no pueden establecer y/o requerir otros requisitos diferentes para el otorgamiento de la cobertura (Dec. Reg. 1286/2014).

III. Denegación de Ajustes Razonables

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, ratificada por Ley N° 26.378, define por “ajustes razonables” todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se deban hacer al caso particular para garantizar, a las personas con discapacidad, el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos fundamentales; sin que implique una carga desproporcionada o indebida.

Al respecto, hay que destacar que la propia ley de diabetes –N° 23.753 y modif.–, posee un apartado específico destinado al avance de los medios y prestaciones médicas paliativas de la Diabetes; lo cual constituye el piso mínimo relativo al alcance de dicho derecho; y en caso de negativa de cobertura, se podría encuadrar en una denegación de ajustes razonables de la normativa aplicable.

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto del ordenamiento jurídico, y a los principios rectores del derecho – en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo–, previniendo que la inteligencia de un precepto conduzca a resultados que no armonicen con las nociones propias de la materia o sean notoriamente disvaliosos^[175].

En esa línea, en los pleitos suscitados en torno a estos factores tan íntimamente ligados a la dignidad humana, resulta indudable que las obras sociales, las empresas de medicina prepaga, agentes de salud en general, deben velar para que las personas con diabetes, reciban atención médica, social e integral a fin de contribuir a mejorar la calidad y esperanza de vida de las personas diabéticas, evitar o disminuir las complicaciones por esta patología y procurar el descenso de sus costos directos e indirectos, a través de un programa prioritariamente preventivo y de control con intervenciones adecuadas sobre factores de riesgo de esta enfermedad y sus complicaciones; toda vez que la protección y la asistencia integral, está prevista en la Ley N° 23.753 y modificatorias; y además constituye una política pública de nuestro país desde la reforma constitucional de 1994, al haber adquirido jerarquía constitucional el derecho a la salud (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna).

El sistema pone en cabeza de los agentes de salud la obligación principal de ofrecer a sus afiliados un servicio eficaz que cubra sus necesidades y requerimientos, a través de prestadores propios o contratados. Y la cobertura total e integral referida en las Leyes N° 22.431 y 23.753, se refiere a todas aquellas prestaciones que fueran indicadas por el médico tratante, al 100 % de todos aquellos medicamentos y reactivos de diagnósticos para autocontrol autorizados.

IV. Conclusión

Frente a la negativa de los agentes de salud a otorgar la cobertura al 100 %, de lo prescrito expresa y detalladamente por el médico tratante del paciente con diabetes, por no encontrarse previsto dentro del PMO; podrán ser compelidos a dar cabal cumplimiento por denegación de ajustes razonable de la normativa aplicable. Se obtendrá el mismo resultado, si se ponderan los derechos a la salud, el impacto económico del derecho y la seguridad jurídica para los pacientes y para los entes que cubren el servicio de salud. Resulta incuestionable la cobertura al 100 % de todos aquellos medicamentos y reactivos de diagnósticos para autocontrol, prescritos por el médico.

LA LITIGACIÓN EN EL DERECHO A LA SALUD Y EL ROL DEL PODER JUDICIAL. PERSPECTIVAS JURÍDICAS Y BIOÉTICAS*

Pablo M. Labombarda**

I. Introducción

En Argentina, como en muchos países de la región, la brecha existente entre las necesidades de salud de sus habitantes y los recursos sanitarios disponibles es amplia. Esa circunstancia puede obedecer a numerosos factores, que influyen simultáneamente o de manera alternada. Sin ánimo de ser taxativo, la escasez intrínseca de recursos, la adopción de políticas distributivas desacertadas, la tendencia –en algunos casos– a un sostenido consumismo de los servicios de salud y las diferentes condiciones sociales y económicas de la población son una parte de las razones que originan esa distancia.

Es un dato conocido que en nuestro país las prestaciones que todos los efectores sanitarios están forzados a cubrir están contempladas en el denominado Programa Médico Obligatorio (PMO), que en palabras de la Superintendencia de Servicios de Salud es “una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistencial”^[176]. Sin embargo, la vigencia de ese elenco de servicios parece –en ocasiones– ser insuficiente. Hace años los tribunales argentinos vienen asistiendo a una sistemática y creciente proliferación de demandas contra los distintos efectores de salud a través de las cuales se reclaman más coberturas –o distintas– que las preestablecidas normativa o contractualmente.

En un estudio hecho sobre la creciente judicialización del derecho a la salud, Bergallo distinguió tres variedades de reclamos vinculados específicamente con el PMO y que tomaré como orientación preliminar. Esa clasificación es la siguiente: a) casos que versan sobre vacíos en la implementación o cumplimiento del PMO; b) casos que refieren a brechas reglamentarias del PMO; c) casos que apuntan a zanjar brechas de políticas del PMO. De acuerdo a esta tipificación, en los primeros las partes solicitaban al tribunal interviniente que ordenara cumplir una norma de cobertura del PMO vigente y válida, pero que las obras sociales o las empresas de medicina prepaga no acataban como un dispositivo implícito de racionamiento. En el segundo grupo, no existía norma vigente o la que estaba en vigor no establecía con claridad qué incluía la cobertura (como los litigios en los que los demandantes reclamaban la provisión de un servicio clínico o medicamento nuevo no incluido, o bien, uno de mayor calidad, como sucede con las prótesis). El tercer tipo comprendía los litigios vinculados con políticas relativas al plan, incluyendo los procedimientos y condiciones para establecer reglas de priorización que determinan el contenido del PMO o el conjunto de mecanismos de monitoreo para controlar el cumplimiento de sus normas, supuestamente ya válidas^[177].

En este escenario sintéticamente expuesto, vengo a proponer un examen interpelador acerca del rol que cumple –o, en todo caso, debería cumplir– el Poder Judicial cuando es llamado a intervenir y decidir en pleitos que ponen directa o tangencialmente en crisis a las políticas distributivas de recursos sanitarios.

En un adelanto sumario del trayecto que tendrá el trabajo, abordaré brevemente la conocida discusión sobre la existencia o no de un “derecho a la salud o a la asistencia sanitaria”. Luego reflexionaré acerca de la admisibilidad de las justificaciones de índole patrimonial o de racionamiento de recursos que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga suelen invocar para resistir a determinadas coberturas. Por último, analizaré desde un lugar que amalgame al derecho y a la bioética la intervención de los tribunales que, convenientemente o no, con sus decisiones terminan transformándose en protagonistas de un escenario con reclamos cada vez más variados y complejos.

II. Algunos conceptos preliminares

En el prólogo anticipé que este trabajo tendrá un giro biojurídico. Una combinación de términos –a veces reemplazada por la de “bioderecho”– que al principio puede asomar desconocido pero que, en realidad, hace años viene ganando terreno en el abordaje de los asuntos que involucran a la ciencia jurídica, el progreso de la medicina y la atención sanitaria de las personas.

Con vocación de síntesis, un autor dedicado al estudio de este campo explica que el bioderecho

“surge como respuesta a los avances del progreso científico y tecnológico vinculada con la intrincada problemática de los seres vivientes, originándose un campo primigenio de análisis a diversas interrogantes de orden biológico y jurídico cada vez más inquietantes como las siguientes: ¿Coincide la posibilidad tecnológica con la licitud jurídica? ¿Hasta qué punto es lícito utilizar las nuevas posibilidades de intervención abiertas por los recientes descubrimientos científicos y por las innovaciones tecnológicas respecto de la vida, su mutación y la muerte?”.

Y concluye:

“En este sentido el Bioderecho implica un campo interdisciplinario que sirve de puente entre la Biología y el Derecho para acometer temáticas que no pueden ser analizadas de manera particularizada por dichas ciencias confiriéndole adicionalmente un sesgo de carácter humanístico”^[178].

No está de más recordar que desde la bioética, como disciplina o interdisciplina que en sus incumbencias comparte cada vez más asuntos con el derecho, se divulgan cuatro principios *prima facie* que –aun recibiendo fuertes reparos que les atribuyen imprecisiones metodológicas y conceptuales– llegan hasta nuestros días: beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

En una condensada exposición conceptual, el principio de beneficencia se traduce en la búsqueda de extremar los posibles beneficios y minimizar los perjuicios en la toma de decisiones. La no maleficencia resulta

gravitante cuando el riesgo de lesionar es inseparable de un acto que puede ser éticamente sugerido, aun cuando se pueda causar un daño insoslayable. El principio de la autonomía se inscribe en la idea de un autogobierno de la persona en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, de manera tal que a partir de la información brindada adecuadamente en el ámbito clínico pueda tomar sus propias determinaciones, sin interferencias ni coacciones^[179].

Para el asunto a examinar (por ese motivo lo dejé para una explicación aparte), aquí reviste principal interés el de justicia, que apunta a un modo equitativo de reparto de los recursos en salud con una evocación casi inevitable a las nociones aristotélicas de justicia distributiva, surgidas indefectiblemente cuando concurren condiciones de escasez y competición^[180]. Por ello, el problema ético práctico que intenta resolver este principio es cómo determinar qué diferencias en el acceso a la atención médica de los individuos son legítimas y cuáles no^[181]. De esto deviene, entonces, que una de las inquietudes clásicas y actuales que lo nutre sea la relación existente entre el derecho a la salud –o a la asistencia sanitaria– y la distribución y racionamiento de recursos.

III. El derecho a la salud. Discusiones filosóficas sobre su reconocimiento y alcances

El conocido afianzamiento legislativo universal del llamado “derecho a la salud” –sobre cuya consagración como “derecho” no me explayaré por razones de espacio y, además, porque se verá excelentemente reflejado en los otros trabajos que componen esta publicación– no desplaza la existencia de algunos enfoques ético-filosóficos dispares acerca de su exigibilidad y alcance. Un breve repaso de las corrientes más salientes es un conducto necesario para acercarnos al abordaje global de los puntos adelantados en la introducción.

Según Bertomeu y Vidiella^[182], hay autores como Buchanan que predicán la negación a la salud del status de derecho y que, en su reemplazo, plantean la idea de beneficencia y apelan a un “decente mínimo”, que evita afirmar un derecho igualitario en sentido fuerte y con altos costos. La idea del *decent minimum* refleja, así, la existencia de una

especie de deber social de proveer a todos cierto nivel de asistencia sanitaria necesario como para llevar una “vida tolerable”. La resistencia a esta tesis se sustenta, entre otros argumentos, en su cualidad antidistributiva porque no acerca ninguna pauta para regular el reparto de los bienes sociales.

Una tendencia similar pero con distintos fundamentos encabeza H. Tristram Engelhardt, para quien padecer una enfermedad no es sino una consecuencia lamentable de lo que él denomina la “lotería natural”. Ésta, al ser neutral, no obliga a satisfacer un supuesto derecho a la asistencia sanitaria y el infortunio del enfermo sólo puede y debe atenuarse a través de la cooperación de los terceros^[183]. Para él, dar por sentada la existencia de un derecho a la salud demandaría cuanto menos el logro de los siguientes objetivos: 1) proveer a todos la mejor atención posible; 2) proveer igual atención a todos; 3) ofrecer libertad de opción tanto en los cuidados a otorgar como en los cuidados a recibir; 4) controlar los gastos. Pero esas metas –continúa– entrarán indefectiblemente en conflicto ya que, por ejemplo, la mejor atención posible para todos nunca permitirá controlar los costos excesivos^[184].

Desde una visión opuesta, no puede dejar de mencionarse aquí la tesis de Norman Daniels, quien defiende la existencia de un derecho a la salud igualitario y con alcance universal. Desde el prisma del bioeticista americano, la salud es un bien especial y debe ser tratado de manera diferenciada a los bienes básicos. En el contexto de su teoría, las personas enfermas o con capacidades disminuidas tienen mermadas sus posibilidades y ven obstaculizadas sus oportunidades para llevar a cabo su plan de vida. Por eso, lo aconsejable es acudir a un sistema igualitario donde el recorte de gastos en salud no discrimine a las personas por razones económicas o sociales^[185].

IV. La incidencia de la economía y de la disponibilidad de recursos en el reconocimiento del derecho a la salud

IV.1. Exposición de la problemática

La presencia de las variables económicas y financieras en los diseños de los sistemas sanitarios públicos y privados es una cuestión que ha sido

analizada en distintas latitudes. Un acceso equitativo a los recursos en salud demanda decisiones distributivas donde hay establecimiento de prioridades y renunciaciones implícitas. Por ello, desde una visión economicista también se predica la conveniencia de acudir a los lineamientos de lo que se denomina “coste de oportunidad”, donde se mide lo que se desecha y que enfrenta a la economía de la salud con la práctica de la profesión médica.

En este debate, más allá de que pueda existir un consenso general respecto de algunos principios éticos relativos a la práctica clínica (preservar la vida, aliviar el sufrimiento, respetar la autonomía del paciente, etc.), lo que se propone para la reflexión es si los profesionales de la medicina deberían considerar o no los costes en sus determinaciones clínicas. Y ese interrogante lo replicaré, más adelante, para las decisiones jurisdiccionales. Porque si se acepta que los recursos son finitos y que toda determinación que involucre su utilización conlleva implícitamente una renuncia ¿podría ser éticamente recomendable atender a los costes? En el fondo, podría presentarse un posible conflicto que puede traducirse, como tantos otros, en una colisión entre las carencias concretas de un individuo y las necesidades de toda una colectividad^[186].

IV.2. Opiniones sobre la influencia de la economía en los sistemas sanitarios

Conocer algunas apreciaciones procedentes de diversas realidades políticas, sociales y económicas es otro conducto que aportará a la discusión principal de este trabajo. Por eso, compartiré las que estimo más salientes para los interrogantes que habrán de seguir y que propedéuticamente pueden presentarse así:

- a) Un sistema sanitario que pretenda ser sostenible y justo debe medir bien sus posibilidades de solvencia económica a fin de no requerir endeudamiento. Por ende, la pretensión de algunos sistemas de cubrirlo todo y para todos sin criterios de austeridad, supone a mediano plazo la necesidad de racionalizar y reducir gastos mediante recortes sanitarios que redundan en perjuicio de las personas, generalmente de las más vulnerables que no pueden

complementar su asistencia sanitaria con un sistema privado de salud^[187].

b) El concepto de salud es muy complejo y conviene analizarlo cuidadosamente antes de hacer afirmaciones rotundas sobre derechos. La promoción de la salud –o de un derecho a la salud– no tiene tope y, en consecuencia, puede acabar con cualquier economía. Si el objetivo de la prerrogativa denominada “derecho a la salud” es que se procure el perfecto bienestar físico, mental y social, no habrá sistema sanitario que resista. Un sistema justo seguramente no podrá atender las necesidades de todas las personas, pero sí debe cubrir aquellas que en un proceso deliberativo en el que se tengan en cuenta a todos los afectados se considere que son las fundamentales, por supuesto sin favoritismos y exclusiones^[188].

c) Debe tenerse presente que la abundancia de recursos económicos no siempre va acompañada de mejores resultados en los indicadores de salud de la población. Por ejemplo, Estados Unidos ocupa el primer lugar en gasto público en salud, pero no ocupa un sitio de privilegio en esperanza de vida de sus habitantes^[189].

V. La judicialización del derecho a la salud y la intervención del Poder Judicial

V.1. El escenario creado por la litigación en materia de salud

Partiendo de la base legal y ética de conferirle a la salud o a la asistencia sanitaria su carácter de “derecho” a tutelar, a lo que añadí las vicisitudes económicas que lo circundan para tener más herramientas de reflexión, llegó el momento de abordar el aspecto medular propuesto para esta ocasión. Esto es, el rol que está cumpliendo el Poder Judicial en la creciente litigación del derecho a la salud, eje a partir del cual se pueden abrir al menos otros dos interrogantes: si es factible equilibrar la tutela integral de ese derecho con la sustentabilidad del sistema y si es admisible que las

decisiones adoptadas por las autoridades constitucionalmente competentes en la asignación de los recursos sanitarios (lo cual incluye el diseño y la implementación del PMO) sean escrutadas por los tribunales.

En un trabajo publicado hace pocos años Carnota ha reflejado cabalmente, en mi opinión, el panorama complejo al que diariamente la justicia se enfrenta. Lo hizo en estos términos: 1) En las acciones judiciales de esta índole confluye una cantidad de normas legales (provinciales y nacionales), infralegales (v. gr., reglamentarias) y supralegales (normas de la Constitución Nacional o provincial, tratados internacionales de los derechos humanos), que llevan al juez a la necesidad de realizar un trabajo de interpretación que compatibilice e integre todas estas normas respetando, además, las funciones y objetivos propios de los distintos Poderes del Estado; 2) Ahora bien, cuando se relevan todas estas normas para atender necesidades sociales es cuando se ponen de manifiesto las diferentes necesidades que tienen los distintos operadores del derecho (actor, demandado, juez) dentro del proceso judicial, como, asimismo, los demás Poderes del Estado y sus representantes. En efecto, el actor irá detrás de lograr el acceso a un medicamento, a una prestación o servicio médico que garantice su vida o la de un familiar; el demandado buscará ajustar su actuar a las normas que lo rige, garantizando, en definitiva, la sustentabilidad del sistema. Y el juez, en medio de estos intereses, tendrá en miras la naturaleza del derecho a la salud desde la óptica individual, el principio de no regresión y el derecho de acceso a la salud; 3) No obstante, ese derecho también se visualiza desde una óptica macro y social a cargo de los legisladores y de los funcionarios del Poder Ejecutivo. En ese contexto, un funcionario del Poder Ejecutivo tendrá presente la justicia distributiva, la naturaleza del derecho a la salud desde una óptica social o comunitaria y la sustentabilidad del sistema, y, sobre estas bases, elaborará las políticas públicas sobre las cuales se erigen los planes de gobierno en materia sanitaria; 4) Es así, entonces, como se comienza a apreciar que es diferente la necesidad individual que tiene el juez para resolver el caso puesto a consideración en relación con la óptica que le ocupa al legislador o al funcionario, que tiene que resolver situaciones sociales dentro del ámbito territorial que le compete y establecer políticas públicas destinadas a atender todas estas necesidades sociales con carácter general [\[190\]](#).

V.2. Breve repaso de algunas opiniones sobre el rol del Poder Judicial en la protección del derecho a la salud

La intervención del Poder Judicial y sus derivaciones en este tema es un asunto que provoca valoraciones dispares.

Por ejemplo, se sostiene que ver a la litigación como una vía idónea para superar las desigualdades en el acceso a la salud o para rescatar a los sectores vulnerables “es empezar a desandar el camino por el sector más sinuoso”. Ello en razón de que a las diferencias sociales no prevenidas o abordadas a través de una política eficaz y oportuna, se le pueden sumar otras desigualdades con impactos individuales y colectivos. En este orden de ideas, se recuerdan las dificultades culturales y económicas que pueden tener algunas personas para acceder a los tribunales, como los costos que terminan absorbiendo todos los actores por una reasignación de recursos de salud por el mandato de una sentencia cuyos efectos se agotan en un caso^[191].

Una tendencia similar se aprecia en otros diagnósticos sobre el impacto de la judicialización del derecho a la salud respecto, por ejemplo, de los litigantes individuales. En tal sentido, se plantea que un fallo judicial que reconoce un derecho tiene un efecto inicial positivo, en especial para ciertos grupos vulnerables que carecen de acceso a otros recursos y mecanismos para canalizar sus reclamos. Sin embargo –se advierte– cuando la litigación se convierte en una condición previa de acceso a cierto beneficio, y no se diagnostica la acumulación de casos ni se reacciona frente a ella, los gastos de las efectoras sanitarias pueden incrementarse como resultado de las costas legales, lo que provoca el desvío de recursos sanitarios de por sí escasos fuera del sistema de salud. A ello se añaden las barreras que ciertos grupos marginados enfrentan para acceder a los tribunales, lo cual podría profundizar su marginación^[192].

También es usual hallar un argumento de cuño constitucional –bastante presente en las defensas que los demandados construyen en las causas del fuero–, referente a que si el Poder Judicial a través de sus decisiones obliga a asumir coberturas no contempladas en el PMO se violentaría el principio constitucional de división de poderes porque se invade el campo de potestades propias de otras autoridades de la Nación.

V.3. Opiniones y experiencias en primera persona. La palabra de los jueces

El panorama no estaría completo si no se escucharan las voces de quienes diariamente deben decidir en estos pleitos. Por eso, al realizar mi investigación entrevisté a tres magistrados que compartieron sus percepciones y valoraciones personales. Mis preguntas versaron sobre las posibles razones de la inusitada y creciente proliferación de la judicialización del derecho a la salud; si al momento de tomar una decisión ponderaban el hipotético impacto económico-financiero argüido por las obras sociales y las empresas de medicina prepaga y si consideraban al Poder Judicial como un ámbito propicio para que sea resuelta la brecha existente entre el reconocimiento del derecho a la salud y las necesidades sanitarias insatisfechas.

Respecto del primer interrogante, los entrevistados focalizaron sus respuestas en cinco aspectos sustanciales: 1) una especie de ascendiente “rutinización” del proceso de amparo; 2) la ausencia de una política estatal eficiente que abarque las necesidades sanitarias de la comunidad; 3) la incorporación de nuevas tecnologías, la aplicación de nuevos tratamientos médicos, el suministro de nuevas drogas supone disposición de recursos económicos. Y en la Argentina y en los países de la región, la inestabilidad económica domina el horizonte y condiciona buena parte de la vida de los habitantes, incluida la salud; 4) el desfasaje entre la difusión de nuevas técnicas, tratamientos, medicamentos, etc. y su –por lo general– lenta incorporación al PMO.

En relación a la segunda pregunta, todos concordaron en que deben asumir la responsabilidad de velar por la sustentabilidad del sistema, aunque esa ponderación no debería significar el desplazamiento del reconocimiento de los derechos que le asisten a los litigantes si ello ha quedado demostrado en la causa.

Finalmente, los tres coincidieron en que el Poder Judicial –que siempre va a “la saga de los hechos”– no es el espacio idóneo para que sea resuelta una cuestión de políticas públicas que, como tal, involucra una serie de variables que van más allá de una disputa de orden legal.

“El ámbito natural del derecho a la salud –dijo uno de los entrevistados–, naturalmente, está fuera de los tribunales. Pero si las autoridades públicas o privadas lo desconocen, no tengo dudas que se genera un nuevo ámbito natural: es el Poder Judicial”.

Por ello, ante la falta de idoneidad de los poderes públicos en la ejecución de medidas sanitarias eficientes, los magistrados sí deberán tener la obligación de resolver el caso concreto porque el mandato constitucional así lo determina^[193].

VI. Conclusiones

El primer paso dado en el camino que recorrí fue corroborar que hay razones jurídicas y éticas para sostener que el reconocimiento del derecho a la salud no debe depender de la disponibilidad de recursos patrimoniales. Es una prerrogativa que se inscribe en la naturaleza humana y de alcance universal. No obstante y tal como ocurre con otros derechos fundamentales, la distancia entre su indiscutible reconocimiento y su goce equitativo es una deuda que muchas naciones aún no pueden saldar. Argentina está entre una de ellas. Los estamentos sociales diseminados en su extenso territorio son el reflejo de realidades dispares en lo que respecta al acceso a los servicios sanitarios esenciales.

Es en este contexto donde emerge la litigación y la intervención del Poder Judicial, conduciéndose la discusión a un ámbito que, particularmente, no creo que sea el más favorable. El reducido marco de la actuación jurisdiccional, donde las decisiones se agotan por lo general a un caso en particular, no concilia con la amplia apreciación que se necesita para realizar una ecuación de costos–beneficios en la priorización de necesidades sanitarias colectivas. Este es el primer punto que dejo para la reflexión de quienes, desde nuestros distintos lugares en el fuero, asistimos diariamente a la exponencial judicialización del derecho a la salud.

Ahora bien, lo esperable es que mientras no se adopten medidas institucionales para conseguir una distribución y un uso racional y responsable de los recursos en salud, la ciudadanía seguirá hallando en el Poder Judicial el único reducto para conquistar los auxilios –a veces vitales– que les son *a priori* negados. Los tribunales continuarán siendo

convocados a mediar en la dilemática disputa entre quienes reclaman la tutela de su derecho a la salud y los efectores que alertan, cada vez con más frecuencia, sobre los riesgos de sustentabilidad que atravesarán al asumir erogaciones no previstas. Y a diferencia de lo que en ocasiones se plantea, ello no se trata de una vulneración de la división de poderes. Antes bien, es una expresión más del control que la justicia hace de las otras actividades del Estado en el contexto de “un caso” o “controversia judicial”, convalidado por la clásica jurisprudencia y doctrina constitucional.

Suele afirmarse que los tribunales no están en buena posición para supervisar el complejo proceso de asignación de recursos de salud. Estimo que, en mayor o menor medida, todos los que nos desempeñamos en la órbita judicial podemos acordar con esa aseveración, máxime si se tiene en cuenta la singular combinación de conocimientos y estrategias que demandan las determinaciones presupuestarias sanitarias.

Este obstáculo podría eludirse si en el marco de los procesos judiciales se obtuviera la colaboración interdisciplinaria de expertos. El Poder judicial necesita de ellos casi del mismo modo que precisa de leyes para interpretar y aplicar. Sin embargo, no es común que ese auxilio concorra. En efecto, la experiencia refleja que los conductos procesales utilizados por los litigantes no tienen mucho espacio para la producción de extensas y detalladas pruebas. De hecho, habrá ocasiones en las que la imposibilidad de recabar elementos no provenga del acotado marco cognitivo del pleito, sino de la situación que atraviesa aquél que acudió a los tribunales para obtener una cobertura que no admite demoras.

Frente a esta orfandad, creo que el desafío que interpela a la magistratura es que sus decisiones sean sólidas y razonables. Un repaso general de los pronunciamientos jurisdiccionales recaídos en estos litigios exhibe en su gran mayoría una postura favorable de los tribunales hacia la pretensión de los interesados. Como regla, los sistemáticos planteos encauzados a demostrar los riesgos de sustentabilidad económica originados por la imposición de coberturas costosas y/o no previstas no suelen tener acogida. Esta postura mayoritaria puede valorarse como la interpretación jurídica más noble y humanitaria, donde los argumentos fundados en excusas patrimoniales –a veces invocados con mucha liviandad– ceden frente una necesidad sanitaria concreta.

Pero hay un punto en el que deseo hacer hincapié y que, simultáneamente, quiero dejar colocado como otro cimiento para intentar

seguir edificando la mejor labor jurisdiccional posible en estos pleitos: la argumentación de las decisiones, tantas veces objetadas por ser –en la visión de las partes– un compendio de normas, fórmulas genéricas, argumentos contra fácticos o excesivamente dogmáticos. Si esas debilidades son ciertas –nótese que hablo en el plano de lo hipotético–, superarlas depende de poner en funcionamiento varios mecanismos cuya profundización excede el cometido de estas líneas. No obstante, escogeré analíticamente uno sobre el que vengo trabajando hace tiempo y que tiene su génesis en la premisa de admitir, con humildad, las limitaciones intrínsecas de los textos legales para definir los razonamientos complejos que encierran estas discusiones.

Aclaro que esta idea no trata de desmerecer la importancia de las leyes en el entramado de las relaciones sociales, sanitarias y/o bioéticas. Lo que pretendo esbozar es que las fórmulas generales y muchas veces abstractas de los preceptos jurídicos no pueden, por más que lo intenten, abarcar el universo de vicisitudes que confinan las problemáticas vinculadas con la vida y la salud de las personas. Frente a este panorama, creo que una buena herramienta que los operadores del derecho podríamos incorporar en el bagaje de argumentaciones son los lineamientos que proveen los principios bioéticos clásicos –de los que hablé en el inicio de este trabajo– o por los modernos enfoques que pueden ampliar y complementar las carencias legislativas. Con el giro empleado por Tinant, esos principios pueden llegar a asumir la modalidad especial de tópicos jurídicos “a la hora en que se torna indispensable brindar tutela jurisdiccional oportuna y eficaz a determinadas situaciones humanas límites”^[194].

