

- 2024 -

Selección de dictámenes de la Procuración General de la Nación en materia de derecho a la salud

Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios

—

DGDH | Dirección General de Derechos Humanos



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

Selección de dictámenes de la Procuración General de la Nación en materia de derecho a la salud

Dirección General de Derechos Humanos
Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios

Edición: Dirección de Relaciones Institucionales
Diseño: Dirección de Comunicación Institucional
Publicación: abril 2024

- 2024 -

Selección de dictámenes de la Procuración General de la Nación en materia de derecho a la salud

Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios

—

DGDH | Dirección General de Derechos Humanos

ÍNDICE

PRESENTACIÓN Y ASPECTOS METODOLÓGICOS	9
I. CUESTIONES DE COMPETENCIA	11
Incidente nº 1 – Actor: G., Y. V. Demandado: Fundación COMEI s/ incidente.....	11
R M A y otro c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ amparo de salud	13
P., M. s/ acción de amparo	15
Garrido, Manuel c/ OMINT SA de Servicios s/ amparo de salud	17
II. SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	20
C., L. M. y otro c/ OSDE s/ Amparo.....	20
G., L. A. y otra c/ OSECAC y otra s/ Amparo	23
Recurso Queja Nº 1- F., R. R. y otro c/ G. P., M. A. s/ impugnación de filiación	27
S., E. R. y otro c/ Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ amparo de salud	29
III. DERECHO A LA SALUD VS. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y AUTONOMÍA PERSONAL	34
Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias.....	34
D.M.A. s/ Declaración de incapacidad.....	36
N, G. A. y su hijo B. A. y otro c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986	39
IV. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA.....	42
Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social).....	42

C., Isabel c/ Galeno Argentina S.A. s/ amparo.....	45
--	----

V. COBERTURA DE MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS..... 48

Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional s/ amparo ley 16.986.....	48
--	----

Reynoso, Nilda Noemí c/ INSSJP	51
--------------------------------------	----

N. d. Z., M. V. c/ FamyI S.A. Salud para la familia s/ reclamo contra actos de particulares.....	53
--	----

S., Lucas Mariano c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo	55
---	----

B., E. c/ ISSN s/ acción de amparo	57
--	----

Recurso Queja N° 1 – Incidente N° 4 – A., P.F. y otro c/ DASPU y otro s/inc. apelación	60
--	----

C., M. D. y otro (en representación de IC) c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ amparo contra actos de particulares	64
---	----

Recurso Queja N° 1 - P., G. A. c/ OSDE y otro s/ prestaciones médicas.....	68
--	----

VI. ADHESIÓN A LA OBRA SOCIAL..... 73

Etcheverry Roberto Eduardo c/ OMINT Sociedad Anónima y Servicios.....	73
---	----

V., W. J. c/ OSECAC s/ Sumario	74
--------------------------------------	----

Gerard, María Raquel y otro c/ IOSPER s/ acción de amparo	76
---	----

Recurso de Queja n°2 - Q E S c/ IOSFA s/ amparo de salud.....	78
---	----

VII. SALUD MENTAL 82

Recurso de queja n°1 – G.P.M.L. c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ despido.....	82
---	----

U.C.Y.C. y otra c/ C.G.A y otra s/ordinario acción de nulidad	86
---	----

VIII. GRUPOS VULNERABLES.....	89
a) Niñas, niños y adolescentes.....	89
a.1) Plan de vacunación obligatorio.....	89
N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas.....	89
a.2) Proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.....	91
M., D. H. c/ M. B., M. F. s/ tenencia de hijos.....	91
a.3) Relación con el derecho a un medio ambiente sano	93
Custet Llambi, María Rita - Defensora General s/ Amparo	93
a.4) Niñas, niños y adolescentes con discapacidad.....	96
M., S. G. y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea s/ Amparo	96
F., A. C. y otro por sí y en representación de su hijo menor de edad H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo	98
R., Gladys Elizabeth s/ amparo - apelación.....	100
P., María Laura c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo	102
B., V. P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN) s/ Amparo.....	105
H., Federico Alejandro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno	107
G., I. C. c/ Swiss Medical S.A.....	110
V. I., R. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación	112
B. M., I. c/ Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas s/ amparo ley 16.986.....	115
V., V. c/ Mutual Federada 25 de junio -Federada Salud- s/ Prestaciones médicas	117

b) Personas con discapacidad..... 120

Quinteros, Virginia s/ su presentación120

L., Edith Silvia c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno..... 123

B., C. B. y otro en representación de su hijo menor c/ IOSPER y otros s/ Acción de amparo 125

c) Personas mayores 129

Sogga, Luis Constantino c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ recurso de hecho 129

Udrizard, Liliana Noemí c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo 131

Toscano, Elsa Beatriz c/ OSOCNA y otro s/ amparo de salud 134

Carbone Elisabeth Laura y otro c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ sumarísimo 138

PRESENTACIÓN Y ASPECTOS METODOLÓGICOS

La Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios, a través de la Dirección General de Derechos Humanos, relevó los dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitidos por la Procuración General en materia de derecho a la salud.

Para ello se utilizó como herramienta el buscador digital disponible en la página *web* del Ministerio Público Fiscal de la Nación (en adelante, MPFN)¹, el cual permite la búsqueda a través de filtros predeterminados y/o palabras clave. Como recorte temporal en la publicación original de esta selección se consideraron los dictámenes digitalizados desde el 11 de enero de 1995². La *Selección de dictámenes de la Procuración General de la Nación en materia de derecho a la salud* se encuentra actualizada hasta abril del año 2024, inclusive.

En este sentido para que la búsqueda siguiera las prescripciones del derecho vigente en la materia y resultara, conceptualmente precisa, se tuvo en consideración el amplio *corpus juris* universal, regional y nacional referido a la tutela del derecho a la salud. Dentro de ese marco jurídico, algunos instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos abordan en forma general el acceso al derecho a la salud, mientras que otras regulaciones aportan criterios normativos específicos — sea sobre ciertos aspectos del derecho o sobre algunos grupos en particular — y definiciones conceptuales.

Entre los primeros, cabe mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 12, 18, 19 y 21); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 y 12); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 12, 13, 15, 16 y 22), todos ellos con jerarquía constitucional según el artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional.

Respecto a los segundos, cabe mencionar a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) — aprobada por la Ley N° 23.179, y que cuenta con jerarquía constitucional conforme el artículo 75, inciso 22 — (arts. 10 y 11); la Convención sobre los Derechos del Niño — aprobada por la Ley N° 23.849, y que cuenta con jerarquía constitucional conforme el artículo 75, inciso 22 — (arts. 24, 39, 25, 10, 13, 14, 15, 17 y 32); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial — aprobada por la Ley N° 17.722, y que cuenta con jerarquía constitucional conforme el artículo 75, inciso 22 — (art. 5); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad — aprobada por la Ley N° 26.378, y que cuenta con jerarquía constitucional conforme la Ley N° 27.044 — (art.

1. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/buscador-dictamenes/>.

2. Fecha en que entró en vigencia legalmente la ley que reforma por última vez la Constitución Nacional en el año 1994 (Ley Nro. 24.430), según la cláusula decimosexta de sus disposiciones transitorias, que dispuso que la reforma “entra en vigencia al día siguiente de su publicación” (siendo la ley publicada en el Boletín Oficial Nro. 28.057 el 10/1/1995).

25); la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores — aprobada por la ley N° 27.360, y que cuenta con jerarquía constitucional conforme Ley N° 27.700, la Ley de Asistencia Médica y Social de los Niños en Edad Escolar — Ley N° 12.558 —; el Régimen General para las Vacunaciones contra las Enfermedades Prevenibles por ese medio — Ley N° 22.909 —; la Ley sobre Derecho a la Protección de la Salud Mental — Ley N° 26.657 —; la Ley de creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud — Ley N° 23.661 —; la Ley sobre el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados— Ley N° 22.431 —; el Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga — Ley N° 26.682 —; el Régimen de Aplicación de las Obras Sociales — Ley N° 23.660 —; la Ley Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes — Ley N° 26.689 —, entre muchas otras.

Este *corpus juris* ha orientado la metodología de elaboración del presente compendio al aportar precisiones conceptuales que permitieron llevar a cabo el proceso de búsqueda y selección de los dictámenes pertinentes. De esta forma, se ingresaron al buscador digital las siguientes voces: “derecho a la salud” y “personas con discapacidad”. Luego, fueron descartados aquellos dictámenes que no guardaban relación directa con la materia, así como también los que se encontraban repetidos por responder a más de uno de los criterios de búsqueda. Finalmente, se seleccionaron 46 que se consideraron representativos de la práctica y criterios sostenidos por la Procuración General de la Nación al dictaminar ante la CSJN en esta materia.

Los dictámenes seleccionados fueron clasificados de modo de tal de facilitar su consulta. Puntualmente, se abordaron los siguientes ejes: I) cuestiones de competencia; II) salud sexual y reproductiva; III) relación entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad religiosa y la autonomía personal; IV) obligaciones de las empresas de medicina prepaga; V) cobertura de medicamentos y tratamientos; VI) adhesión a la obra social; VII) salud mental; y VIII) el derecho a la salud de grupos vulnerables, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.

Dentro de cada uno de los subtemas seleccionados se pudo identificar la reiteración de criterios en varios pronunciamientos, lo cual permite advertir una pauta hermenéutica a observar en casos similares.

En síntesis, este trabajo se suma a la colección de “Selección de Dictámenes de la Procuración General de la Nación” en su intervención sobre temáticas penales y no penales relativas al abordaje de los derechos de grupos especialmente vulnerables, elaborada por esta Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios a través de la Dirección General de Derechos Humanos; en este caso en particular, en relación con el derecho a la salud.

El propósito es simplificar el acceso por parte de los/as integrantes del Ministerio Público Fiscal, así como de todo el que requiera contar con esta información de forma práctica, a fin de facilitar el ejercicio de sus funciones y de asegurar la actuación de la institución de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales, la Constitución Nacional y leyes nacionales y provinciales.

I. CUESTIONES DE COMPETENCIA

Incidente n° 1 – Actor: G., Y. V. Demandado: Fundación COMEI s/ incidente³

Síntesis

En el caso la actora promovió amparo contra la Fundación Cobertura Médica Integral (en adelante COMEI) una entidad sin fines de lucro creada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires con el fin de brindar previsión y seguridad social a los odontólogos en el plano local.

La pretensión principal consistía en obtener la cobertura integral de la cuota del establecimiento escolar al que concurre su hija de ocho años de edad, con discapacidad, conforme lo prescripto por su médico. Para fundamentar el amparo invocó principalmente las leyes N° 23.660, 23.661, 24.754 y 24.901, además de normas constitucionales e instrumentos internacionales de igual jerarquía que resguardan el derecho a la salud y la protección de la niñez y de las personas con discapacidad.

El Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Mar del Plata declinó intervenir en su competencia basado en que la Fundación COMEI no estaba incorporada como agente del seguro de salud como establece la Ley N° 23.661 y por lo tanto la entidad sin fines de lucro se rige por las normas provinciales en la materia.

A su turno el Tribunal en lo Criminal N° 3 de la misma ciudad discrepó sobre la competencia para conocer en el amparo porque entendió que correspondía intervenir al fuero federal ya que se encontraba comprometido el sistema nacional de salud y la interpretación de disposiciones federales. Sin perjuicio de ello, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora.

Devueltas las actuaciones el Tribunal local dispuso la formación del incidente respectivo y su elevación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que dirima el conflicto, no obstante declaró habilitada la instancia atendiendo a los derechos en juego, los aspectos invocados, la naturaleza de la acción y el padecimiento de la niña amparista.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 29 de agosto de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que la causa debía quedar radicada ante el Juzgado Federal N° 2 de la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, a la que debían remitirse las actuaciones.

3. “Incidente n° 1 – Actor: G., Y. V. Demandado: Fundación COMEI s/ incidente”, FMP 11529/2023/1/CS1, del 29/08/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2023/VAbramovich/agosto/Incidente_FMP_11529_2023_1CS1.pdf.

En primer lugar, recordó que los conflictos de competencia entre los tribunales de distinta jurisdicción deben resolver por aplicación de reglas nacionales de procedimiento, y debe atenderse al relato de los hechos incluidos en la demanda:

“(...) en tanto se adecue a ellos, al derecho que invoca como sustento de la pretensión, así como indagar en su origen y naturaleza y en la relación jurídica existente entre las partes (Fallos: 340:815, “Brusco”; 344:776; “Pérez”; 345:599, “Villafañe”; 345:600, “Wingeyer” y 345:800, “Ford Argentina SCA”, entre muchos otros (...)).”

Finalmente, y sobre el objeto del pleito argumentó que:

“(...) conduce, en suma, al examen del alcance de las obligaciones asignadas a la demandada por la normativa sobre salud y discapacidad —en particular, la ley 24.901—, corresponde estar a la doctrina según la cual los procesos que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por reglas federales deben tramitar ante ese fuero en razón de la materia (CSJN, autos FCB 37356/2019/CS1, “T., N. S. en nombre y rep. de su hija c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba s/ ley de discapacidad”, del 5 de noviembre de 2020; CIV 5405/2020/CS1, “B., S. A. c/ OSADEF s/ amparo de salud”; del 21 de diciembre de 2021; y dictamen de esta Procuración General, causa CSJ 2086/2022/CS1, “A., A. I. c/ COMEI s/ amparo”, del 1 de noviembre de 2022 (...)).”

Sentencia de la CSJN (2024)⁴

En su sentencia del 20 de febrero de 2024, la CSJN se remitió a los fundamentos y conclusiones de *Fallos*: 345:1496⁵, donde estableció que no correspondía la intervención de la justicia federal porque se trataba de un litigio entablado por un vecino de un Estado provincial contra uno de sus entes locales en el que la pretensión se fundaba sustancialmente en normas de derecho local.

Por ello habiendo dictaminado el Procurador Fiscal, declaró que resultaba competente para conocer en las actuaciones el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires.

4. CSJN, “G., Y. V. c/ Fundación COMEI s/ incidente”, Competencia FMP 11529/2023/1/CS1, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7931181>.

5. CSJN Fallos: 345:1496, del 21/12/2022 disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7814691&cache=1709734013574>.

R M A y otro c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ amparo de salud⁶

Síntesis

En el caso los hijos de la señora “A.M.O.” interpusieron acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (en adelante INSSJP).

Su pretensión radicó en el otorgamiento de la cobertura integral de su internación en una residencia de larga estadía con módulo de cuidados continuos, sumado a un conjunto de prestaciones y dispositivos en materia de alimentación, rehabilitación y cuidados para las actividades de la vida cotidiana, que fueron indicados por los profesionales tratantes del “Centro de Rehabilitación y Kinesiología” del Hospital “Dr. E. H. Sangally Dupuy” de la localidad de Escobar, Provincia de Buenos Aires, donde se encontraba internada actualmente.

La acción fue interpuesta ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 33 de feria que se declaró incompetente al entender que la pretensión se dirigía contra un agente nacional del seguro de salud sometido exclusivamente a la jurisdicción federal.

A su turno, el Juzgado Civil y Comercial Federal N° 1 rechazó la radicación de las actuaciones. Coincidió en cuanto a la competencia del fuero federal, pero, con sustento en que tanto el alojamiento actual de la amparista en el centro de rehabilitación, como su domicilio y el ámbito donde se ejecutaría la obligación de cobertura se situaban en la Provincia de Buenos Aires, concluyó que resultaba competente el juzgado federal con asiento en dicha localidad.