Admito que esta propuesta puede tener una enérgica refutación, consistente en que los tribunales tienen el deber de fundar sus decisiones en la ley y no en principios o teorías transportadas de otras disciplinas. Eso es cierto, pero también lo es que acudir a las guías cardinales que los principios proporcionan no está vedado legislativamente. De hecho, este camino hoy está refrendado por el Código Civil y Comercial vigente en Argentina desde 2015, que en su art. 2 prescribe que en la labor de interpretar las leyes los jueces deben tener en cuenta –entre otros aspectos– sus palabras, sus finalidades y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Conforme se explica, es este el criterio sistemático que contribuye a encontrar el sentido de las normas con el útil auxilio de principios que, como normas abiertas, obligan a cumplir un

mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos a través de un juicio de ponderación^[195], aunque siempre teniendo como límite de que con esa labor no se arribe a la sustitución de la ley aplicable ni a decisiones objetivamente irreconciliables con ella^[196].

No puedo soslayar que algunos pasos en esto de recurrir a ciertas premisas bioéticas se vienen dando. Y ello, quizás sin saberlo. Por ejemplo, cuando en algunos pronunciamientos se hace hincapié en las vicisitudes emergentes de la relación médico-paciente y/o en la elección de un profesional de confianza, pueden inferirse algunos rastros del principio de autonomía. Cuando judicialmente se avalan coberturas de tratamientos experimentales por encontrarse comprobado en la causa que ellos han resultado benéficos para el abordaje del paciente, con la conveniencia de no interrumpirlos, afloran argumentos con fuerte presencia de los principios de beneficencia y no maleficencia.

Pero creo que aún hay más camino por recorrer. Con basamento en las consideraciones precedentes y como conclusión que pretende aportar a nuevas reflexiones, dejo expresada entonces mi propuesta de cierre tendiente a postular que en la decisión de los conflictos que involucran al derecho a la salud –como todos los que comprometen la asistencia sanitaria y las decisiones vitales de las personas– pensemos en la posibilidad y conveniencia de aprovechar el capital argumentativo y deliberativo que los postulados bioéticos clásicos y contemporáneos proveen.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL CONTEXTO DE LA SALUD REPRODUCTIVA

Verónica A. Medina*
Zunilda Niremperger**

I. Introducción

El presente trabajo pretende evidenciar y describir el impacto que la falta de perspectiva de género tiene en los distintos ámbitos en que la mujer se desarrolla, tomando en este caso, como aspecto central, el Derecho a la salud; y como contra cara, la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en los casos judiciales en que se hallen comprometido aquellos derechos.

La ausencia de dicha perspectiva en el abordaje de las temáticas vinculadas a las mujeres tiene repercusión negativa en todos los ámbitos en los que ellas se desarrollan, sin embargo, es especialmente relevante en el ámbito judicial, no solo por la propia función de contralor de los demás poderes e interprete último de la Constitución que al poder judicial le toca asumir, sino también por el efecto correctivo y simbólico que sus decisiones tienen a la hora de resolver los conflictos sociales.

En este sentido, ya la Corte IDH advirtió que en relación con las mujeres “la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba” (“Caso González y otras Vs. México-Campo Algodonero”).

De igual modo advirtió que la violencia tiene un fin simbólico y que

los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales... influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la re victimización de las denunciantes (Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú – 2020).

Es por ello que el análisis de los casos en los que intervengan mujeres, debe ser realizado a la luz de la normativa constitucional y convencional, situándose en el contexto en que ocurrieron los hechos, con el objetivo de deconstruir los patrones hegemónicos y las relaciones desiguales de poder estructurales social y culturalmente impuestas en contra de todo paradigma de igualdad, de no discriminación y no sometimiento que la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer enarbola.

Con esta consigna como meta, tomaremos como disparador de análisis un reciente fallo del Juzgado Federal de Río Cuarto, provincia de Córdoba, pretendiendo iluminar con su exposición la importancia que tiene abordar la cuestión llevada a examen desde una matriz de análisis con perspectiva de género para garantizar la igualdad sustantiva tan mencionada y tan poco lograda en todos los ámbitos, y eliminar todo tipo de violencia contra las mujeres que, en palabras de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belén do Pará–:

“trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”.

A fin de desarrollar en profundidad los motivos que nos llevan a ponderar el fallo antes mencionado y la necesidad de que se siga ese camino, luego de repasar sus notas más relevantes, desarrollaremos el concepto de derecho a la salud con especial enfoque sobre las mujeres y las limitaciones de su goce y ejercicio en virtud de los prejuicios, estereotipos y creencias que sobre la base de una cultura androcéntrica se han formado y

confirmado y su reconocimiento en la jurisprudencia de la CIDH y la CSJN. Asimismo, haremos hincapié en la igualdad real entre hombres y mujeres y la necesidad del enfoque de género en las decisiones judiciales.

II. El caso

El 16 de diciembre de 2019, el Juzgado Federal de Río Cuarto^[197] hizo lugar a una acción de amparo brindando cobertura total e integral (100 %) del tratamiento de FERTILIZACION ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD –TIPO ICSI– solicitado por la parte actora, madre de 4 hijos, que en el año 2012 se realizó una ligadura tubárica bilateral, lo que le impedía actualmente procrear por medios naturales.

En ese sentido, la accionante (A.H.D.C.) manifestó haberse sometido a esa práctica porque no toleraba otros métodos anticonceptivos y porque no fue informada acerca de la posibilidad de una alternativa u opción de esterilización masculina.

La obra social demandada se negaba a otorgar la cobertura requerida, principalmente, porque la actora se sometió de manera voluntaria a dicha intervención y porque el marco legal que regula la fertilización asistida no debe importar abuso de derecho, ya que la ley nada decía respecto de esa situación concreta.

Para resolver del modo que lo hizo, el magistrado centró su análisis en el interrogante acerca de la existencia de una igualdad real entre hombres y mujeres en materia de salud, específicamente, en lo que refiere a derechos sexuales y reproductivos.

Analizado los presupuestos fácticos, contextualizó las circunstancias que rodean a una requirente del servicio público de administración de justicia, mujer de 33 años, imposibilitada de procrear por haberse sometido a una ligadura de trompas, quien no fue informada de otros mecanismos de anticoncepción masculina.

Luego de reflexionar acerca de cómo se patentizan las inequidades de género en la salud reproductiva, recogiendo estudios de tutela internacional, concluyó que se trataba de un claro caso de desigualdad entre varones y mujeres en materia de derechos reproductivos, determinó como prisma de análisis de la cuestión a la perspectiva de género, entendida como método a

favor del principio de igualdad real y en contra de la discriminación y subordinación de la mujer.

Cabe destacar con mayor énfasis la interrogante que evacuó el magistrado interviniente, respecto de la existencia de igualdad real entre varones y mujeres en materia de derechos reproductivos, sobre lo que sostuvo:

“...Se advierte la presencia, en la temática, de estereotipos socioculturales que posiblemente visibilizados puedan comenzar a removerse, ello en aras de avanzar hacia la mayor efectividad de los derechos de las últimas. Desde el método de análisis que he propuesto para el planteo de la cuestión traída a estudio, habré de abordar algunos aspectos y/o datos de la realidad que me permitan dar aserto a la percepción de una desigualdad estructural en materia de derechos y deberes reproductivos, con basamento en patrones socio-culturales que en el presente caso se expresan a modo de segmento de una realidad que es necesario comience a cambiar. Me refiero a que, si bien la planificación familiar es un concepto de pareja, tradicionalmente se ha dirigido hacia la mujer, siendo el caso en análisis una clara expresión de esta realidad, en la que una decisión asumida desde lo esperable conforme a roles socialmente asignados y la información escasa difundida acerca de opciones, coloca a una mujer ante una palmaria desigualdad de oportunidades. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no distinguen entre varón y mujer, prohibiendo todo tipo de discriminación en razón del sexo pese a lo cual en la realidad subsisten discriminaciones culturales y sociales en disfavor de las mujeres...”.

Finalmente, reseñando estadísticas que refieren a esa desigualdad y resaltando que los programas de salud están mejorando la equidad entre hombres y mujeres en este campo y delimitando el marco normativo en los postulados de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer -CEDAW-, la Convención de Belem Do Pará y en el orden interno de las disposiciones de la Ley N° 26.485, resolvió sobre el goce efectivo de los derechos de las mujeres volviendo

operativas –en el caso concreto–, las recomendaciones convencionales de eliminar los estereotipos de género que son una forma de violencia.

III. La salud como derecho humano fundamental

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos^[198], que integra el conjunto de derechos que son preexistentes a la sociedad y al Estado, porque es inherente a la persona humana por su condición de tal. Está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

Su contenido básico se fue delineando hasta llegar a la actual concepción que lo define como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades^[199].

En ese sentido, la Observación General N° 14, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales^[200] tiene dicho que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

La protección del derecho a la salud ha sido receptada en todos los documentos internacionales, pese a que no en todos ellos se hace expresa mención al término salud. Podemos mencionar entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos^[201] (1948); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre^[202] (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[203] (1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos^[204] (1969); y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer^[205] (1979) y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995.

En este aspecto, resulta imperioso aclarar que de la consagración del “disfrute pleno” al que aspiran todos los documentos internacionales, no se deriva el goce real o efectivo como correlación directa para ciertos colectivos históricamente vulnerados y desiguales, como es el caso de las mujeres.

La salud de mujeres y hombres es diferente y desigual. Diferente porque hay factores biológicos (genéticos, hereditarios, fisiológicos, etc.) que se manifiestan de forma distinta en la salud y en los riesgos de enfermedad, y desigual porque hay otros factores, que en parte son explicados por el género, y que influyen de una manera injusta en la salud de las personas^[206]. Según la OMS el término desigualdad se refiere a las diferencias en materia de salud que son innecesarias, evitables e injustas.

En relación con ello, la preocupación recurrente de los instrumentos de derecho internacional se vincula con el género^[207] como un factor determinante de inequidades sanitarias y con el contexto socio económico en el que se desarrollan las mujeres. Factores tales como pobreza, falta de educación o información, condiciones precarias de empleo y desigualdad salarial impactan de forma directa en las consecuencias perjudiciales de su derecho a la salud.

En este sentido, el cambio de paradigma a nivel mundial ligado al exponencial crecimiento del movimiento feminista con el objetivo de desterrar las desigualdades estructurales existentes ha logrado visibilizar, también en materia sanitaria, la necesidad de aplicar la perspectiva de género, lo que ha permitido elaborar la normativa internacional específica en el tema.

Aun cuando el marco normativo tendiente a reforzar la transversalidad^[208] se encuentra consolidado, en la práctica, la igualdad de derechos en torno a la salud de mujeres y hombres sigue encontrando dificultades propias de un sistema patriarcal impermeable a la perspectiva de género.

Un ejemplo de esto lo constituye el comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 14 de septiembre de 2020 que exhorta a los Estados a garantizar la disponibilidad y continuidad de los servicios de salud sexual y reproductiva a mujeres y niñas en el contexto de la pandemia de la COVID-19, teniendo en cuenta el recorte presupuestal de políticas de salud con perspectiva de género^[209].

Resulta esencial poner en práctica políticas públicas de acción positiva, que tornen efectivas y eficaces las normas y avanzar en una educación transformadora en la sociedad con el objetivo de eliminar los prejuicios instalados, pero por sobre todo, capacitar suficientemente a quienes tienen en su poder la toma de decisiones para el logro de la igualdad sustantiva.

IV. Jurisprudencia de la CIDH y de la CSJN.

Principios de integridad. Acceso a la información

En las últimas décadas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue orientando y profundizando su protección hacia la situación de distintos grupos vulnerables, afectados por discriminación y violencia, entre ellos las mujeres. En ese sentido, la Corte IDH ha dictado sentencias en casos emblemáticos que fijan directrices y sintetizan la protección de esos derechos y que han sido receptados por nuestra CSJN en diversos fallos.

De los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos^[210].

En materia de salud y el derecho a la integridad personal, la Corte IDH, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas y ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. El derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona y el Estado tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad.

Dentro del derecho a la salud y a integridad, también cabe resaltar que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica^[211].

La Corte IDH también se ha expedido respecto del suministro de información oportuna, completa, comprensible y fidedigna, debido a que esta es imprescindible para la toma de decisiones informadas en dicho ámbito. De este modo, la existencia de una conexión entre la integridad física y psicológica con la autonomía personal y la libertad de tomar

decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia^[212].

El derecho de las personas a obtener información se traduce en la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla. En este sentido, el personal de salud no debe esperar a que el paciente solicite información o haga preguntas relativas a su salud, para que esta sea entregada. La obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la “obligación de transparencia activa”, impone el deber de los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia de atención a la salud, ya que ello contribuye a la accesibilidad a los servicios de salud y a que las personas puedan tomar decisiones libres, bien informadas y de forma plena. Por consiguiente, el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental para lograr la satisfacción de otros derechos^[213].

De esta manera, y de acuerdo con los parámetros proporcionados por la CIDH y adoptados por la CSJN, se encuentra fuera de discusión que el derecho a la salud comprende el acceso a la información, esto es, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con esa temática.

Este acceso a la información también está garantizado por el art. 42 de la Constitución Nacional, que prevé el derecho de los consumidores y usuarios a un conocimiento adecuado y veraz, teniendo presente, además, que no puede obviarse el rol fundamental que lleva adelante la prensa al investigar y divulgar informaciones y opiniones que enriquecen el debate público en materia de salud y que, en definitiva, fomentan la fiscalización de la actividad^[214].

V. Vivir con perspectiva de género

La perspectiva de género^[215] es una forma de decidir y de ver la vida, que nos invita a cuestionar verdades absolutas, patrones culturales y roles de género históricamente impuestos y socialmente aceptados –como modos de conducta– según la biología del individuo de que se trate. Vivir con perspectiva de género es vivir con empatía, con preocupación hacia quienes nos rodean. El enfoque o perspectiva de género pretende romper el esquema patriarcal en lo público y en lo privado.

El término “género” no sólo es un problema conceptual como categoría teórica, es fundamentalmente una perspectiva humana y política para enfocar la lucha por la salud y defensa de la calidad de vida^[216].

En materia de derechos reproductivos, las relaciones entre mujeres y hombres también están marcadas por las inequidades y desigualdades; no gozamos de las mismas oportunidades en cuanto a su protección y mantenimiento; hace falta erradicar viejas ideologías patriarcales, androcéntricas y deconstruir estereotipos; está demostrado que la perspectiva de género en el discurso no garantiza el goce efectivo de los principios de autonomía y libertad, igualdad y no discriminación en materia de derecho salud y específicamente en cuanto a la planificación familiar.

En ese sentido, citamos el fallo que utilizamos como base de análisis de este trabajo:

“...sin desconocer la responsabilidad que con motivo de las decisiones deliberadamente asumidas cabe exigir de las personas libres y capaces, no debe dicha pauta hermenéutica actuar como barrera frente a un nuevo y actual proyecto de vida...”.

Avanzar sobre ello, implica avanzar sobre una legislación que no las castigue por ejercer su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, sea que se trate de su voluntad de ser madre o de no serlo.

VI. La perspectiva de género en las decisiones judiciales

Hemos sido educados para naturalizar la desigualdad, la discriminación y las desventajas. Muchas veces discriminamos sin saber que lo estamos

haciendo, ello nos lleva a minimizar la violencia sufrida por las mujeres. Desde hace muchos años nuestro sistema de administración de justicia ha sostenido el sistema patriarcal y es nuestro deber y responsabilidad romper con esa práctica y lograr el cumplimiento funcional de la aplicación de la perspectiva de género, ya no como un plus sino como una obligación previa y necesaria.

La decisión judicial es una conducta humana que, como tal, está impregnada de las propias vivencias de quien resuelve. Tomando como punto de partida la relación de las mujeres con el sistema de administración de justicia las consideraciones de género deben estar presentes en todo trámite judicial.

Juzgar con perspectiva de género es una exigencia social, porque si bien, todos sabemos que las y los magistrados no deben estar condicionados por la opinión pública, la realidad es que frente a decisiones judiciales alejadas de la perspectiva se han ocasionado todo tipo de reacciones.

Para avanzar en ese camino, es imprescindible la acción coordinada de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial con el objeto de facilitar el pleno y efectivo goce del derecho a la salud por parte de las mujeres. En este sentido también es necesario avanzar en la interpretación de la legislación con perspectiva de género, en el sentido de ampliar su protección y no al revés.

Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las 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^[217].

Por su parte, la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud 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.^[218]

Esto es así porque el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario^[219].

VII. Salud reproductiva: igualdad (¿real?) entre hombres y mujeres

El concepto de lo privado permite, alienta y refuerza la violencia contra la mujer^[220]. La naturalización histórica de depositar la responsabilidad de la planificación familiar en la mujer lleva a cuestionarnos acerca de la existencia de igualdad real en la protección del derecho a la salud entre hombres y mujeres, particularmente respecto de los derechos reproductivos y sexuales, a partir del análisis de la génesis en la que se introduce el concepto salud reproductiva en el marco normativo internacional.

Siguiendo el eje del presente trabajo, es indispensable abordar la salud sexual y reproductiva desde una perspectiva de género. Los roles sociales y culturales impuestos a mujeres y varones como consecuencia del sistema patriarcal androcéntrico, condicionan el ejercicio de la sexualidad y las posibilidades de cuidado de su salud y la construcción del deseo de embarazo y maternidad en las mujeres.

El concepto salud reproductiva surgió internacionalmente en 1994, en la IV Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), realizada en El Cairo. Es consecuencia del debate entre funcionarios de gobierno, miembros de la Iglesia y organismos civiles nacionales e internacionales. Fue la primera vez en la que, en un foro mundial, se abrió un espacio para la sociedad civil en la conferencia oficial (no en foros paralelos como después se ha hecho). De esta discusión surgió la propuesta para enfrentar los problemas demográficos, de salud y desarrollo. Si en las conferencias anteriores se intentó regular el crecimiento demográfico mediante políticas que se apoyaron en el control del cuerpo femenino, la CIPD colocó el derecho universal a la salud reproductiva por encima de cualquier meta demográfica, y esto representó un giro cualitativo ya que las mujeres pasaron a importar como seres humanos y no solamente como úteros y ovarios.

Dicho concepto nació con un enfoque de género, pues reconoció que fortalecer la autonomía de las mujeres sobre su cuerpo, respetar sus decisiones en materia reproductiva y fomentar la equidad entre ellas y los varones en materia educativa, laboral y política eran fundamentales para hacer realidad los derechos reproductivos^[221].

En este contexto, podemos advertir que la salud reproductiva está conformada por distintos componentes que exigen un análisis concreto y específico, aunque la visión holística exige su articulación conceptual y programática. En lo que aquí interesa, la planificación familiar se revela como el *súmmum* en materia de salud reproductiva.

A raíz de lo anterior, partimos de la idea de que una política que tiende a la equidad de género debe fomentar la corresponsabilidad del hombre en la reproducción y la planificación familiar, que a su vez debería reflejarse en el uso equilibrado de anticonceptivos entre varones y mujeres. Sin embargo, los datos indican que las mujeres siguen asumiendo de modo abrumador la carga del control y regulación de la fecundidad, lo cual muestra que la desigualdad continúa en este aspecto^[222].

Este es el primer problema que presentan las políticas de planificación familiar: a pesar de tratarse de cuestiones que involucran por igual a la pareja, la responsabilidad sobre el uso de métodos anticonceptivos y el control de natalidad sigue recayendo sobre la mujer, principalmente por dos razones: la falta de información y difusión respecto de las técnicas anticonceptivas que tienen a su alcance los hombres y porque se trata de una cuestión que se vincula con patrones socioculturales propios de sociedades hegemónicas en las que este tipo de técnicas sobre el cuerpo del hombre, que impidan su capacidad de reproducir podría verse como una disminución de su hombría.

Entonces, sostener este tipo de patrones ¿no se traduce acaso en una vulneración y una forma de ejercer violencia sobre los derechos de las mujeres?

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos reconoce la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia frente a la vulneración de derechos humanos; y específicamente la Convención de Belem do Pará establece la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, reforzándose así los deberes de debida diligencia del Estado para acabar con la violencia estructural que ha sido ejercida históricamente contra las mujeres.

Diseñar un derecho a la salud con perspectiva de género y de vulnerabilidad, supone eliminar la estructura desigual que existe en la sociedad y cambiar la forma de ver la realidad, para lo cual debe agudizarse

la mirada y reconocer, antes que cualquier otra cosa, esa desigualdad latente.

Una mujer no es víctima de un tipo de discriminación sino que lo es en múltiples ámbitos, incluido el de la salud. La perspectiva de género en materia de derecho a la salud tiene como objetivo visibilizar estas asignaciones discriminatorias y romper con esos estereotipos. La violencia de género es una constante que se repite en todas las sociedades, independientemente de su desarrollo económico-cultural. Todos estos factores impiden el pleno goce de la salud física y mental de las mujeres.

Todas las Convenciones obligan a los Estados a implementar políticas públicas integrales que erradiquen este tipo de conducta, es decir, que eliminen los estereotipos de género.

¿Por qué un protocolo tiene que explicar que no se puede involucrar en el ámbito de la vida privada de una mujer? Estos son los estereotipos de género que debemos erradicar y aun hoy no existe una política pública integral en este sentido.

Cuando percibimos el género le asignamos funciones, al describir a la mujer, se la asocia con una tendencia a pensamientos superficiales, que se desarrolla en el ámbito privado y más dedicada a un rol de cuidado.

Por lo tanto, es necesario, en principio, identificar tales características para acercarnos a una justicia con perspectiva de género, comprometida tanto con los derechos del hombre como de la mujer en un pie de equidad.

VIII. Conclusión: La justicia de género no puede esperar

Reconociendo el carácter sistémico de la discriminación de género, la lógica patriarcal y el androcentrismo nos demuestran la instancia de subordinación de la mujer; ya que imponen al varón como centro del universo, como medida de todas las cosas y representación global de la humanidad.

Frente a este escenario, entendiendo a la perspectiva de género como una categoría analítica y herramienta conceptual que acoge a todas aquellas metodologías y mecanismos destinados al estudio de las construcciones culturales y sociales propias para las mujeres y los hombres, cuestionando

los estereotipos preestablecidos, debemos procurar la modificación de aspectos estructurales del servicio público de justicia ya que históricamente han fracasado en dar respuesta a sectores oprimidos, reproduciendo la violencia y la discriminación a través de prácticas burocráticas androcéntricas.

Como operadores del servicio de justicia, debemos instar la construcción de un sistema transformador, capaz de gestionar conflictos desde una perspectiva de derechos humanos y de género para garantizar el acceso efectivo a la justicia.

Aquí, hemos evidenciado la importancia de considerar los factores de género en el acceso a la justicia por motivos de salud, proceso en el que también se ha advertido –sin lugar a cuestionamientos– la diferencia y distinción que existen entre hombres y mujeres, con lo cual es importante observar las necesidades propias del género y el contexto en que se desarrollan.

La protección de los derechos de los sectores oprimidos es uno de los roles principales del Poder Judicial, lo que nos interpela a tomar a corto plazo medidas de acción concretas tendientes a romper aquellos patrones históricamente enquistados acerca de los comportamientos esperados, ya que estos conforman la principal causa de violencia y discriminación por razones de género.

Desde una perspectiva de género, los desafíos que se plantean a futuro en el marco de la administración de justicia están dados principalmente por garantizar el debido acceso a la información y transformar estructuralmente estas realidades.

Entre los retos a superar dentro de las desigualdades de género en el acceso a los servicios de salud, encontramos que el financiamiento de técnicas o prácticas reproductivas dedicadas exclusivamente a las mujeres son las primeras enfrentar obstáculos propios de las prácticas hegemónicas.

El avance para afrontar estos desafíos es materia de políticas públicas de acción positiva desde todos los ámbitos del Estado, aunque –como observamos del fallo destacado– a través de la administración de justicia han comenzado a removerse estereotipos socioculturales que evidencian la desigualdad estructural en materia de derechos y deberes reproductivos en la planificación familiar, garantizando en consecuencia, el efectivo reconocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres.

POSIBILIDAD DE RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN Y EXCLUSIÓN DE COBERTURA POR INVOCACIÓN DEL ART. 9 DE LA LEY N° 26.682 A LA LUZ DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Fabio H. Procajlo*

Bárbara R. Diab**

I. Introducción

Como operadores del sistema de justicia, somos testigos obligados de las dificultades que padecen, en su mayor parte, los afiliados a las empresas que prestan servicios de medicina prepaga y entidades comprendidas en el art. 1° de la Ley N° 26.682, en lo que refiere a la cobertura de las prestaciones de salud que por derecho les corresponde.

La contratación de estos servicios de salud mediante contratos de adhesión y la deficiente información al usuario en la celebración del mismo, en muchos casos derivan en situaciones injustas en las cuales el afiliado debe recurrir a los estrados judiciales en pos de lograr que se tutelen sus derechos. Las situaciones arbitrarias se ven acrecentadas cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran mayores obstáculos para el acceso a la justicia y la efectivización de sus derechos amenazados.

En el presente, centraremos el foco de atención en las rescisiones unilaterales de los contratos celebrados por invocación del art. 9 de la citada ley, esto es, ante el supuesto acto de falsificar u omitir en la declaración

jurada una enfermedad preexistente por parte del afiliado y en su caso, la exigencia del pago de un valor diferencial para la rehabilitación.

Como anticipo, resaltamos que en relación a las empresas de medicina prepaga, la Corte ha dicho que el art. 1 de la Ley N° 24.754 establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las Leyes N° 23.660, 23.661 y 24.455^[223], es decir que, en cuanto a obligaciones mínimas, equipara a las obras sociales con las empresas de medicina prepaga.

II. Los derechos constitucionales involucrados

En relación a los derechos que específicamente se verían afectados, debemos destacar que los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75, inc. 22 CN), lo que adquiere singular importancia por la forma expresa en que se consagran aquéllos.

En la temática que abordamos se involucra la protección del derecho a la salud de los usuarios del sistema, como así también el derecho a la vida digna y a la integridad física. Ello, en atención a que éstos podrían verse conculcados con el accionar de la empresa de medicina prepaga, acarreando un perjuicio en caso de no tener una tutela inmediata.

El derecho a la salud, que implica –entre otras cosas– que cada ser humano tiene derecho a la debida atención profesional para cuidarla, para prevenir enfermedades, para encontrar donde atenderse y donde recibir los tratamientos necesarios para su recuperación, está reconocido implícitamente en nuestra Carta Magna (art. 33), y también expresamente en su art. 42 precisamente en materia de protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Asimismo, a partir de la mencionada reforma constitucional se encuentra, al igual que el derecho a la vida, expresamente consagrado en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional^[224]. También tiene incidencia directa en la problemática planteada el derecho a la integridad personal, que está contemplado entre otros en el art. 5.1 d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con la mencionada reforma constitucional, la protección a la vida y a la integridad psicofísica de la persona humana se terminó de desplazar de la órbita de los derechos individuales y se consolidó en el marco de los derechos sociales y colectivos, afianzando la supremacía de la persona, ubicando a la salud como derecho colectivo, público y social^[225] de raigambre expresamente constitucional, que comprende la garantía no sólo del acceso a las prestaciones básicas de salud sino también la del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental^[226].

El derecho a la salud, directamente relacionado con el derecho a la vida y la vida digna además de ser éste el pilar de todos los derechos, se complementa con el principio de dignidad de la persona humana que implica “la vida del ser humano que es persona debe ser vivida con dignidad”^[227].

El derecho a la vida digna, esto es, a un nivel de vida adecuado^[228] impone tanto al Estado como a los particulares no sólo la obligación de abstenerse de afectar esa dignidad de cualquier manera que fuere, sino también de cumplir con los deberes a su cargo para permitir que ese derecho se haga posible en los demás. Vivir una vida digna significa también la posibilidad de desarrollar las tareas habituales, de poder trabajar y desenvolverse en la vida como el resto de los integrantes de la comunidad. Es indudable que, con una desafiliación arbitraria, tal derecho se vería menoscabado requiriendo una acción positiva del Estado, en este caso con una tutela judicial efectiva.

Cuando hablamos del derecho a la salud como un derecho colectivo y social, nos referimos no sólo a la salud como atención de las afecciones o enfermedades, sino precisamente y tal como se expresara precedentemente, la adopción de medidas conducentes para alcanzar el más alto nivel de vida posible –bienestar físico, mental y social–, y ello incluye el deber estatal de asegurar el acceso de las personas –en condiciones de igualdad– a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

“Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse

de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable”^[229].

Es indiscutible, también, que la vida de las personas y su protección –en especial el derecho a la salud– constituye un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. Resulta relevante recordar lo resuelto por nuestro más Alto Tribunal en cuanto sostuvo que:

“... a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga^[230].

De ello se sigue que tanto los pronunciamientos emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación concuerdan en afianzar el derecho a la preservación de la salud y –en el caso de la Corte expresamente– se reconoce la obligación por parte de las autoridades locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga en realizar todas aquellas acciones positivas que garanticen el pleno goce del bienestar físico, mental y social, así como su acceso en igualdad real de oportunidades.

Conforme los principios de indivisibilidad, interdependencia, *favor debilis* y *pro homine* (ínsitos en la noción misma de derechos humanos) no es posible concebir la defensa y garantía en forma aislada de un derecho, en este caso, la salud, como si nada tuvieran que ver con otros aspectos de la vida de una persona. Como sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta

“...pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidas integralmente

como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”^[231].

En efecto, como ya se expuso, se encuentran en juego derechos fundamentales, que en el plexo de los restantes derechos constitucionales tienen un grado de indubitable preeminencia, esto es, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad psicofísica y a la seguridad social y toda disposición por parte de estos agentes de salud que prive de cobertura de salud a un afiliado, debe ser considerada una medida regresiva, que restringe derechos, que colisiona con el “principio de progresividad y no regresividad” que emerge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales^[232].

III. Declaraciones juradas, rescisiones unilaterales y exclusión de cobertura

La Ley N° 26.682 promulgada el 16 de Mayo de 2011 fijó el “Marco Regulatorio de Medicina Prepaga”, e incluyó bajo su regulación a

“las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión”^[233].

El art. 9, 2° párrafo, respecto a la rescisión de los contratos celebrados entre aquellas las entidades de salud y los usuarios, dispone:

“Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando (...) el usuario haya falseado la declaración jurada”.

Por su parte, el art. 10, 1° párrafo, en lo concerniente a “Carencias y Declaración Jurada” expresa:

“Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios.”^[234]

Fácticamente se advierten situaciones donde los usuarios son anoticiados de la baja de la afiliación mediante carta documento por parte de la empresa privada de salud, fundando su postura en el hecho –hipotético– de que al momento de efectuar su declaración jurada de ingreso, el afiliado falseó determinadas respuestas o bien omitió declarar alguna patología previa. Es así que los afiliados son notificados de las rescisiones unilaterales de los contratos de afiliación, principalmente cuando inician las gestiones administrativas para solicitar la autorización de una prestación específica, o bien, tras ser anoticiados de que no fue autorizada la cobertura solicitada de una práctica determinada, dando lugar a situaciones de desprotección en lo que refiere a la salud.

No obstante el marco regulatorio mencionado, no debemos soslayar que estamos ante un contrato de consumo, y la materia que hace al contenido de estos contratos corresponde a derechos que, en el ordenamiento jurídico argentino, tienen específico rango constitucional (art. 42 de la Constitución Nacional^[235]). Por ende, los afiliados tienen derecho, en la relación de consumo con estas empresas, a la protección de su salud, a una información adecuada y veraz, y así como a condiciones de trato equitativo y digno.

Las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación en relación al consumo y que se encuentran dispuestas en los art. 1093^[236], 1094^[237] y 1095^[238], están en sintonía con la norma constitucional y evidencian un avance hacia la tutela del adherente.

La regla de interpretación “pro consumidor” exige que, en caso de contarse con más de una posibilidad interpretativa para una determinada disposición establecida en un contrato de consumo, el intérprete deba siempre adoptar la alternativa que resulte más favorable para el consumidor.^[239] En el caso de las contrataciones en el área de salud y ante la duda acerca de si hubo alguna de las conductas que dieran lugar a la desafiliación, la situación favorable podría vincularse con el mantenimiento del carácter de afiliado en la empresa de medicina prepaga, o con la ampliación del contenido prestacional al que tiene derecho en razón de las obligaciones asumidas por el proveedor.

Cabe agregar que las empresas de salud cuentan con los recursos necesarios para poder verificar el estado de salud actual y preexistente del contratante, mediante una simple auditoría médica, y en su caso, solicitar a la autoridad de aplicación, la autorización de valores diferenciales debidamente justificados y racionales para su admisión. Pero nunca la verificación de una patología preexistente puede ser criterio de rechazo, lo que constituiría un acto lesivo, discriminatorio y de ilegalidad manifiesta, al armonizarse con los derechos constitucionales y convencionales involucrados.

Frente a ello, si la empresa de medicina prepaga solicita que cumplimente la suscripción del contrato de adhesión y la declaración jurada, sin la realización del examen médico de ingreso, y luego lo notifica de la resolución contractual unilateral, escudándose en su propia omisión, resulta desajustado a derecho y revela una actitud arbitraria e ilegal, que perjudica en forma directa al usuario, dejándolo en forma intempestiva sin cobertura de salud, con las consecuencias negativas que derivan de la interrupción de un tratamiento médico o de rehabilitación, la provisión de medicamentos y la cobertura de intervenciones quirúrgicas programadas o de urgencia, máxime cuando se requiere un diagnóstico profesional para precisar determinadas patologías que pudieron haber sido desconocidas por el contratante.

En este sentido, en una acción de amparo promovida contra una empresa prepaga de salud para solicitar la inmediata reafiliación del amparista a los fines de brindarle la cobertura médico asistencial conforme el plan oportunamente contratado, la Cámara Federal de Mar del Plata señaló que

“... en cuanto a la falsedad de la declaración invocada por la prestadora, que para juzgar como falsa o inexacta la declaración jurada –que de hecho, a la postre lo fue– hubiera sido exigible la presencia de un médico al momento de la suscripción de la declaración jurada –o asesoramiento médico al menos– “para facilitar su entendimiento en el momento de contestar las patologías detalladas”, máxime teniendo en cuenta que se requiere de un diagnóstico profesional para determinar dicha afección en esa persona” .[\[240\]](#)

Y agregó:

“Aun así, y considerando que en este caso particular, el ocultamiento puede ser considerado como conocido (...) al pretender la afiliación, no escapa a mi consideración la gravedad del padecimiento en cuestión, y las consecuencias que necesariamente derivan de dejar al peticionante, hoy amparista, sin el debido resguardo a su salud y calidad de vida.”

Si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga o entidades comprendidas en el art. 1° de la Ley N° 26.682 tiene naturaleza mercantil, no debe soslayarse que tienen una función intrínsecamente social, ya que el servicio que otorgan a través de sus prestaciones (atención médica, rehabilitación, cobertura de cirugías y tratamientos, entre otros) tiende a garantizar el goce de los derechos fundamentales de la persona, como son la vida, la salud y la integridad psicofísica. Por ende, toda decisión que deban adoptar frente a los conflictos que se susciten con los afiliados en relación a las obligaciones impuestas por ley a las entidades de medicina prepaga, deben ser adoptados con criterios de razonabilidad y equidad, respetando el derecho a la salud protegido por el bloque convencional anteriormente mencionado.

En este sentido, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que

“La actividad que asumen las obras sociales tienden a proteger las garantías a la vida, la salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial, asumiendo un compromiso social”.[\[241\]](#)

Es preciso destacar una acción de amparo que tuvo lugar en la jurisdicción de Rosario, que involucró a un niño de cinco años afiliado a una empresa de medicina prepaga. Al ser diagnosticado con Trastorno de Espectro Autista, la empresa dio de baja la afiliación y rescindió el contrato con el pretexto de que se falsearon los datos de su declaración jurada, omitiendo mencionar la discapacidad del menor. En consecuencia, su padre interpuso una acción de amparo y solicitó como

medida cautelar la reincorporación del niño al plan de salud y la cobertura de las prestaciones de rehabilitación que habían sido suspendidas.

En el caso, la empresa no pudo demostrar el falseamiento de datos en la encuesta de salud y que conociera el diagnóstico definitivo de la patología de su hijo, y en consecuencia, que haya obrado de mala fe. Pero lo que sí quedó probado, fueron los actos de arbitrariedad manifiesta de la empresa de medicina prepaga, en rescindir unilateralmente la afiliación del niño con discapacidad, dejándolo al desamparo por no poder acceder a los tratamientos necesarios para atender su salud de manera integral.

El juez, al hacer lugar al amparo, expresó:

“teniendo en cuenta las circunstancias que rodean este caso, máxime tratándose de un menor discapacitado que goza de una doble protección legal, entiendo que la expulsión y el rechazo de la cobertura médica dispuesta por Medicina Esencial S.A., constituyeron –a la luz de las normas invocadas en el presente– actos de arbitrariedad manifiesta”,^[242]

y ordenó la reincorporación del menor como afiliado en el mismo plan y condiciones que poseía con anterioridad a la baja y se le provea en forma regular e ininterrumpida la cobertura de salud.

Desde esta perspectiva, teniendo en consideración el derecho que gozan los usuarios a la preservación de su salud, a la protección de la relación de consumo mediante un trato equitativo y digno, y sin olvidar la función social que tienen estas entidades por formar parte del sistema de salud de la Nación, cabe colegir que si conforme el marco reglamentario de las empresas de medicina prepaga y entidades enumeradas en el art. 1° de la Ley N° 26.682 las enfermedades preexistentes no pueden ser criterio de rechazo de la admisión, las expulsiones derivadas de una patología preexistente resultan contrarias al imperativo legal y convencional vigente.

IV. Enfermedad preexistente y discapacidad. Valor diferencial

El art. 10, 2º párrafo de la Ley N° 26.682 autoriza a la Superintendencia de Servicios de Salud a establecer valores diferenciales “debidamente justificados” para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes.

Asimismo, delega en el citado organismo la determinación de las situaciones de preexistencia (enfermedades previas al contrato con la prestadora), su carácter (temporario, crónico o de alto costo), y la autorización de los valores diferenciales en los casos que se declaren enfermedades preexistentes para prestaciones debidamente justificadas y la duración del período de pago la misma (Decreto reglamentario N° 1993/11, art. 10^[243]).

La autorización de valores diferenciales debe ser debidamente justificada y adoptada con criterios de razonabilidad y equidad, permitiendo el acceso a las prestaciones del servicio de salud en condiciones de igualdad y sin discriminación. Toda cuota adicional que no cumpla con estos criterios, o fuera excesiva en su valor, tornaría difícil su cumplimiento por parte de los usuarios obligados a su pago y haciendo peligrar la necesaria prestación, siendo éste uno de los motivos que lo convierte en contraria a derecho.

En relación a este punto, cabe hacer una distinción frente a los casos de personas con discapacidad y la pretensión de las empresas de medicina prepaga de equipararla a una enfermedad preexistente a fin de exigirle el pago de este valor diferencial como condición para rehabilitación de la afiliación.

En materia de derechos de personas con discapacidad, nuestro país tiene vigentes dos convenciones que consolidan “el modelo social de discapacidad”: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad^[244] y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad^[245] –esta última– con jerarquía constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”^[246] señaló que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas,

actitudinales o socioeconómicas. En este sentido, la Corte reiteró que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recordó que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

A la luz de este modelo social de discapacidad, y considerando que las personas con discapacidad gozan de una doble protección y la obligación de los Estados de propender a la inclusión social de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y oportunidades, así como la prohibición de actos de discriminación con motivo de su discapacidad, se advierte que la exigencia del pago de un valor adicional con motivo de la mayor onerosidad que pueda ocasionar en la economía de las empresas prestadoras la cobertura de salud, colisiona con los preceptos aquí enunciados.

Esta problemática tuvo lugar en un caso ventilado en el Juzgado Federal de Río Cuarto, en donde una afiliada debió interponer una acción de amparo a fin de que se ordene la incorporación de una menor con discapacidad, con los alcances legales de la cobertura de salud para las personas con discapacidad, sin tener que abonar el pretendido valor diferencial que solicitaba la empresa^[247].

El juez hizo lugar al amparo, y ordenó la afiliación de la menor sin aditar o exigir un valor adicional, expresando que

“...resulta irrazonable y denota un resultado contrario a los postulados esenciales de aquellos preceptos que gozan de jerarquía constitucional, como se expresó precedentemente, toda vez que implica el desconocimiento y una verdadera “regresión” dentro de todo el sistema de protección de los derechos de las personas con discapacidad, hecho que también se opone a la normativa contenida en nuestra Constitución Nacional.”

Agregó,

“Ello así, toda vez que la intentada integración normativa que formula la accionada, pretende equiparar la discapacidad –que presenta la menor en cuestión– y enfermedad preexistente, con el objeto de sostener la ecuación económica del contrato de seguro de salud, asumiendo que dados los tratamientos en curso, resultaría más onerosa su cobertura, y pretende trasladar dichos costos a la representante de la menor, extremo que no se condice con el plus protectorio vigente, del cual resulta destinataria”.

En conclusión, teniendo en cuenta que las personas con discapacidad son más vulnerables y por esa razón tienen mayor protección, debe exigirse que las empresas de servicio de salud las traten de manera digna, respetando sus derechos, tal como su función social lo demanda. Lo que implica que de ninguna manera podrían pretender el cobro de un valor adicional a un afiliado por el hecho de padecer una discapacidad.

V. El amparo como vía expedita, rápida e idónea para tutelar los derechos lesionados

La acción de amparo^[248] indudablemente es el medio procesal adecuado para poner fin a la afectación de derechos fundamentales, como la vida, la salud, la integridad personal y la dignidad humana. Debe tenerse presente que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, el amparo es una vía principal no subsidiaria. Y así lo ha expresado la doctrina, al decir:

“El amparo novedoso que se incorpora al texto constitucional concreta un derecho de acceso directo a la jurisdicción que impide controvertir sobre la existencia de la vía; pero este debate o excepción puede ser posible si se entiende que existen otras vías más idóneas que mejoren la calidad procesal de la acción directa” ... “El amparo no es una vía subsidiaria o indirecta, sino la garantía por antonomasia; la única herramienta disponible para actuar los derechos fundamentales de inmediato”^[249].

Por su parte, la Corte Suprema ha entendido que esta es la vía procesal adecuada al resolver numerosos amparos por salud de los que cabe mencionarse a título de ejemplo, el ya mencionado “Asociación Benghalensis” en el que se expuso que:

“En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar, en mi concepto, que la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida – principio de autonomía–”.

E incluso haciendo lugar a medidas cautelares como en “Orlando, Susana”, Rto. el 4-4-2004.

En síntesis^[250], el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental de conformidad con lo dispuesto por el art. 25 de la C.A.D.H. y la Corte ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho Fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:292; 329:2552).

La doctrina sostiene que si se dan los presupuestos que exige la acción de amparo (vulneración de derechos o garantías reconocidos por la constitución, tratado o ley; por un acto u omisión; generando lesión en forma manifiestamente arbitraria o ilegal, actual o inminentemente y no se ha producido la caducidad de la acción) será procedente, salvo que existan remedios procesales que aseguren más eficazmente la protección del derecho afectado^[251].

En similar sentido, se ha expuesto que tal acción resulta procedente

“...aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable; es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial pero posterior a su ruina, tornándose así ilusoria la resolución que en definitiva se dicte” ... “El gravamen irreparable puede configurarse tanto por la lentitud del procedimiento regular, como por cualquier razón valedera, en función de la circunstancia del caso” [\[252\]](#).

Todo lo expuesto despeja las dudas acerca de la procedencia del amparo para la protección de derechos fundamentales que fueron objeto de acciones u omisiones lesivas, no existiendo otra vía legal que sea expedita, rápida e idónea para tutelar el derecho a la salud, arbitraria y unilateralmente conculcado por la desafiliación intempestiva. Es decir que, encontrándose en juego la subsistencia de un derecho constitucional como el derecho a la salud –que abarca el bienestar físico, psíquico y social– y la vía del amparo contenida en el art. 43 C.N. es la vía adecuada para garantizar su plena vigencia y protección.

No debe perderse de vista que la utilización de la vía ordinaria conllevaría un proceso largo y engorroso, que puede demorar varios años. Atento que las situaciones en análisis siempre tienen actores con alguna afección o vulnerabilidad –que quedan sin cobertura social por decisión unilateral de la entidad de medicina prepaga y por tanto, interrumpiendo tratamientos prescritos por los médicos tratantes o suspendiendo verbigracia intervenciones quirúrgicas (u otras prestaciones) que son necesarias para la vida, la salud y calidad de vida– es imprescindible una urgente solución para evitar daños mayores e irreversibles.

Por tanto, en razón del accionar manifiestamente arbitrario e ilegítimo por parte de la entidad prestadora del servicio prepago de salud, originado en la rescisión unilateral del contrato de afiliación, el amparo resulta la vía idónea para salvaguardar los derechos constitucionales a la vida y a la salud garantizados tanto por la Constitución Nacional como por los Tratados Internacionales a los que adhirió nuestro país. En ese sentido, en la acción interpuesta debería peticionarse la reincorporación del afiliado en el mismo

plan y condiciones que poseía con anterioridad a la baja, reconociendo su antigüedad, y brindándole las prestaciones médico asistenciales que por derecho le corresponden.

En relación a la competencia la jurisprudencia ha sostenido que en virtud de encontrarse en juego normas legales, constitucionales y convencionales de prioritaria trascendencia para el sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra a obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos (Fallos: 326:3535; 328:4095; 329:1693; 330:2494), corresponde la intervención de la justicia del fuero civil y comercial federal.

VI. Conclusiones finales

De los temas abordados en este trabajo, advertimos la convergencia de dos partes, por un lado las empresas de medicina prepaga, cuyos intereses son respaldados por lo prescripto por la Ley N° 26.682 y su reglamentación; y por el otro encontramos a los afiliados, usuarios del servicio de salud, amparados por el bloque constitucional que tutela el derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal, a la dignidad y a la seguridad social, derechos humanos que deben valorarse complementaria e interrelacionadamente.

En este sentido, si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga tiene obviamente fines lucrativos, debe tenerse presente también su rol social y que son parte integrante del servicio de salud de la Nación, ya que, a través de sus prestaciones, permite garantizar el goce de los derechos fundamentales de la persona, como lo son la vida digna, la salud y la integridad psicofísica. Por ello, tales fines comerciales deben armonizarse con tales derechos contenidos en el bloque constitucional que el Estado debe garantizar mediante acciones positivas.

Es por ello que cuando estas empresas resuelven rescindir las relaciones contractuales amparadas en la letra del art. 9 de la Ley N° 26.682 alegando un acto de omisión o falsificación en la declaración jurada, entendemos que no obran con criterios de razonabilidad y equidad y con respeto al derecho a la salud y las relaciones de consumo, protegidos constitucionalmente. Desde esta perspectiva, si las enfermedades preexistentes no pueden ser criterio de rechazo de la admisión, las expulsiones derivadas de una patología preexistente resultan contrarias al imperativo constitucional y

convencional vigente y ello puede repararse por la vía de la acción de amparo.

La naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección del derecho a la salud incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, en especial en situaciones como las que abordamos que afectan mayormente a personas en condiciones de vulnerabilidad, quienes tienen mayores obstáculos para hacer efectivo el acceso a la defensa de sus derechos^[253].

En tanto respecto a la autorización de valores diferenciales contenido en el art. 10 de la ley, su aplicación debe ser debidamente justificada y adoptada con criterios de razonabilidad y equidad, permitiendo el acceso a las prestaciones del servicio de salud en condiciones de igualdad y sin discriminación.

EQUINOTERAPIA Y DISCAPACIDAD: REFLEXIONES DESDE EL DERECHO

Verónica Zapata Icart*

La historia de la humanidad está en las espaldas de un caballo; nos enseñan sobre respeto, trabajo duro, lidiar con la decepción y, por supuesto, sobre el amor...

I. Introducción

Los seres humanos no sólo crean vínculos con miembros de su misma especie sino también desde hace años han desarrollado estrechas relaciones con seres de otras especies. Estas relaciones comenzaron como un contrato de mutuo beneficio entre ambas partes, sin embargo, terminaron por llenar el mundo de humanos de significados más profundos que los de la simple utilidad obtenida de los animales. La terapia asistida con animales es una propuesta de intervención a diferentes patologías tanto físicas como mentales, la cual se implementa a través de varias modalidades como lo son la delfinoterapia, la equinoterapia, entre otras, siendo guiadas por profesionales de diferentes áreas lo que hace de esta un trabajo de equipo inter y multidisciplinar.

En su incesante esfuerzo por mejorar la calidad de vida de las personas discapacitadas, el hombre de ciencia a través de la historia de la medicina ha empleado con mayor o menor éxito innumerables procedimientos terapéuticos, entre ellos, la terapia con caballos.

Desde el año 1669, John Locke ya proponía la relación con animales como una función sociabilizadora. A partir de este momento empezaron a

emerger las primeras teorías sobre la influencia de los animales de compañía en seres humanos con patologías mentales. Dichas teorías sugerían que el trato con estos animales despertaba sentimientos sociales en este tipo de personas, las cuales, tras el contacto con el animal, se encontraban más relajadas y tranquilas.

Las guerras mundiales con su aporte de personas discapacitadas necesitadas de rehabilitación contribuyeron a la búsqueda de alternativas para el tratamiento de la discapacidad. La primera referencia al uso del caballo en este sentido se remonta al final de la primera guerra mundial en el hospital Ortopédico de Oswentry (1901). En 1917 se funda el primer grupo de equinoterapia en el Hospital Universitario de Oxford para atender discapacitados de la Primera Guerra Mundial^[254].

Como ejemplo histórico mundial de su nacimiento tenemos el caso de Liz Hartal, en Dinamarca, que a los 16 años fue atacada por una forma grave de poliomielitis y empleó la equinoterapia como modalidad de tratamiento y en las Olimpiadas del 1952 y 1956 ganó medallas Olímpicas, su ejemplo llamó la atención de muchas personas en todo el mundo en relación con los beneficios potenciales en tratamiento de la discapacidad.

A partir de 1960 se generaliza su empleo de forma progresiva en Alemania, Austria, Suiza, Noruega, Inglaterra y Francia, y se comienza a emplear el término hipoterapia.

En 1969 se funda en los Estados Unidos la *North American Riding for the Handicapped Association* (NARHA)^[255].

Yendo a nuestro país, figura como un país innovador en la utilización de la Equinoterapia en América del Sur; así, de los países que conforman América del Sur, Argentina ha cumplido un rol fundamental en cuanto a la ejecución de la equinoterapia como alternativa eficaz.

Veamos por qué.

Hace aproximadamente 36 años Maria Kalbermatter dio el gran paso y comenzó a realizar la terapia con equinos en Argentina.

Ello no fue tarea fácil pues solo había precedentes de esta terapia alternativa en países de Europa o Estados Unidos, como vimos. Esta precursora hizo de la equinoterapia en Argentina un hito histórico, pues se atrevió a mostrar su capacidad de resiliencia, ya que a sus 27 años le amputaron una pierna y esta decidió practicar equitación para rehabilitarse.

Por lo singular de su idea, sus médicos no se opusieron a esto.

La experiencia amarga de sufrir la amputación fue lo que la llevo a tomar esta iniciativa y le permitió ayudar a muchas personas con distintas enfermedades y condiciones.

Maria Kalbermatter fundó la primera organización de Equinoterapia en Argentina^[256]. Esto le permitió formar a muchas personas y multiplicar el conocimiento. A su vez, dio como fruto que se abrieran otras fundaciones y cómo podemos ver en la actualidad una cantidad de fundaciones dedicada a esta noble labor.

II. Desarrollo

A pesar del auge de su empleo, a partir de la década de los 90, la literatura científica médica que aborda el tema sobre los múltiples beneficios de la terapia ecuestre es escasa, y muchas de las investigaciones realizadas –por lo limitado de la muestra objeto de estudio–, no permiten amplias generalizaciones; sin embargo, muchos profesionales recomiendan la actividad con los posibles y probados beneficios, con toda la seguridad que el tema merece para la rehabilitación del paciente.

Sin embargo, muchos profesionales recomiendan la actividad con los posibles y probados beneficios, con toda la seguridad que el tema merece, para la rehabilitación del paciente.

¿Es la equinoterapia un procedimiento con valor científicamente demostrado para ser empleado en el tratamiento de las personas con discapacidad? Dar respuesta a esta pregunta representa el objetivo del presente trabajo.

Cuando se hace un recorrido por la literatura sobre el tema, se encuentran una gran variedad de términos, muchas veces empleados indistintamente entre ellos, equinoterapia, hipoterapia, equitación terapéutica, monta terapéutica, hipoterapia pasiva, hipoterapia activa, equitación social, equitación para discapacitados y otros, que con frecuencia confunden.

La equinoterapia es un método terapéutico y educacional que utiliza al caballo como instrumento o (medio) dentro de un abordaje interdisciplinario en las áreas de salud, educación y la equitación buscando el desenvolvimiento biopsicosocial de las personas portadoras de deficiencias o con necesidades especiales. Es considerada por la medicina

como una terapia alternativa y complementaria a otras modalidades terapéuticas tradicionales, en la que se trabaja con el caballo con fines terapéuticos, educativos y estimuladores.

La práctica de la Rehabilitación Ecuestre busca potenciar el desarrollo de la capacidad física (amplitud articular y arcos de movimiento, equilibrio, coordinación, fuerza, resistencia, rapidez), corregir y compensar déficits psicológicos y propiciar la adquisición de destrezas, habilidades y hábitos transferibles a la vida social^[257].

III. Beneficios físicos y psicológicos de la equinoterapia

La equinoterapia está recomendada para personas con discapacidad psíquica, física o sensorial, para personas con trastornos psicológicos, del lenguaje o del aprendizaje y también para personas con problemas de marginación o inadaptación social. Puede ser usada tanto por adultos como por niños, también en la estimulación temprana.

¿Por qué se utiliza el caballo para realizar estas terapias? El caballo es un animal dulce, tranquilo, adaptado y aceptado socialmente y con la capacidad de transportar. El hecho de ser de grandes dimensiones hace que debas confiar a la vez que tienes contacto directo con él.

A nivel fisiológico el caballo transmite calor a nuestro cuerpo, lo que ayuda a relajar musculatura y los ligamentos, y el flujo sanguíneo del animal estimula el sistema circulatorio.