Devueltas las actuaciones, el Juzgado Nacional en lo Civil N° 22 ratificó el temperamento expuesto por el Juzgado de feria y elevó las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil para que dirimiera el conflicto. La alzada resolvió que correspondía radicar la causa ante el fuero de excepción.

Por su parte, el Juzgado Federal rechazó nuevamente la atribución y elevó las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para dimitir el conflicto, en ese estado se corrió vista a la Procuración General.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 23 de noviembre de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin

6. “R M A y otro c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ amparo de salud”, CIV 53686/2023/CS1, del 23/11/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2023/VAbramovich/noviembre/R_M_CIV_53686_2023_CS1.pdf.

Abramovich, opinó que las actuaciones debían quedar radicadas ante el Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 1.

Remarcó que en la tarea de esclarecer las contiendas es necesario atender a los hechos que se relatan en la demanda y después, en la medida en que se aduce a ellos, al derecho que se invoca como sustento de la pretensión. De este modo señaló que:

“(…) no existe en el caso controversia sobre la competencia del fuero federal, sino que el conflicto se circunscribe a la competencia en razón del territorio. No obstante, no es ocioso recordar que la competencia federal resulta procedente aquí, en razón de la persona, pues corresponde al demandado Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) litigar en sede federal conforme lo previsto por el artículo 14 de la ley 19.032 (Fallos: 330:2952, “Kaczmar”); y en razón de la materia, en tanto el objeto del litigio conduce —prima facie— al estudio del alcance de las obligaciones atribuidas a la institución demandada por la legislación sobre salud y discapacidad (…)”.

Asimismo, comprendió que no correspondía un desplazamiento territorial de la jurisdicción federal que previno. Explicó que del planteo inicial no se advertía que la prestación debía cumplirse en una institución o ámbito geográfico determinados. Además, esgrimió que:

“(…) lo que se persigue es la internación y cuidados en un establecimiento con las características adecuadas para brindar la asistencia integral que el delicado cuadro de salud de la Sra. A.M.O. requiere, independientemente de donde se sitúe. En efecto, del relato efectuado por los actores surge que el INSSJP ha ofrecido instituciones ubicadas dentro del ámbito de la provincia de Buenos Aires, pero éstas han sido rechazadas, por carecer de los requerimientos aptos en función del diagnóstico y cuidados que la paciente precisa (…)”.

De este modo argumentó con respecto a la competencia territorial que:

“(…) no encuentro, en este punto, elementos que conduzcan a determinar en forma explícita o implícita el lugar donde debe ejecutarse la obligación, de conformidad con las reglas de atribución territorial fijadas por las normas que rigen el asunto (arts. 5, inc. 3, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y 4, ley 16.986), por lo que cobra relevancia la opción prevista por el propio inciso 3 del artículo 5 del código ritual, en cuanto faculta a los actores a optar por el lugar del domicilio del demandado que, en este caso, se sitúa en esta ciudad (cfr. escrito inicial, fs. 19/27). En esta línea, y a pesar de que tanto la Sra. A.M.O. como sus hijos poseen domicilio en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, al promover la demanda en

el ámbito de esta ciudad, considero que los actores han optado originariamente por litigar en la jurisdicción del domicilio de la entidad demandada. De este modo, de acuerdo con las particularidades del caso, y dentro del acotado marco cognoscitivo en el que se deciden estos conflictos, considero que la causa deber seguir su trámite por ante el juzgado en lo civil y comercial federal con asiento en esta ciudad (...).”

Por último, destacó que sin perjuicio del conflicto de competencia en trámite, a raíz de la seriedad del caso aún no se había adoptado una decisión sobre la pertinencia de la medida cautelar, y que debía cumplirse de inmediato.

Sentencia de la CSJN (2023)⁷

En su sentencia del 21 de diciembre de 2023, la CSJN de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el Procurador Fiscal, por mayoría, declaró que resultaba competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 1.

P., M. s/ acción de amparo⁸

Síntesis

En el caso la actora inició acción de amparo contra la Asociación Mutualista de Empleados del Banco Provincia de Buenos Aires (en adelante AMEBPBA) a fin de que se le otorgara la cobertura integral de las prestaciones indicadas por su profesional tratante.

La actora era una mujer mayor de 78 años que había sido diagnosticada con múltiples patologías, entre ellas, cáncer de mama, hipertensión arterial (HTA), diabetes tipo II, artrosis en diversas articulaciones, leve deterioro cognitivo, trastorno en la alineación articular de caderas, y según su Certificado Único de Discapacidad (CUD) posee un cuadro de anomalías de la marcha y de la movilidad, poliartritis e incontinencia urinaria por tensión.

Debido a ese severo cuadro, su médica tratante le había indicado la necesidad de contar con acompañamiento permanente y en particular, las siguientes prestaciones: servicio de cuidado domiciliario, sesiones de psicoterapia, insumos de higiene personal, alquiler de sillas de ruedas y la totalidad de medicamentos y/o tratamientos médicos que requiera por su afección.

7. CSJN, “R., M. A. y otro c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ amparo de salud”, Competencia CIV 53686/2023/CS1, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7926111>.

8. “P., M. s/ acción de amparo”, CSJ 2563/2023/CS1, del 27/12/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2023/VAbramovich/diciembre/P_M_CSJ_2563_2023_CS1.pdf.

El Tribunal en lo Criminal N° 1 de San Nicolas, Provincia de Buenos Aires, declinó su competencia con fundamento en que la demandada AMEBPBA era una entidad prestadora de salud comprendida en las disposiciones de la Ley N° 23.660 (art. 1) que de conformidad con la Ley N° 23.661 (art. 38) se encuentra sometida a la jurisdicción federal.

Por su parte el Juzgado Federal N°1 con asiento en la misma localidad, rechazó su atribución pues consideró que, dado que la competencia es de orden público y la intervención del fuero federal en las provincias es de índole excepcional, además de que la demandada era un ente autárquico de la Provincia, resultaba de aplicación el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “G., M. P.” (*Fallos*: 345:1496), y por lo tanto no se encontraban los presupuestos reunidos que habilitaban dicha competencia de excepción.

Devueltas las actuaciones, el Tribunal provincial ratificó el temperamento y las elevó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver la discrepancia entre ambos tribunales.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 27 de diciembre de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, estimó que la causa debía continuar su trámite ante el Juzgado Federal N° 1 de San Nicolas.

En primer lugar, estableció que de las actuaciones surgía una contienda negativa de competencia que correspondía dirimir al Máximo Tribunal Federal, de conformidad con el art. 24, inc. 7 del decreto-ley N° 1.285/1958.

De este modo y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema argumentó que:

“(…) Los conflictos de competencia entre los tribunales de distinta jurisdicción deben resolverse por aplicación de reglas nacionales de procedimiento y, en la tarea de esclarecerlos, debe atenderse al relato de los hechos incluido en la demanda y, en tanto se adecue a ellos, al derecho que se invoca como sustento de la pretensión (…)”.

Asimismo, y de los hechos descriptos y el derecho invocado por la actora en la acción de amparo explicó que:

“(…) hasta el momento ha logrado costear los gastos del tratamiento por su cuenta con mucho esfuerzo, ya que no ha obtenido respuesta favorable de la entidad demandada a sus requerimientos. Funda su pretensión, principalmente, en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc.

22, Constitución Nacional) que tutelan el derecho a la salud (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Protocolo de Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en diversas disposiciones de la ley 24.901 que regulan la cobertura integral para la rehabilitación de las personas con discapacidad y en la ley 23.661 (art. 38) (...)

También destacó acerca de AMEBPBA que:

“(...) se encuentra registrada en el Sistema de Registro Nacional de Entidades de Medicina Prepaga con el número 3-1054-5 (...) Por ello, opino que el objeto del proceso conduce, en último término, a la interpretación de normas concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra a las obras sociales y a las restantes prestadoras de servicios médicos (...)”.

Por todo ello, concluyó que:

“(...) cabe estar a la doctrina según la cual los litigios que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por reglas federales, deben tramitar ante ese fuero por razón de la materia (Fallos: 330:810, “Rossi”; y dictamen de esta Procuración General en autos CSJ 1433/2022/3/CS1, “L., J. F. c/ Asociación Mutualista de Empleados del Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ incidente de competencia”, del 30 de agosto de 2022, entre varios otros) (...)”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

 **Garrido, Manuel c/ OMINT SA de Servicios s/ amparo de salud⁹**

Síntesis

En el caso el amparista perseguía la reafiliación a OMINT S.A sin costos adicionales, irracionales o desmedidos que pudieran tornarla imposible. Asimismo, requirió que la accionada se abstuviera

9. “Garrido, Manuel c/ OMINT SA de Servicios s/ amparo de salud”, CCF 11581/2023/CS1-CA1, del 15/02/2024, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2024/VAbramovich/febrero/Garrido_Manuel_CCF_11581_2023_CS1%E2%80%93CA1.pdf.

de incluir periodos de carencia o espera para las prestaciones en los términos del art. 10 de la Ley N° 26.682.

El Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 6 declinó su competencia para intervenir en el amparo con fundamento en que el vínculo contractual al que acude el actor con la empresa de medicina prepaga es de consumo y de naturaleza civil, y, por lo tanto, ajeno al fuero de excepción.

Por su parte, el Juzgado Nacional en lo Civil N° 40 rechazó la atribución basada en que se encontraban en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, al instaurar un programa médico obligatorio que involucraba tanto a las obras sociales como a las prestadoras privadas de servicios médicos.

Ratificada la declinatoria por el Juez Federal, este envió el litigio a la Cámara foral, quien consideró que la controversia debía ser resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con arreglo al precedente “José Marmol”¹⁰.

Dictamen de la PGN (2024)

En su dictamen del 15 de febrero de 2024, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, opinó que la causa debía continuar con su trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 6.

Explicó que sin perjuicio del criterio expuesto por la Procuración General en el dictamen emitido el 15 de marzo de 2016 en autos “José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia”¹¹ y lo resuelto por la Corte Suprema en el citado incidente, correspondía que se expidiera en el conflicto suscitado al corrersele vista al Ministerio Público Fiscal.

En la tarea de esclarecer la contienda, y atendiendo a los hechos relatados del amparo, así como el derecho que alegó la parte para sustentar su pretensión infirió que:

“(…) Narra que en el año 2020 estuvo asociado a OMINT y que lo desafiliaron sin aviso y que, pese a sus reclamos y a un dictamen favorable de la Superintendencia de Servicios de Salud, la demandada no hace lugar a su reincorporación. Basa su derecho en la ley 24.240 y los artículos protectorios de usuarios y consumidores del Código Civil y Comercial; en las leyes 23.660, 23.661 y 26.682 —particularmente,

10. CSJN Fallos: 341:611, del 12/06/2018 disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2024/VAbramovich/febrero/Garrido_Manuel_CCF_11581_2023_CS1%E2%80%9393CA1.pdf.

11. “José Mármol (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia”, Comp. CFP 9688/2015/1/CA1-CS1, del 15/03/2016, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2016/ECasal/marzo/J_M_CFP_9688_2015.pdf

en el artículo 10 y su decreto reglamentario 1993/2011— y en la protección del derecho a la vida y a la salud consagrados constitucionalmente y en diversos tratados internacionales (...)

En esos términos consideró que:

“(...) el objeto del litigio conduce —*prima facie*— al estudio del alcance de las obligaciones impuestas a las empresas de medicina prepaga por la ley 26.682, en tanto que el amparista pretende, en definitiva, su reafiliación a OMINT SA sin períodos de espera o carencia con relación a las prestaciones del Programa Médico Obligatorio y respetando las previsiones sobre enfermedades preexistentes (...)

En consecuencia, y más allá de la relevancia de los aspectos contractuales que se suscitaban en el litigio, el Procurador Fiscal argumentó que:

“(...) procede estar a la doctrina según la cual los procesos que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por normas federales deben tramitar ante ese fuero en razón de la materia (Fallos: 339:1760, “Coppens”; y FRO 66244/2017/CS1, “C., T. A., por ella, por su hijo menor de edad y por su hijo por nacer c/ Grupo San Nicolás SRL s/ amparo ley 16.986”, del 5 de abril de 2018; CSJ 1532/2021/CS1, “C., G. A. c/ Avalian s/ amparo”, del 30 de septiembre de 2021; y dictamen emitido por esta Procuración General el 9 de marzo de 2023 en FMP 19080/2022/1/CS1, “Incidente 1 – Actor: F., J. M. Demandado: OAM Obra Asistencial Mutual Mar del Plata y otro s/ incidente”) (...)

Por último, y sin perjuicio del objeto de la vista, advirtió que aún no se había adoptado una decisión sobre la pertinencia de la medida cautelar, tarea que había quedado relegada a raíz del conflicto jurisdiccional, pero que debía proveerse de inmediato.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

II. SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

 C., L. M. y otro c/ OSDE s/ Amparo¹²

Síntesis

El caso abordó el derecho de los accionantes a acceder, a través de su medicina prepaga, a la fertilización asistida *in vitro* como parte del tratamiento de la enfermedad del HIV que padecía el actor. Por su parte, tanto el juez de grado como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazaron el amparo interpuesto por los actores. Entre sus fundamentos, la Cámara resolvió que la prestación solicitada se destinaba al tratamiento de la enfermedad del actor, sino de un método cuya finalidad era sortear el impedimento que el HIV representa para la procreación natural sin riesgo de contagio para la madre y el niño por nacer. Por lo tanto, la Cámara consideró que la situación era la misma que la de aquellas personas que padecen infertilidad y debían aplicarse los mismos principios; y destacaron que la demandada no había incurrido en arbitrariedad ni ilegalidad alguna.

Contra ese pronunciamiento, los demandantes dedujeron recurso extraordinario, el cual fue concedido por la Cámara. Los accionantes fundaron su petición en las Leyes N° 23.660,¹³ 23.661,¹⁴ 24.455,¹⁵ y 25.673.¹⁶

A su vez, entre sus agravios, alegaron: a) la afectación a sus derechos a la vida, a la salud reproductiva y a procrear, a la planificación familiar, a la igualdad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible, a una mejor calidad de vida, a la integridad física y a la protección integral de la familia; b) señalaron que el tratamiento solicitado es el único método científicamente aceptado para procrear en forma responsable en parejas en la que uno de sus integrantes se encuentra afectado por el virus del HIV.

Por su parte, la demandada negó que a los actores les asistiera el derecho al tratamiento requerido, puesto que la práctica no estaba prevista en el Plan Médico Obligatorio (en adelante PMO), ni había sido incorporada por el Ministerio de Salud en las resoluciones dictadas luego de sancionada la ley de Protección Sexual Responsable.

12. “C., L. M. y otro c/ OSDE s/ Amparo”, CC. C, 505, XLVI, de 14/07/2011, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2011/MBeiro/julio/C_L_C_505_L_XLVI.pdf.

13. Ley 23.660 “Obras sociales”, sancionada el 29/12/1988, y promulgada el 5/01/1989.

14. Ley 23.661 “Sistema Nacional del Seguro de Salud”, sancionada el 29/12/1988, y promulgada el 5/01/1989.

15. Ley 24.455 “Obras sociales”, sancionada el 8/02/1995, promulgada el 1/03/1995, y publicada en el B.O. del 8/03/1995.

16. Ley 25.673 “Salud pública”, sancionada el 30/10/2002, y promulgada de hecho el 21/11/2002.

Dictamen de la PGN (2011)

En su dictamen del 14 de julio de 2011, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(...) el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, como la considerada en este juicio, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo una prerrogativa de la persona humana que resulta reconocida y garantizada por la Constitución Nacional. Es más ese derecho a la salud desde el punto de vista normativo está incorporado no sólo en los tratados internacionales con rango constitucional (...) (art. 75, inc. 22 de la C.N.) -v. doctrina de Fallos: 323: 1339, 3229, 324:3569, entre otros - sino a la legislación interna vigente en materia de tratamiento y prevención del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (en lo sucesivo SIDA) (...)”.