Por otra parte, el caballo transmite impulsos rítmicos al cinturón pélvico, la columna y las piernas del jinete, lo que proporciona estímulos capaces de regular el tono muscular y regular la coordinación. La marcha del caballo también transmite un patrón de locomoción tridimensional y una sensación de movimiento e impulso hacia adelante.

A modo de resumen, entre los beneficios físicos de la equinoterapia destacan el desarrollo del tono muscular por trabajar varios músculos a la vez, el incremento de la fuerza, la resistencia, el equilibrio y la coordinación y la mejora de la destreza motora.

Casi todas estas sensaciones están relacionadas con el área psicoafectiva, aunque también con la estimulación cognitiva y con la expresividad. En este sentido la terapia con equinos incrementa la autoestima y la seguridad,

fomenta la autonomía y el autocontrol, mejora la comunicación, potencia la concentración y la atención y desarrolla el respeto por los animales.

A modo de ejemplo dentro de las prestaciones que reciben los menores de edad que presentan un Trastorno Generalizado del Desarrollo, es frecuente encontrar a esta disciplina, la cual apela al caballo como mediador para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, problemas de salud mental y/o problemas de adaptación social; es, por ahora, una práctica experimental, sin estar reconocida dentro del Plan Médico Obligatorio.

Sostienen calificados juristas que constituye una terapia integral empleada por profesionales de la salud física o mental, para promover la rehabilitación de niños, adolescentes y adultos a nivel neuromuscular, psicológico, cognitivo y social, por medio del caballo como herramienta terapéutica y coadyuvante^[258].

Que este tratamiento es complementario a otros de tal forma que no se debe considerar como una opción aislada sino como parte de un conjunto de acciones terapéuticas dirigidas a neutralizar la discapacidad, aumentando el desarrollo de los potenciales residuales y generando nuevas capacidades.

IV. Sobre una Ley Nacional de Equinoterapia

Hace unos años los Centros de Equinoterapia de Argentina conformaron una Red^[259] con el firme propósito de lograr la tan necesaria Ley Nacional.

Según la Asociación Argentina de Equinoterapia la disciplina influye positivamente en la mayoría de las personas con necesidades especiales porque puede ser un factor integrador por ser una actividad al aire libre, en contacto con la naturaleza; porque si es responsable y tempranamente realizada le puede cambiar la vida a toda una familia.

Porque un ser vivo, distinto del humano, se nos entrega nos transporta y nos mejora.

Concluyen que por sus características y por ser un método complementario y realmente interdisciplinario, los profesionales intervinientes necesariamente como ser psicólogos, kinesiólogos, reeducadores visuales, terapeutas ocupacionales, psicopedagogos, fonoaudiólogos, Psicomotricistas e instructores de Equinoterapia, resultan indispensables y responsables de la apertura y organización de los centros

de Equinoterapia que existen en el país a los efectos de asistir a la mayor cantidad de personas con discapacidades especiales antes referenciadas para que puedan recibir en forma responsable los beneficios del caballo en su máxima amplitud^[260].

En apoyatura de los beneficios de la Ley de Equinoterapia podemos citar a varios autores que consideran al Autismo –ruptura el proceso normal del desarrollo que generalmente aparece en los dos primeros años de vida–, y sus manifestaciones en el lenguaje, funciones sociales, juegos, conocimientos, comprobándose un retraso en relación a sus pares como una enfermedad en la que, la utilización del caballo ha dado múltiples beneficios a los pacientes que la padecen, siendo la Monta Terapéutica un complemento extraordinario para el manejo de problemas de comportamiento y aprendizaje en niños y jóvenes con autismo.

Según Dr. William J. Walsh, experto en bioquímica cerebral y doctor en química por la Universidad de Iowa, el funcionamiento defectuoso de la proteína llamada metalotioneina (MT) es una característica distintiva del autismo y sostiene en sus estudios que esta anomalía (que se cree que es genética) resulta en un trastorno del desarrollo cerebral y extrema sensibilidad a los metales pesados y a otras sustancias ambientales y que la relación jinete-caballo que generalmente es espontánea y auténtica en otros niños, en estos casos se da al principio como respuesta más a la curiosidad que a lo afectivo, el éxito de una buena relación se va a dar en forma paulatina y va a depender entre otras cosas de la capacitación, y perseverancia del profesional.

Sostiene este prestigioso investigador que el mundo ecuestre le brinda al alumno con Autismo, una manera diferente de aprender y que los objetivos operacionales se concretan con éxito, gracias a las específicas estrategias de aprendizaje y a las características propias de la actividad^[261].

V. Equinoterapia Social: una nueva y actual modalidad

La equinoterapia social es una modalidad terapéutica grupal, enfocada en la rehabilitación a través de la educación y la terapia de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad social.

Hay casos de chicos con trastorno antisocial de la personalidad, trastornos en la conducta, depresión, entre otras. Entre las problemáticas

que presentan se encuentra bajo desempeño académico, o no están alfabetizados, falta de contención emocional en sus hogares y adicciones.

En esta modalidad de trabajo los instructores entrevistados refieren beneficios varios como el fomento y aprendizaje del trabajo en equipo, incorporación de hábitos de trabajo, respeto de normas sociales, manejo de la frustración, capacidad de organización, desarrollo de destrezas, fortalecimiento de la autoestima. Es un proceso grupal que repercute en el desarrollo personal de cada participante, siendo fundamental los lazos de confianza que se establecen con los instructores como entre los alumnos.

Se trata de que en Equinoterapia social los participantes puedan acercarse a la discapacidad, que sientan que están haciendo algo por los demás, que van a ayudar, dándosele mucha importancia al rol de guía (persona a cargo de cabrestear el equino en la sesión de equinoterapia).

Así, vemos que cuando es prescripta por un médico a un paciente menor de edad con discapacidad, fundando su necesidad y destacando los beneficios esperables de la terapia, las obras sociales y prepagas deberían acceder a su cobertura.

Ello es así ya que esta terapia no está legislada a nivel nacional ni se la reconoce expresamente en la Ley N° 24.901 que instituye el Sistema de Prestaciones Básicas para la Atención de las Personas con Discapacidad, no formando parte del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad ni tampoco del Programa Médico Obligatorio.^[262]

Más allá de ello Misiones, Mendoza, Salta, Santa Cruz, Río Negro, Chubut, Tucumán y Santa Fe ya la han legislado; efectivamente, actualmente existen tres (3) proyectos a ser tratados en el Congreso siendo uno de ellos, el N° 4138-D-2018 en trámite parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación y en el ámbito de la AMFJN, la Comisión de Proyectos Legislativos, de la cual soy parte, presentó a fines del año 2019 un nuevo proyecto –aprobado por la Comisión Directiva–, para ser presentado ante el Congreso de la Nación, atento la gran cantidad de precedentes jurisprudenciales por vía de acción de amparo que se han acogido favorablemente debido a la gran importancia de esta actividad y efectividad en pacientes con discapacidad física, psíquica y sensorial.

El Proyecto de la Comisión Proyectos legislativos-AMFJN dice así:

PROYECTO DE LEY: Reconoce la EQUINOTERAPIA como rehabilitación terapéutica de personas con discapacidad con prescripción

médica.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La rehabilitación motriz es un derecho esencial de las personas con discapacidad, que debe ser expresamente reconocido a fin de permitirles acceder a tecnologías eficaces, diagnóstico y tratamiento adecuado.

Tal es su importancia, que la Organización Mundial de la Salud conmemora cada 23 de marzo su Día Mundial.

En intrínseca relación con el derecho a rehabilitación, nadie desconoce hoy los beneficios de la Equinoterapia. Se trata de una práctica que asiste a menores y adolescentes con discapacidades motrices o neurológicas, con quienes se trabaja desde lo kinesiológico y lo terapéutico, en algunos casos con el foco puesto en lo motriz, en otros en lo recreativo; admitiendo incluso estimulación temprana de los niños a partir del año y medio.

En Argentina, la práctica comenzó en 1978 de la mano de María de los Ángeles Kalbermatter, fundadora de la Asociación Argentina de Actividades Ecuéstricas para Discapacitados (Aaaepad). A sus 27 años, Kalbermatter fue diagnosticada con cáncer y sufrió una amputación de la pierna derecha, lo que la llevó a descubrir la equinoterapia a través de su recuperación.

El movimiento rítmico del caballo simula el andar humano, por lo que se considera un estímulo para quienes tienen dificultades o no caminan, por ejemplo. Con cada paciente, trabajan neurólogos, psicólogos, terapeutas ocupacionales, entre otros profesionales de la salud que, en muchos casos, lo hacen de forma voluntaria.

Los programas son personalizados, específicos y organizados por el equipo profesional para el paciente, alumno o jinete, para lo cual se consideran desde el punto de vista médico, las técnicas terapéuticas y de equitación; desde el punto de vista educacional y/o social, la aplicación de técnicas pedagógicas; y de equitación para la integración del beneficiario a la familia y a la sociedad.

Unos 300 centros de equinoterapia reclaman por una ley nacional que regule la rehabilitación con caballos, para que las obras sociales y prepagas las incluyan dentro de sus prestaciones; existiendo en varias provincias leyes que la admiten, caso de Chaco, San Juan, Santa Fe, Tucumán, Salta,

Mendoza y Río Gallegos donde es una actividad regulada y cubierta por las obras sociales.

Este contexto federal disímil, además de plasmar una inequidad entre ciudadanos de un mismo país, implica que ciertas empresas de medicina prepaga y obras sociales de presencia nacional estén obligadas a cubrir la prestación en algunas localidades y en otras no; generando resistencias que obligan a los interesados que no pueden pagarlo, a judicializar el reclamo, con los costos y desgaste emocional que ello implica y por cierto, con resultado diverso.

Por otro lado, esta situación deriva en la falta de garantías respecto a que la terapia se realice en centros especialmente habilitados y por profesionales capacitados. Todo lo cual debe revertirse con un texto uniforme sujeto a reglamentación.

Por ello, el Senado y la Cámara de Diputados reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- RECONÓCESE la Equinoterapia como actividad terapéutica de habilitación y de rehabilitación para personas con discapacidad; entendiéndose por tal la disciplina integral y complementaria de las terapias médicas tradicionales para la habilitación y rehabilitación de discapacidades humanas mediante el uso de un caballo apto, certificado y debidamente entrenado, realizada por personas con la respectiva capacitación y en lugares exclusivamente destinados a este fin.

Artículo 2.- La práctica de Equinoterapia reconocida en esta ley es la desarrollada exclusivamente en los Centros de Equinoterapia habilitados conforme la reglamentación, que cumplan con los estándares del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) en lo referido a identificación, traslado y control sanitario de los equinos y registro de la entidad en el Registro Nacional Sanitario de Productores Agropecuarios (RENSPA).

Artículo 3.- Las personas que requieren el tratamiento de equinoterapia deben presentar prescripción médica en la cual se especifique el diagnóstico médico y certificado de aptitud física; y se detallen, además, los límites que deben observarse por parte de los Centros de Equinoterapia y de los profesionales que brindan tal cobertura.

Artículo 4.- Las Obras Sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados, sin perjuicio de la figura jurídica que adopten, deben brindar cobertura médica para el tratamiento de las patologías previstas reglamentariamente mediante equinoterapia.

Artículo 5.- Es autoridad de aplicación de la presente ley el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Salud de la Nación, conforme las competencias que le confiere la ley 22.520 de Ministerios y sus normas complementarias y modificatorias.

Artículo 6.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días de publicada en el Boletín Oficial.

Artículo 7.- De forma.

Sentado lo que antecede, entiendo y entendimos en el ámbito de la Comisión de Proyectos Legislativos de la AMFJN que sería recomendable que, como señala Gardenal Elicabide que

“cuando aquella es prescripta por un médico a un paciente menor de edad con discapacidad, fundando su necesidad y destacando los beneficios esperables de la terapia, las obras sociales y prepagas deberían acceder a su cobertura (máxime cuando, para la mayorías de la doctrina, la Equinoterapia es una modalidad de rehabilitación, encuadrada dentro del art. 15 de la Ley 24.901).Es que la Ley 24.901 tiene por objeto brindarles una cobertura total e integral a las personas con discapacidad (arts. 1 y 2), enumerando una serie de prestaciones a solo título enunciativo (art. 19).

Obligación que se hace extensiva a las prepagas (Leyes 24.754 y 26.682).”^[263]

Desde la jurisprudencia podemos citar algunas que han acogido en forma favorable este tipo de terapia. Así,^[264] se ha dicho que

“Respecto a la (...) equinoterapia, lo cierto es que, en la especie, se haya en juego, el desarrollo integral del niño M.M. de 12 años de edad (...), quien padece de síndrome de Down (...), es afiliado a ASE (...), que la causa ha sido declarada como de puro derecho, y que se encuentran acreditados los beneficios derivados de la equinoterapia en pacientes como M., ello determina la obligatoriedad de la accionada a brindarla conforme lo prevé el artículo 15 y ss. de la Ley 24.901, a fin de lograr "...la cobertura integral de rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera".

En similar sentido se sostuvo que

“Se debe valorar especialmente lo informado por el Cuerpo Médico forense cuanto concluyó que a través de la equinoterapia se "...pretende aprovechar los movimientos tridimensionales del caballo para estimular los músculos y articulaciones del niño, además del contacto con el pelaje (beneficios cognitivos, comunicativos y de personalidad)..." y que "...durante el tratamiento, el niño puede recibir estimulación: -vestibular: a partir del movimiento del caballo; -propioceptiva: a punto de partida de la presión que recibe en sus caderas y miembros inferiores en contacto con el animal; -táctil: al contacto con el pelo del animal, con temperatura mayor a la humana; -motora: ajustes motores que deben realizar para mantener la postura y equilibrio en respuesta a los movimientos del animal. Durante el contacto con el caballo este le transmite calor, que ayuda a relajar los músculos...". A la luz de los beneficios señalados por el Cuerpo Médico Forense, y; valorando que del dictamen referido surge que

la prescripción de la práctica de equinoterapia realizada por los médicos tratantes del menor I.M.P. resulta acorde y beneficiosa a su patología, se impone confirmar dicho aspecto del decisorio”.[\[265\]](#)

VI. Reflexión final

Por los motivos que se expusieron la equinoterapia es una buena herramienta para compensar las discapacidades y ayudar a la gente con algún déficit a través de una actividad al aire libre, saliendo de lo monótono y estructural que sería una rehabilitación psicomotora que encierre al cuerpo como instrumento y no como imagen socialmente construida, ello sumado a los postulados de la Constitución Nacional y de diversos Tratados de Derechos Humanos suscriptos por la Argentina (cfr. art. 75, inc. 22), y al sustento proveniente de las Leyes N° 22.431, 23.660, 23.661, 23.849, 24.240, 25.280, 26.061, 26.378, 26.529, 26.657, 27.043 y 27.044, sustento que nos permite colegir el pleno soporte legal con que cuentan quienes reclaman tan beneficiosa prestación.

PARTICULARIDADES EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL I.N.S.S.J.P.

Martín F. Zemma*

I. Breve introducción sobre los orígenes del INSSJP

Resulta importante destacar que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados fue creado en la década de los 70 más precisamente el 13 de mayo el año 1971 con el dictado de la Ley N° 19.032, que tuvo su génesis en buscar dar respuesta a la atención médica y social de la clase pasiva que no tenía cobertura mediante el sistema de obras sociales.

El instituto en sus primeros tiempos solo prestaba los servicios que motivaron su creación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que luego con el paso del tiempo, fue ampliando su radio de atención y presencia a todo el país, llegando a tener aproximadamente 3,4 millones de beneficiarios. Debemos expresar que es el prestador más importante dentro del régimen de las instituciones, obras sociales y empresas de medicina pre-paga.

Su creación se gestó durante el gobierno militar del Presidente Agustín Lanusse que tenía como Ministro de Bienestar Social a Francisco Guillermo Manrique. Al elevar el proyecto de decreto-ley, ya que se trataba de un gobierno de facto, se remarcó en los fundamentos de la sanción del Decreto Ley N° 19.032 que se justificaba su creación en que

“el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, cuyo principal objeto será la prestación a los beneficiarios del régimen nacional de previsión y su grupo

familiar primario, de servicios médicos asistenciales destinados al fomento, protección y recuperación de la salud”.

Claramente, en sus comienzos, las prestaciones de salud y sociales fueron originariamente destinados a los jubilados y pensionados, agregándose posteriormente otros grupos como los ex combatientes de Malvinas, pensionados por situaciones de vejez e invalidez.

Es cierto que el objetivo del instituto se enfoca, primordialmente, en las prestaciones de salud y sociales que requieren este importantísimo grupo social –con protección constitucional conforme al art. 14 bis de la C.N.– mas esto no deja de tener sus particularidades y conflictos ya que la caracterización del ente como “*no estatal*” lo pone por fuera de los cuadros de la administración descentralizada del Estado Nacional y por ende del régimen previsto en la Ley N° 23.660.

En este sentido debemos resaltar la caracterización que formula la Corte Suprema del PAMI como “una institución que gestiona intereses públicos que detenta una función delegada del Estado”^[266].

Si tenemos presente que el INSSJP es un ente público no estatal que gestiona intereses públicos, esto puede llevar a interpretaciones equivocadas respecto al régimen de ejecución de sentencias que se dictan en contra del instituto pues, como expresáramos respecto a su régimen jurídico, actualmente, se encuentra ubicado por fuera de los cuadros que integran a la administración descentralizada del Estado Nacional^[267] generando, como consecuencia directa, que para el cumplimiento de sus obligaciones no se encuentre alcanzado plenamente por el marco normativo que regula el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado. Esto, muchas veces, cuando las condenas en contra del PAMI refieren a conflictos judiciales vinculados de manera directa a las prestaciones de salud que el propio instituto no cumple de manera acabada, provoca una conflictividad judicial en el fuero federal que puede llevar a generar dudas sobre el alcance del régimen de ejecución de sentencias si esta es solicitada por quienes resultan proveedores, empleados del instituto o sus propios afiliados.

Desentrañar, entonces, la forma en que el PAMI debe cumplir con sus obligaciones una vez judicializadas es el objeto del presente trabajo, sin perder de vista, algunas inconsistencias en lo que hace su actual régimen jurídico.

II. Régimen jurídico

En cuanto a las normas que disciplinan el funcionamiento del INSSJP podemos expresar que el art. 1° de la Ley N° 19.032 claramente pone de manifiesto que se trata de una persona jurídica denominada o encasillada como “Ente público no estatal” cuyo control interno quedara a cargo de una sindicatura y en cuanto a su control externo, esto es lo llamativo, se involucra a la Auditoría General de la Nación que es el organismo de control que depende del Congreso de la Nación, conforme se desprende del art. 85 de la C.N.

Primero, debemos preguntarnos a qué hace referencia la ley de creación del INSSJP cuando destaca que se trata de un ente público no estatal. En este sentido, podemos expresar que la distinción entre personas públicas estatales y no estatales pertenece al autor uruguayo Sayagués Laso^[268]. Además de las personas públicas territoriales, existe un conjunto de personas jurídicas que no pueden considerarse privadas, con características muy diversas entre las cuales debemos ponderar la siguiente distinción: a) el mayor número de estas personas son estatales, en el sentido que integran la organización administrativa de la Nación y su patrimonio pertenece a la colectividad, b) existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad, ni integran la administración pública, porque el legislador las crea con tal carácter, aunque dichas instituciones son regidas en todo o en parte por normas de derecho público.

Como ejemplo de persona pública “no estatal” tenemos además del INSSJP a la Iglesia Católica como bien pone de manifiesto el art. 146 del Código Civil y Comercial unificado. Otro ejemplo, son los Colegios Profesionales (abogados, contadores, entre otros) que no forman parte de la administración centralizada o descentralizada y sus bienes tampoco pueden considerarse que integran el denominado dominio público. A estas personas públicas no estatales se las dota de ciertas prerrogativas de derecho público y en cierta forma las autoridades estatales realizan un control intenso sobre las mismas en cuanto al funcionamiento y el destino de sus recursos financieros. Debemos remarcar que a los reclamos y recursos que pudieran plantear afiliados y quienes contratan con el Instituto no resulta aplicable la

Ley de procedimientos administrativos (conforme lo dispuesto en los fundamentos de la Resolución N° 135/2003 emitida por el Sr. Interventor del Instituto).

Resulta importante destacar que según Juan Carlos Cassagne^[269], las personas jurídicas públicas son o no estatales según pertenezcan o no a los cuadros de la Administración Pública, conforme a normas vigentes sobre organización administrativa, criterio válido para distinguirlas, pero no el único que puede utilizarse.

Dicho autor considera que los entes públicos no estatales no emiten actos administrativos y el personal que integra dicho ente no debe ser considerado empleado público. Distinta es la situación de los funcionarios que el Estado designa para integrar la dirección del INSSJP (art. 5 de la Ley N° 19.032) ya que ellos sí se encuentran alcanzados por las normas del derecho público. Es importante, como criterio de distinción, sostener que las personas jurídicas públicas no estatales "...basta que cumplan fines "de interés general", sin que sea necesario que coincidan en todo o en partes con los fines específicos del Estado..."^[270]. En igual sentido se expresa Marienhoff, quien sostiene que se trata de un "interés general menos intenso" que el que satisface el Estado como función administrativa esencial^[271].

En cuanto a la administración de sus recursos y el destino que el Departamento Ejecutivo Nacional del ente dispone, ellos deben ser plasmados anualmente en un presupuesto que se debe remitir al Poder Ejecutivo Municipal y al Congreso de la Nación conforme lo dispone el art. 6 inc. f) de la ley de creación del ente. Esta particularidad refuerza la tutela del interés público que tiene asignado el INSSJP.

También es importante mencionar que el régimen de contrataciones vigente en el Instituto se encuentra establecido por la Resolución N° 124/DE/2018 en el cual se adoptan y hacen propios los principios más importantes que se encuentran previstos en el Decreto N° 1023/01, normativa que disciplina el régimen de celebración de los contratos públicos del Estado Nacional (libre competencia, transparencia, publicidad, legalidad, entre los más importantes).

En el régimen de contrataciones de PAMI se establece, como regla, el procedimiento de licitación pública y concurso de precios (art. 24) y, además, todas las contrataciones a celebrar deberán publicarse en la página *web* del Instituto.

Resulta llamativo, que en el propio régimen de contrataciones, el Instituto puede aplicar “penalidades” a los co-contratantes cuando éstos incumplieren sus obligaciones, hecho que genera puntuales dudas si se trata de una “especie” de normas de derecho público o transferencia de potestades administrativas. En este sentido, se genera una duda “razonable” de saber si se trata de normas de derecho público ya que se permite a las autoridades del Instituto a cargo del régimen de contrataciones, acudir a la facultad de “Inspeccionar” los libros de comercio que están obligados a llevar los co-contratantes y sus subcontratistas, respecto de lo que es objeto de la contratación. Esto, en una contratación privada resultaría nulo de nulidad absoluta, pero si válida en una contratación de tipo administrativa regida por el Decreto N° 1023/01 y sus modificatorias.

Sobre el punto podemos expresar que resulta llamativo que el régimen de contrataciones no tiene previsto un sistema de impugnaciones, hecho que nos lleva a interpretar que se encuentra excluido de las normas previstas en la Ley N° 19.549 y su Dec. reglamentario N° 1759/72, por más que algunos autores consideran que Instituto celebra contratos “administrativos”^[272]. Esto dudo que pueda ser ratificado por la mayoría de la doctrina especializada ya que, sin el procedimiento reglado y establecido para las contrataciones administrativas del Estado, no podrá concluirse que nos encontramos ante contratos administrativos^[273].

Resulta importante destacar que el Instituto acuda al régimen de contratación mencionado no lo exime de brindar aquellas prestaciones urgentes que requieran un trámite excepcional, sin demoras para la provisión, por ejemplo, prótesis, medicamentos, audífonos, entre otras necesidades que requieran sus afiliados. Esto quedó claramente expuesto en el precedente “*S., Z. E. c/ PAMI s/Prestaciones Médicas*”^[274].

A esto debemos agregar que el régimen de contrataciones claramente se encuentra enderezado a obtener la adquisición de medicamentos, sustancias psicotrópicas, estupefacientes y las materias primas y aditivos que intervengan para su elaboración; prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, material quirúrgico, de curación y productos higiénicos, y todos aquellos insumos o productos que resulten necesarios para la atención de la salud de los beneficiarios del instituto. Como se puede apreciar, es de suma transcendencia el régimen de contrataciones que adopta el Instituto ya que permite la adquisición y

compra “*masiva*” de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, entre otros insumos que debe proveer a sus afiliados.

Por su parte, en lo referente al régimen de contrataciones del Instituto, la Corte Suprema ha dicho que

“...Los actos o decisiones de los órganos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Pensionados y Jubilados, en tanto entidad de derecho público no estatal, no son administrativos, máxime cuando tienen por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares...”^[275].

Esto hace evidente que resulta improcedente la aplicación de la Ley N° 19.549 al trámite de cumplimiento de las obligaciones convencionales del Instituto. Inclusive, esta caracterización impide considerar la aplicación a las contiendas judiciales en contra de PAMI de la Ley N° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado^[276].

En cuanto al personal que presta funciones en el INSSJP, podemos expresar que se rigen por el derecho laboral y tienen un convenio colectivo que disciplinan sus derechos y obligaciones^[277] Salvo los funcionarios públicos que designa el Estado Nacional para conducir el PAMI que se rigen por el derecho público, el personal subalterno, claramente se encuentra alcanzado por las normas del derecho privado y ajenas a la competencia contencioso administrativa.

Por otro lado, en referencia al régimen de recursos financieros o económicos de los que dispone el Instituto es revelador que la mayoría de ellos no resultan aportes “voluntarios” ya que por ley se dispone una retención “obligatoria” para todos jubilados pensionados que integran en sistema nacional (Ley N° 24.241), de los empleados públicos y autónomos, entre otros ingresos. Sí resulta relevante exponer que el Poder Ejecutivo nacional podrá disponer la asignación de recursos para el Instituto mediante su expresa inclusión en presupuesto nacional (art. 8 inc k), hecho que podría considerarse como subsidios o subvenciones que el Congreso puede, si lo considera necesario, aprobar.

Todas las acciones y los objetivos a cumplir por el Instituto deben ser materializados por sus autoridades. En la actualidad el art. 6 de la ley de creación dispone que un Departamento Ejecutivo que tiene asignada la competencia de administrar los recursos del Instituto y diseñar las políticas

de prestaciones y servicios, debe materializar el mismo conforme a los fines que establece la ley. Esta norma en la actualidad se encuentra suspendida conforme a lo dispuesto en el DNU N° 2/2004, situación que se revela como compleja atento la suspensión de parte del diseño de la estructura “*orgánica*” establecida en la Ley N° 19.032 y sus modificatorias, a lo que más adelante nos referiremos puntualmente.

Como se trata de un ente público institucional que tiene presencia en todo el país, el art. 6 bis dispone la creación de las Unidades de Gestión Local (UGL) que tienen a su cargo de manera descentralizada en distintos puntos del territorio argentino la ejecución de los distintos programas del Instituto.

En la actualidad producto de la solapada “intervención” generada por el Estado Nacional sobre el instituto, deviene innecesario exponer sobre cómo estaría compuesto el órgano de dirección del mismo. En este sentido, podemos expresar que la facultad de intervenir el Instituto por parte del Estado Nacional se encuentra prevista en el art. 15 ter de la Ley N° 19.032, situación que desde su creación fue utilizada para regularizar el funcionamiento del PAMI.

Puntualmente, la intervención fue dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional con comunicación al Congreso de la Nación mediante el Decreto N° 348/2003 por el lapso de 180 días. Esta medida excepcional sobre la vida interna del instituto, culminó por el vencimiento del plazo de la intervención (Dec. N° 1/2004). Si bien esta medida se dio por concluida, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2/2004 estableció que, hasta que se dicte un nuevo marco legal que regule el funcionamiento de los órganos de gobierno del instituto, éste “funcionará” a cargo de un Director Ejecutivo y un Subdirector que resultan designados por el Poder Ejecutivo Nacional. Esto implica una especie de intervención “de hecho” ya que se hace evidente que hasta que no se dicte un nuevo marco legal, su funcionamiento seguirá “transitoriamente” a cargo del Estado Nacional, desdibujando esta característica de ente público no estatal.

Como consecuencia de esta anómala situación, cada vez se advierte con mayor intensidad la intervención del Estado Nacional en la vida del Instituto, cuestión que lleva a generar nuevos problemas sobre todo en lo que hace a su control interno. En este sentido, esta etapa de “transición” hacia un nuevo régimen jurídico ^[278], establece que deben intervenir los organismos de control de la ley de administración financiera (Ley N°

24.156), que refieren a la Sindicatura General de la Nación y a la ya prevista Auditoría General de la Nación que se encontraba como órgano competente para realizar el control externo del instituto.

Resulta importante destacar, que en todas las contiendas en las cuales el INSSJP resulte demandado es competente la justicia federal conforme a lo expresamente establecido en el art. 14 de la Ley N° 19.032. En materia de contratos celebrados por dicho instituto es competente la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal^[279], cuando existe un fuero especializado –por ejemplo en C.A.B.A.–, resultando el panorama distinto en aquellos lugares donde la justicia federal tiene competencia múltiple^[280].

III. El marco de las prestaciones de salud que brinda el Instituto

Habiendo analizado el régimen legal que disciplina su funcionamiento, debemos expresar que todo aquello vinculado a las prestaciones que brinda a sus afiliados tienen apoyatura directa en el art. 2 el cual dispone que el Instituto otorgará

“las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, organizadas en un modelo prestacional que se base en criterios de solidaridad, eficacia y eficiencia, que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios del Instituto, atendiendo a las particularidades e idiosincrasia propias de las diversas jurisdicciones provinciales y de las regiones del país”.

Esto respeta los principales contenidos del derecho a la salud en sentido amplio.

Sobre el alcance del derecho a la salud Víctor Bazán expresa que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”^[281], definición que en sus finalidades cumple ya que el Instituto no solo tiene como objetivo la

tutela de la salud sino también, objetivos sociales como el otorgamiento de subsidios, préstamos, planes de turismo, entre otros.

En cuanto a la efectivización de las prestaciones de salud es el propio Instituto el que fija los programas de atención a sus afiliados que deben ser prestados por intermedio de las distintas Unidades de Gestión Local (UGL) que, obviamente, depende en mayor medida del régimen de contrataciones para todo aquello vinculado a medicamentos, insumos, ortopedia, audífonos, sillas de ruedas, etc.

IV. Tensiones normativas

Si bien se remarca que el Instituto se trata de una persona jurídica ajena a la estructura administrativa, tanto centralizada como descentralizada del Estado Nacional, se puede advertir que en muchos sectores de la vida del PAMI esta se encuentra claramente supeditada al control estatal “intenso” por sus evidentes fines públicos. Ahora, que se trate de un ente público no estatal no significa que en su régimen de contrataciones o en los que hace a conflictos que podrían surgir con sus afiliados cautivos, se apliquen de manera directa y sin adaptaciones las normas del derecho privado, ya que no puede desdeñarse la dimensión, no solo, en lo hace a la cantidad de afiliados, sino también en lo que implica que su conducción actual por parte del Estado Nacional, torna cada vez más difusos sus límites en cuanto al manejo de los fondos que el Instituto debe destinar prioritariamente al programa de atención médico integral de sus afiliados. Esto se vincula de manera directa con pautas que deben respetar el principio de transparencia, publicidad, eficiencia, eficacia, economicidad y de calidad de las prestaciones.

Generalmente, cuando un afiliado requiere un medicamento o prestación debe peticionar su cobertura, a lo que el organismo debe responder si se encuentra dentro de las prestaciones que autoriza o no. Los afiliados deben cumplir con las normas internas que disciplinan la forma en que se debe solicitar la cobertura de alguna prestación o medicamento, quedando abierta la posibilidad de “reclamar” ante un omisión o indebida negativa.

Esto no debe llevarnos a considerar que ante una grave omisión, denegatoria o urgente cobertura de las prestaciones de salud, el afiliado

debe agotar la vía administrativa indefectiblemente ante el Instituto. Sobre dicho punto se ha dicho que

“...el derecho de acceso a la salud del amparista no puede postergarse a la realización de innumerables trámites administrativos que impliquen una demora excesiva en el tratamiento de su afección...”^[282].

Para no confundir a los lectores nos referimos a “trámites administrativos” en sentido amplio ya que internamente, la vía de reclamo de los afiliados no debe considerarse alcanzada por las normas del procedimiento administrativo previsto en la Ley N° 19.549 y su Dec. N° 1759/72 y sus modif. En este sentido, los órganos internos del Instituto no dictan actos administrativos, implicando que su régimen de reclamaciones no se encuentra alcanzado por las normas que disciplinan la emisión de actos administrativos (art. 7 de la Ley N° 19.549) ni resulta aplicable en régimen recursivo establecido en los arts. 84, 89 y 94 del Decreto N° 1759/72 y sus modificatorios, hecho que tornó inaplicable el régimen de agotamiento de la vía administrativa y el estrictamente vinculado a la habilitación de la instancia ante el Poder Judicial (causas contencioso-administrativas) que se encuentra establecido en los arts. 23 y 25 de la Ley N° 19.549.

Si bien el marco normativo del PAMI obliga a los distintos órganos que integran su estructura interna a sujetarse al régimen de contrataciones y a dar la debida intervención a los organismos de control interno como resultan ser sus respectivas auditorías médicas o aquellas vinculadas al control financiero para las respectivas autorizaciones para realizar las distintas compras de prótesis, insumos, pañales, sillas de ruedas, etc., esto no puede convertirse en una “carrera de obstáculos” que impida a los afiliados la protección de su salud lo cual es generado, en muchos casos, ante la ausencia de respuesta a las peticiones urgentes que se le reclama al PAMI. Si bien es cierto que el Instituto se encuentra sometido a un control financiero intenso por parte del Estado, esto no debe impedir la toma de decisiones ejecutivas por parte de sus autoridades para hacer llegar en tiempo y forma las prestaciones a sus afiliados.

Por otro lado, no se puede desconocer que el INSSJP es un agente del seguro de salud en los términos de la Ley N° 23.660 por el cual, si existiera

algún conflicto vinculado a la baja ilegal de alguno de sus afiliados, la cobertura médica debe ser, igualmente, prestada por el lapso de tres meses conforme dispone el art. 10 del citado plexo normativo^[283]. Esto se debe a la “simbiosis” que existe entre el régimen previsto en la Ley N° 24.241 y la norma que crea al Instituto. Si la ANSeS, de manera ilegítima, procediera a dar de baja la afiliación sin el correspondiente dictado del acto administrativo y la posterior acción de lesividad ante el Poder Judicial de la Nación, conforme el precedente “*Carman de Cantón*”^[284], esto impactará de manera directa en su condición de afiliado a PAMI, ya que ANSeS comunica de manera inmediata dicha baja al Instituto. Si el organismo previsional procede a dar de baja la afiliación, sin acudir al Poder Judicial su accionar se convierte en una vía de hecho administrativa (art. 9 de la Ley N° 19.549), que PAMI no debe seguir para consolidar una actuación ilegal que pone en peligro el derecho a la salud y a la vida de sus afiliados que pasan por esta particular situación.

V. El incumplimiento de las prestaciones de salud y sus consecuencias

Si bien sabemos que el número de afiliados que tiene el Instituto es un dato revelador sobre la dimensión de su estructura y presencia a lo largo y ancho de todo el país, no es menos cierto que se puede apreciar que se inician innumerables acciones de amparo en su contra, generalmente, por la falta de cobertura en tiempo y forma y, también en menor medida, porque ciertos tratamientos médicos o provisión de medicamentos, no son autorizados alegando que no se encuentran reconocidos en su programa integral de salud. Esto se puede apreciar en la indicación de ciertos tratamientos para determinadas dolencias o porque el medicamento no tiene cobertura por parte del Instituto^[285]. Esto trae como consecuencia directa que los afiliados inicien acciones de amparo conforme al procedimiento previsto en el art. 43 de la C.N. que se encuentra reglamentado por la Ley N° 16.986.

Hoy, tampoco se debe perder de vista que esta innecesaria litigiosidad, produce un evidente daño económico a las arcas del Instituto por la condena en costas que se genera, hecho que se agrava en la actualidad pues la nueva

ley de honorarios N° 27.423 contempla que por la tramitación de este tipo de acciones se deben regular 20 UMA a los letrados intervinientes que triunfan en el pleito^[286]. Esto no solamente se convierte en una acción que tramitará de manera expedita respecto al fondo, sino también, se hace evidente que el letrado de la parte actora obtendrá una regulación definitiva de honorarios que, rápidamente, podrá cobrar al Instituto por un monto de honorarios sumamente interesante.

VI. Conflictividad jurídica provocada por el Instituto

Sin perder de vista la relevante cantidad de amparos que se interponen en la materia, por cuestiones vinculadas a reclamos fundados en el incumplimiento de las prestaciones de salud a cargo de PAMI y que estas acciones conllevan sus respectivas regulaciones de honorarios a pagar por parte de la demandada condenada en costas, esto genera muchas veces, el respectivo procedimiento de “ejecución” de la sentencia.

Debemos poner de manifiesto, que a la hora de considerar ejecutables las sentencias contra el Instituto, no se puede soslayar lo dispuesto en el art. 2° de la Ley N° 19.032, modificada por la Ley N° 25.615 que establece expresamente, que son “intangibles” los recursos destinados al financiamiento del instituto puesto que las prestaciones que brinda a sus afiliados se consideran servicios de “interés público”.

El argumento de que los recursos del PAMI se consideran “intangibles” es posible que funcione correctamente con respecto a los terceros o proveedores de PAMI que se vinculan contractualmente, a los que podemos agregar, también, a los que afecta en sus derechos por su responsabilidad extracontractual^[287]. En este sentido, es necesario remarcar, que esta norma no debe interpretarse como una barrera para que sus propios afiliados reclamen judicialmente para la protección del daño que este les produjo al brindar de manera deficiente dicho “servicio de interés público”.

Esto no debe confundir a los operadores jurídicos respecto al alcance de la protección que brinda el marco normativo ya que no se trata de un “servicio público” donde existe una intensa regulación del Estado (régimen exorbitante) y un marco protectorio especial (art. 243 del Cód. Civil y Comercial). Debemos remarcar que los *servicios públicos* son aquellos que el Estado debe garantizar pero puede abstenerse de prestarlo con carácter

exclusivo o concurrente. En cambio, los denominados “servicios sociales” satisfacen derechos constitucionales y legales, mientras que los mentados servicios públicos hacen ciertos derechos “instrumentales” que requiere un determinado número de personas (transporte, electricidad, gas, etc.). Dicho análisis, en cuanto a sus diferencias, excede el objeto del presente artículo.

Además de esta particularidad, en el marco de los reclamos judiciales que se plantean respecto al Instituto, no debemos olvidarnos que durante ciertos períodos de emergencia económica tanto del Estado Nacional como de sus distintas entidades descentralizadas, incluido PAMI, se dictaron normas que permitieron la consolidación de pasivos del Instituto, montos que debían ser pagados mediante bonos de la deuda pública mediante el procedimiento de especial de pago establecido en el Decreto N° 486/02^[288], continuada mediante el dictado de la Ley N° 25.561 y lo establecido en la Ley N° 26.077, que en su art. 2° dispuso:

“Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2006 el estado de emergencia sanitaria nacional dispuesto por el Decreto N° 486 del 12 de marzo de 2002, sus disposiciones complementarias y modificatorias, a excepción de las previsiones referidas al Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE). Asimismo, la excepción comprende las trabas de las medidas cautelares ejecutivas contra los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, incluyendo al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, de causa o título posterior al 31 de diciembre del año 2005 que se originen en el año 2006, y las ejecuciones de sentencias firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada”.

Esto hace evidente que el Estado dispensó un régimen protectorio excepcional por la crisis generada en el sistema de salud que impidió el poder de agresión de los acreedores respecto al Instituto.

Ahora, esto no debe ser considerado como un *bill de indemnidad* para no cumplir con las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, dictadas en contra del Instituto que se hayan dictado con posterioridad al año 2006, que seguirán su curso como cualquier causa judicial en donde si no existe un cumplimiento espontaneo podrá acudir a la traba de medidas

cautelares como embargos de fondos a las instituciones crediticias de titularidad del Instituto^[289].

Actualmente mediante el dictado de la Ley N° 27.541 se dispuso nuevamente la declaración de emergencia sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2020. Dicha norma en su art. 82 establece

“Suspéndanse hasta el 31 de diciembre de 2020 las ejecuciones forzadas de los créditos que la Administración Federal de Ingresos Públicos posea contra los prestadores médico-asistenciales en internación, de diagnóstico y tratamiento, en ambos casos públicos o privados. A tales fines los sujetos que pretendan acogerse a estos beneficios deberán contar con el certificado de inscripción del Registro Nacional de Prestadores Sanatoriales que emite la Superintendencia de Servicios de Salud. Quedan comprendidos en el alcance de la presente norma los establecimientos geriátricos prestadores del Sistema Nacional del Seguro de Salud y del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”.

El art. 79 también hace referencia a la suspensión de las ejecuciones que tuvieran las entidades del Estado, que pertenezcan a la administración descentralizada en contra del Instituto. La normativa es clara en lo que hace a las acreencias que pudiera reclamar el organismo tributario nacional respecto a los prestadores del sistema de salud incluido PAMI.

En este orden de ideas, se advierte el dictado de normas que tienden a proteger el correcto funcionamiento del sistema de salud y de la suspensión de los procesos de ejecución que tuviera el Fisco Nacional en contra de los prestadores de salud ya que la mentada emergencia solo alcanza a este tipo de procesos judiciales iniciados por AFIP o una entidad descentralizada del Estado Nacional.

Reitero, se advierte que los procesos de ejecución en contra del Instituto tienen la particularidad que según se trate del proceso y la época en que fueron iniciados deberá tenerse en cuenta las sucesivas normas dictadas por el Estado Nacional en materia de emergencia pública.

Esto, obviamente, con la salvedad que tienen las acciones expeditas en materia de protección de los derechos esenciales de los afiliados al Instituto que deben seguir un derrotero distinto, al igual que los honorarios regulados

a los letrados que intervienen en las acciones de amparo interpuestas de conformidad a lo establecido en la Ley N° 16.986 y las normas que establecen la forma en que se ejecutan los honorarios judiciales (art. 54 de la Ley N° 27.423). Sobre el punto es sumamente interesante lo dispuesto por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, en el precedente “*Biocca, María Isabel*” que, para llevar adelante la ejecución de los honorarios, no se debió realizar intimación alguna al Instituto demandado, sino de manera concreta, ante el pedido del letrado ejecutante, ordenar el embargo de acuerdo a lo prescripto por el art. 502 del CPCCN, y luego de la traba del mismo, citar de venta a la ejecutada (art. 505, CPCCN) [\[290\]](#). Esto es sumamente relevante a la hora de considerar que el pago de los honorarios regulados judicialmente no requiere de intimación alguna a la demandada una vez que se encuentran firmes.

VII. Conclusiones

Respecto a las acciones iniciadas en contra del INSSJP podemos expresar que existe un paraguas protector del Estado, que se materializó en distintos momentos que la realidad económica del país entró en una profunda crisis, esto claramente, provocó directamente la suspensión de aquellas acciones judiciales en que el Instituto resulta un sujeto deudor de tributos o por el incumplimiento de ciertos contratos.

Ahora bien, esto no debe hacernos caer en el error de pensar que dicha protección alcanza a las acciones judiciales en donde los propios afiliados del Instituto reclaman el cumplimiento de las prestaciones que por ley tiene a su cargo, incluidos los honorarios de los letrados intervinientes en el proceso –de evidente naturaleza alimentaria–, esto no puede ni debe ser considerado como incluidos en los distintos regímenes normativos que suspenden ejecuciones en contra del instituto.

Considero que la interpretación a realizar sobre las normas que disponen sustraer el poder de agresión de los acreedores sobre el Instituto debe ser realizado de manera “restrictiva”, sin perder de vista que su patrimonio, como prenda común de los acreedores, se conforma prioritariamente por los aportes de sus afiliados, hecho que lo coloca por fuera de la estructura de la administración pública y ajeno al procedimiento de cobro de las acreencias

prevista para este último, establecido por imperativo constitucional en la Ley N° 11.672 (t.o. 2014).

* *— Presidente AMFJN*

* *— Director.*

** *— Directora.*

*** *— Comisión de Revista y Biblioteca.*

* *— Secretaria Civil y Comercial del Juzgado Federal de Primera Instancia de La Rioja; Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Rioja (2006); Diplomada en Magistratura Judicial (2014).*

[1] *Art. 2° de la Ley N° 26.689 expresa: “A los efectos de la presente ley se consideran EPF a aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil (1 en 2000) personas, referida a la situación epidemiológica nacional”.* Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/185077/norma.htm>

[2] La Federación Española de enfermedades Raras informó que 30 millones de europeos, 25 millones de norteamericanos y 42 millones de iberoamericanos se ven afectados por alguna de ellas. Consultado en [<https://enfermedades-raras.org/index.php/enfermedades-raras/preguntas-frecuentes>

[3] “Portal sobre Enfermedades Raras y Medicamentos Huérfanos” disponible en [<https://www.orpha.net/consor4.01/www/cgi-bin/?lng=ES>].

[4] Art. 3° Ley de EPoF señala “En el marco de la asistencia integral establecida para las personas con EPF; la autoridad de aplicación debe promover los siguientes objetivos: (...) d) Elaborar un listado de EPF, de acuerdo a la prevalencia de dichas enfermedades en nuestro país, el cual será ratificado o modificado una vez al año por la autoridad de aplicación de la presente ley”. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/185077/norma.htm>].

[5] El Anexo I del Decreto Reglamentario 974/15 preveía la creación de tal registro en el plazo de 30 días desde su publicación: “*El Consejo Consultivo Honorario elaborará un listado de EPF, dentro de los TREINTA (30) días de publicada la presente reglamentación en el Boletín Oficial, a partir de información epidemiológica producida por los centros de referencia*”. Disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/246953/norma.htm>]

[6] Se estima que cerca del 35 % de las personas que padecer enfermedades poco frecuentes mueren antes del primer año de vida, un 10 % lo hace dentro de los primeros 5 años y el 12 % entre los 5 y los 15 años de vida.

[7] La obtención de un diagnóstico concreto que determine la existencia de una EPoF es el problema principal que aqueja a quienes las padecen y su grupo familiar, estimándose que el tiempo promedio de diagnóstico es de 4 años desde la primera consulta, pudiendo incluso trascurrir hasta 10 años en algunos casos sin lograrse un diagnóstico preciso.

[8] FADEPOF es conformada actualmente por 82 organizaciones específicas entre las que podemos nombrar “11Q Latinoamérica” referida al Síndrome de Jacobsen, “AEH argentina” que trata acerca del Angioedema Hereditario, “FIPAN” (Asociación Argentina de Lucha contra la Enfermedad Fibroquística del Páncreas), AAH, ALA, ANHA, ACONAR, entre otras. Consultado en [<https://fadepof.org.ar/miembros.php>].

[9] Puede conocerse más al respecto, consultando el link <https://www.rarediseaseday.org/>.

[10] El Consejo Consultivo Honorario es el Organismo especializado previsto por el inc. b) del art. 3 de la Ley N° 26.689 y creado por el Decreto 974/2015 de fecha 11 de Mayo de 2015 que debe conformarse por referentes en el abordaje y tratamiento de las Enfermedades poco frecuentes y se compone también por representantes de las organizaciones de la sociedad civil, de entidades académicas y representantes de las instituciones públicas de salud, quienes con carácter “ad honorem” formularan propuestas no vinculantes en torno a la ley de EPoF. Mediante Resolución N° 271/2019 dictada por la ex Secretaría de Gobierno de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, se aprobó la conformación del “Consejo Consultivo Honorario” dentro de la esfera de la Dirección Nacional de Maternidad, Infancia y Adolescencia (art. 1°). Consultado en [<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/240777/20210212>]. Si bien la parte final del anteriormente citado artículo prevé que el Consejo Consultivo Honorario será citado trimestralmente para elevar propuestas e informes del estado de desarrollo del Programa que se crea por el art. 3° del mismo Decreto, desde su creación sesionó muy pocas veces, lo que repercute negativamente en el cumplimiento de los fines

establecidos por la ley de EPoF. Asimismo, en su conformación cuenta con representación dispar de los distintos sectores que deben integrarlo y no incluye a representantes de todas las provincias que adhieren a la ley.

[11] Ver referencia al respecto en página 3 del presente artículo.

[12] Para conocer en concreto los objetivos fijados en el artículo descripto, se podrá acceder a la norma consultando en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/185077/norma.htm>].

[13] Ver [<https://sisa.msal.gov.ar/sisa/#sisa>].

[14] “Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes” consultado en [<https://www.argentina.gob.ar/salud/pocofrecuentes/programa>].

[15] Más allá de la enumeración que realiza el art. 6° de la ley, el art. 7° amplía con la posibilidad de extender los alcances de la protección legal, señalando que “El Ministerio de Salud de la Nación debe promover acuerdos con las autoridades jurisdiccionales, para proveer atención integral de la salud a las personas con EPF, que no estén comprendidas en el artículo 6° de la presente ley, conforme lo establezca la reglamentación”.

[16] Según un lo informado por la FADEPOF, a Junio de 2020 existía un total de 123 expedientes administrativos en curso, por reclamos de pacientes críticos que no reciben cobertura de medicamentos ni de tratamiento por parte de INCLUIR SALUD para atender su EPOF.

[17] Provincias adheridas a la Ley N° 26.689: Buenos Aires – Ley N° 14.859; Catamarca – Ley N° 5.404; Chubut – Ley I N° 478; CABA – Ley N° 4.307; Córdoba – Ley N° 10.388/16; Corrientes – Ley N° 6.119; Entre Ríos – Ley N° 10.291; La Pampa – Ley N° 2.800; La Rioja – Ley N° 9.106; Misiones – Ley N° XVII-95; Neuquén – Ley N° 3.122; Río Negro – Ley N° 5.066; Santa Cruz – Ley N° 3.238; Santa Fe – Ley N° 13.892; Salta – Ley N° 7.965; Tucumán – Ley N° 8.533 y Tierra del Fuego – Ley N° 1.058.

[18] La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “El sistema mediante el cual la República Argentina procura satisfacer el derecho a la salud de sus habitantes está organizado sobre la base de un esquema de seguridad social (obras sociales), otro de asistencia social (prestaciones en dinero y especie directamente otorgadas por el gobierno) y un tercer esquema de seguros privados contratados entre empresas de medicina privada y particulares” (Disidencia parcial de la jueza Argibay) (fallo 329:1638). En igual sentido expresó que “Resulta evidente la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”. (fallo 323:3229).

Podemos referir también al precedente en el cual el Alto Tribunal señaló que “El derecho a la preservación de la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, la autoridad

pública tiene la obligación impostergable 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” (fallo 324:754).

[19] Decreto Poder Ejecutivo Nacional N° 974/2015 – 11/05/15 consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/246953/norma.htm>].

[20] Vale destacar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos «*Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo*» - de fecha 16/05/2006 y el precedente del Alto Tribunal del día 29/04/2014 emitido en autos “*Diuch Dusan Federico c/ CEMIC S/Amparo*”.

[21] Res. SCI N° 202/2020 – Consultada en [<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/231517/20200701>].

[22] Podemos destacar entre los Tratados Internacionales que recetan el derecho a la salud a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica, 1969– art. 4°; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –1966– art. 6°, Declaración Universal de Derechos Humanos –1948– art. 3°; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –1965– art. 5° apartado e), inciso IV). También lo contemplan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –1948– arts. 1° y 11, la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer en su art. 11 párrafo 1° apartado f) y en art. 12, la Convención de los Derechos del Niño –1989– en el art. 24 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –1966– que define al derecho a la salud en los términos de la Organización Mundial de la Salud.

[23] Caso análogo: autos. “**G. V. M. M. c/ CS SALUD S.A. s/ incidente de apelación de medida cautelar**” emitido el 18 de diciembre de 2012 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

[24] Caso Análogo: Cámara Federal de Apelaciones de Paraná en autos: FPA 6633/2018/CAI - CSI "C. M. L Y B. H.M en nombre de su hija menor, V. A. B. el Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas si amparo ley 16.986".

* – *AMALLO Martín Gonzalo. Secretario en lo Civil Comercial Laboral y Contencioso Administrativo del Juzgado Federal de Necochea, desde 2006. Abogado (UNMDP), en 2000. Ingreso al PJN, en 1992.*

[25] El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), es una persona jurídica de derecho público no estatal, con individualidad financiera y administrativa y tiene como objeto otorgar —por sí o por terceros— a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y a su grupo familiar primario, las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Por Decreto 148/2009 del Ministerio de Salud (2/3/2009), se autorizó la contratación celebrada con el Instituto Nacional de Servicios

Sociales para Jubilados y Pensionados relacionada con la atención médica y social de los beneficiarios de pensiones no contributivas.

[26] Arg. Cfr. LANDRY Ezequiel, *“Articulación de la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Obras Sociales y la Ley de Empresas de Medicina Prepaga en asuntos relativos a la competencia federal u ordinaria”*, LLOnline AR/DOC/2677/2017. A su turno, y por exceder la temática que –puntualmente– nos ocupa, quedará pendiente la revisión de otros casos que es propicio abordar, en cuanto a la competencia asumida pretorianamente en diferentes latitudes –así como los casos en que se inhiben y declinan su competencia–, a partir del análisis de los complejos marcos normativos relativos: por un lado, a las Obras Sociales Provinciales (OSPr) –respecto de sus afiliados naturales– y las Cajas Profesionales Provinciales (CPPr); y, por otro, a las Empresas de Medicina Prepaga (EMP) –*Leyes N° 24.240, arts. 53 y 65, 24.754 y 26.681*–; en sendos casos no adheridas al Régimen Nacional de Obras Sociales –*Leyes N° 23.660 y 23.661*–, que serán objeto de un ulterior y profundo tratamiento, por sus particularidades y extensión.

[27] Arg. cfr. GOMEZ, Claudio Daniel; *Competencia Federal*, Ed. Mediterránea, 2003, pág. 256.

[28] Cfr. CFA de Córdoba, Sala A, 20/12/2019, *“B., M. D. y otro c/ APROSS s/ Leyes Especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)”*.

[29] Cfr. JF1 Venado Tuerto, 3/10/2019, *in re “KINSELLA, María José c/ Programa Federal INCLUIR SALUD s/ Amparo Ley”* –FRO 38165/2019–, y, 18/9/2020, *in re “ZIKER FULCHERI, Kevin Ricardo c/ Programa INCLUIR SALUD Ex PROFE s/ Amparo contra actos de particulares”* –FRO 21001/2020–.