Por otro lado, respecto del régimen jurídico asistencial relativo al VIH y sus alcances, indicó que:

“(...) el sistema legislativo vigente resguarda no sólo la cura de la enfermedad del actor -HIV- (como parecen sostener los jueces de la causa cuando dicen ‘la prestación solicitada no está destinada al tratamiento de la enfermedad del actor... sino a sortear el impedimento... para la procreación sin riesgo de contagio’) sino que impone a las entidades vinculadas al sistema de salud hacerse cargo de las prestaciones necesarias para evitar su transmisión entre las que se encuentra el procedimiento médico solicitado (...)”.

En relación con el rechazo del reclamo por la práctica solicitada, consideró que:

“(...) LA circunstancia que la práctica que se solicita no se encuentre aún contemplada en el PMO -programa mínimo referencial-, no resulta a mi entender razón suficiente para rechazar el reclamo, dada la hermenéutica extensiva y no restrictiva que en materia de prevención del SIDA emana de las leyes citadas 23.798, 24.455, 24.754 citadas. Y es que en todo caso aquel programa resulta complementario y subsidiario de las leyes en cuestión y debe interpretarse en razonable armonía con los principios generales que ellas imponen (...)”.¹⁷

Agregó que:

17. Con remisión a: CSJN, Fallos: 329:1638, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6028001&cache=1656515346652>.

“(…) pretender equiparar la situación puntual de los actores con la de las parejas que sufren de infertilidad resulta un argumento aparente que, de un lado, soslaya la aplicación de las referidas leyes de orden público que imponen a las obras sociales y entidades de medicina prepaga hacerse cargo de las prestaciones necesarias para evitar el contagio de dicho mal. Y, de otro, importa un apartamiento del problema litigioso (…)”.

A su vez, remitió al precedente “Hospital Británico de Buenos Aires”¹⁸ de la CSJN, en donde se entendió que el derecho a la salud:

“(…) debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil que penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi públicas, correlato de lo cual resultan normas como las referidas, que intentan asentar a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales -las entidades de medicina prepaga- y a recientes o potenciales patologías (…)”.

Así, sostuvo que:

“(…) el derecho a la preservación de la salud - comprendido dentro del derecho a la vida- y la obligación impostergable que tiene el estado de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es concordantemente con las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. También que, además atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan pretensiones como las aquí consideradas, 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 (…)”.

Por último, la Procuradora Fiscal ante la CSJN concluyó que la demandada no debió haber negado la cobertura al tratamiento solicitado puesto que lo que estaba en riesgo eran la salud y la vida de las partes y del feto. Por lo tanto, consideró que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia anterior.

Sentencia de la CSJN (2012)¹⁹

En su sentencia del 6 de noviembre de 2012, la CSJN resolvió suspender el trámite de la instancia extraordinaria en virtud de los efectos extintivos del proceso que dio lugar el acuerdo que las partes invocaron haber concluido.

18. CSJN, Fallos: 324:754, disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4995061&cache=1656515459943>.

19. C. 505. XLVI. REX, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6967791>.

Síntesis

En el caso se abordó la posible afectación al derecho a la salud ante la negativa de la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) de otorgar la cobertura del método de procreación asistida denominado ICSI, debido a que la preservación de este bien –comprendido dentro del derecho a la vida– debía ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas.

La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, revocó la sentencia de primer grado que había hecho lugar a la demanda incoada por la pareja actora, contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.E.C.A.C.) y OMINT Sociedad Anónima de Servicios.

Contra el decisorio, la parte demandante interpuso recurso extraordinario, que fue concedido parcialmente respecto de “(...) la interpretación y validez de normas y decretos de naturaleza netamente federal (...)”. Entre sus agravios, los apelantes sostuvieron que la negativa a solventar la terapia de fecundación asistida (ICSI) era arbitraria, en tanto que la prestación reclamada estaba relacionada con el derecho a la salud y su disfrute en el nivel más alto posible. A su vez, objetaron que el Tribunal descartó la existencia de arbitrariedad o ilegalidad palmarias, en base a la carencia de una fuente legal que establezca la obligación de cobertura.

Dictamen de la PGN (2013)

En su dictamen del 8 de abril de 2013, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Alejandra Cordone Rosello, consideró que correspondía desestimar el recurso extraordinario. Entre sus fundamentos, sostuvo que:

“(...) la parte actora insiste en que la ilegalidad o arbitrariedad ostensibles, están dadas por la mera vinculación de su reclamo con el derecho a la salud. Empero, no lo acredita ya que el recurso contiene una indeterminada alusión a normas, que se abstiene de individualizar y examinar en sus alcances concretos, explicando con precisión cómo y por qué sus disposiciones imponen, en las circunstancias de la causa, la solución jurisdiccional que propugna (...)”.

Agregó que:

“(...) el conflicto se origina en un problema de salud, y que la vigencia de los

20. “G., L. A. y otra c/ OSECAC y otra s/ Amparo”, G, 167, XLVII, de 8/04/2013, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/MCordoneRosello/abril/G_L_G_167_L_XLVII.pdf.

derechos fundamentales vinculados con dicha área, en función del carácter capital de la dignidad humana, es propiciada enfáticamente por este Ministerio Fiscal y por V.E., como también lo es la supremacía y normatividad de nuestra ley mayor. A este respecto, la primera característica de los derechos y deberes ínsitos en el sistema de los derechos humanos, es que no se trata de meras declaraciones, sino de normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (v. Fallos: 335:452, considerando 10°). Asimismo, las eventuales violaciones en este orden de derechos, deben evaluarse con la mayor atención (...).²¹

Asimismo, respecto de la obligación que pesa sobre el Estado argentino respecto del mayor grado de salud posible, indicó que:

“(...) es claro que el régimen infra-constitucional que rige la estructura de salud no estableció ni establece, expresa o implícitamente, la provisión gratuita aquí reclamada (v. leyes nacionales 23.660, 23.661, 24.754, 25.673 Y 26.682, los decretos y resoluciones vinculados [especialmente el nomenclador del PMO]). No puede hablarse, pues, de una obligación de hacer cumplir las leyes dictadas en orden al disfrute del más alto grado de salud posible, ni de la infracción por omisión que conllevaría el desconocimiento de dichas reglas positivas (OG N° 14, parág. 49)(...)”.²²

Por otro lado, en relación con lo indicado respecto a la “salud reproductiva”, la Procuradora Fiscal ante la CSJN recordó que en la Conferencia de El Cairo y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, se sostuvo que:

“(...) coloca a los derechos reproductivos en un plano de interdependencia entre ‘...ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en la leyes nacionales, en

21. Con remisión a: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, del 11 de agosto de 2000, párr. 61.

22. En esta línea, agregó que: “(...) desde la Declaración Universal de Derechos Humanos -que reconoció expresamente el derecho a la salud-, la comunidad de naciones ha abordado paulatinamente y con creciente interés, diferentes aspectos de la salud sexual y reproductiva, desde el ángulo de los derechos humanos (entre otras reuniones, en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán [1968]; la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos [Viena, 1993]; las Conferencias Internacionales sobre la Población y el Desarrollo [CIPD] de Belgrado [1965], de Bucarest [1974], de México [1984], de El Cairo [1994] y de Nueva York [1999; CIPD+5]; las Conferencias Mundiales sobre la mujer de México [1975], Copenhague [1980], Nairobi [1985, cuyas ‘Estrategias ... orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer’, hizo suyas la Asamblea General de la ONU en la resolución del 13 de diciembre de 1985 - AJRES/40/108-] y Beijing [1995]; los procesos de seguimiento y revisión del Plan de Acción de El Cairo [Cairo+ 10, año 2004; y Cairo+15, año 2009] y de la Plataforma de Acción de Beijing [Beijing+5, Nueva York, año 2000; Beijing+10, Nueva York, año 2005]; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [Río de Janeiro, 1992; Agenda 21, esp. Secc. I, cap. 5]; The Glen Cove Meeting: ‘Human rights approaches to women’s health with a focus on sexual and reproductive health and rights’ [Glen Cove, Nueva York, 1996]; el 50° Encuentro, ‘Día de Discusión General sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva’, convocado por el CDESC, como parte de los trabajos preparatorios para la elaboración de una Observación General sobre los arts. 12 y 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Ginebra, 15 de noviembre de 2010; E/C.12/2010/SR.50]; la Cumbre del Milenio [Nueva York, septiembre de 2000; v. ‘Declaración del Milenio’ y ‘Objetivos de Desarrollo del Milenio’-MDGs-, esp. Objetivo N° 5 ‘Mejorar la salud materna’]; la Cumbre Mundial 2005 [Nueva York, 14 al 16 de septiembre]; la Reunión de alto nivel sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2008 [Nueva York, 25 de septiembre de 2008]; la Cumbre Mundial de 2010 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio [MDGs; v. su plan de acción mundial ‘Cumplir la promesa: unidos para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio’, y las iniciativas que dan un espacio propio a salud de las mujeres y los niños ‘Every Woman Every Child’, así como el MDGs Report 2012 -esp. Objetivo N° 5: Mejorar la salud materna; p. 32 o 39-J; la 57° Asamblea Mundial de la Salud de la OMS [WHA5712004/REC/1; Ginebra; 17 al 22 de mayo de 2004; Doc. A57/13; Anexo 2 ‘Salud reproductiva’ del 15 de abril de 2004]).”

los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso...' (cap. VII, 7.3.). Los ubica, asimismo, en el contexto del capítulo reservado a los principios, cuyo encabezado afirma que 'cada país tiene el derecho soberano de aplicar las recomendaciones contenidas en el Programa de Acción de conformidad con sus leyes nacionales y con sus prioridades de desarrollo, respetando plenamente los diversos valores religiosos, éticos y culturales de su pueblo, y de forma compatible con los derechos humanos internacionales universalmente reconocidos' (v. cap. VII, parág. 7.1 y cap. II, primer párrafo) (...)"

Además infirió que:

"(...) la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, renuevan y consolidan -con perspectiva de género- los consensos internacionales previos, en pos de las metas mundiales de igualdad, desarrollo y paz en tomo a las mujeres, como del afianzamiento del papel de estas. Entre sus objetivos estratégicos están los de 'fomentar el acceso de la mujer durante toda su vida a servicios de atención de la salud y a información y servicios conexos adecuados, de bajo costo y de buena calidad' (objetivo C.1); 'fortalecer los programas de prevención que promueven la salud de la mujer' (objetivo C.2); 'tomar iniciativas en que se tenga en cuenta el género para hacer frente a las enfermedades de transmisión sexual, el VIH/SIDA y otras cuestiones de salud sexual y reproductiva' (objetivo C.3); 'promover la investigación y difundir información sobre la salud de la mujer' (objetivo C.4); y 'aumentar los recursos y supervisar el seguimiento de la salud de las mujeres' (objetivo C.5). Nuevamente, el estudio de los respectivos textos, permite concluir que ellos se alinean con el resto de los documentos producidos en punto a la eliminación de situaciones extremas y a la progresividad hacia una realización plena (v. esp. parág. 89, 94/99, Y 106/111) (...)"

En esta línea, consideró que:

"(...) se insiste en la visión de género y en la interpretación de las normas convencionales sobre salud sexual y reproductiva en el plano de los derechos humanos, e, incluso, se alude al disfrute de los beneficios del progreso científico, en los términos del arto 15.1.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Pero también se dan por sentadas la noción de gradualidad y la necesidad de distinguir el centro mínimo obligacional (*core minimum obligations*), en orden al monitoreo del cumplimiento de los tratados por parte de los Estados, sin que pueda inferirse que la gratuidad de este tipo de técnicas complejas a cargo de las obras sociales o las empresas de medicina prepaga integre dicho

núcleo mínimo, como sí lo harían las acciones relacionadas con el combate de la mutilación genital, la esterilización inconsulta, el HIV/SIDA o el cáncer (...)."

Asimismo, indicó que:

"(...) la solución que propicio coincide -en el punto específico sometido a juzgamiento- con lo dispuesto en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dada el 28 de noviembre de 2012, en el caso contencioso 'Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica' (...)."

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

"(...) la cobertura gratuita de las técnicas de alta complejidad en reproducción humana, a cargo de obras sociales y empresas de medicina privada, excede del plano de las garantías mínimas que el Estado tendría obligación de salvaguardar inmediatamente, de modo que los jueces no están autorizados a imponerla por encima de las cláusulas contractuales o estatutarias que rigen las relaciones con los afiliados. Es que esa barrera fáctica -referida, por de pronto, al ámbito no estatal-, si bien interfiere con una opción reproductiva personal, no alcanza a configurar una circunstancia imperiosa que pueda comprometer profundamente la vida en sentido biológico, ni comporta una condición de sumo desamparo, tal como lo concibe V.E. (cfr. Fallos: 335:452, considerando 12). Tampoco alude a textos legales susceptibles de aplicación extensiva en orden a sus finalidades, ni se ha demostrado que corresponda catalogarla como regresiva. Por ende, el caso no puede asimilarse a otros supuestos de límites a los derechos fundamentales en los que esta Procuración dictaminó favorablemente, en especial, el de la causa S.C. C. N° 505; L. XLVI 'C., L. M. Y otro c/ OSDE si amparo', donde el empleo de la técnica ICSI tenía por objetivo evitar el contagio del HIV/SIDA que padecía el actor (...)."²³

Sentencia de la CSJN (2014)²⁴

En su sentencia del 27 de mayo de 2014, la CSJN declaró abstracta la cuestión y revocó la sentencia apelada.

23. "C., L. M. y otro c/ OSDE s/ Amparo", C, 505, XLVI, de 14/07/2011, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2011/MBeiro/julio/C_L_C_505_L_XLVI.pdf.

24. G. 167. XLVII. REX, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7116331>.

Síntesis

El caso versó sobre la inscripción filial de un niño nacido a través de la técnica de vientre subrogado. La Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, desestimó las demandas que tenían por objeto que se desplace del estado de madre a M.A.G.P. respecto de la niña H.M.F., nacida el 17 de octubre de 2016, y se emplace como progenitores por técnica de reproducción humana asistida (TRHA) a los señores R.R.F. y D.H.R., de forma de darle valor a su voluntad procreacional.

Contra ese pronunciamiento, la parte actora y la demandada de manera conjunta y el defensor público tutelar interpusieron recursos extraordinarios que fueron contestados y denegados, lo que motivó las quejas que el Procurador Fiscal ante la CSJN analizó de forma conjunta.

La parte actora y la demandada consideraron que existía cuestión federal pues se hallaba en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión había sido adversa a sus pretensiones. Alegaron que, en función del principio de legalidad (art. 19, CN), debía entenderse que la gestación por sustitución se encontraba permitida ya que no estaba expresamente prohibida en el ordenamiento jurídico.

Resaltaron que la filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las TRHA, en los casos que solo puede concretarse a través de la gestación por sustitución, implicaba el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia, desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo científico y tecnológico. Asimismo, adujeron que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, incluyó dentro de estas técnicas al “útero subrogado”.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 22 de marzo de 2023 el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que correspondía admitir las quejas, declarar procedentes los recursos extraordinarios, revocar el pronunciamiento recurrido en los términos y con el alcance señalado en su dictamen, y remitir la causa al tribunal de origen, a sus efectos.