[30] La Excma. CNCC Fed, Sala I, 18/3/2003, *in re “BÁEZ Carlos Alberto c/ Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Amparo”* –Expte. N° 11.553/2002–, ha dicho: *“...Vale recordar, en tal sentido, que las disposiciones que consagran la jurisdicción federal, que por su naturaleza es limitada y de excepción, se deben interpretar restrictivamente, descartando su aplicación analógica a situaciones que no sean expresamente contempladas en cada caso (Conf. CSJN, Fallos: 283:429 y 301:511, entre otros) ...”*.

[31] CFA Mar del Plata, *in re “WORLD SPORT S.A. c/ACERO TRANSPORTES SRL s/Daños y Perjuicios”* –Expte. N° 9498–: *“...La jurisdicción para conocer en causas civiles y criminales corresponde, en general, a la justicia ordinaria y sólo excepcionalmente en los casos determinados en forma expresa por la Constitución Nacional, la ley de procedimiento o leyes especiales, compete al fuero federal, debiendo en consecuencia interpretarse restrictivamente la procedencia de dicha jurisdicción (CSJN Fallos 157:378) ...”*, Interlocutoria 29/II/2008 –Registro: 13.808–.

[32] Cfr. JF Rawson, 11/4/2016, *in re “BALIANI, Víctor Hugo c/Incluir Salud y Otro s/Amparo contra actos de particulares”* –FCR 2346/2016–.

[33] HARO Ricardo, *Competencia Federal*, Ed. Depalma, 1989, págs. 87/88.

[34] Arg. cfr. CFAMDP, *in re* “COTTA, Ramosino Roberto *c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios*” –Expte.7283, *Sentencia del 21/2/2005 reg. N° 10.637, JFCC N° 2, Sec. 1, Mar del Plata*–.

[35] Arg. cfr. JF 1 San Martín, 19/2/2016, *in re* “BARROS, Marcela Alejandra –en representación de su hija G.A.– *c/ IOMA s/ Prestaciones Médicas – Amparo*” –FSM 78145/2015, Sec. N° 3–.

[36] Arg. Cfr. CSJN, 21/3/2000, LL 2000-D-215; Dictamen PGN, 11/6/2021, *in re* “SERRANO, Seferina Aida. *c/ Ministerio de Salud de la Pcia. de Buenos Aires - Incluir Salud UGP Buenos Aires s/ Amparo*” –CSJ 798/2021/CS1–; Dictamen PGN, 26/4/2019 “Agencia Nacional de Discapacidad *s/ Amparo Ley 16.986*” –CSJ 730/2019/CS1–; JF2 Rosario, 20/5/2021, *in re* “POMERANTZ, Marcela E y otro *c/ INCLUIR SALUD y otros s/Amparo Ley 16.986*” –FRO 8358/2021–; CNACAF, 28/9/2010, *in re* “MAIDANA Leónida *c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ Sumarísimo*” –Causa 5.143/2010, J: 1, S. 2–; *entre otras*).

[37] Cfr. CSJN, 6/10/2015, *in re* “FIORDA, Norberto Gustavo *c/ GALENO S.A. s/ Amparo Ley 16.986*” –CSJ 3384/2015/CS1–; CSJN, 30/8/2016, *in re* “PINO, Evangelina Magalí *c/ ACA Salud s/ Amparo Ley 16.986*” –CSJ 602/2016/CS1–; CSJN, 27/12/2016, *in re* “SALVATIERRA Mario Osvaldo *e/ Ministerio de Salud (Programa Incluir Salud) s/ Acción de Amparo*” –Competencia CSJ 1277/2016/CS1–; CSJN, 11/9/2018, *in re* “B., E.N. *c/ Estado Nacional' Presidencia de la Nación' Agencia de Discapacidad s/ Amparo de Salud*” –CSJ 1128/2018/CS1, Dictamen PGN 12/7/2018–; CSJN, 23/4/2019, *in re* “P., M. L. y otro/a *c/ Agencia Nacional de Discapacidad y otros s/Amparo*” –Comp. CSJ 276/2019/CS1, DICTAMEN PGN 11/3/2019–; CSJN, 11/6/2019, *in re* “B. C., V.E. *c/ Agencia Nacional de Discapacidad s/ Acción de Amparo*” –CSJ 859/2019/CS1–; CSJN, 22/10/2019, *in re* “BARRIONUEVO, Gladys Isabel *c/ Agencia Nacional de Discapacidad/Ministerio de Salud – Programa Federal Incluir Salud s/ Amparo*” –Competencia CSJ 1851/2019/CS1. Dictamen DGAN 4/10/2019–; JF2 Rosario 2, 2021/5/2020, *in re* “POMERANTZ, Marcela E y otro *c/ INCLUIR SALUD y otros s/Amparo Ley 16.986*” –FRO 8358/2021–.

[38] Cfr. JF 2 Azul, 2/11/2016, *in re* “GARMENDIA, Teresa Isabel *c/ Programa Federal INCLUIR SALUD s/Amparo Ley 16.986*” –FMP 21823/2016–.

[39] Arg. Cfr. CSJN, 21/3/2000, LL 2000-D-215; Dictamen PGN, 11/6/2021, *in re* “SERRANO, Seferina Aida. *c/ Ministerio de Salud de la Pcia. de Buenos Aires - Incluir Salud UGP Buenos Aires s/ Amparo*” –CSJ 798/2021/CS1–; Dictamen PGN, 26/4/2019 “Agencia Nacional de Discapacidad *s/ Amparo Ley 16.986*” –CSJ 730/2019/CS1–. JF2 Rosario 2, 20/5/2021, *in re* “POMERANTZ, Marcela E y otro *c/ INCLUIR SALUD y otros s/Amparo Ley 16.986*” –FRO 8358/2021–.

[40] Cfr. CSJN, 2/6/2015, *in re* “Defensoría Pública Oficial *c/ Provincia de Córdoba y otro s/Amparo Ley 16.986*” (FCB 17844/2014/CS1), *adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal*.

[41] Cfr. CSJN, 30/9/2008, I. 248. XLI. “*Recurso de hecho deducido por Eduardo Infantes y Eva Alicia Osorio en representación de su hija menor C. F. I. en la causa I., C. F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo*”, con cita de causas S.730. XL. “*SÁNCHEZ, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de Amparo*”, sentencia 20/12/2005, Fallos: 328:4640; R.638. XL. “*REYNOSO, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ Amparo*”, sentencia 16/5/2006, Fallos: 329:1638 y F.838.XLI. “*FLOREANCIG, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ Amparo*”, sentencia 11/7/2006.

[42] Cfr. BIELSA Rafael, “*Facultades de las Provincias para organizar los servicios públicos locales*”. La Ley. T. 123, 431.

[43] Cfr. JF Rawson, 11/4/2016, *in re “BALIANI, Víctor Hugo c/Incluir Salud y Otro s/Amparo contra actos de particulares” –FCR 2346/2016–*. “...Ergo, y conforme se ha señalado en criterio jurisprudencial que compartimos: “...este fuero federal de excepción resulta incompetente para intervenir en estos actuados, atento que “Incluir Salud” (ex PROFE), no es ni una obra social en los términos de la Ley 23.661, ni ninguno de los otros agentes del sistema del seguro de salud enumerados en la Ley 23.660, ni tampoco un organismo estatal dotado de personalidad jurídica””.

[44] Consultado en [<http://www.sssalud.gov.ar>].

[45] Arg. Cfr. JF Necochea, 16/2/2011, *in re “MARABOTTO, Juan Carlos c/Programa Federal de Salud (PROFE) s/Amparo”, Expte. N° 8159 (hoy FMP 71008159)* del registro de la Secretaría en lo Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo, registrada al T° XXXIX F° 7752/7758 N° 3522 del Libro de Interlocutorios.

[46] El PROFE está compuesto por una compleja red que se extiende a todas las jurisdicciones provinciales. Abarca todos los niveles y especialidades de la atención de la salud y algunos servicios sociales específicos, a través de efectores públicos, privados y de la seguridad social, según la oferta regional.

[47] En cuanto a su financiación, mientras que las pensiones contributivas se nutren de los fondos del Sistema de Seguridad Social, las pensiones no contributivas se financian con cargo a los Presupuestos Generales del Estado mediante transferencias de crédito al de la Seguridad Social. En el PROFE, como en otros programas, los servicios no son pagados por los usuarios en forma directa, sino que es el Estado Nacional, el que actúa como financiador, oficiando así de intermediario entre la población que a través de los impuestos constituye las rentas generales y la población o la parte de ella que utiliza los servicios contratados por el PROFE. Funcionando, por lo tanto, como un mecanismo articulador de diferentes sectores, los afiliados, los prestadores y las autoridades provinciales y nacionales.

[48] El objetivo del Programa Federal de Salud importa que a través de la Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Salud (DNASS), la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS) financia el 100% del costo de las prestaciones de Alto Costo y Baja

Incidencia (PACBI), que incluye los medicamentos, insumos y productos de tecnología médica que requiere la atención de los beneficiarios del programa para lograr un acceso efectivo a los servicios de salud, todo ello sin perjuicio de la financiación otorgada por cada una de las jurisdicciones provinciales a través de las [Unidades de Gestión Provincial \(UGP\)](#), incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

[49]

Al respecto, cabe recordar lo sostenido por la Excma. CSJN (*Fallos 330:4160*) en cuanto a que “resulta evidente la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios” CSJN, 8/9/2007, in re “*PASSERO de BARRIERA, Graciela Noemí c/ESTADO NACIONAL*” (*Fallos 330:4160*), con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal.

[50]

Conforme al art.3 de la *Resolución ANDIS 453/2018*: “... asistirá en forma subsidiaria de la red pública y hasta el límite del presupuesto vigente El PROGRAMA FEDERAL DE SALUD “INCLUIR SALUD”, la asistencia médica a los beneficiarios de pensiones no contributivas, a través de los gobiernos de las jurisdicciones donde éstos residen. A tal efecto, la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD transferirá a las jurisdicciones provinciales y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, recursos materiales y financieros para la atención médica de los beneficiarios al citado Programa”.

[51]

Arg. Cfr. JF 4 Mar del Plata, 24/10/2014, in re “*SERRITELA, Norma Raquel c/INCLUIR SALUD y otro s/Ley de Discapacidad*” –FMP 22250/2014–; 23/4/2014, in re “*BODAS, Mirta Gladys c/ Programa Federal INCLUIR SALUD s/Ley de Discapacidad*” –5799/2014–;27/10/2015, in re “*AVILA, Carlota A c/Programa Federal INCLUIR SALUD s/Ley de Discapacidad*” –FMP 24863/2015–.

[52]

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el gobierno provincial designó, a partir del 1° de julio de 2010, a la “Unidad de Gestión PROFE-BUENOS AIRES”, con domicilio en calle 51 N° 1120 de la ciudad de La Plata, para la atención medico integral de los beneficiarios PROFE domiciliados en dicha jurisdicción; asimismo, existen Delegaciones distribuidas en sus distintas ciudades. Todas ellas dependieron exclusivamente tanto del Ministerio de salud de Buenos Aires como del Instituto de Obra Medico Asistencial (según los distintos cambios instrumentados al respecto), hallándose por tanto obligada dicha dependencia a responder los requerimientos que al efecto efectuaren las autoridades.

[53]

En tal sentido, se destaca que los prestadores del Programa son los efectores públicos (hospitales y centros de salud de la provincia), los cuales son los encargados de la atención de los beneficiarios, y las Unidades de Gestión Provincial o Unidades Ejecutoras, son las encargadas de la gestión y resolución de los procedimientos administrativos para dicha atención, aclarando que las mismas no dependen de Nación.

[54]

Así pues, la Superintendencia de Servicios de Salud (en su carácter de Organismo descentralizado del Ministerio –art. 2° del Decreto 1615/96–), no está facultada para fiscalizar –por ejemplo– al IOMA de la Provincia de Buenos Aires, por hallarse esta obra

social fuera del referido sistema nacional de obras sociales, por tratarse de una entidad de derecho público estatal médico asistencial de orden provincial que no integra el Sistema Nacional de Obras Sociales y que depende solamente de su jurisdicción local.

[55] Cfr. CSJ 1128/2018/CSI, *in re "B., E.N. c/Estado Nacional' Presidencia de la Nación' Agencia de Discapacidad s/Amparo de salud"*, Dictamen 12/7/2018).

[56] Cfr. JF2 Rosario 2, 20/5/2020, *in re "POMERANTZ, Marcela E y otro c/INCLUIR SALUD y otros s/Amparo Ley 16.986"* –FRO 8358/2021–; CSJN Comp. CSJ 1128/2018/CSI, *in re "B., E.N. c/Estado Nacional Presidencia de la Nación – Agencia de Discapacidad s/Amparo de Salud"*, 11/9/2018 –Dictamen 12/7/2018–; CSJ 276/2019 CSI, *"P.M.L y otro c/Agencia Nacional de Discapacidad y otros s/Amparo"*.

[57] Arg. Cfr. CSJ 1128/2018/CSI, *in re "B.,E.N. c/Estado Nacional' Presidencia de la Nación' Agencia de Discapacidad s/Amparo de salud"*, mencionado en el Dictamen de 12/7/2018, al relatarse lo afirmado por el a quo en primera instancia: "...De tal forma, el Ministerio de Salud de la Nación no sería parte sustancial en el juicio, con arreglo a una postura que no mereció crítica de la amparista y que resulta convalidada por el artículo 7° del decreto 160/2018..."; FLP 25221/2020 "FERNANDEZ, Norma Beatriz (representación de DIAZ Renzo Joel E c/ Programa Federal INCLUIR SALUD y otro s/Amparo Ley 16.986", del 23/12/2020, en el que se dice que: "...Sentado ello, se desprende que en la presente causa el Ministerio de Salud de la Nación no es parte sustancial, pues se solicita la implementación de una prestación concreta en favor de un afiliado, aspecto que es asumido por la jurisdicción local, dado que en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, tal como sostiene la actora, existe la Unidad de Gestión Provincial, perteneciente al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, que es la encargada de coordinar todas las acciones de Incluir Salud (ex PROFE) en la Provincia de Buenos Aires. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la sola circunstancia de que se encuentre demandado el Estado Nacional no determina la competencia federal, si no es parte sustancial del pleito, es decir si no tiene un interés directo (Fallos: 330:1918; 329:4851; 327:5997; 326:1530; 326:4019 entre muchos otros) ...".

[57] Cfr. JF Rawson, 11/4/2016, *in re "BALIANI, Víctor Hugo c/Incluir Salud y Otro s/Amparo contra actos de particulares"* –FCR 2346/2016–. "...En el contexto descripto, siendo que como se expusiera supra, la demandada reclama que se le garantice la provisión de la medicación necesaria para tratar su patología, no cabe duda que la pretensión de autos se vincula con la gestión y ejecución del programa y no con aspectos relacionados al financiamiento del mismo, por lo tanto, el sujeto pasivo de la relación es la Provincia de Chubut y no el Estado Nacional, razón por la cual el caso resulta ser de competencia de la Justicia Provincial".

[58] Cfr. CFA Mar del Plata, 19/12/2014, *in re "SERRITELA, Norma Raquel c/INCLUIR SALUD y otro s/Ley de Discapacidad"* –FMP 22250/2014, N° 13083 del tribunal–; JF 4 Mar del Plata, 10/9/2020, *in re "ALTAMIRANO, Eduardo Ariel y otro c/INCLUIR SALUD s/Amparo Ley 16.986"* –FMP 7769/2020–.

[59]

De modo tal que, el ordenamiento jurídico positivo local ha diseñado precisas vías de tutela para controvertir esa clase de acto administrativo dictado por un órgano inferior del ente autárquico provincial, a saber: a) el recurso potestativo de revocatoria ante el emisor del acto, con jerárquico en subsidio, o recurso jerárquico directo para ante el directorio del IOMA (*arts. 86 a 92 y cctes., Decreto Ley N° 7.647/70*); b) la solicitud de suspensión del acto impugnado en el marco de la vía recursiva sea revocatoria o jerárquica antes señalada (*art. 98, Decreto Ley N° 7.647/70*); c) ante la decisión o el silencio del directorio del IOMA, el recurso de apelación potestativo en los términos de los *arts. 10 Ley Provincial N° 6.982 –y su Dto. Regl. 7.881/84– y 94 Decreto Ley N° 7.647/70*; d) emitido ese acto del directorio (o generado el silencio) o bien, de haber recurrido contra ello, dictado el acto expreso (o producido el ficto) del Poder Ejecutivo en vía de apelación, la impugnación judicial por medio de la pretensión anulatoria juntamente con la de reconocimiento o restablecimiento de la situación subjetiva invocada (*arts. 1, 12 incs. 1 y 2 y cctes., CCA*), en su caso, acompañada o precedida de una medida cautelar (*arts. 22 y 23, CCA*); e) directamente contra una disposición denegatoria o bien contra el acto confirmatorio (o el silencio) en vía recursiva, y de entenderse que media arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas en dicho obrar administrativo, la acción de amparo y en su cauce una medida cautelar (*arts. 1, 9 y cctes., Ley Provincial N° 13.928 con sus reformas*).

[60]

CFA Mar del Plata, 23/6/2016, *in re “POLUJAN, Viviana A. y otro c/Instituto de Obra Medico Asistencial (IOMA) s/Prestaciones Médicas” –FMP 14259/2015, JFCC N° 4 de Mar del Plata, Secretaría N° 3–*, en el que –luego de hacer lugar a la apelación promovida por el Estado Nacional Argentino - Ministerio de Salud de la Nación, y, revocar el fallo apelado en tanto lo condena subsidiariamente–.

[61]

Cfr. Dictamen del 18/5/2012, *in re “SCARONE Roxana Mabel y VALDEZ Claudio Abel c/IOMA s/Amparo” –S.C. Comp. W 261, L. XLVIII–*, sentenciado el 26/7/2012.

[62]

Arg. Cfr. CSJ 1128/2018/CSI, "B., E.N. c/Estado Nacional' Presidencia de la Nación' Agencia de Discapacidad s/Amparo de salud", relatado en el Dictamen de 12/7/2018, al referirse al pronunciamiento del *a quo* en primera instancia.

[63]

Cfr. JF 2 Azul, 2/11/2016, *in re “GARMENDIA, Teresa Isabel c/Programa Federal INCLUIR SALUD s/Amparo Ley 16.986” –FMP 21823/2016–*. Asimismo, en el Dictamen 23/4/2013, S.C.Comp.782; L.XLVIII, “IBARRA GONZALEZ Antonia Catalina c/PROFE s/Amparo”, al que adhiere la Excma. CSJN en 19/11/2013, se dijo que: “...Por su parte, el Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, también declinó su competencia para entender en las presentes actuaciones y dispuso la devolución del expediente al juzgado que previno. Señaló, en lo que aquí interesa, que no surge de autos ni que LO.M.A. se encuentre inscripta como agente de seguro de salud en la página de internet del Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Nación, ni acción u omisión por parte de la autoridad pública nacional respecto de la pretensión de autos que justifique la jurisdicción del fuero de excepción, por lo que entendió que no correspondía su intervención, ni en razón de la materia, ni de la persona...”).

[64] v. Asimismo S. C. 1. W 100, L. XXXIX, "*IARUSSI, Hugo Alberto y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo*" del 2/12/2003; L. W 253, L. XLII, "*LUZURIAGA, Lisandro Marcelo c/Tierra del Fuego, Provincia de s/Amparo*" del 20/6/2006; y Fallos: 329:2911.

[65] Cfr. Dictamen del 18/5/2012, *in re* "SCARONE Roxana Mabel y VALDEZ Claudio Abel c/IOMA s/Amparo" –S.C. Comp. W 261, L. XLVIII–, sentenciado el 26/7/2012.

[66] Arg. Cfr. Excma. CSJN, 17/2/2004, Competencia N° 2094. XXXIX., *in re* "P., B. N. c/ Instituto de Obra Médico Asistencial y otro s/ Amparo" –Dictamen del 7/1/2004 PGN–; CSJN. en Fallos: 324:3846 y en las sentencias dictadas *in re* "PAULINI, Héctor Daniel y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Amparo", 12/12/2002 –P.952 XXXVIII–; *in re* "IARUSSI, Hugo Alberto y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo", 12/8/2003 –I.100 XXXIX–; e *in re* "MAYEREAUX, Abel Agustín c/ Buenos Aires, Provincia de y otra (I.O.M.A.) s/ Acción de Amparo", 18/12/2003 –M.2397 XXXIX–, precedentes en los que el Alto Tribunal declaró su incompetencia; Excma. CFA La Plata, Sala 3°, Civil, 17/7/2003, *in re* "G., M. L. c/ I.O.M.A. s/Amparo" –Expte.5162/2003–, Reg. S III, T° 54 F° 23/24; Excma. CNACCF, Sala I, 28/9/2010, *in re* "MAIDANA Leónida c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ Sumarísimo" –Expte. N° 5.143/2010–.

[67] Cfr. Fallos: 339:1831, "*SALVATIERRA, Mario Osvaldo c/Ministerio de Salud (PROGRAMA INCLUIR SALUD) s/Acción de Amparo*" –CSJ 1277/2016/CSI–, 27/12/2016, Dictamen 12/10/2016; 340:628, "*B, R.V. c/Programa Incluir Salud s/ Amparo Ley 16.986*" –Competencia FBB 13543/2016/1/CS1–, 9/5/2017, Dictamen 24/2/2017; y 342:692, "*P., M.L.*", entre muchos.

[68] Arg. Cfr. Dict. PGN, 11/6/2021, "*SERRANO, Seferina Aida. c/ Ministerio de Salud de la Pcia. de Buenos Aires – Incluir Salud UGP Buenos Aires s/ Amparo*" –CSJ 798/2021/CS1–; Dict. PGN, 26/4/2019, "*Agencia Nacional de Discapacidad s/ Amparo Ley 16.986*" –CSJ 730/2019/CS1–; CSJ 59/2020/CS1, "*F.C., L. c/Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires – PROFE s/ Incidente de Competencia*", 6/8/2020; FLP 25221/2020, "*FERNANDEZ, Norma Beatriz (representación de DIAZ Renzo Joel E c/Programa Federal INCLUIR SALUD y otro s/Amparo Ley 16.986*", 23/12/2020; FMP 30541/2019/1/CS1, "*DECIVO, Sonia Verónica c/Programa Incluir Salud y otro s/Incidente*", 4/3/2021, entre otros.

[69] En igual sentido: CSJ 1333/2018/CS1, "*P, A I c/Programa Federal Incluir Salud s/Amparo Ley 16.986*", 11/10/2018, y Dictamen 9/8/2018; Comp. CSJ 276/2019/CS1, "*P., M. L. y otro/a c/Agencia Nacional de Discapacidad y otros s/ Amparo*", 23/4/2019; y Comp. CSJ 859/2019/CS1, "*B. C., V. E. c/Agencia Nacional de Discapacidad s/Acción de Amparo*", 11/6/2019; Competencia CSJ 1104/2019/CS1 "*A.A., H.C. y otro c/Agencia Nacional de Discapacidad y otro s/Amparo de Salud*" y Competencia CSJ 1354/2019/CS1 "*S., E. y otro c/Agencia Nacional de Discapacidad s/Prestaciones Médicas*", 13/8/2019; Competencia CSJ 1851/2019/CS1 "*BARRIONUEVO, Gladys Isabel c/Agencia Nacional de Discapacidad/Ministerio de Salud – Programa Federal Incluir Salud s/Amparo*",

22/10/2019; Competencia CSJ 2780/2019/CS1, “S., N. G. c/ Programa Federal Incluir Salud – Ministerio de Salud – s/ Amparo”, 13/6/2020; entre varios más.

[70] En las causas: Competencia CSJ 25/2012 (48-C)/CS1 “GONZÁLEZ, Fabiana c/ Profe Salud s/ Amparo”, 26/6/2012 –Dictamen 28/3/2012, S.C. Comp. 25, L. XLVIII–; Competencia CSJ 000677/2012(48-C) “FERNÁNDEZ, Damiana c/ PROFE SALUD y otro/a s/Amparo”, 21/5/2013; Competencia CSJ53/2013 (49-C)/CS1 “GONZÁLEZ Raúl c/Programa Incluir Salud (Profe) – Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”, 8/10/2013; Competencia CSJ 576/2013 (49- M)/CS1 “M., M. R. c/PROFE – Ministerio de Salud de Bs As s/Amparo”, 10/12/2013; FSM 49311/2014/CS1, “HOST, Enrique R. c/PROFE s/Prestaciones Médicas”, 17/3/2015; FCB 17844/2014/CS1 “DEFENSORÍA PÚBLICA OFICIAL c/CÓRDOBA, Provincia de y otro s/Amparo”, 2/6/2015; FMP 10027/2015/CS1 “PARASUCO, Raquel c/PROFE s/Amparo contra actos de particulares”, 2/3/2016; y CSJ 963/2016/CS1, “TITO, Margarita c/Ministerio de Salud - PROFE s/Acción de Amparo”, 13/9/2016; Comp. CSJ 1807/2017/CS1, Competencia CSJ 1807/2017/CSI, “SOLA Claudio Roberto Miguel c/INCLUIR SALUD (PROGRAMA FEDERAL) y otro s/Amparo”, 9/11/2017, Dictamen 12/10/2017; a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse también en razón de la brevedad.

[71] Arg. Cfr. JF 4 Mar del Plata, 24/10/2014, *in re* “SERRITELA, Norma Raquel c/ INCLUIR SALUD y otro s/Ley de Discapacidad” –FMP 22250/2014–; 23/4/2014, *in re* “BODAS, Mirta Gladys c/ Programa Federal INCLUIR SALUD s/Ley de Discapacidad” – 5799/2014–; 27/10/2015, *in re* “AVILA, Carlota A c/ Programa Federal INCLUIR SALUD s/Ley de Discapacidad” –FMP 24863/2015–.

[72] Arg. Cfr. CSJN, Fallos: 310:295; 313:548; 318:992; 323: 3859; 327: 1789; 328: 3700.

[73] Sin embargo, cabe preguntarse si ¿podría el afiliado iniciar alguna especie de acción “subrogatoria” en el caso de inacción del Estado provincial frente al incumplimiento de la Nación de su rol financiador? ¿En caso positivo, también sería competencia originaria?

[74] En efecto, el Instituto de Obra Medico Asistencial (IOMA), por lo dicho, no se encuentra incluido ni inscripto en el Régimen Nacional de Obras Sociales de la Ley N° 23.660, no es agente natural ni se ha adherido al Sistema Nacional del Seguro de Salud de la Ley N° 23.661 –véase el Registro de la Superintendencia de Servicios de Salud–, por lo cual no está incluida en el régimen de las Leyes N° 23.660 y 23.661, que regulan a las obras sociales adheridas al referido sistema.

* – Abogada (USAL), Secretaria del Juzgado Federal de Primera Instancia de Moreno, Posgrado en Derecho de la Salud: Herramientas para la gestión del sistema sanitario. Bioética y Bioderecho (UBA).

[75] Principios de Yogyakarta (2007). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Yogyakarta, Indonesia: Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos. Consultado en [<https://www.yogyakartaprinciples.org>].

[76] CARNOTA, Walter F., “El Derecho a la Salud en el Constitucionalismo Provincial Argentino” en *Revista Jurídica*. N° 15. Buenos Aires, UCES. 2011. Págs. 418-442.

[77] Ley N° 24.240 (1993). Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales.

[78] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Naciones Unidas. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>].

[79] Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica. (1969). Consultado en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf].

[80] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Naciones Unidas. Consultado en [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.asp>].

[81] Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989. Consultado en [<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>].

[82] Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Naciones Unidas. Consultado en [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>]

[83] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia. Consultado en [<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>].

[84] Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). París. Consultado en [https://amnistia.org.ar/declaracion-universal-de-los-derechoshumanos/?gclid=Cj0KCQjwkbuKBhDRARIsAALysV7Tp4S08AMMQO4d9ipz005nDUq1edU_wJoUInJFD4fg3Cv8jBWDInIaAgR8EALw_wcB].

[85] SAGÜES, Néstor. (Dir). ÁBALOS, María Gabriela. (Coord). FERREYRA, Raúl. “Derecho a la salud: Amparo. Visión jurisprudencial” en *Garantías y Procesos Constitucionales*, Cuyo. Ediciones Jurídicas De Cuyo. 2003. Pág. 467.

[86] MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Daño a la Salud” en *Rev. La Ley*, 1. Buenos Aires. Thomson Reuters. 2011. Págs. 29-53.

[87] CSJN. (2007). “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, consultado en [<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarSumariosFallo.html?idSumario=142246>

[88] CSJN (2002) Consultado en [<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?>

idDocumento=5166011].

[89]

CSJN (2004), "M. S., A. s/materia previsional" s/recurso de amparo", Fallos, 327:5210. Consultado en [<http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-principios-generales-procesos-familia>].

[90]

Ley N° 26.743. (2012). Derecho a la identidad de género de las personas. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>].

[91]

CSJN (2006). "Ministerio de Salud y/o Gobernación s/acción de amparo", Fallos 329:4741. Consultado en [<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html>].

[92]

Decreto 492/95 (1995). Programa Médico Obligatorio. Fusión de Obras Sociales. Reducción de Contribuciones Patronales. Trabajadores a tiempo parcial. Transformación y disolución de los Institutos de Servicios Sociales. Disposiciones Finales. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27540/norma.htm>].

[93]

Ley N° 23.798. (1990). Salud Pública. La lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/resaltaranexos/0-4999/199/norma.htm>].

[94]

Ley N° 25.673 (2002). Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79831/norma.htm>].

[95]

Ley N° 26.130. (2006). Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/119260/norma.htm>].

[96]

CSJN (2003). "Vazquez Ferra, Evelyn". Consultado en [<http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/0525fdf1-VAZQUEZ-FERRA-EVELYN--MUESTRA-DE-SANGRE.pdf>].

[97]

Ley N° 26.862. (2013). Reproducción médicamente asistida. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>].

[98]

Ley N° 26.150 de Educación Sexual Integral (2006).

[99]

Ley N° 14.783 (2015). Consultado en [<https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2015/14783/2606>].

* – David Andrés Chassagnade, Abogado (UNC), Defensor Público Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de Rawson, Provincia de Chubut; Especialista en Derecho Tributario (Fac. de Derecho de la UNC); Especialista en Derecho Penal (Fac. de Derecho y Cs. Ss. de la UNC); Ex docente de Derecho Procesal Civil y Derecho

Financiero de la carrera de Abogacía de la Fac. de Cs. Hs. de la Universidad Nacional de Río Cuarto y ex Docente de Teoría General del Proceso I y Derecho Tributario de la Universidad Empresarial Siglo XXI (Campus Río IV y webcampus).

[100] Fallos 323:3229: “CAMPODONICO de BEVIACQUA, Ana C. v. Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas”, rta. el 24/10/2000.

[101] En tales condiciones, estimo ajustado al caso de autos lo que el Procurador General Subrogante, si bien en el contexto de otros supuestos fácticos, expusiera en su dictamen de Fallos: 307:2174, en orden a que “el escollo que se deduce de la prescripción del artículo 2º, inciso “e”, de la ley 16.986, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho único, ya pasado –prosiguió–, ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias (...). Pensamos que en la especie la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada”.

[102] SAGÜES, Néstor Pedro *Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2009 Tomo 3, pág. 355: “En síntesis como sostiene Bidart Campos, por “toda persona” (según se lee en el párrafo inicial del art. 43) debe entenderse “como Toda persona afectada por el acto lesivo”, descartando la idea de una hipotética acción popular.”

[103] Ley N° 27.149 Art. 42: *Deberes y atribuciones*. Los Defensores Públicos Oficiales, en las instancias y fueros en los que actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo (...) p) Actuar mediante carta poder del patrocinado para presentaciones administrativas y judiciales en caso de imposibilidad de asistencia a la sede del tribunal.

[104] Cfme. SAGÜES, Ob. cit., pág. 351.

[105] Código Civil y Comercial Artículo 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: ... b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

[106] La resolución DGN 230/12, distingue la vulnerabilidad de la persona asistida en función de la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad, de conformidad a las definiciones que establecen las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, Reglas 3 y 4.

[107] Corte IDH, Furlan y familiares vs Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 134 disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

[108] Art. 59. A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

[109] SAGÜES, Néstor Pedro, ob. cit., pág. 358.

* *Abogada por la Universidad Católica Argentina. Secretaria del Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora.*

** *Abogado por la Universidad del Salvador. Secretario del Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora.*

[110] Fallos 323:3229; C 823 XXXV; 24-10-2000.

[111] Fallos 344:223.

[112] Fallos 334:551; 344:329; 343:1752; 342:2063; 340:1269.

[113] Fallos 336:2333.

[114] Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, in re: “M., R. M. J. y Otro c/ Galeno Argentina S.A. s/ Prestaciones Médicas”, y sus citas, del 9/10/2014.

[115] CNACCF, Sala II “S.J.S. c/ OSDE s/ Amparo de Salud”, I, sentencia del 14/06/2018.

[116] CFALP. FLP113141/2018/CA1 “S., M. y Otro c/ OSDE s/ prestaciones médicas”, sentencia del 17/07/2019.

[117] CSJN R.638.XL, “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”, del 16/05/2006).

[118] CFALP, Expte. N° 69903/2019 “V., E. M. c/ OSECAC s/ Amparo Ley 16.986”, resolución de fecha 22/10/2019.

[119] CFALP, Expte. N° 169903/2019, “V., E. M. c/ OSECAC s/ Amparo Ley 16.986”, resolución de fecha 22/10/2019; “S., M. y Otro c/ OSDE s/ Prestaciones Médicas”, Expte. N° 113141/2018, sentencia de primera instancia del 16/12/2019, confirmada por Sala II de la CFALP el 05/03/2020.

[120] Fallos: 334:1869.

[121] CFALP, Sala I, Expte. N° 120876/2018 “P., M.C. c/ OSUOMRA s/ Prestaciones Médicas”, pronunciamiento de fecha 9/02/2021.

[122] CFCC, Sala III, “M.A., T.I. c/ OSDE s/ Amparo de Salud”, de fecha 22/12/2020.

* *Este trabajo resulta una derivación del estudio iniciado con la tesina final de la especialización en derecho administrativo de la UNR: El caso del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI). Un supuesto para*

pensar a propósito de la reciente reducción porcentual de cobertura. (Disposición Conjunta 0005-17), inédito.

****** — *La Res.2379/20 del INSSJP del 30/12/2020, sustituyó la Resol. 379/2008 y sus modif. regulando la Atención Domiciliaria Integral (ADI) por el Modelo de Internación Domiciliaria Integral (IDI) con variantes, existiendo colateralmente abordajes por intermedio de los subsidios PADIF; el Instituto aprobó el Modelo de Atención Médica en Prestaciones Especiales, Medicina Física y Rehabilitación con su respectivo Menú Prestacional, que fuera modificado por la Resol. 1349/2017 por el Nuevo Modelo de Atención de Medicina Física y Rehabilitación e Internación Crónica vigente actualmente.*

******* — *Secretario Federal – Juzgado Federal de Junín (B), multifuero. Magister en derecho por la UP. Especialista en derecho administrativo por la UNR. Docente universitario. Coordinador de la Comisión de Proyectos Legislativos de la AMFJN.*

[123]

Expediente N° FLP 3579/2021, ‘R., A.R. c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) s/AMPARO LEY 16.986’”, del Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín;

Sala III, “Incidente de Apelación en autos: FLP 3579/2021/1/CA1.

[124]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que en la específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, resulta necesario evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de ‘afianzar la justicia’ enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (Fallos:302:1284).

[125]

Para un somero análisis ver: MORELLO, Augusto, y CAFFERATTA, Néstor, *La dimensión social del derecho a la salud*, publicación de Diario El Derecho del 11-8-05, pág. 1 y ss.; CARRANZA TORRES, Luis, *El derecho a la cobertura de la salud y su resguardo cautelar*; Foro de Córdoba, Año XIII, N° 77, septiembre del año 2002, pág. 176; CARRANZA TORRES, Luis, *Derecho a la salud y medidas cautelares*; Diario El Derecho, suplemento de Derecho Constitucional del año 2005, pág. 213, entre muchos otros.

[126]

Su estudio amerita un tratamiento minucioso que excede el presente trabajo; sobre el particular, entre tantos otros, ver: BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ed. Abaco; VIGO, Rodolfo, *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999; MORELLO, Augusto, *Perfil del juez al final de la centuria*, publicado en LA LEY 1998-C, 1246; FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002; SEGOVIA, Juan Fernando, *La independencia del poder judicial*, publicado en El Poder Judicial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989; BIELSA, Rafael, *Jueces, gobierno y política: el debate hoy*, La Ley, 1999-E, 1204; 46 BERIZONCE, Roberto, *El activismo de los jueces*, La Ley, 1990-E; PEYRANO, Jorge, *El perfil deseable del juez civil del siglo XXI*, LexisNexis, Jurisprudencia Argentina, 2001-IV; GELLI, María

Angélica, Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, La Ley, 2020-D, 704, AR/DOC/2045/202; DWORKING, Ronald, “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1984; Ed. Planeta Agostini, Bs. As. 1993, pág. 270 y ss.; ELY, John, “Democracy and Distrust. A theory of judicial review”, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1980.

[127]

Según el marco constitucional del derecho a la salud, la jurisprudencia de la Corte Suprema y el derecho internacional de los derechos humanos, existe consenso en que el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

[128]

En este sentido, valgan como ejemplos los art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con su Observación General n° 14 en materia de salud, a los que se suma el amplio abanico protectorio en materia de discapacidad y minoridad

[129]

Fallos: 302:1284; 310:112.

[130]

Fallos: 316:479, votos concurrentes, entre muchos otros.

[131]

La Corte Suprema ha destacado reiteradamente la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (v. doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros).

[132]

Resol. 2379/20-INSSJP del 30/12/2020, que regula la Atención Domiciliaria Integral (ADI) por el Modelo de Internación Domiciliaria Integral (IDI) con variantes, existiendo colateralmente abordajes por intermedio de los subsidios PADIF.

[133]

La cobertura se estructura en 4 módulos que incluyen la unidad básica médico/a enfermero/a con distintas frecuencias según complejidad y diferenciables según sus objetivos clínicos o de rehabilitación: módulos clínicos de menor y mayor complejidad; módulo específico para rehabilitación domiciliaria y modulo especializado en cuadros crónicos de mayor complejidad con requerimientos médicos domiciliarios. A su vez, los módulos incluyen la unidad básica médico/a-enfermero/a con distintas frecuencias según complejidad, combinables con submódulos según patología y parámetros definidos (kinesiología, enfermería, TO, etc.), otorgándose de lunes a domingo inclusive sin excepción, dependiendo los plazos de los objetivos clínicos definidos.

[134]

El modelo de Internación Domiciliaria Integral ha sustituido al aprobado por la Resolución N° 635/DE/2017 (ADI), mediante la DI-2021-90-INSSJP-GPM#INSSJP. A

modo ilustrativo de su contenido, el Módulo Clínico 1 (MC1): de baja complejidad para supervisión, control y seguimiento. Se indicará en personas que han recibido el alta de la internación hospitalaria y necesitan seguimiento médico para la continuidad de cuidados asistenciales en su domicilio, integrado por: enfermería: 1 a 2 sesiones por semana, supervisión médica 1 visita cada 2 semanas insumos Generales (Guantes, antiséptico tipo Yodo Povidona, Cinta hipoalergénica, etc.); Módulo Clínico 2 (MC2): de complejidad media para supervisión, control y seguimiento combinable con todos los submódulos. Se indica en casos de mayor complejidad asistencial que el módulo clínico 1, pero en quienes requieran seguimiento más frecuente por mayor inestabilidad y grado de complejidad (Por ejemplo: reagudización de enfermedad de base, infección intercurrente activa, persona oxígeno requirente, etc.), integrado por: Enfermería: entre 3 y 5 sesiones por semana, Supervisión médica: 1 visita semanal, e insumos generales similares a los incluidos en el módulo 1; Módulo Rehabilitación (MR); destinado a personas con ACV reciente (agudo/subagudo), postoperatorio con secuelas, fracturas o cirugías traumatológicas. puede combinar submódulos de Terapia Ocupacional y Fonoaudiología, submódulos de enfermería en caso de requerir más de 1 visita diaria e incluye los insumos de los restantes módulos; Módulo Patologías Crónicas Complejas (MPCC): de estructura similar al Módulo Clínico 2, está destinado a personas con requerimientos de cuidados asistenciales médicos complejos, en regular estado general, que padezcan alguna enfermedad crónica o no, con reagudizaciones, que requieran control estrecho de funciones básicas, de alimentación enteral o parenteral, en situación de dependencia total en AVD y requieran atención de potencial complicación (Ejemplos: personas con patologías crónicas avanzadas degenerativas o invalidantes, como esclerosis múltiple, cuadriparesia, PC Complejas, esclerosis lateral amiotrófica, ECNE, persona con requerimiento de oxigenoterapia continuo, traqueostomizados, alimentación enteral, sonda vesical, secuelas invalidantes motoras o respiratorias ,enfermedad osteoarticular degenerativa crónica invalidante; integrado por enfermería: 3 a 7 sesiones por semana, supervisión médica: entre 1 visita cada 2 semanas a 1 visita por semana e incluye los insumos generales.

[135]

La Rehabilitación en internación o institucional aborda a pacientes desde tres niveles: Módulo de Alta, Módulo de Mediana y Módulo de Baja con sus respectivos submódulos. Submódulos de escaras, oxigenoterapia, b-pap/vni, traqueostomía, alimentación enteral, vejiga neurogénica, ARM. Los de baja se autorización por 1 mes, extensible hasta 2 meses más presentando informe de las evaluaciones, escala de Barthel y FIM como también detalle de los objetivos terapéuticos. Los módulos de mediana y alta complejidad hasta 3 meses.

[136]

Está orientado para la atención de las siguientes patologías: Neurológicas (Complicaciones de secuelas de poliomielitis, parálisis agudas, enfermedades desmielinizantes, lesión de nervios periféricos, traumatismo encefalocraneano, miopatías, secuelas tumorales del sistema nervioso central, enfermedades neurovegetativas, enfermedades metabólicas, enfermedades autoinmunes); Ortopédicas (Secuelas de malformaciones músculo-esqueléticas, secuelas de traumatismo músculo-esquelético) y Reumáticas (Enfermedades reumáticas, Colageropatías). El HOSPITAL DE DIA REHABILITACION JORNADA COMPLETA es la modalidad para la continuación del tratamiento de rehabilitación que comenzó bajo la modalidad internación, mientras que el

HOSPITAL DE DIA REHABILITACION JORNADA SIMPLE tiene la misma finalidad pero que por el tiempo de evolución de la patología, por la complejidad de la discapacidad, o por otras razones, no se justifica la intensidad del tratamiento. Esta modalidad puede ser la continuación del módulo de hospital de día jornada completa cuando se necesite continuar con un tratamiento más acotado.

[137]

La Resol. 2019-1029-INSSJP creó el Programa de Atención a la Dependencia y Fragilidad el cual se reglamenta con la DI-2019-3323- INSSJP.

[138]

Ley N° 19.032, ley de creación del Instituto; Decreto N° 486/02; Art. 113 de la Ley N° 27.431.

[139]

El art. 1 del Decreto declaró: "...la Emergencia Sanitaria Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2002, a efectos de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes y servicios básico para la conservación de la salud... d) Asegurar a los beneficiarios del INSSJP y del Sistema Nacional de Seguro de Salud el acceso a las prestaciones médicas esenciales". Posteriormente, todo ello ha sido prorrogado hasta la actualidad mediante el art. 113 de la Ley N° 27.431 y nuevamente prorrogado, o sea más allá de la fecha que motiva el presente informe circunstanciado. El Decreto 260/2020, DECNU-2020-260-APNPTE - Coronavirus (COVID-19), prorroga los plazos establecidos por Ley N° 27.541 de Emergencia Pública en materia sanitaria: "*ARTÍCULO 1°.- EMERGENCIA SANITARIA: Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto*".

[140]

Ley N° 25.565 sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido en las Leyes N° 23.982 y 25.344.

[141]

CSJN, "Bustos Malvina Rosa Nicéfora Karwlder de s/Pensión", Fallos 278:85 y ss.

[142]

FLP 77185/2017-CH., N. S. (E/REP.DE SU HIJA A.L.P.) Y OTRO c/ OSECAC Y OTRO s/AMPARO LEY N° 16.986, por citar alguno entre muchos otros.

[143]

Ello conforme surge del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 1° del Protocolo de San Salvador.

[144]

CSJN, *in re Sixto Chocobar*, Fallos: 319:3241

[145]

CFALP, *in re*: FLP 3579/2021/1/CA1, Sala III, "Incidente de Apelación en autos: 'R, A.R. c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) s/AMPARO LEY N° 16.986'", del 4 de mayo de 2021, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín.

[146]

Con cita de CARRANZA TORRES, Luis R., *Derecho a la salud y medidas cautelares*, Suplemento de derecho Constitucional, Ed. El Derecho, ejemplar del 20/02/2004 (en especial, la remisión a la jurisprudencia aludida en el punto 3).

[147] Arts. 12 y 25 respectivamente, y Ley N° 27.360 ratificada en 2017, que aprobó la última (art. 6).

[148] En palabras de la Cámara, “La amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (arts. 11, 15, 23 y 33).”

[149] Arts. 1 y 15 respectivamente.

[150] Ver; MARIANELLO, P; “La fórmula argentina en el cumplimiento de resoluciones internacionales”, en LL del 24/04/18; CSJN, *in re*: “Ministerio de Relaciones Internacionales y Culto” del 14/02/2017, conocido como “Fontevveccia”, y Resolución 4015/17 en consonancia, donde ha dicho que sin perjuicio de que en principio los fallos de la CIDH son de cumplimiento obligatorio, no constituyen una cuarta instancia que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, sino que es subsidiaria, coadyuvante y complementaria por aplicación de los principios rectores del sistema interamericano de protección de derechos en que fundan su existencia y han dictado cuantiosa jurisprudencia; en consecuencia, no tiene facultades para dejar sin efecto una sentencia dicta en sede nacional. Finalmente, con motivo de la revisión del cumplimiento de la sentencia efectuada por la CIDH a pedido de parte, la CSJN resolvió mantener la validez de la cosa juzgada nacional admitiendo publicar conjuntamente con la sentencia cuestionada la dictada en contrario por la CIDH.; doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros; art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema.

[151] Fallos: 340:1995; 340:1269; 341:919, entre otros; Ver CSJN, Secretaría de Jurisprudencia, Derecho a la Salud, Ed. 2021.

[152] Nuestra Constitución recepta este concepto en el art. 31, definiendo el orden jerárquico que han de tener las normas que integran aquel ordenamiento con la CN a la cabeza de una imaginaria pirámide o escalera. Así, de encontrarse contradictoria una ley dictada por el Congreso, un decreto del Poder Ejecutivo, una Resolución ministerial, o alguna norma provincial, deberán ceder ante la impronta Constitucional.

[153] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/11/15, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores” c/Poder Ejecutivo Nacional, acción de amparo”, 906/2012 (48-R) /C51. También encontramos una referencia a la progresividad en el fallo dictado por la Corte en los autos “Orellano, Francisco D. c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A.” de fecha 7/6/16.

[154] Conviene recordar que este criterio interpretativo encuentra sus fundamentos en que existe presunción de constitucionalidad de las normas, o sea que se presume que los actos del Estado son legítimos como derivación lógica del propio interés público que lo impulsa, con la excepción de las doctrinas de categorías sospechosa y libertades preferentes que veremos a continuación; en que representa un problema democrático la intromisión que genera la invalidez de un acto del poder político mayoritario por uno contramayoritario como el Poder Judicial; en que exista una gravedad institucional que la justifique para la resolución del caso. En citas del Máximo Tribunal, los conceptos señalados se podrían

resumir así: “...la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas”, debiendo prescindir de la declaración de inconstitucionalidad cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio por otras razones, siendo practicable solo como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad, ya que “...procede sólo si la incompatibilidad entre la norma invalidada y el texto constitucional resulta manifiesta e indubitable, pues tal medida reviste suma gravedad institucional, debiendo recurrirse a ella sólo cuando la estricta necesidad lo requiere”. En un Estado de Derecho la misión de los gobernantes reside en satisfacer las necesidades globales de la sociedad respetando las reglas jurídicas fundamentales contenidas en la Constitución Nacional y, semejante comportamiento se presume efectivo hasta tanto no se acredite fehacientemente lo contrario. Ver Fallos: 14:425; 147:286, 300:1029; 305:1304; CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ ejército Argentino s/ ds y ps”, del 27 de noviembre de 2012, entre otros; CSJN, “Mill de Pereyra”, Fallos: 324:3219, entre muchos otros.

[155]

Por primera vez en la famosa nota del caso “United States v. Carolene Products Co.”, 304 U.S. 144, 153 (1938).

[156]

TREACY, Guillermo, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, Lecciones y ensayos, nro. 89, 2011, págs. 181-216, citando el caso “Massa” de Fallos 329:5913, voto de la Dra. Argibay.

[157]

“Strauder v. West Virginia”, 100 U.S. 303 (1879). Allí, la Corte Suprema estadounidense declaró inconstitucional una ley estadual que excluía a los ciudadanos afroamericanos de los jurados criminales.

[158]

“Korematsu v. United States”, 323 U.S. 214 (1944). Admitió la validez constitucional de un decreto del poder ejecutivo posterior al ataque japonés a los Estados Unidos que prohibía a las personas de ese origen –fueran o no ciudadanos estadounidenses– residir en la costa oriental de los Estados Unidos.

[159]

Fallos: 311:2272.

[160]

Un criterio muy parecido fue seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Adulaziz, Cabales y Balkandakli v. Reino Unido” (1985). Allí, el citado tribunal declaró la invalidez, respecto del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de las reglas inmigratorias del Reino Unido que imponían mayores restricciones a las mujeres residentes en dicho país, que querían lograr la radicación de sus esposos, que a los hombres residentes que deseaban la radicación de sus esposas.

[161]

Fallos: 323:2659.

[162]

La Corte Suprema en el caso "Salas" declaró inconstitucional el art. 56 de la Ley N° 4.917 de la provincia de Corrientes que establecía como condiciones para otorgar una pensión a los hombres viudos "que estuviese incapacitado para el trabajo, a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de renta". El Tribunal remitió al precedente "Zartarian" de 2014 en donde resolvió una cuestión similar respecto a una ley de Córdoba y recordó ahora que no estaba justificado que "la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas responda a un fin trascendente". El accionante había solicitado la pensión pero el Instituto de Previsión Social correntino se lo había denegado en orden a lo dispuesto en la norma, que afirma que tendrán derecho a pensión "la viuda, el viudo incapacitado para el trabajo que hubiese estado directamente a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de renta; y el hombre incapacitado en las mismas condiciones que el viudo, o la mujer que hubiere vivido públicamente con el afiliado fallecido en aparente matrimonio durante el mínimo de cinco (5) años anteriores a su muerte, si no existiere impedimento legal". El hombre cuestionó la letra de la ley, por considerarla arbitraria y discriminatoria, pero el Superior Tribunal local rechazó su planteo, le recordó que la Ley N° 4.917 otorgaba el derecho de pensión al viudo "siempre que estuviese incapacitado para el trabajo, a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de renta", y consideró que el titular no reunía esos requisitos "pues se hallaba inscripto como trabajador autónomo desde el año 1963 y no se encontraba incapacitado". Ello lo obligó a acudir al Máximo Tribunal Federal, donde reiteró que el artículo resultaba discriminatorio y afectaba "el derecho de igualdad consagrado por el art. 16 de la Ley Fundamental, pues en idénticas circunstancias confiere un trato desigual a los solicitantes de una pensión sólo sobre la base del sexo del cónyuge sobreviviente, dado que la viuda accede a la pensión con la acreditación de su calidad, mientras que el viudo sólo tiene derecho en la medida en que pruebe que se halla incapacitado y a cargo de la causante al tiempo del deceso". Los ministros se remitieron a citar los argumentos del fallo "Zartarian, Juan Jorge c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción", en el que se discutía una cuestión similar. En esa oportunidad, los magistrados explicaron: "esta Corte ha interpretado que la igualdad establecida en el art. 16 citado, impide que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros". "Al mismo tiempo, el Tribunal ha aplicado un escrutinio riguroso sobre las normas que establecen clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social", agregó el precedente jurisprudencial.

[163]

Los jueces de la Corte Suprema entendieron que los extranjeros, aun cuando no tengan 20 o 40 años de residencia continua en el país, pueden solicitar y beneficiarse de las prestaciones por invalidez. Existió mayoría de jueces que decretaron la inconstitucionalidad del decreto que establecía la exigencia de la residencia para gozar del beneficio, aunque las fundamentaciones fueron distintas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del inciso "e" del art. 1° del decreto 432/97, dándole así la posibilidad a un discapacitado boliviano de poder obtener la pensión por invalidez.

La cuestión se ventiló en el expediente caratulado “Reyes, Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, a través del cual, una ciudadana boliviana nacida en 1989 y residente argentina desde 1999 le pidió a la Justicia que le otorgue la pensión por invalidez. Explicó que padece una tetraplejía espástica y ausencia de lenguaje verbal, lo que le impide llevar a cabo tareas laborales para su subsistencia. La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, rechazó su pretensión al basarse en el decreto 432/97, que le exige al extranjero tener una residencia de por lo menos veinte años para acceder a la pensión por invalidez. Más aún, existe un decreto del 2003 que elevó dicha residencia a cuarenta años. El Máximo Tribunal de la Nación analizó el caso, y cada uno de los magistrados esbozaron opiniones diferentes sobre el tema, aunque la mayoría acordó en declarar la inconstitucionalidad del decreto y otorgar a la peticionante la pensión reclamada. E. Raúl Zaffaroni y Carlos Fayt, entendieron que la pensión tiene un carácter eminentemente alimentario, y por lo tanto es imposible esperar veinte años. En cambio, Enrique Petracchi y Carmen Argibay justificaron la inconstitucionalidad del decreto en el hecho de que cualquier norma que haga distingo entre nacionales y extranjeros es, a prima facie, discriminatoria e ilegal. Con esta última interpretación entendieron que el Estado había establecido una diferencia xenófoba entre nacionales y extranjeros en una cuestión que hace a la protección de la vida de las personas que habitan en el suelo argentino y en especial de los discapacitados. Juan Maqueda llegó al mismo resultado, pero no por estos motivos, pues entendió que es falso que una norma que diferencie entre nacionales y extranjeros es presumiblemente inconstitucional. En su caso consideró que debía analizarse la razonabilidad de la diferencia y, en este caso no lo era. Los únicos que votaron en disidencia fueron Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, que entendieron que es válido que el legislador o el Estado diferencie entre personas iguales pero con circunstancias diferentes.

[164] “Reyes Aguilera”, de septiembre de 2007; Fallos 330:3853.

[165] Resulta sumamente ilustrativo un artículo del profesor GARGARELLA en crítica a algunas de esas posiciones, destacando que en este punto, los acuerdos existentes tanto dentro de la filosofía como dentro del derecho internacional resultan particularmente amplios con citas de: RAWLS, John, 1971, *A Theory of Justice*, Harvard University Press.