En este sentido, indicó sobre el derecho a la salud que:

25. “Recurso Queja N° 1- F., R. R. y otro c/ G. P., M. A. s/ impugnación de filiación”, CIV 33409/2017/1/RH1, de 22/3/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2023/VAbramovich/marzo/Recurso_Queja_CIV_33409_2017_1RH1.pdf

“(…) la gestación por subrogación es una de las prácticas contempladas por la ley 26.862 entre las técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 8 impone al sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, y demás entidades de servicios de salud, incorporar ‘como prestaciones obligatorias’ para sus afiliados o beneficiarios ‘la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación’ (…)”.

Respecto del glosario de la Organización Mundial de la Salud, sostuvo que:

“(…) la gestación por subrogación se encuentra incluida dentro de las técnicas de reproducción asistida, en tanto allí se menciona expresamente al ‘útero subrogado’ (…)”.

Asimismo, en cuanto al elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, indicó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que:

“(…) puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud. Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente (…)”.

Agregó que:

“(…) la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 prevén que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado, el que puede ser revocado antes de producirse la implantación del embrión en la mujer (art. 7, ley 26.862). Este consentimiento debe documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de la voluntad y se aplican en lo pertinente, las disposiciones de la Ley 26.529 de Derechos

del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud y la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales (art. 7, dec. reglamentario). En este sentido, la ley 26.529 y su decreto reglamentario 1089/2012 prevén que el consentimiento informado será verbal –salvo las excepciones allí previstas–, debiendo el profesional tratante asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó aquel (art. 7 dec. reg. 1089/2012 (...)).

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“(...) resta determinar en este proceso, con el grado de rigor requerido, las condiciones en que la gestante ha prestado su consentimiento completo, oportuno, libre e informado. A tal fin estimo que M.A. debe asumir la condición de parte y resultar debidamente escuchada sobre estas circunstancias específicas (...)”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

S., E. R. y otro c/ Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ amparo de salud²⁶

Síntesis

En el caso la amparista solicitó a su Obra Social (Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal) a la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad, fertilización *in vitro* (en adelante FIV) en el cuerpo de la gestante solidaria, “N.V.”

Está última prestaba su consentimiento informado y declaración jurada acerca de que el sometimiento a la técnica se daba en forma solidaria, ya que la amparista había sido intervenida a una histerectomía años atrás. Por lo tanto, el Juzgado de primera instancia hizo lugar al amparo y condenó a la Obra Social a brindar a los actores la cobertura integral de la FIV.

Contra esa resolución, la Dirección interpuso recurso de apelación. Así la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, remitiendo al dictamen de la Fiscalía General, revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal sostuvo que ni la ley de “Reproducción Médicamente Asistida” — Ley N° 26.862 — ni su decreto reglamentario 956/2013 prevén la de forma expresa la

26. “S., E. R. y otro c/ Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ amparo de salud”, CCF 1152/2021/CS1, del 25/04/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2023/VAbramovich/abril/S_E_R_CCF_1152_2021_CS1.pdf.

posibilidad de realizar un tratamiento de alta complejidad mediante gestación por sustitución.

Con arreglo a lo dispuesto por el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), el Tribunal expuso que el legislador estableció que el punto de partida de toda filiación es el vientre de quien “da a luz”, con presciencia del nexo genético y de la voluntad procreacional.

Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso extraordinario que, contestado, fue concedido por la cuestión federal planteada y rechazado por la causal de arbitrariedad de sentencia.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 25 de abril de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, opinó que correspondía declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, revocar el pronunciamiento recurrido y remitir la causa al tribunal de origen para que dictara una nueva sentencia conforme a derecho.

En primer lugar, analizó la procedencia del recurso extraordinario, y consideró que era formalmente admisible toda vez que se postulaba que la interpretación del art. 562 del CCCN efectuada por el *a quo* era violatoria de derechos y garantías constitucionales, en particular, de los derechos a la igualdad y no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a formar una familia y a su protección.

También argumentó que:

“(…) a la vez que se ha puesto en cuestión la interpretación de normas de carácter federal —ley 26.862, decreto 956/2013— y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 329:5266, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual” y sus citas; Fallos: 343:1037, “Puig”, cons. 4; CSJN en la causa CSJ 2262/2017/CS1, “S., A. M. y otro c/ Swiss Medical SA s/ medida cautelar innovativa”, sentencia del 17 de diciembre de 2019, que remite al dictamen de esta Procuración General) (...)”.

Sobre el fondo de la cuestión, precisó que el tema en debate era estrictamente la cobertura de la FIV en el cuerpo de la gestante solidaria y en caso afirmativo, si correspondía a la luz de la Ley N° 26.862 y su decreto reglamentario, si la entidad demandada debía cubrir o no el procedimiento de gestación por sustitución.

En cuanto a la legalidad de la gestación por sustitución el Procurador Fiscal argumentó que:

“(…) encuentran adecuada respuesta en el dictamen de esta Procuración General del 27 de agosto del 2020 en la causa CIV 14153/2017/CS1, “S.T., V. s/ inscripción de nacimiento”, a cuyos términos y consideraciones cabe remitir, en lo pertinente (...) allí se opinó que una mirada sistemática sobre nuestro ordenamiento jurídico revela que, si bien la gestación por subrogación no ha sido regulada aún por el legislador nacional, tampoco ha sido prohibida (...)”.

También se refirió a otros aspectos esenciales de la FIV y precisó que el CCCN reconoce tres fuentes del vínculo jurídico de filiación: la natural (mediante el hecho biológico de la procreación), la adopción y las técnicas de reproducción asistida. Además, destacó que:

“(…) de los términos literales de las normas que integran el capítulo II “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida”, del Título V “Filiación”, del Libro Segundo “Relaciones de Familia”, que regula la filiación de los niños y niñas nacidos a partir de técnicas de reproducción humana asistida, no se desprende una prohibición de ese procedimiento, ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización. Asimismo, se señaló que ni de la redacción del artículo 562 ni de la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de la gestación por subrogación para un momento posterior, puede inferirse una regla de proscripción de la técnica. Por el contrario, una postura de esa naturaleza debió ser formulada en la legislación de forma expresa y directa. Se afirmó que, al ser la gestación por subrogación una práctica que hasta el momento carece de reglamentación específica, de acuerdo con el principio de reserva estipulado en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional debe entenderse que se encuentra permitida (Fallos: 335:197, “F.A.L.” (...))”.

Advirtió el Procurador que es el único procedimiento del que dispone en la actualidad la ciencia médica para que las personas y las parejas de igual o distinto sexo sin capacidad de gestar, puedan tener hijos, por lo que su elección atañe a la esfera de la autonomía personal. Por ello, indicó que:

“(…) debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de seguridad y certeza que le brinda el orden jurídico (art. 19, Constitución Nacional; art. 11, CADH; Fallos: 338:556, “D., M.A.”; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrs. 142 y 143; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “S.H. y otros c. Austria”, sentencia del 3 de noviembre de 2011, párr. 82). En este sentido, las decisiones relativas a la procreación configuran

cuestiones centrales de la esfera privada familiar relacionadas con la autonomía de una persona, pues involucran las elecciones más íntimas y personales que puede hacer en su vida (cfr. Corte Suprema de Estados Unidos, “Lawrence et al. c. Texas”, sentencia del 26 de junio de 2003, 539 U.S. 558, 573-74) (...).”

Infirió que el principio de reserva es concordante con el principio de legalidad en materia de restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades. Asimismo, entendió que:

“(...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten no queden al arbitrio del poder público, sino que deben estar rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona. Entre ellas, exige que las limitaciones se establezcan por una ley formal (OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 22 y 23) (...).”

Bajo esas premisas, el Procurador Fiscal concluyó que no existe en el ordenamiento legal argentino ninguna norma que, de acuerdo con las pautas constitucionales de accesibilidad y previsibilidad referidas, establezca de modo claro y preciso la prohibición de la gestación por subrogación e impida determinar la filiación de los niños nacidos a partir de esta técnica a favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional.

Con relación a la cobertura de la gestación por subrogación opinó que es una de las prácticas contempladas por la Ley N° 26.862 entre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Y por ello argumentó que:

“(...) el artículo 8 impone al sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, y demás entidades de servicios de salud, incorporar “como prestaciones obligatorias” para sus afiliados o beneficiarios “la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación (...).”

También citó normativa correspondiente a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y dictámenes de la Procuración General de la Nación con igual criterio. De ese modo explicó que:

“(…) la ley 26.862 ordena la inclusión de los procedimientos y técnicas que la OMS define como de reproducción médicamente asistida dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO) y deja librada a la reglamentación de la autoridad de aplicación la determinación de los criterios y modalidades de cobertura. Es decir, que la ley incorpora a su texto — por reenvío— a las técnicas que la OMS define como de reproducción médicamente asistida e incluye estos procedimientos en el PMO. La norma solo habilita a la autoridad de aplicación a regular la cantidad, frecuencia, criterios y alcance — porcentaje o copago— de cobertura, pero nunca a quitar una técnica reconocida e incorporada por el propio texto de la ley (...)”.

Finalmente se refirió a la relación estrecha que existe entre la voluntad procreacional y el consentimiento informado del paciente, que se presentan como el elemento subjetivo y objetivo de la procreación asistida.

Con cita del caso “I.V. vs. Bolivia” de la Corte IDH, los artículos 560 y 561 del CCCN, la Ley N°26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 y la Ley de Derechos del Paciente — Ley N° 26.529 — en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud y su decreto reglamentario 1089/2012, que establecen las pautas básicas sobre el modo y el tiempo en que debe presentarse el consentimiento informado, el Procurador Fiscal concluyó que:

“(…) En cuanto al elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, el referido tribunal resaltó que puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud. Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente (párr. 185) (...)”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

III. DERECHO A LA SALUD VS. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y AUTONOMÍA PERSONAL

 **Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias**²⁷

Síntesis

El caso versó sobre, por un lado, la restricción al derecho a disponer del propio cuerpo y a la libertad religiosa de Albarracini Ottonelli, y, por otro, la preservación de la vida y la salud (arts. 14, 19, 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la decisión de la anterior instancia que autorizaba a realizar a Pablo Albarracini Ottonelli una transfusión de sangre y denegó la medida cautelar solicitada en tal sentido por su progenitor.

Contra esa decisión, la actora dedujo recurso extraordinario federal, que fue denegado respecto de la arbitrariedad alegada, y concedido por la cuestión federal fundada en el art. 14 de la ley 48.

Dictamen de la PGN (2012)

En su dictamen del 1º de junio de 2012, el Procurador General de la Nación interino, Luis Santiago González Warcalde, consideró que correspondía ordenar la práctica médica tendiente a salvaguardar la vida de Albarracini Ottonelli, en la medida en que el informe médico que aun estaba pendiente al momento de dictaminar, lo indique como indispensable. En primer lugar, respecto de la admisibilidad formal del recurso, sostuvo que:

“(…) en tales condiciones existe, sin duda, una cuestión federal en los términos del artículo 14 de la ley n° 48 (Fallos: 319:1363; entre otros). Y sin perjuicio del cauce conferido por la Cámara Civil al recurso, según se detalló supra, lo cierto es que también, y porque en estos términos debería plantearse el debate, V.E. se encuentra habilitada a tratar las cuestiones vinculadas con la alegación de arbitrariedad (…)”.

En segundo lugar, sobre el fondo del asunto, indicó que:

“(…) el artículo 11 de la ley 26.529, transcrito por la *a quo*, establece que ‘Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud,

27. “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”, A, 523, XLVIII, de 1/06/2012, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2012/GWarcalde/junio/Albarracini_Nieves_A_523_L_XLVIII.pdf.

pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes' (...) en las directivas (...) suscriptas por Pablo Albarracini Ottonelli (...) expresa que es testigo de Jehová y que no acepta transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarle la vida (...)"

Agregó que:

"(...) éste es el presupuesto necesario para la aplicación del artículo 11 citado, la Cámara Civil entendió que otorga plenos efectos jurídicos a partir de la sanción de la ley citada y que estas directivas deben ser respetadas dando prioridad a la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, aun cuando en este caso -sostiene el tribunal- las manifestaciones del padre del paciente vuelve relativo este 'testamento vital' con base en 'su relación oscilante en la práctica de su creencia religiosa'. Y agrega en este sentido que no se advierte que haya transcurrido un largo lapso desde que se celebrara este acto (...) por lo que no hay ningún elemento que lleve a la alzada a considerar 'que pudo haber mediado algún cambio en la idea religiosa del paciente', porque de haber existido intención de modificarlo lo hubiera revocado (...)"

En tercer lugar, respecto de la ponderación entre el derecho a la salud y la libertad de religión y autodeterminación de las personas, indicó que:

"(...) sin desconocer que hubo una manifestación expresa y teniendo en cuenta que ésta es fruto de una convicción religiosa, lo cierto es que, en este trance, resultaría relevante oír los pareceres de sus seres queridos. Pero hete aquí que, por un lado, la cónyuge y las personas a quienes el interesado designó como representantes en esta situación, y por el otro, el padre del paciente, se arrogan la interpretación de la voluntad del nombrado, incapaz de expresarse, trasuntando exigencias contradictorias: unas rechazando la transfusión y otro demandándola (...)"

En esta línea, sostuvo que:

"(...) desde otro punto de vista y puesto que no sabemos cuál es actualmente su voluntad ante una situación de vida o muerte como la que está atravesando, resulta relevante que los médicos intenten salvarle la vida aun por medio de la técnica en debate. Porque más allá de la prohibición religiosa, lo cierto es que se trata de una

intervención menor y que de por sí no parece indicar una crueldad terapéutica. Y además, puesto que el Estado asume la responsabilidad de intentar salvar su vida, queda desplazada, en su inconsciencia, su propia responsabilidad ante el credo al que dijo pertenecer (...).”

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“(...) el Estado retiene cuatro intereses fundamentales respecto de las decisiones médicas que deben adoptarse en estas situaciones, a saber: 1) la preservación de la vida; 2) la prevención del suicidio; 3) la protección de terceras personas inocentes; y 4) el mantener la integridad ética de la profesión médica (...).”

Sentencia de la CSJN (2012)²⁸

En su sentencia del 1° de junio de 2012, la CSJN declaró formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y confirmó el pronunciamiento apelado.

D.M.A. s/ Declaración de incapacidad²⁹

Síntesis

En el caso se abordó la colisión entre, por un lado, el derecho a la vida, y, por otro, el derecho a la autonomía personal.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén dejó sin efecto la sentencia que había rechazado la pretensión de las representantes de M.A.D. para que se ordene la supresión de la hidratación y la alimentación, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantenía con vida en forma artificial.

Por su parte, el *a quo* resolvió que esa petición se encuentra comprendida en la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, y, por lo tanto, no requería autorización judicial. Para así decidir, consideró que: un sujeto puede en determinadas circunstancias adoptar decisiones que tengan como fin previsible la culminación de su vida en tanto se trata de cuestiones que se encuentran dentro de la zona de reserva que asegura el derecho a la autonomía personal.

28. CSJN, Fallos: 335:799, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6921431>.

29. “D.M.A. s/ Declaración de incapacidad”, D, 376, XLIX, de 9/04/2014, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2014/AGilsCarbo/abril/DMA_D_376_L_XLIX.pdf.

Señaló que en esa zona de reserva el individuo es dueño de hacer elecciones sobre su propia vida sin intromisión del Estado en tanto no afecten la moral, el orden público ni a terceros. Aseguró que esas decisiones libres hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Contra esa sentencia, el curador *ad litem* y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron recursos extraordinarios, que fueron concedidos por el Tribunal *a quo*. El curador *ad litem* sostuvo que la sentencia resultaba arbitraria en tanto prescinde de pruebas conducentes y aplicó “erróneamente” el derecho vigente, así como también se apartó de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral.

Entre sus agravios, alegó que: a) el *a quo* no valoró las pericias médicas de las que surgían que el paciente no padecía una enfermedad terminal, sino que se encontraba en estado vegetativo permanente; y b) la Ley N° 26.529, modificada mediante la Ley N° 26.742, es inaplicable al caso en tanto exige que el paciente se encuentre en estado terminal para autorizar el retiro de la hidratación y la alimentación.

Por su parte, el representante del Ministerio Público de Incapaces alegó: a) que la Ley N° 26.529, modificada mediante la Ley N° 26.742, fue aplicada en forma retroactiva; por consiguiente, los jueces incurrieron en un exceso de jurisdicción –cfr. Código Civil, art. 3–; b) que la mencionada ley resultaba inaplicable al caso en tanto la paciente no se hallaba en una situación terminal; y c) que el paciente no expresó su voluntad respecto del retiro del soporte vital.

Dictamen de la PGN (2014)

En su dictamen del 9 de abril de 2014, la entonces Procuradora General de la Nación, Alejandra Magdalena Gils Carbó, consideró que correspondía declarar formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y confirmar la sentencia apelada. En relación con el derecho a la salud, sostuvo que:

“(…) En el sistema internacional de protección de derechos humanos se reconoció que el derecho a la salud comprende el derecho al consentimiento informado; esto es, el derecho del paciente a participar; en forma informada, en la adopción de decisiones sobre su salud. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dictó la Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (220 período de sesiones, 2000). Allí el Comité de Naciones Unidas precisa que ‘el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el

derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales’ (párrafo 8). Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental precisó que ‘[e]l derecho a consentir un tratamiento incluye también el derecho a denegarlo, por aconsejable que parezca’ (ONU, Asamblea General, 10 de agosto de 2009, Doc. AJ64/272, párrafo 28) (...)”.

Por otro lado, respecto de lo resuelto por el representante del Ministerio de Incapaces, indicó que:

“(...) esos planteos no deben prosperar en tanto el apelante no demostró la arbitrariedad de la decisión del tribunal de aplicar en forma inmediata las leyes 26.529 y 26.742 a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Para más, no probó la existencia de derechos definitivamente consolidados que fueran vulnerados por esa aplicación en violación del artículo 3 del Código Civil” (...)”.

Por último, concluyó que:

“(...) la interpretación de la norma de acuerdo con su texto es la que mejor satisface la finalidad de la ley 26.742, esto es, respetar y garantizar la libertad personal permitiendo que el paciente decida, a partir de sus propias convicciones personales, la aceptación o el rechazo de determinados tratamientos médicos y biológicos. Tanto en el caso en el que el paciente decide por sí mismo, como en el que decide a través de sus representantes, lo determinante es que sus propias preferencias guían la adopción de decisiones acerca de su salud. A su vez, ello coadyuva a la protección de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales que fueron citados en la sección anterior y a la interpretación que han adoptado los organismos internacionales de protección de derechos humanos, según la cual la libertad del paciente para aceptar o rechazar tratamientos médicos forma parte de su derecho a la autonomía personal, a la dignidad, a la intimidad e, incluso, a la salud. En la citada causa registrada en Fallos: 335:799, la Corte Suprema juzgó en un caso donde estaba acreditado que el paciente se hallaba en estado crítico, pero no terminal, que ‘los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada’ (considerando 16). El Tribunal fundó esa decisión principalmente en la garantía prevista en el artículo 19 de la Constitución Nacional (...)”.

Sentencia de la CSJN (2015)³⁰

En su dictamen del 7 de julio de 2015, la CSJN declaró parcialmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y confirmó la sentencia apelada en cuanto debía descartarse el agravio de arbitrariedad invocado.

N, G. A. y su hijo B. A. y otro c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986³¹

Síntesis

En el caso se abordó la autorización del cultivo de plantas de cannabis con fines medicinales para suministrarle a un menor que padecía una grave enfermedad.

En primera instancia se le hizo lugar al amparo presentado por la actora; sin embargo, la Sala II de la Cámara Federal de Salta revocó la sentencia. Para así decidir, consideró que la conducta materia de autorización comprometía el interés público, al encontrarse prohibida mediante el art. 5, inc. a) de la Ley N° 23.737³² modificatoria del Código Penal.

A su vez, la Cámara sostuvo que durante el trámite de la Ley N° 27.350³³ no se había llegado a un acuerdo sobre la regulación y despenalización del autocultivo. Dedujo de ello que había sido decisión expresa del legislador mantener la prohibición prevista en la Ley N° 23.737. Por último, indicó que, dada que la cantidad autorizada era de doce plantas adultas y cuarenta plantines, no podía descartarse una finalidad distinta del consumo personal, en exceso del ámbito de protección delineado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arriola”.

Contra esa decisión, los accionantes interpusieron recurso extraordinario. Argumentaron que se encontraban en juego las garantías constitucionales a la libertad, a la vida y a la salud, consagradas en el art. 19 de la Constitución Nacional. Indicaron, también, que el fallo realizaba una interpretación de los alcances de la Ley N° 23.737 contraria a la doctrina sentada en el precedente “Arriola”.

Se agravieron también porque la decisión privó al niño del único tratamiento que le ha permitido vivir sin dolor. Cabe destacar que los actores habían demostrado, a través de informes médicos, que el tratamiento con derivados del cannabis había propiciado numerosas mejoras en la salud del niño.

30. CSJN, Fallos: 338:556, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7234801>.

31. “N, G. A. y su hijo B.A. y otro c/ Estado Nacional s/ Amparo ley 16.986”, FSA 21814/2017, de 14/05/2021, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2021/VAbramovich/mayo/N_G_FSA_21814_2017_CS1.pdf.

32. Ley 23.737 “Código Penal”, sancionada el 21/09/1989, y promulgada de hecho el 10/10/1989.

33. Ley 27.350 “Investigación médica”, sancionada el 29/03/2017.

Dictamen de la PGN (2021)

En su dictamen del 14 de mayo de 2021, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada, y poner en conocimiento al Ministerio de Salud de la Nación. Entre sus fundamentos, sostuvo que:

“(…) cabe al Estado la obligación de brindar especial protección al interés superior del niño, derecho que merece el más alto reconocimiento normativo (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional; art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 24.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10.3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos). También constituye un imperativo estatal impostergable asegurar la salud de los niños con discapacidad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) así como la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública prioritaria del país (dictámenes de esta Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 327:2127, ‘Martin’ y 327:2413, ‘Lisfschitz’) (…)”.

En esa línea, indicó que:

“(…) en el ámbito del derecho a la salud, el deber del Estado de suministrar cuidados paliativos con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas, mediante el alivio del dolor, de los síntomas y del sufrimiento asociados a enfermedades (ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53 del 1/2/2013, párrs. 53 y 86; Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, A/HRC/30/43 del 13/8/2015, especialmente, párrs. 42 y 43, 115, 131 y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, arts. 6, 12 y 19). En esta esfera, resultan especialmente importantes los cuidados paliativos pediátricos como componente obligatorio de los servicios de salud infantil (ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/70/213 del 30 de julio de 2015, párrs. 48, 51 y 52; Comité de Derechos del Niño, Observación General 15, 17 de abril de 2013, párr. 2 y 25) (…)”.

Por otro lado, respecto del principio de reserva contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional señaló que:

“(…) impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, tutela que a su vez se encuentra en los textos de diversos tratados internacionales incorporados al bloque constitucional (arts. 19 y 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; arts. 11 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (...)”.

Así, agregó que:

“(…) con fundamento en dicho artículo, la Corte Suprema ha resuelto en innumerables precedentes el valor de la autodeterminación de la persona humana, no sólo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de ésta para la toma de decisiones libres vinculadas a sí misma, lo cual comprende (...) la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas a la propia persona. Ha destacado también que la intromisión en ese ámbito de libertad sólo podrá justificarse por ley, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 335:799, ‘Albarracini’) (...)”.

Asimismo, remitió al caso “I.V. vs. Bolivia”³⁴ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, sostuvo que el Tribunal resolvió que:

“(…) ni el Estado ni terceros ni la comunidad médica deben actuar mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud (‘Caso I.V.’, sentencia del 30 de noviembre del 2016, párr. 163). Destacó también que ‘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’ (párr.155) (...)”.

En virtud de estos argumentos, concluyó que correspondía autorizarse el cultivo domiciliario de cannabis con fines terapéuticos y paliativos solicitados por la actora. Por lo tanto, consideró que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

34. Corte IDH, caso “I.V. vs. Bolivia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C n° 239.

IV. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA

Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)³⁵

Síntesis

El caso versó sobre un planteo de inconstitucionalidad de la Ley N° 24.754 de “Medicina Prepaga”.³⁶ El Hospital Británico de Buenos Aires interpuso un amparo contra el Estado Nacional por considerarla contraria a las garantías consagradas por los arts. 14, 17, 28 y 33 de la Constitución Nacional.

Por su parte, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, para hacer lugar al amparo, consideró que la obligación que se les imponía a las empresas de medicina prepaga de cubrir riesgos de compleja cobertura institucional que establecía la ley cuestionada, implicaba un aumento del costo en la contratación que colocaba a las prestatarias en situación poco favorable para competir con entidades como las obras sociales. Entre sus argumentos, la Cámara sostuvo que la ley afectaba la libertad de contratar y de ejercer una actividad lícita.

A su vez, la Cámara Federal denegó los recursos extraordinarios deducidos por la representante del Ministerio Público Fiscal y por el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social). Contra ese pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso previsto por el art. 14 de la ley 48, cuya denegación motivó la presentación de la queja.

Entre sus agravios, alegó que: a) se puso en tela de juicio la interpretación de una norma federal, la Ley N° 24.754; por lo tanto, la sentencia reviste gravedad institucional, desde que puede afectar la prestación de un servicio de salud, desvirtuando un sistema estructurado en torno a la responsabilidad compartida de Estado, obras sociales y entidades de medicina prepaga; b) que el fallo fue dictado por un tribunal incompetente, puesto que la actora no resultaba alcanzada por las previsiones de las Leyes N° 23.660 y 23.661; y por no constituir una derivación razonada del derecho vigente, apartarse de las constancias de la causa y no examinar el contenido de las normas invocadas como sustento de las defensas deducidas, lo que vulneraba las garantías del debido proceso y la defensa en juicio receptadas por el artículo 18 de la CN.

Dictamen de la PGN (2000)

En su dictamen del 29 de febrero de 2000, el entonces Procurador General de la Nación, Nicolás

35. “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, H, 90, XXXIV, de 29/02/2000, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2000/becerra/feb/hospital_britanico_h_90_l_xxiv.pdf.

36. Ley 24.754 “Medicina prepaga”, sancionada 28/11/1996, y promulgada de hecho el 23/12/1996.

Becerra, consideró que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Entre sus argumentos, sostuvo que la cuestión de fondo se circunscribía a determinar si la obligación impuesta a las obras sociales mediante la Ley N° 24.754, que había extendido a las entidades de medicina prepaga³⁷ vulneraba preceptos constitucionales. En este sentido, indicó que:

“(…) el artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna -que confirió jerarquía constitucional a numerosos documentos internacionales en materia de derechos humanos- vino a introducir de manera explícita -vía, por ejemplo, el artículo 12, punto 2, ítem c), del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. ley 23.313)- la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la ‘prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...’ (cfse., además, los artículos 25, párrafo 1°, de la ‘Declaración Universal de los Derechos Humanos’; IX de la ‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’ y 10° del ‘Protocolo de San Salvador’, en especial, su apartado 2, ítems b), c) y d); entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia)” (...).”

Respecto de la Ley N° 24.754, sostuvo que:

“(…) vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y el la dignidad personal deben entenderse entre las señeras del ordenamiento, como, por otra parte -insisto- lo dejaron establecido, por medio del artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma (...).”

Respecto de la actividad de las empresas de medicina prepaga y su relación con el derecho a la salud, indicó que:

“(…) V.E. con insistencia ha señalado que nuestra Ley Suprema no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar de la Nación, cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo (Fallos: 311:1565 y 315:852). Y también que el Estado tienes facultades para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio

37. Ley 24.455 “Obras sociales”, sancionada el 8/02/1995, promulgada el 1/03/1995, y publicada en el B.O. del 8/03/1995.

de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo; marco en el cual tienen fácil cabida todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad, sin otra valla que la del artículo 28 de la Constitución Nacional (...)"

Agregó que:

"(...) es que el derecho a la salud -que no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil- penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi públicas, correlato de lo cual resultan normas como la analizada, que pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias (artículos 14, 28 y 75, incisos 18 y 32, de la C.N.), asentir a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales -las entidades de medicina prepaga- y a recientes o potenciadas patologías (...)"

Asimismo, con remisión al precedente "Fojo"³⁸ de la CSJN, sostuvo que:

"(...) la intervención por vía de reglamentación -ha admitido V.E.- puede contemplar que una actividad se inicie como mayormente privada y se transforme en el curso de su evolución en una que afecte a intereses dignos de regulación previsoras; tesis a la que el Tribunal ha asentido, incluso, en hipótesis más extremas que ésta, señalando, aún, que el examen de esa apreciación resulta ajeno al cometido propio de los tribunales de justicia (...)"

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

"(...) en ese marco es que entiendo, en consecuencia, que la ley 24.754 incisos 22 y 23, de la Carta Magna - ha sido dictada en ejercicio del Poder de Policía del Estado que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Máximo Tribunal, '(...) se justifica por la necesidad de la defensa y afianzamiento de la moral, la salud y la conveniencia colectiva o el interés económico de la comunidad (...)' (v. Fallos: 308:943 y sus citas, entre otros) (...) Cu[a]ndo se trata de sujetos obligados del derecho a la salud, incumbe a los mismos someterse a las regulaciones razonables que dicten los órganos del Estado y, a mi entender, no se ha demostrado en la causa que los medios arbitrados por la ley 24.754 no guardan relación con los propósitos perseguidos, ni sean desproporcionados con respecto a éstos (...)"

38. CSJN, Fallos: 315:952, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3421>.

Sentencia de la CSJN (2001)³⁹

En su sentencia del 13 de marzo de 2001, la CSJN hizo suyos los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen del Procurador General de la Nación; por lo tanto, declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto el fallo apelado y rechazó la demanda de amparo.

C., Isabel c/ Galeno Argentina S.A. s/ amparo⁴⁰

Síntesis

El caso versó sobre la interpretación de los derechos constitucionales a la vida y a la salud, así como de los derechos inherentes al consumidor, en los términos de la Ley N° 24.240.

La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia que había desestimado la demanda que solicitaba la reincorporación de la actora en el servicio de asistencia médica de “Galeno Argentina S.A.”, y al correlativo suministro de todas las prestaciones prescriptas en relación con el tratamiento de la enfermedad que padece.

Tanto el juez de grado como la Cámara, coincidieron en que la actora había ocultado deliberadamente su estado de salud en la declaración jurada que efectuó al tiempo del ingreso como asociada de la demandada, a fin de obtener una cobertura íntegra. Fruto de ello, el Tribunal entendió la concurrencia de malicia y premeditación en su conducta, de cuyos efectos se pretendía desligar al ampararse en un supuesto consejo de un empleado de la prestadora que no se había probado.