[166] TREACY Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, op. cit., págs. 181-216

[167] Art. 75 inc. 23 de la CN.

[168] Tal es el caso del art. 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tuvo oportunidad de referirse a la edad, fijada como requisito restrictivo de derechos, en el caso “Salgado, Graciela B. c/ GCBA” del 21/11/2001 (disponible en www.tsjbaires.gov.ar). Ver fallo “Domínguez, Alberto Roberto c/ U.N.R. s/ recurso de amparo” del 15/10/1985. en TREACY, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, págs. 181-216, donde puede verse un pormenorizado análisis sobre posiciones de la Corte en cuestiones de edad y categorías sospechosas cuyo detalle excede el presente trabajo.

[169] TREACY, Guillermo, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, Lecciones y ensayos, nro. 89, 2011, págs. 181-216, op. cit.

[170] Sin utilizar esta categoría, en similar sentido la Cámara Federal de Salta descalifico la Resolución tratada por contrariar la Convención Interamericana de las personas mayores. C. Fed, Salta, sala I, del 20/05/21 – C. F.A. c. PAMI s/amparo Ley N° 16.986.

[171] CSJN, FPA 7789/2015, “García, María Isabel c AFIP”, del 26 de marzo de 2019.

[172] Un somero reciente análisis de la normativa proteccionista en la materia, ver en: URBINA, Paola A., “El Alzheimer como causal de discriminación en materia de salud”, en Diario La Ley del 6/7/21.

[173] CFALP, expte. 16.006/08, sala III, sentencia del 18/2/08.

[174] BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad...*, Buenos Aires, Ed. Abaco, pág. 382.

* – María Belén Gallego, abogada Magister en Magistratura y Derecho Judicial, Secretaria Federal del Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia, Secretaría Civil.

[175] Fallos: 302:1284.

* – Este artículo es una actualización y adecuación de la tesina que elaboré en el marco del Máster en Bioética y Derecho (promoción 2017/2019) impartido por la Universidad de Barcelona.

** – Secretario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

[176] Portal oficial de la Superintendencia de Servicios de Salud [<https://www.sssalud.gob.ar/?page=pmoprincipal>], acceso del 26/07/21.

[177] BERGALLO, Paola, “Argentina: los tribunales y el derecho a la salud ¿Se logra justicia a pesar de la ‘rutinización’ de los reclamos individuales de cobertura?”, en *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Alicia Ely Yamin, Siri Gloppen (coord.), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2013, pág. 59 y ss.

[178] FLORES TREJO, Fernando, *Bioderecho*, México D.F., Porrúa, 2004, pág. 167.

[179] Para ampliar sobre los orígenes de los principios bioéticos, su desarrollo conceptual y sus críticas, véanse KOTTOW, Miguel H., *Introducción a la bioética*, 2da. edición, Santiago de Chile, Mediterráneo, 2005; LUNA, Florencia, SALLES, Arleen L. F., *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008; GARCÍA LLERENA, Viviana M., *De la bioética a la biojurídica: el principialismo y sus alternativas*, Granada, Comares, 2012, entre muchos.

[180] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de ética biomédica*, trad. Teresa Gracia García-Miguel, F, Javier Júdez Gutiérrez, Lydia Feito Grande 4° ed., Barcelona, Masson S.A., 1999, pág. 312.

- [181] MALIANDI, Ricardo; THÜER, Oscar, *Teoría y Praxis de los principios bioéticos*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2008, pág. 95.
- [182] BERTOMEU, María Julia, VIDIELLA, Graciela, “Asistir o capacitar. En defensa de un derecho a la salud”, en *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, Buenos Aires, FLACSO, 1996, año 1, número 1, pág. 50 y ss.
- [183] OUTOMURO, Delia, *Manual de Fundamentos de Bioética*, Buenos Aires, 2004, Magister, pág. 128.
- [184] GUARIGLIA, Osvaldo; VIDIELLA, Graciela, *Breviario de ética*, Buenos Aires, Edhasa, 2011, pág. 225.
- [185] BERTOMEU, María Julia et al, cit.
- [186] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Marisol, SOLÉ JUVES, Meritxell, “La ética de la priorización en salud vista desde la economía”, clase escrita extraída de la XIX edición del Master en Bioética y Derecho impartido por la Universidad de Barcelona, 2017/2019, pág. 3.
- [187] ABEL, Francesc, TERRIBAS, Núria, en *Diálogos y contrapuntos bioéticos*, Lynette Hoofst (ed.), Buenos Aires, Biblos, 2012, pág. 91.
- [188] GRACIA, Diego, en *Diálogos y contrapuntos bioéticos* cit., pág. 97.
- [189] HUMET, Carlos, “Relaciones sanitarias”, clase escrita extraída de la XIX edición del Master en Bioética y Derecho impartido por la Universidad de Barcelona, 2017/2019, pág. 3.
- [190] CARNOTA, Walter, “La relevancia de la argumentación en los amparos de salud: nuevas tendencias”, *El Derecho*, Buenos Aires, 25/10/2018, pág. 1 y ss.
- [191] CUVIELLO, Sabrina, LATTINI, Romina, “Justicia y protección de los más vulnerables en salud”, en *Bioética. Determinantes sociales, políticas y sistemas de salud*, Santiago de Chile, Fundación Interamericana Ciencia y Vida. Centro de Bioética, Instituto de Investigación e Innovación en Salud, Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad Central de Chile, 2017, pág. 20 y ss.
- [192] BERGALLO, Paola, *ob. cit.*
- [193] En el balance final no hubo disensos significativos entre los magistrados entrevistados y por ese motivo sus opiniones pudieron ser presentadas de manera compendiada.
- [194] TINANT, Eduardo, *Antología para una bioética jurídica*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 16.
- [195] *Código Civil y Comercial comentado*, tomo I, Lorenzetti, Ricardo [dir.], Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, nota al art. 2, pág. 37 y sus remisiones doctrinarias.

[196] *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, tomo I, Alterini, Jorge H. [dir.], Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 22 y ss. y sus remisiones.

* *Secretaria del Juzgado Federal Nro.1 de Resistencia, Chaco.*

** *Jueza del Juzgado Federal Nro. 1 de Resistencia, Chaco.*

[197] Juzgado Federal de Río Cuarto, Córdoba. Expte. 20862/2019 “A, H D C c/ U s/LEYES ESPECIALES (diabetes, cáncer, fertilidad)”, 16/12/2019. El fallo completo puede consultarse en el Anexo final de la presente obra.

[198] Observación general N° 14 (2000). Comité De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Artículo 1. Consultado en: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf].

[199] Esta definición se encuentra en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Consultado en: [https://www.who.int/es/about/governance/constitution].

[200] La Observación refiere que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Consultado en: [https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/observacion-general-n14-del-comite-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales/#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20salud%20entra%C3%B1a%20libertades%20y%20derechos.,y%20experimentos%20m%C3%A9dicos%20no%20consensuales].

[201] Hace expresa mención al término salud en su artículo 25 párrafo 1. Consultado en: [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf].

[202] Artículo 11. Consultado en: [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp].

[203] Artículo 6. Consultado en: [https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx].

[204] Artículo 4. Consultado en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

[205] Artículo 11, párrafo 1, apartado f.

[206] ROHLFS, I; BORRELL, C. y FONSECA, M. do C., “*Género, desigualdades y salud pública: conocimientos y desconocimiento*”, Gaceta Sanitaria 2000; 14 (Supl. 3):60-71. Consultado en: [https://www.gacetasanitaria.org/es-pdf-X0213911100956185].

[207] El género en referencia a los roles, las características y oportunidades definidos por la sociedad que se consideran apropiados para los hombres, las mujeres, los niños, las niñas y las personas con identidades no binarias. Organización Mundial de la Salud. Consultado en: [<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>].

[208] El principio de transversalidad se introdujo en el año 1995 en el marco de la Conferencia de Beijing y significó un cambio en la orientación de las políticas. Parte de la consideración que las acciones, las políticas y los programas tienen resultados diferentes para los hombres que para las mujeres. Por este motivo la perspectiva de las mujeres debe ser considerada en el diseño, la implementación, el seguimiento y la evaluación de las políticas y los programas en todos los ámbitos con el objetivo que hombres y mujeres se beneficien por igual y la desigualdad no se perpetúe. Incluye actividades específicas y acciones positivas porque las posiciones de partida para hombres y para mujeres no son iguales. EXPÓSITO MOLINA, Carmen, “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, Investigaciones Feministas 2012, vol. 3 203-222, consultado en [<file:///C:/Users/uh11xy/Downloads/41146-Texto%20del%20art%C3%ADculo-55725-2-10-20130114.pdf>].

[209] La Comisión reitera la naturaleza esencial y carácter imprescindible de estos servicios para la efectividad de los derechos de las mujeres y niñas a la vida, igualdad y no discriminación, integridad personal, salud, dignidad, acceso a la información, entre otros. Comunicado del 14 de septiembre de 2020. Consultado en: [<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/217.asp>].

[210] Voto del juez Maqueda en Fallos 342:459; 341:1511, “Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, Derecho a la Salud 2021”, consultado en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=salud2021>].

[211] Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257 Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 28: Derecho a la Salud “consultado en: [<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>].

[212] Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 28: Derecho a la Salud, consultado en: [<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>].

[213] Ídem 15.

[214] Fallos: 340:1111, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, Derecho a la Salud 2021 consultado en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=salud2021>].

[215] Significa analizar críticamente las diferencias y desigualdades existentes entre los sexos. Una de las finalidades de la investigación de género y salud es señalar y suplir la ausencia de datos indispensables para el conocimiento de la vida de las mujeres, además de poner en evidencia los sesgos producidos por generalizaciones de conocimientos que, a menudo, se fundamentan en investigaciones basadas sólo en población de sexo masculino.

[216] ROHLFS, I; BORRELL, C. y FONSECA, M. do C., “*Género, desigualdades y salud pública: conocimientos y desconocimiento*”, Gaceta Sanitaria 2000; 14 (Supl. 3):60-71, consultado en: [<https://www.gacetasanitaria.org/es-pdf-X0213911100956185>].

[217] CSJN, Secretaría de Jurisprudencia, Derecho a la Salud 2021, Fallos 331:563 consultado en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=salud2021>].

[218] CSJN, Secretaría de Jurisprudencia, Derecho a la Salud 2021, Fallos: 324:754, Voto del juez Vázquez, consultado en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=salud2021>].

[219] CSJN, Secretaría de Jurisprudencia, Derecho a la Salud 2021, Fallos: 329:2552, consultado en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=salud2021>].

[220] SCHNEIDER, Elizabeth, “*La violencia de lo privado*, en Justicia, género y violencia”, comp. Julieta Di Corleto, Buenos Aires, Librería, 2010, pág. 43.

[221] ESPINOSA DAMIÁN, Gisela; PAZ PAREDES, Lorena, “*La perspectiva de género en las políticas de salud reproductiva Sociológica*”, vol. 19, núm. 54, enero-abril, 2004, págs. 125-153 Universidad Autónoma Metropolitana, consultado en: [<https://www.redalyc.org/pdf/3050/305026633005.pdf>].

[222] ESPINOSA DAMIÁN, Gisela; PAZ PAREDES, Lorena “*La perspectiva de género en las políticas de salud reproductiva*” Sociológica, vol. 19, núm. 54, enero-abril, 2004, págs. 125-153 Universidad Autónoma Metropolitana Distrito Federal, México consultado en: [<https://www.redalyc.org/pdf/3050/305026633005.pdf>].

* *Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Rosario (DPO Nro. 2). Profesor de Derecho Penal –por concurso– en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Abogado Especialista en Derecho Penal. Abogado Especialista en Magistratura.*

** *Integrante del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Abogada. Escribana. Especialista en Magistratura.*

[223] CSJN Fallos: 324:677.

[224] El derecho a la salud se encuentra consagrado expresamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. 11: “*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales...*”, en la Declaración

Universal de Derechos Humanos, art. 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure...la salud y el bienestar y en especial...la asistencia médica...”, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12,1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5, e. iv.: “...los Estados partes se comprometen...en el goce de los derechos siguientes...El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 12: “Los Estados partes adoptarán las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”, Convención sobre los Derechos del Niño: art. 24, 1º “Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

[225] GALDÓS, Jorge Mario, *La Salud y los Bienes Sociales Constitucionales.*, La Ley, 19-3-2008.

[226] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, inc.1.

[227] BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo IB, pág. 284.

[228] Este derecho cuenta con basamento en el art. 33 de la C.N., y ha sido reconocido por el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, que dice: “Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida” y asimismo por el art. 6 del P.I.D.C.P., art. 42 de la C.N., art. 3 de la D.U.D.H., art. 4.1 de la C.A.D.H., art. 11 del P.I.D.E.S.C., art. 6 del P.I.D.C.P., arts 6 y 27 de la C.D.N.

[229] Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala”. Sentencia del 23/8/2018 (Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas) párrafo 107.

[230] CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” 24/10/2000; Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” del 1º de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remite).

[231] Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Suárez Peralta vs. Ecuador”. Sentencia del 21 de Mayo de 2013. Párrafo 131. En sentido similar “Caso Acevedo Buendía y otros”; “Cesantes y Jubilados de la Contraloría vs. Perú”. Sentencia del 1º de Julio de 2009. Serie c. nro. 198, párr. 101.

[232] El art. 26 de la C.A.D.H. señala: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” y el art. 2.1 del PIDESC establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

[233] Ley N° 26.682, art. 1°: “La presente ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes de Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes Nros. 23.660 y 23.661. Quedan también incluidas en la presente ley las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión...”.

[234] Luego, mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1993/2011, se dictó la reglamentación a la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga, y dispuso: “La resolución del contrato suscripto entre un afiliado y las entidades mencionadas en el art. 1 de la reglamentación, será “b) Por falsedad de la declaración jurada. Para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá acreditarse que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 1198 del Código civil.”

[235] Art. 42, 1° párrafo, Constitución Nacional Argentina. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

[236] Art. 1093, Código Civil y Comercial de la Nación. Contrato de Consumo: Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para uso privado, familiar o social.

[237] Art. 1094, Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación y prelación Normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme el principio de protección del consumidor y el de acceso al

consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

[238] Art. 1095, Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación del contrato de consumo El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

[239] HERRERA, Marisa, “et. al”. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo 3, Libro Tercero, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, págs. 490 y 491.

[240] Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “C., J.M. c/C.S. SALUD S.A. (OMINT) s/ Prestaciones Quirúrgicas”, Expte. 781/2013, sentencia del 19 de Marzo de 2015.; en similar sentido en autos “G. M. L c/ Swiss Medical SA s/ Amparo” Expte. N° 11.959, T. CVIII, F° 15. 508.

[241] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 342:677, “E. c/ OMINT S.A.”, Sentencia del 13 de Marzo de 2001. En similar sentido, ha dicho "...Por imperio del art. 1 de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales. (...) Si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles 'en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales de la vida, la salud, seguridad e integridad de las personas (arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), también adquieren un compromiso social con sus usuarios' que obsta a que puedan... invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (doctrina de Fallos: 324:677)... Más allá de su condición como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial" ("Sartori", Fallos: 328:4747, disidencia de los jueces Fayt y Maqueda)" (Fallos: 330:3725, "Cambiaso Pores de Nealón", rta. 28/08/2007).

[242] Juzgado Federal N° 2 de Rosario en los autos caratulados “S, BR c/Medicina Esencial SA”, Expte. N° 42.877/2016, sentencia del 08 de mayo de 2017. En igual sentido, “G., F. en representación de IG c/ESENCIAL s/ Amparo contra actos de particulares”, Expte. N° 27962/2014, sentencia del 29 de Febrero de 2016.

[243] La superintendencia de servicios de salud establecerá y determinará las situaciones de preexistencia que podrán ser de carácter temporario, crónico o de alto costo que regirán para todos los tipos de contratos entre las partes comprendidas en el presente decreto sin excepción. Las de carácter temporario son aquellas que tienen tratamiento predecible con alta médica en tiempo perentorio. Las de carácter crónico son aquellas que con el nivel científico actual no se puede determinar una evolución clínica predecible ni tiempo perentorio de alta médica. Las de alto costo y baja incidencia son aquellas en que el tratamiento pone en riesgo económico a las partes intervinientes. La superintendencia de servicios de salud autorizará los valores diferenciales para las prestaciones de carácter

temporario debidamente justificados y la duración del período de pago de la cuota diferencial, que no podrá ser mayor a tres (3) años consecutivos, al cabo de los cuales la cuota será del valor normal del plan acordado. Asimismo la superintendencia de servicios de salud autorizará los valores diferenciales para las patologías de carácter crónico y de alto costo. La autoridad de aplicación establecerá los plazos de preexistencia para los casos de patologías de carácter temporario, crónico y alto costo. Vencidos los plazos estipulados por la superintendencia de servicios de salud, las entidades mencionadas en la presente reglamentación no podrán acogerse a la falsedad de la declaración jurada por parte de los usuarios.

[244] Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad Suscripta en 1999 y que se encuentra incorporada al derecho interno por Ley N° 25.280.

[245] la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (norma vigente en nuestro país desde el año 2008 (Ley N° 26.378), le otorgó jerarquía constitucional a través de Ley N° 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014.

[246] Corte Interamericano de Derechos Humanos, “Furlan y Familiares vs. Argentina”, sentencia del 31/08/2012.

[247] Juzgado Federal de Río Cuarto, “Z, M. V en representación de su sobrina c/ Mutual Federada Salud 25 de Junio s/ afiliaciones” Expte. N° 33010/2016, sentencia del 28 de Julio de 2017.

[248] Dicha acción está contenida en el art. 43 de la Constitución Nacional, y sus concordantes, arts. 14, 18, 19 y 75 inc. 22 de la CN, arts. XVIII y XIX de la D.A.D.D.D.H., Art. 8 de la D.U.D.H., art. 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 2.2. y art. 3. P.I.D.C.yP.

[249] GOZAÍNI Osvaldo, Derecho Procesal Constitucional-Amparo, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2002, págs. 251 y 314).

[250] La acción de amparo es particularmente pertinente en materias como la preservación de la salud (Fallos: 300.1033) y su exclusión no puede basarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358; 305:307, 327:2920), por lo que se debe evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (Fallos: 329:2179), sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional establece que toda persona puede interponer, acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo" (CSJN: Fallos: 330:4647). Siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo (Fallos: 299:358; 305:307 y 327:2413) ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su

procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende en cada caso de la situación concreta a examinar" (CSJN: María, Flavia Judith", rta. 30/10/2007).

[251] TORRICELLI, Maximiliano, Lexis Nexis 2002, págs. 269 y ss.

[252] SAGÜÉS, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional – Acción de amparo – 3° edición, Ed. Astrea, pág. 180.

[253] En este sentido, también debemos tener presente las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008, que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, y deben ser seguidas por los operadores del sistema judicial (Acordada Nro. 5/2009 C.S.J.N.).

** Secretaria de la Cámara Federal de Posadas, Misiones. Magíster en Magistratura por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Presidente Filial Misiones AMFJN –2018/2020–. Tesina aprobada del VII Curso s la protección supranacional de los DDHH en la Università degli Studi di Perugia, Italia, del 24/02/20-5/03/20.*

[254] RIEGER C., “Scientific Principles of Hippo- and Riding- Therapy-A Compilation of Study Results. Rehabilitation”, 1978, 17 (1); 15-19.

[255] American Hippotherapy Association. Introduction to Hippotherapy Classic Principles and Applications. Workshop Manual. 2nd ed. Denver: American Hippotherapy Association, a Section of NARHA; 1996.

[256] La Asociación Argentina de Actividades Ecuestres para Discapacitados (A.A.A.E.P.A.D) fue fundada por la Sra. María de los Ángeles Kalbermatter ya hace más de 35 años. Es pionera en el desarrollo de la Equinoterapia en la Argentina, y junto con Brasil, en Latinoamérica.

[257] WOODCOCK; ORTIZ; BRAVO; MEZA, RONDÓN, “Aportes del programa de Equinoterapia de la Fundación Sinergia a un grupo de niños en condiciones de discapacidad en la ciudad de San Juan de Pasto”, en Revista Unimar, Vol. 28 Núm. 1, 2008, Colombia. Consultado en [http://editorial.umariana.edu.co/revistas/index.php/unimar/article/view/81/67].

[258] TINANTE, E., “La Equinoterapia como tratamiento complementario y el deber de su cobertura”, SJA 14/12/2016, 31. JA 2016-IV, citado en [https://www.diariojudicial.com/nota/81572].

[259] Consultado en: [https://www.equinoterapiaargentina.org].

[260] DE LA FUENTE GONZÁLEZ, Manuel, “La equitación terapéutica en los trastornos evolutivos, de la conducta y la comunicación”, en Revista IberoAmericana de Rehabilitación Médica. Asociación IberoAmericana de Rehabilitación de Inválidos. Madrid, España, 2005, 23 (60). Consultado en [https://www.udc.es/grupos/apumefyr/docs/RIRM_2005_Vol_XXIII_60.pdf].

[261] WALSH, F., “Human-animal bonds I: The relational significance of companion animals. *Family Process*”, 48(4), 462–480, consultado en: [<http://doi.org/10.1111/j.1545-5300.2009.01296.x>].

[262] Gardenal Elicabide, Alejandro “Equinoterapia y Discapacidad: reflexiones desde el derecho” disponible en <https://www.diariojudicial.com/nota/81572>

[263] Gardenal Elicabide, Alejandro, ob. cit.

[264] CNACCF, Sala 3, N° 5.515/08, C.M.M. c/ ASE s/ Amparo, 6/02/14.

[265] CNACCF, Sala 3, N° 3.937/12, P.I.M. c/ OSPACA s/ sumarísimo de salud y acumulada: Causa N°7.054/10 P.I.M. c/ OSPACA s/ sumarísimo, 11/11/14).

* *Secretario Civil y Comercial del Juzgado Federal de Río Cuarto (Cba.). Abogado especialista en derecho administrativo recibo en la Universidad Nacional de Rosario y docente –profesor adjunto por concurso– de la asignatura derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Río Cuarto.*

[266] C.S.J.N., autos: "Asociación Derechos Civiles c/PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986", fallo de fecha 4/12/2012, considerando 13.

[267] C.S.J.N., autos: “Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados c/ Red Hat Argentina S.A. s/ incidente de incompetencia”, fallo fecha 26/08/2021.

[268] MARTÍNEZ, Patricia R., FARRANDO, Ismael, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2000, pág. 118.

[269] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Sexta reimpresión, Tomo I, pág. 225.

[270] CASSAGNE, Juan Carlos, obra cit. Pág. 222.

[271] MARIENHOFF, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2011, Tomo I, pág. 291.

[272] SAPPA, José R., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos, obra colectiva*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pág. 445.

[273] Quizás en el actual contexto, el régimen de contrataciones de PAMI debería ajustarse a lo establecido en el Decreto N° 1023/01, ya que el art. 8, inc c) de la Ley N° 24.156 establece que : Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. En este sentido si el Estado tiene el control exclusivo de las decisiones del ente su régimen de contrataciones debería ser el previsto en el Decreto N° 1023/01, cuestión que en el actual contexto normativo no ocurre, encontrándose su régimen de contrataciones en franca violación de lo dispuesto en la ley de administración financiera.

[274] Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala “A”, Expte. FCB 12115/2020/CA2, fallo de fecha 13/05/2021.

[275] C.S.J.N., autos: “Farmacia Roca S.C.S. c/ Inst. Nac. de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso administrativo”, fallo de fecha 28/02/1989.

[276] En contra, Serrano, Gustavo A., El acceso a la información pública y los entes públicos no estatales, RDA 2013-88, 29/08/2013, 1161.

[277] Convenio Colectivo homologado por la Resolución N° 41/2005, del Ministerio de Trabajo de la Nación (Convenio N° 697/05 “E”).

[278] Dicho régimen jurídico no se ha dictado, generado una vulneración de los propios fundamentos aportados por el Poder Ejecutivo Nacional al dejar sin efecto parcialmente el régimen previsto en la Ley N° 19.032 y sus modificatorias, hecho que llevaría a preguntarnos si no se trata de una inconstitucionalidad por omisión (ver TORICELLI, Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2010, T. 1, pág. 83).

[279] Ver el ya citado precedente recientemente emitido por la C.S.J.N., autos: “Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados c/ Red Hat Argentina S.A. s/ incidente de incompetencia”, fallo fecha 26/08/2021, que remite al dictamen de la Procuradora Laura Monti.

[280] En materia, civil, comercial, contencioso administrativo, etc.

[281] BAZÁN, Víctor, *Derecho a la Salud y justicia constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2013, pág. 68.

[282] Excma. Cám. Fed. Apel. de Cba. Sala “A”, autos: “O. N. c/INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI) s/Ley de discapacidad”, Expte. FCB 97771/2018, fallo de fecha 24/05/2019.

[283] Resulta sumamente interesante el fallo emitido por la Excma. Cám. Fed. de Apel. de Cba., Sala “B” en los autos: “U. P. en representación de A. M. M. c/Administración Nacional de la Seguridad Social y otro s/Prestaciones Médicas”, Expte. FCB N° 6225/2020/CA2, Sentencia de fecha 18/03/2021.

[284] C.S.J.N., Carman de Cantón, Elena c/ Nación Argentina, Fallos 175:368 (1936).

[285] Resulta interesante la resuelto por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala “B”, en autos: P., L. H. c/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (INSSJP) Y OTRO s/ PRESTACIONES MEDICAS” (Expte. N° FCB 6323/2020/CA2), en su sentencia de fecha 30/12/2020, donde se dispuso reconocer el tratamiento de intensidad modulada (IMRT) a la dolencia de un cáncer específico, cuando la auditoría médica del Instituto solo reconoce para este tipo de afectación a la salud el tratamiento de Radioterapia Tridimensional Conformada. La sentencia de Cámara remarca que “...de las constancias obrantes surge

que asiste razón al juez de la instancia, no siendo arbitrario su razonamiento, sino que fue debidamente razonado y valorado a partir de las prescripciones e informes de los médicos tratantes de la parte actora...”. Esto se contrapone a lo recomendado por el órgano auditor de PAMI, que, sin revisar al paciente, pretende de manera disvaliosa aplicar técnicas superadas o mucho más lesivas a la salud del afiliado.

[286] Al momento de la publicación del presente artículo, el valor de la UMA se encuentra fijado por la Acordada 04/2022 de la C.S.J.N., que equivale a la suma \$ 6.160 a partir del 11 de marzo de 2022. Esto en buen romance equivale como monto mínimo a regular por una acción de amparo a \$ 148.780.

[287] Por ejemplo, un vehículo de propiedad del INSSJP que colisiona a otro vehículo de un particular que sufre daños y debe ser indemnizado conforme a las normas de la responsabilidad civil (art. 1757 y cc del Cód. Civil y Comercial).

[288] Dicha normativa declaró la emergencia sanitaria nacional y hace referencia a la crisis que afectaba en el año 2002 al mercado de salud.

[289] CNTrab, SalaV, autos: “ALONSO, Rodolfo Mario c. Instituto Nacional de Servicios sociales para Jubilados y Pensionados I.N.S.S.Y.P”, fallo de fecha 13/02/2007.

[290] Cam. Fed. Apel. Bahía Blanca, Sala I, autos: “BIOCCA, María Isabel c/INSSJP s/AMPARO LEY N° 16.986”, Expte. FBB 10725/2020/CA3”, Fallo de fecha 15/06/2021.