Contra la sentencia, la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido parcialmente. Entre sus agravios, alegó que padecía obesidad mórbida, con varios años de evolución, y otras afecciones que padecía vinculadas con la hipertensión arterial, diabetes, disnea, artralgia, entre otras.

Dictamen de la PGN (2008)

En su dictamen del 14 de noviembre de 2008, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía declarar mal concedido el recurso interpuesto. En primer lugar, respecto de la Ley N° 24.240,⁴¹ sostuvo que:

“(...) esta Procuración ha considerado a los tramos de esa normativa atinentes a la

39. CSJN, Fallos: 324:754, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4995061>.

40. “C., Isabel c/ Galeno Argentina S.A. s/ amparo”, C, 199, XLIV, de 14/11/2008, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2008/beiro/c_isabel_c_199_l_44.pdf.

41. Ley 24.240 “Defensa del consumidor”, sancionada el 22/09/1993, y promulgada parcialmente el 13/10/1993.

causa, como parte del derecho común, criterio que oportunamente compartió esa Corte. En esa ocasión, se dijo que ese instrumento fue sancionado por el Congreso de la Nación, dentro de las facultades que le otorga el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, y que -según se desprende de los antecedentes parlamentarios-, tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, resultando complementaria de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio (Fallos: 324:4349). En esa línea, entonces, lo relativo a la aplicación de las disposiciones de ese cuerpo invocadas en sustento de la demanda (...), resulta *prima facie* ajeno a la instancia extraordinaria (doctrina de Fallos: 328:963,979, 2702; 329:1012 y 4659, entre muchos otros); visión ésta con la que coincide la recurrente (...).

Por otro lado, en relación con el derecho a la salud, indicó que:

“[e]s cierto que la materia del pleito se ubica en el ámbito del derecho fundamental a la salud, cuya efectividad -al igual que V. E.- ha venido propiciando enfáticamente esta Procuración en múltiples ocasiones, como también lo ha hecho con el compromiso social de la empresa médica y con la aplicación del principio *favor debilis*. Pero estimo que, en el caso, en esos conceptos -de importancia innegable-, se incardinan otros de relevancia singular, como son los relacionados con la reticencia del adherente. Estos últimos aspectos -de naturaleza fáctica-, que fueron atendidos por los jueces, imponen al intérprete la tarea de calibrar los componentes de la situación jurídica particular, como lo ha hecho esa Corte al evaluar -en el contexto de procesos de amparo a nivel salud y discapacidad-, la concurrencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, a la que el art. 43 primer párrafo de la Constitución Nacional supedita su operatividad (v. Fallos: 324:3846; 328:4303, entre otros) (...).”

Por último, concluyó que:

“(...) la trascendencia de las circunstancias apuntadas -teniendo en cuenta especialmente que el recurso no se ha planteado con la solidez, coherencia discursiva y profundidad propias de este mecanismo extraordinario-, pone en evidencia que la materia federal que se invoca -art. 42 de la Constitución Nacional y derecho a la salud, genéricamente invocados-, carece de la relación directa e inmediata que hace a la procedencia del remedio de excepción que se intenta (arg. arts. 3 inc. ‘e’ de la Acordada CSJN 4/2007, 14 inc. 3° de la Ley 48 y Fallos: 326:1663). En este terreno, V. E. ha enseñado desde antiguo que ni la mera invocación de agravios constitucionales, ni la expresión de una solución jurídica distinta a la que siguió el pronunciamiento sobre la base de la interpretación de reglas federales, alcanzan para descalificar lo decidido por el tribunal de la causa (arg. Fallos: 316:1979,

329:1628 -voto del Dr. Petracchi-, entre muchos otros)” (...).

Sentencia de la CSJN (2009)42

En su sentencia del 27 de mayo de 2009, la CSJN declaró inadmisibile el recurso extraordinario en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

42. CSJN, Fallos: 332:1163, disponible en:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=667190&cache=1657024674683>.

V. COBERTURA DE MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional s/ amparo ley 16.986⁴³

Síntesis

En el caso la Asociación Benghalensis y otras, en su carácter de entidades no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la epidemia del “Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida” (en adelante S.I.D.A), promovieron acción de amparo a fin de que se obligara al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos del S.I.D.A. y, en especial, con el suministro de medicamentos, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 14, 20, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la ley 23.798⁴⁴ y su decreto reglamentario 1244/91. Aducían que la mencionada Ley N° 23.798 obligaba al Ministerio de Salud y Acción Social a proveer los medicamentos y reactivos necesarios a quienes padecían esta enfermedad.

La medida cautelar fue concedida en primera instancia. En consecuencia, el Estado Nacional solicitó su rechazo y aseguró que el Ministerio cumplió con la ley 23.798, en la medida en que ésta sólo le obligaba a establecer un programa central del cual eran parte importante otros programas que se administraban en los ámbitos locales. A su vez, señaló que el Programa Nacional de Sida preveía un mecanismo de distribución a través de las máximas autoridades sanitarias de las provincias y la CABA, quienes debían actuar solo ante el pedido de los pacientes, por lo tanto, el Ministerio no era el único responsable de la entrega de los medicamentos. Por último, aseguró que los medicamentos requeridos por las distintas jurisdicciones siempre habían sido entregados.

La Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo de primera instancia. En especial, destacó que en virtud de la manda constitucional de proteger la vida y la salud (cfr. Preámbulo, arts. 14, 14 *bis*, 18, 19 y 33), del cumplimiento de los pactos con jerarquía constitucional y de la Ley N° 23.798, surge que el Estado Nacional tiene la obligación específica de luchar contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, a través de programas que persigan la detección, investigación, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, así como su prevención, asistencia y rehabilitación; máxime cuando, como sucede en el caso, se

43. “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986”, A, 186, XXXIV, de 22/02/1999, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/1999/NBecerra/febrero/Asociaci%C3%B3n_Benghalensis_A_186_XXXIV.pdf. En el mismo sentido: “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional”, A, 182,XXXIV, de 22/02/1999, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/1999/NBecerra/marzo/Asociaci%C3%B3n_Benghalensis_A_182_XXXIV.pdf; “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, C, 823,XXXV, de 11/04/2000, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2000/FObarrio/abril/Campodónico_de_Beviacque_C_823_L_XXXV.pdf; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ Acción de Amparo - Medida cautelar”, A, 891,XXXVIII, de 4/08/2003, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2003/procurador/agosto/asociacion_a_891_l_38.pdf; y “Asociación de esclerosis múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional”, A, 257,XXXVIII, 4/08/2003, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2003/procurador/agosto/asociacion_a_257_l_38.pdf.

44. Ley 23.798 “Salud Pública”, sancionada el 16/08/1990, y promulgada de hecho el 14/09/1990.

encuentra potencialmente en peligro toda la comunidad”.

Ante esta decisión, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario y adujo que la Cámara, a través de una interpretación errónea del derecho vigente, había violado el derecho de propiedad, como así también de los principios de la defensa en juicio, de división de poderes y de la supremacía de las leyes formales (cfr. arts. 17, 18 y 31 de la Constitución Nacional). Por otro lado, también dijo que los amparistas no estaban legitimados para actuar, ya que no habían acreditado cuál era el interés defendido ni identificado a los pacientes afectados.

Dictamen de la PGN (1999)

En su dictamen del 22 de febrero de 1999, el entonces Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, consideró que correspondía confirmarse la sentencia recurrida en cuanto había sido materia de recurso extraordinario. Entre sus argumentos, hizo alusión al art. 43 de la Constitución Nacional al señalar que este:

“(…) reconoce expresamente legitimación para interponer la acción expedita y rápida de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva (...)”.

A su vez, remitió al precedente “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Buenos Aires, Pcia. de y otro s/ acción declarativa”⁴⁵ en el cual se indicó que:

“(…) la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (...)”.

En base a estos argumentos, el PGN consideró que las distintas asociaciones actoras estaban legitimadas para interponer la acción de amparo contra el Estado, toda vez que fundaban su legitimación para accionar “(...) no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud”.

45. “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Acción declarativa”, A, 95,XXX, de 29/08/1996, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/1996/Alturbe/agosto/Asociacion_de_Grandes_U_A_95_L_XXX.pdf.

Por otro lado, en cuanto al fondo del asunto, en primer lugar, señaló 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 de la Constitución Nacional) (…)”.

En segundo lugar, sostuvo que cuando se trata de enfermedades graves, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de la autonomía personal (art. 19 de la Constitución Nacional) “(…) toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”. Asimismo, respecto del derecho a la salud indicó que:

“(…)se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (…)”.

Por último, concluyó que el Estado tenía la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad. En esta línea, sostuvo que:

“(…) aún cuando los reactivos o medicamentos se distribuyan a través de los efectores locales, el Estado Nacional es el responsable del cumplimiento de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que, ante aquel le cabe a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas, obras sociales o sistemas de medicina pre-pagos (…)”.

Sentencia de la CSJN (2000)⁴⁶

En su sentencia del 1° de junio de 2000, la CSJN hizo suyos los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen del Procurador General de la Nación; por lo tanto, declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

46. CSJN, Fallos: 323:1339, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4862491>.

Síntesis

En el caso se abordó la extensión del PMO, en tanto si bien los anexos del programa establecían la cobertura de sólo el 40% de la medicación reclamada, y no contemplaban la provisión de pañales descartables, la actora sostuvo que esas resultan complementarias y subsidiarias y, por lo tanto, debían interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del art. 1° del Decreto 486/2002 en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

La Sala Civil de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, confirmó la sentencia del juez de grado y ordenó al I.N.S.S.J.P. a proveer al amparista de insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables. No obstante, revocó parcialmente el pronunciamiento aludido en orden a la cobertura total de “Ampliactil” y pañales descartables, al entender que no le correspondía.

Para así decidir, señaló que la accionante manifestó en el escrito de inicio que, a consecuencia de su enfermedad (diabetes) debía suministrársele insulina humana 100V en dos dosis diarias.

Contra ese pronunciamiento, la actora, representada desde el comienzo del proceso por el Ministerio Público de la Defensa, interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

Entre sus agravios, alegó que la sentencia era arbitraria porque si bien la demandada había dado cumplimiento a lo regulado en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, no era menos cierto que ese Programa contemplaba situaciones generales que no podían nunca ser atribuidas a una situación particular como la que se planteaba en el caso.

Por otro lado, sostuvo que los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal se hallan constitucionalmente plasmado en diferentes cláusulas normativas (cfr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Dictamen de la PGN (2004)

En su dictamen del 30 de septiembre de 2004, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Daniel Obarrio, consideró que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Entre sus argumentos, sostuvo que:

47. “Reynoso, Nilda Noemí c/ INSSJP”, R, 638, XL, de 30/09/2004, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2004/procurador/sept/reynoso_nilda_r_638_l_xl.pdf.

“(…) V.E. tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el 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 instrumental (…)”⁴⁸

En esta línea, agregó que la solución tenía:

“(…) justificación en precedentes del Tribunal, que ha establecido que el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una peyorativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (v. doctrina de Fallos: 323:1339). También ha dicho que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva (…)”⁴⁹

Sentencia de la CSJN (2006)50

En su sentencia del 16 de mayo de 2006, la Corte hizo suyos los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN; por lo tanto, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada e hizo lugar a la demanda.

48. CJSN, Fallos: 323:3229, disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4936321&cache=1656547560150>.

49. Con remisión a: “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ Acción de Amparo - Medida cautelar”, A, 891,XXXVIII, de 4/08/2003, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2003/procurador/agosto/asociacion_a_891_l_38.pdf.

50. CSJN, Fallos: 329:1638, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6028001>.

N. d. Z., M. V. c/ FamyI S.A. Salud para la familia s/ reclamo contra actos de particulares⁵¹

Síntesis

En el caso se planteó la obligación de la empresa de medicina prepaga de brindar los servicios necesarios toda vez que esté en juego el mantenimiento de la vida del paciente (cfr. Ley N° 24.754 y Resolución 210/02 del Ministerio de Salud de la Nación).

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Provincia de Buenos Aires, confirmó la sentencia que había hecho lugar a la demanda. Por su parte, la demandada interpuso recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte provincial, que fue rechazado, y dio lugar al recurso de apelación extraordinaria federal.

La actora relató que la extirpación de intestino delgado obedeció a un cuadro de peritonitis grave, y que la Ley N° 24.754⁵² obligaba a las empresas que presten servicios de medicina prepaga, la cobertura de las prestaciones obligatorias impuestas a las obras sociales mediante las Leyes N° 23.660⁵³, N° 23.661⁵⁴ y N° 24.455.⁵⁵

En esta línea, alegó que la normal provisión de dichos nutrientes comprometía su existencia misma, por lo que su pretensión se fundaba en los derechos a la vida y a la salud, que el Estado debe garantizar a todos los habitantes conforme a los arts. 42, 43, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional; arts. 10, 12 inc. 1° y 3°, 36 inc. 8° y 38 de la Constitución provincial; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dictamen de la PGN (2008)

En su dictamen del 16 de abril de 2008, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía desestimarse el recurso extraordinario deducido y confirmar la sentencia apelada. Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(…) esta Procuración ya ha tenido oportunidad de referirse a la salud -y por añadidura a ese dominio inescindible de la condición humana, que es la vida-, recordando con la adhesión de esa Corte, que el hombre es la razón de todo el sistema jurídico; y que, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona

51. “N. d. Z., M. V. c/ FamyI S.A. Salud para la familia s/ reclamo contra actos de particulares”, N, 289, XLIII, de 16/04/2008, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2008/beiro/n_d_z_m_v_n_289_l_xliii.pdf.

52. Ley 24.754 “Medicina prepaga”, sancionada el 28/11/1996, y promulgada de hecho el 23/12/1996.

53. Ley 23.660 “Obras sociales”, sancionada el 29/12/1988, y promulgada el 5/01/1989.

54. Ley 23.661 “Sistema nacional del seguro de salud”, sancionada el 29/12/1988, y promulgada el 5/01/1989.

55. Ley 25.455 “Obras sociales”, sancionada el 8/02/1995, y promulgada el 1/03/1995.

es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes tienen siempre un carácter instrumental (Fallos: 329:4918; v. asimismo 323:3229 consid. 15; 316:479 esp. consid. 12 y 13 voto Dres. Barra y Fayt). En sintonía con esta noción, V.E. ha sostenido inveteradamente que el derecho a la vida constituye un primer derecho natural de la persona, preexistente a toda legislación positiva (...) Es un bien esencial en sí mismo, garantizado tanto por la Constitución Nacional como por diversos tratados de derechos humanos (...).⁵⁶

Respecto de la afectación al derecho a la vida, consideró que:

“(...) más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de nuestra Carta Magna, fue siempre una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos explícitamente, requiere necesariamente de él. Al propio tiempo, advierte que el derecho a la salud -particularmente cuando se trata de enfermedades graves-, está íntimamente relacionado con aquél otro que lo sustenta, así como con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (...)”.

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“(...) De cualquier modo, frente a la muerte segura que sobrevendría de suspenderse el suministro, y dado el pronóstico ominoso en cuanto a las probabilidades de subsistencia de esta persona, entiendo que su prestadora de salud, por su superioridad estructural y sus finalidades propias, debe hacerse cargo aquí y ahora de sufragar el único medio posible para el mantenimiento de la vida (...) Mi convicción íntima es que la prudencia impone, en este caso -vuelvo a subrayar- de particularísimas características, asegurar la continuidad de la provisión a través de ‘Famyl S.A.’. De lo contrario, y al decir de esa Corte, todos los principios superiores que rigen la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas, vacías de operatividad (...)”.⁵⁷

56. Cfr. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4.1 y 5.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3; y Constitución Nacional, art. 75 inc. 22. Con remisión a: CSJN, Fallos: 302:1284, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=16357>; 312:1953, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4862491&cache=1657111452196>; 324:754, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4995061&cache=1657111467954>; 326:4931, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5526921&cache=1657111486887>; y 329:1226, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6016931&cache=1657111502558>.

57. CSJN, Fallos: 329:2552, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6052161&cache=1657071860807>; y 328:1708, del considerando 10, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5843021&cache=1657071918986>.

Sentencia de la CSJN (2008)⁵⁸

En su sentencia del 9 de septiembre de 2008, la CSJN hizo suyos los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen de la Procuradora Fiscal ante la CSJN; por lo tanto, confirmó la sentencia apelada.

S., Lucas Mariano c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo⁵⁹

Síntesis

En el caso se abordó la vulneración de los derechos a la vida y a la salud; en particular, el derecho del actor a que se le administre un tratamiento novedoso, que la obra social no quería cubrirle, aunque, a su criterio, había demostrado su eficacia tanto en el país como en el exterior.

Lucas Mariano S. requirió que se condene a la Obra Social del Poder Judicial a prestar una cobertura íntegra de la terapia con vacuna T-linfocitaria. Entre sus agravios, alegó que la obra social lo privó “por mero capricho del servicio médico que establece la ley”, y puso en riesgo su salud y su vida (cfr. Ley N° 22.341).

Por su parte, la demandada se amparó en la imposibilidad de cobertura, y, a criterio de la actora hizo caso omiso de lo dispuesto por las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, olvidando que el vínculo jurídico entre esa entidad y sus afiliados y beneficiarios, no tiene su fuente en un contrato oneroso sino en la ley, que establece una relación de Derecho Público y que responde a principios de solidaridad, no de conmutación.

Contra el pronunciamiento de la Cámara se interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presentación de la queja. Entre sus agravios, la recurrente alegó que la Cámara estableció sin más que el carácter experimental no obstaba a la obtención de la cobertura; con lo cual, soslayó la obligatoria intervención estatal en la autorización y contralor que le correspondía ejercer a la autoridad sanitaria respecto de estas nuevas prácticas y técnicas. Además, indicó que las obras sociales tienen a su cargo la cobertura total de las prestaciones básicas (cfr. Ley N° 24.901).

58. CSJN, Fallos: 331:1987, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnálisis=652913&cache=1657023837545>.

59. “S., Lucas Mariano c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo”, S, 740, XLIII, de 28/04/2008, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2008/beiro/s_lucas_s_740_l_xliiii.pdf.

Dictamen de la PGN (2008)

En su dictamen del 28 de abril de 2008, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía hacer lugar a la queja deducida, declarar procedente el recurso extraordinario respecto de la arbitrariedad y se ordene dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Entre sus fundamentos, sostuvo que:

“(...) el *a quo* redujo el tema a la imputación de una responsabilidad absoluta y mecánica en cabeza de la obra social, sujeta a la pura y simple acreditación de la enfermedad y de un tratamiento médico, sin reconocer otro límite que la discrecional potestad del afiliado. Según la visión de la impugnante, ese escaso condicionamiento, fractura las bases mismas de un sistema de cobertura de riesgos en materia de salud, inspirado en el principio de solidaridad, al comprometer la subsistencia del fondo común en beneficio de la voluntad de un asociado, en cuanto a someterse a un tratamiento no autorizado por los organismos que ejercen el poder de policía (...)”.

En esta línea, señaló que el fallo de la Cámara fue criticado toda vez:

“(...) señala, con referencia a la ley 24.901, que las obras sociales tienen a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella, mediante servicios que serán evaluados previamente, de acuerdo a los criterios definidos y preestablecidos en la reglamentación. Este argumento, repone la demandada, entraña varias contradicciones porque un tratamiento experimental no está concebido ni puede ser entendido como ‘prestación básica’; ninguna evaluación previa o posterior aseguró el éxito del tratamiento; y, en fin, la reglamentación no ha establecido el pago de tratamientos experimentales (...)”.

Así, agregó que:

“(...) la sentencia sorteja los principios de aplicación irrenunciable y universal establecidos por el art. 3° de la ley 25.467; entre ellos, el que postula realizar ensayos preclínicos a fin de determinar adecuadamente la relación costo-beneficio, la seguridad y eficacia de la terapia experimental (...)”.

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“(...) los jueces de la causa, deberían haber requerido con carácter urgente -previo a resolver en definitiva la cuestión-, una exhaustiva evaluación médica especializada, que ilustrase, cuando menos, sobre los siguientes puntos: 1) la evolución operada

en el proceso patológico que afecta al actor, su estado de salud actual y su pronóstico; 2) la descripción del procedimiento propuesto; 3) las consecuencias que éste puede acarrear, complicaciones frecuentes, riesgos razonablemente previsibles, y efectividad; 4) la existencia de terapias alternativas; 5) los beneficios y desventajas de la nueva práctica, así como los que correspondan a los tratamientos convencionales; 6) la necesidad o no de la administración de la estrategia médica en cuestión; 7) en caso afirmativo, los recaudos que deben adoptarse *sine qua non*; 8) la apreciación técnica integral referida al caso concreto, con las indicaciones terapéuticas que se juzguen más adecuadas (...).”

Sentencia de la CSJN (2009)⁶⁰

En su sentencia del 26 de marzo de 2009, la CSJN compartió los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen de la Procuradora Fiscal ante la CSJN; en consecuencia, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario, y dejó sin efecto la sentencia apelada.

B., E. c/ ISSN s/ acción de amparo⁶¹

Síntesis

En el caso se abordó la vulneración de los derechos a la vida y a la salud; en particular, el derecho de una niña con discapacidad a que se le administre un tratamiento que tanto la demandada como el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén en la sentencia recurrida calificaban de experimental y, por ello, lo situaban fuera del Programa Médico Obligatorio (PMO).

Los progenitores de la niña “E.B.” interpusieron acción de amparo a fin de obtener el 100% de cobertura del tratamiento a base de la droga burosumab (Crysvita), que le fuera indicado a esta última por prescripción médica con motivo de una patología. El Superior Tribunal de Justicia de Neuquén declaró procedente el recurso de casación por inaplicabilidad de la ley interpuesto por la demandada que era el Instituto de Seguridad Social de Neuquén (ISSN), contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería – Sala III– de esa ciudad.

En consecuencia, ordenó recomponer el litigio, confirmó de manera íntegra la decisión del juez de grado que, por un lado, había rechazado la medida cautelar y, por otro, declarado inadmisibles el amparo. Concluyó que, teniendo en cuenta que la droga denominada burosumab no se encontraba autorizada en nuestro país y que el permiso de importación extendido por la Administración Nacional

60. CSJN, Fallos: 332:627, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6638801>.

61. “B., E. c/ ISSN s/ acción de amparo”, CSJ 1782/2021/RH1, de 13/7/2022, https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2022/VAbramovich/julio/B_E_CSJ_1782_2021_RH1.pdf

de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) fue extendido para “uso compasivo”, no se satisfacía el requisito de verosimilitud del derecho, puesto que el medicamento se hallaba en etapa experimental. Así, estimó que la exigencia cautelar carecía de sustento normativo, al no existir fundamento legal que obligase a la obra social demandada a su suministro.

Contra dicho pronunciamiento la parte actora interpuso recurso extraordinario que, contestado, fue denegado por el Superior Tribunal de Justicia, pues consideró que, entre otras razones, no se cumplieron ciertos requisitos previstos en la acordada CSJN 4/2007, lo que originó la presentación de una queja directa.

Entre sus agravios, la recurrente alegó que el Superior Tribunal no tuvo en cuenta que el artículo sexto de la Ley N° 26.689 establece que la obra social debe cubrir “como mínimo” las prestaciones que surgen del PMO, máxime cuando el derecho a la salud goza de amplia protección constitucional y en contra del carácter experimental que la sentencia le atribuye al medicamento peticionado.

Dictamen de la PGN (2022)

En su dictamen del 13 de julio de 2022 el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que debía declararse admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Entre sus fundamentos, sostuvo que:

“(…) En las circunstancias que singularizan este asunto, la alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de una niña con discapacidad que padece una enfermedad poco frecuente, y que no cuenta con la cobertura por parte de la obra social demandada de la nueva alternativa terapéutica indicada por su médica tratante, ponen de manifiesto que el fallo apelado irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sentencia definitiva exigida por el artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 341:274, ‘Tejera’) (…)”.

En esta línea, señaló que la sentencia apelada:

“(…) denegó la cobertura sobre la base de una interpretación y aplicación errada de la normativa aplicable al caso, en particular, del artículo 6 de la ley 26.689 y su decreto reglamentario 794/2015, leído de manera sistemática con el artículo 38 de la ley 24.901, y en consonancia con el *corpus juris* que protege el derecho a la salud de los niños con discapacidad (…)”.

Así, argumentó que:

“(…) la sentencia recurrida, al considerar que la demandada no se encuentra legalmente obligada a la cobertura del tratamiento pretendido, soslayó que, conforme surge del texto del artículo 6 de la ley 26.689 y su decreto reglamentario 794/2015 (cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada) las personas afectadas por una enfermedad poco frecuente deben recibir como mínimo la cobertura médica asistencial incluida en el PMO vigente y, en caso de discapacidad, aquéllas previstas en la ley 24.901, que regula el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, y sus modificatorias. Este último plexo legal, en su artículo 38, establece que ‘[en el] caso que una persona con discapacidad requiriere, en función de su patología, medicamentos o productos dietoterápicos específicos y que no se produzcan en el país, se le reconocerá el costo total de los mismos’ (…)”.

A su vez agregó que:

“(…) las circunstancias fácticas que rodean la causa y las normas hasta aquí reseñadas deben conjugarse con los principios que rigen la materia en debate, puesto que el derecho a la salud es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de los niños y de las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional, arts. 10, incs. 3, y 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 23 y 24, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 4, inc. 1, y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 24, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (…)”.

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“(…) en la causa se ha demostrado la necesidad de reemplazar el tratamiento convencional que recibe la niña E.B., con discapacidad, en virtud de su enfermedad, así como la idoneidad de la única alternativa terapéutica disponible a tal efecto. Además, conforme los elementos obrantes en autos, no se trata de un tratamiento experimental sino de uno que cuenta con respaldo científico adecuado a las características de una enfermedad poco frecuente, y cuya importación ha sido aprobada para atender este caso concreto por las propias autoridades argentinas. Sobre esa base, y en razón de lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 26.689, su decreto reglamentario 794/2015, el artículo 38 de la ley 24.901, las normas locales 3122 y 2644, la Constitución Nacional y los tratados internacionales con igual jerarquía que resguardan el derecho a la salud de los niños con discapacidad, corresponde resolver el caso de manera favorable a la solicitud de cobertura del

tratamiento alternativo con la droga burosumab, el que debe ser solventado de manera integral por el instituto accionado” (...).”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

Recurso Queja N° 1 – Incidente N° 4 – A., P.F. y otro c/ DASPU y otro s/inc. apelación⁶²

Síntesis

En el caso los señores “P.F.A.” y “R.E.F.” en representación de su hijo “T.L.F.” interpusieron una acción de amparo ante el Juzgado Federal de la Provincia de Córdoba en virtud de la patología que padece el niño, atrofia muscular espinal (AME) tipo II.

En su pretensión solicitaron a la Obra Social Universitaria (DASPU) y al Estado Nacional a brindar la cobertura al 100% del medicamento “Nusinersen/Spinraza” en un 50% a cargo de cada una de las codemandadas en las dosis y conforme las indicaciones prescriptas por el médico tratante del niño.

El Juez de grado condenó a las codemandadas, impuso las costas y regulo los honorarios correspondientes. Ante dicha resolución el Estado Nacional y la DASPU apelaron. La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó la resolución.

Entre sus argumentos, indicó que se adjuntaron los certificados médicos de los profesionales tratantes que detallan el tratamiento del niño que padece una patología progresiva y necesita de un tratamiento farmacológico específico.

Destacaron que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Asimismo la Cámara citó instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que apoyan esa afirmación.

El Estado Nacional no recurrió la sentencia de la Cámara en tanto le ordenó la cobertura del 50% del medicamento en cuestión. Además y a partir del dictado de una medida cautelar en favor de la parte actora, se procedió a la aplicación de las cuatro primeras dosis las cuales fueron proporcionadas por el Estado Nacional, con derecho a repetición contra la obra social demandada sobre el porcentaje que

62. “Recurso Queja N° 1 – Incidente N° 4 – A., P.F. y otro c/ DASPU y otro s/inc. apelación”, FCB 87638/2018/3/4/1/RH2, del 06/07/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2023/VAbramovich/julio/Recurso_Queja_FCB_87638_2018_341RH2.pdf.

correspondiera cubrir a esta última.

Contra ese pronunciamiento, la obra social universitaria DASPU interpuso recurso extraordinario, que sustanciado y contestado por la actora fue denegado por la Cámara, lo que motivó la presentación de un recurso de queja.

En particular la codemandada indicó que se hallaban en juego la inteligencia de disposiciones de la Constitución Nacional, leyes federales y disposiciones y resoluciones de organismos de la Administración Federal.

En lo sustancial, manifestó que el pronunciamiento era arbitrario porque se apartaba del régimen aplicable a la obra social universitaria y omitió exponer fundamentos razonados que sostuvieran la obligación de esa parte a la cobertura del medicamento en debate. También argumentó que las obras sociales universitarias se encuentran excluidas del régimen de la Ley N° 23.660, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 23.890.

Finalmente planteó su incapacidad financiera para afrontar la obligación, en particular teniendo en cuenta que no participaba del reintegro alguno por parte del Fondo Solidario de Redistribución.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 6 de julio de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, estimo que correspondía hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravios.

Sobre la admisibilidad formal del recurso entendió que:

“(…) se controvierte la inteligencia de normas federales –leyes 23.660, 23.661, 24.741, 24.901, 26.689, decreto 794/2015, y reglamentaciones emitidas por el Estado Nacional en torno a la enfermedad AME; entre otras– y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria a la pretensión que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48; dictamen de esta Procuración General de la Nación en la causa CSJ 1782/2021/RH1 “B., E. c/ ISSN s/ acción de amparo”, del 13 de julio de 2022; y su cita). Además, el planteo de arbitrariedad debe ser tratado en forma conjunta, en tanto se encuentra inescindiblemente relacionado con la cuestión federal (...)”.

En cuanto a los aspectos no controvertidos el Procurador señaló que el niño “T.L.F.” padecía una discapacidad, contaba con el certificado que así lo acreditaba y se encontraba afiliado a la obra social demandada.

Tampoco se discutía que su patología base fue diagnosticada como AME tipo II y que el propio cuerpo médico forense concluyó que el tratamiento requerido a base del medicamento “Nusinersen/ Spinraza” era la única alternativa terapéutica posible.

A partir de aquella plataforma fáctica, el único punto en debate que percibió era en determinar si la obra social universitaria se hallaba jurídicamente compelida a cubrir el 50% del tratamiento ordenando judicialmente. Por ello indicó que:

“(…) En cuanto a la responsabilidad de la demandada, cabe recordar que es doctrina de la Corte Suprema que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la resolución del caso (...) La ley 24.741 de Obras Sociales Universitarias, si bien excluye a esas entidades del régimen de la ley 23.660 (art. 1), establece que Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación es la autoridad de aplicación de esa norma en todo aquello que tenga relación con las prestaciones médico asistenciales (art. 9) (...)”.

En cuanto a la patología en estudio, señaló que:

“(…) la resolución 597/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud (B.O. del 30/06/2020) incorporó a la atrofia muscular espinal (AME) en el Anexo IV de la resolución SSS 400/16 (modificado según su similar resol SSS 46/17). En los considerandos de esa norma se puso de relieve que la AME puede ser catalogada dentro de las Enfermedades Poco Frecuentes, y que el costo de su tratamiento con el medicamento Nusinersen es susceptible de ser considerado como catastrófico, en cuanto al perjuicio financiero que conlleva su cobertura. En esa línea, la resolución 641/2021 del Ministerio de Salud aprobó el Listado de Enfermedades Poco Frecuentes, entre los cuales se incluye la aludida patología AME (ver Anexo I, en especial página 16) (...)”.

Sobre las disposiciones de la Ley de Enfermedades Poco Frecuentes — Ley N° 26.689 — indicó que:

“(…) dispone de manera expresa que las entidades que otorgan atención al personal de las universidades “deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación”. Específicamente, el decreto reglamentario 794/2015, en su Anexo I, artículo 6, reitera que quedan expresamente alcanzados por la ley 26.689 “d) Las entidades que brinden servicios médicos asistenciales de prevención, protección, tratamiento y/o rehabilitación de la salud al personal de las Universidades Nacionales”; y prevé que “(l)as 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 (...)

Recordó además la reiterada jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal que ha sostenido que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra, y cuando esta no exige un esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente. Por lo tanto expuso que:

“(...) Bajo ese prisma, la obligación en cabeza de la demandada surge clara del plexo legal transcrito, el cual resulta plenamente operativo, en tanto incluye a las obras sociales de las universidades nacionales como sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma, y establece de manera nítida que estos últimos deben proveer a las personas que padecen EPF, como mínimo, las prestaciones de la ley 24.901 – Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación- (...)”.

En síntesis, argumentó que a pesar de que la recurrente fue excluida del sistema de la Ley N° 23.660 era irrelevante en la especie y no basaba para eximirla de proveer la droga indicada por los médicos tratantes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley de Prestaciones Básicas — Ley N° 24.901 —, puesto que su sujeción a esa norma derivaba de manera directa de la Ley de Enfermedades Poco Frecuentes — Ley N° 26.689 — y de las disposiciones del Anexo I de su decreto reglamentario.

En lo atinente a la incapacidad financiera de la obra social para afrontar la cobertura del medicamento en la proporcional ordenada por la Cámara, estimó que ese agravio tampoco podía prosperar.

Así pues el Procurador Fiscal argumentó que frente a las exigencias de coberturas de salud, resultan insuficientes las alegaciones genéricas de la demandada referidas a la imposibilidad de afrontar los gastos exigidos porque:

“(...) resulta necesario aportar información relativa al efectivo compromiso patrimonial de la que surja con nitidez las consecuencias que produciría la condena en la estructura financiera, el equilibrio presupuestario, o bien en la atención particular de otros afiliados (cf. doctrina de Fallos: 331:453, “Chamorro” y dictamen de esta Procuración General en la causa CCF 2032/2012/CA2, “Conci, Santiago Alejandro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”, del 19 de agosto de 2020 y sus citas, entre otros). Estos criterios sobre la carga probatoria se acentúan frente al deber de suministrar cuidados paliativos pediátricos con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas, mediante el alivio del dolor, de los síntomas y del sufrimiento asociados a enfermedades (...)”.

Por lo demás el agravio referido a que la entidad no podía obtener reembolsos del Fondo Solidario de Redistribución, el Procurador Fiscal entendió que:

“(…) tampoco resulta atendible, por ser meramente conjetural (Fallos: 312:290, Ministerio de Trabajo”; 326:4745 “Moliné O Connor”, entre otros), y el remedio federal exige un gravamen concreto y actual (Fallos: 325:2552, “Casas”; 328:4445, Mc Food S.A.; entre otros) que no se identifica en la causa (…)”.

Sentencia de la CSJN (2023)⁶³

En su sentencia del 21 de octubre de 2023, la CSJN al analizar la procedencia del recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la interposición de la queja resuelve que no se dirigía contra una sentencia definitiva de conformidad con el art. 14 de la Ley N° 48 y por ello desestimó la presentación directa.

C., M. D. y otro (en representación de IC) c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ amparo contra actos de particulares⁶⁴

Síntesis

En el caso la amparista “C.M.D.” interpuso acción de amparo en representación de su hijo “I.C.” quien padece Atrofia Muscula Espinal tipo II (AME II) para que el Estado Nacional – Ministerio de Salud de la Nación y la Asociación Mutual Sancor Salud cubrieran en un 100% la medicación “Nusinersen” (“Spinraza”) en las dosis y aplicaciones que requiera el tratamiento de conformidad con lo indicado por su médico tratante.

En su oportunidad la Jueza de grado hizo lugar a la acción y ordenó a Sancor Salud y al Estado Nacional la cobertura del fármaco en la proporción 30% y 70% respectivamente. Pues a criterio de la magistrada, el Estado Nacional, que fue citado en autos como tercero, tenía responsabilidad en función de su rol garante del derecho a la salud.

Frente a dicha resolución el Estado Nacional apeló, y la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, revocó la sentencia de grado y en consecuencia ordenó a la Asociación Mutual Sancor Salud dar a la actora inmediata y total cobertura, es decir el 100% de la medicación referida.

63. CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación en la causa A., P. F. y otro c/ DASPU y otro s/ prestaciones farmacológicas”, FCB 87638/2018/2/RH1, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7698711>.

64. “C., M. D. y otro (en representación de IC) c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ amparo contra actos de particulares”, FRO 71189/2018/CA2, del 06/07/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2023/NAbramovich/julio/C_M_FRO_71189_2018_CA2.pdf.

La Cámara Federal entendió que Sancor Salud era responsable de la prestación en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 26.682 que regula las entidades de medicina privada y equipara sus obligaciones a las del resto de los Agentes del Seguro de Salud regulados por las Leyes N° 23.660 y 23.661.

Además consideró que también aplicable la Ley N° 26.689 que promueve el cuidado de la salud de personas que padecen enfermedades poco frecuentes, la Ley N° 24.901 que regula el sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad y la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

En virtud de todo ese marco normativo entendió que el Estado Nacional es garante de las prestaciones pero debiendo suplir la eventual omisión de cumplimiento del Agente del Seguro de Salud que es el obligado directo.

Contra ese pronunciamiento la Asociación Mutual Sancor Salud interpuso recurso extraordinario, que fue contestado por la parte actora y por el Estado Nacional y parcialmente concedido por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario únicamente en cuanto se planteó cuestión federal.

Esa decisión motivó la interposición de una queja respecto de los planteos de arbitrariedad denegados. Respecto de dicha presentación directa también se corrió vista a la Procuración General por lo que ambos recursos fueron abordados de forma conjunta.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 6 de julio de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia cuestionada.

En primer lugar, y ante la existencia de cuestión federal y la arbitrariedad de la sentencia esgrimió que:

“(…) El recurso resulta formalmente admisible en cuanto se ha puesto en cuestión la interpretación de normas de carácter federal como lo son aquellas que tutelan el derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud –art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, ley 24.901 y concordantes– así como aquellas sobre las que se estructura el Sistema Nacional de Salud –26.682 y 26.689– y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en ellas, conforme al artículo 14, inciso 3, de ley 48 (Fallos 344:2868, “B., C. B.”, Fallos: 344:3451, “C.,M.L. y B.,H.M” entre otros). Los agravios relativos a la alegada arbitrariedad por encontrarse inescindiblemente unidos a la cuestión federal, corresponde que sean examinados en forma conjunta (...)”.

Sobre el fondo de la cuestión, explico que consistía en determinar si de acuerdo a la legislación federal en la materia, la demandada debía hacerse cargo integralmente de la cobertura de la prestación demandada o si el Estado Nacional debía compartir dicha carga en función de sus deberes de garantía respecto del derecho a la salud.

De este modo argumentó que:

“(…) cabe recordar que por imperio de los artículos 1 y 7 de la ley 26.682 –Marco Regulatorio de Medicina Privada– las entidades mutuales como la de autos, deben cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial, el PMO vigente y el Sistema de Prestaciones Básicas para las personas con discapacidad previsto en la ley 24.901 y sus normas modificatorias. De modo que resulta de aplicación el artículo 38 de esta última ley, por el que la demandada debe reconocer el costo total de los medicamentos prescritos para los tratamientos de rehabilitación que no se produzcan en el país (…)”.

También reiteró el criterio adoptado por la Procuración General y el alcance aludido del artículo 38 de la Ley N° 24.901 que prevé la cobertura cabal e integral de las terapias medicamentosas de origen nacional y extranjero que requiera una persona con discapacidad, aun cuando el medicamento no figure en la nómina del Plan Médico Obligatorio (PMO).

A su vez se refirió que el caso era encuadrable en la Ley N° 26.689 que promueve el cuidado de la salud de personas que padecen enfermedades poco frecuentes. Al respecto indicó que:

“(…) el artículo 6 de dicha ley, junto con el decreto reglamentario 794/2015, prevén que las personas afectadas por una enfermedad poco frecuente deben recibir como mínimo la cobertura médico asistencial incluida en el PMO vigente y, en caso de discapacidad, aquéllas previstas en la ley 24.901 (v. dictamen de esta Procuración del 13 de julio de 2022 en la causa CSJ 1782/2021/RH1, “B., E. c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén s/ Acción de amparo”). Bajo ese prisma, observo que el *a quo* ha hecho una interpretación correcta del artículo 3 de la ley 24.901. Ello, toda vez que dicha norma expresamente prevé que las prestaciones a cargo del Estado Nacional son para “las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales”, por lo que debe ser interpretada en el sentido de que esa responsabilidad principal queda acotada a la cobertura de las personas no afiliadas a ninguna entidad del sistema nacional de salud en los términos de la ley 23.660 y 26.682 (…)”.

Específicamente destacó que el Máximo Tribunal Federal ha resuelto que no puede admitirse la interpretación consistente en atribuir, sin más, la obligación de brindar cobertura de las prestaciones

previstas en el régimen de la Ley N° 24.901 al Estado Nacional, si no se encuentran cumplidos los requisitos exigidos en el mismo ordenamiento en que se sustenta el reclamo. Por ello expuso que:

“(…) Una solución de esa especie importaría prescindir del texto legal extendiendo la cobertura integral de las prestaciones previstas en la ley 24.901 a cargo del Estado, a un supuesto específicamente excluido por el legislador, mediante la indebida realización de consideraciones que exceden las circunstancias expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación, debe ser directamente aplicada -Fallos: 218:56; 299:167; 330:4476- (v. Fallos: 338:488, “P., A.”, considerando 7) (…)

A su vez recalcó que la Ley N° 24.901 expresamente reserva la cobertura directa de prestaciones a cargo de organismos del Estado en forma exclusiva para las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social. En consecuencia estimó el Procurador Fiscal que:

“(…) la sentencia ha realizado una interpretación correcta de la normativa federal en juego al imponer a la demandada la obligación principal de cubrir la totalidad de la prestación requerida, y disponer que el Estado Nacional conserva una responsabilidad subsidiaria en caso de una comprobada imposibilidad económica del agente del seguro de salud (…)

Finalmente en relación con la arbitrariedad de la sentencia y la errónea valoración de la prueba pericial contable que Sancor Salud alegó y su imposibilidad de afrontar el gasto médico, reiteró el criterio expuesto en hechos análogos que:

“(…) frente a las exigencias de coberturas de salud, resultan insuficientes las alegaciones genéricas de la demandada referidas a la imposibilidad de afrontar los gastos exigidos, siendo necesario aportar información relativa al compromiso patrimonial de la que surja con nitidez las consecuencias que produciría la condena en la estructura financiera, el equilibrio presupuestario, o bien en la atención particular de otros afiliados (cf. doctrina de Fallos: 331:453, “Chamorro” y de dictámenes de esta Procuración General FRO 5624/2016/CS1, “R., P. B. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo ley 16.986”; del 17/04/2018, FSM 42058/2016/2/RH1, “Recurso Queja N° 2 - Cilione, Marta Inés c/ Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) (…)

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

Síntesis

En el caso la señora “G.A.P.” inició acción de amparo en favor de su hijo “S.M.” que poseía certificado de discapacidad y padecía de epilepsia infantil con crisis mioclónicas desde los 6 meses de vida, además de trastornos de aprendizaje y disgenesia.

En la medida la actora solicitó a través de las prescripciones del médico tratante de su hijo que la Empresa de Medicina Prepaga Organización de Servicios Directos Empresarios (en adelante OSDE) brindara la cobertura integral de los tratamientos de Estimulación Magnética Transcraneana (en adelante EMT) y Estimulación de Corriente Directa (en adelante ECD) en la institución LAFUN.

El Juzgado Federal condenó a OSDE y al Estado Nacional-Ministerio de Salud, en forma subsidiaria, a brindarle cobertura integral de los tratamientos. Ante dicha resolución las codemandadas apelaron. La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia que había hecho lugar a la acción de amparo. El Tribunal sostuvo que la protección al derecho a la vida, a la salud y el interés superior de un niño con discapacidad posee raigambre constitucional (cfr. art. 75 inc. 22, CN e instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional) y que la Ley N° 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas en favor de ese grupo lo suficientemente amplio para lograr su integración social.

Contra esa sentencia OSDE interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja. Entendió que existía cuestión federal al controvertirse la interpretación de las leyes federales N° 24.901, 17.132, 27.043, el Código Civil y Comercial de la Nación y las resoluciones que regulaban las prestaciones cubiertas por el PMO, en tanto se le había impuesto la cobertura de un tratamiento no incluido en el listado y sin avales científicos.

Por otro lado consideró que la decisión era arbitraria en tanto no constituía una derivación razonada del derecho vigente. Sostuvo que la Cámara ignoró la jurisprudencia de la CSJN en materia de tratamientos experimentales y omitió analizar que éstos deben cumplir con la regulación relativa a las investigaciones científicas en seres humanos (CCCN; Ley N° 17.132 del “Ejercicio Profesional de la Medicina”; y Declaración de Helsinki sobre “Principios éticos para la Investigación Ética que Involucra Sujetos Humanos” de la Asociación Médica Mundial).

65. “Recurso Queja N° 1 - P., G. A. c/ OSDE y otro s/ prestaciones médicas”, FRO 71189/2018/CA2, del 27/12/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2023/VAbramovich/diciembre/Recurso_queja_FLP_80985_2018_1RH1.pdf.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 27 de diciembre de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, estimó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos al Tribunal de origen a fin de que se dictara un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dictaminado.

Al haberse formulado agravios con base en la existencia de cuestión federal, así como en la doctrina de la arbitrariedad el Procurador Fiscal argumentó que correspondía atender primeramente a estos últimos porque:

“(…) aun cuando las discrepancias de los apelantes con el criterio de selección y apreciación de las pruebas son ajenas a la vía del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, todo lo cual conduce a frustrar el esclarecimiento de los sucesos investigados y vulnera el derecho del debido proceso (Fallos: 344:692, “Carrió”; 339:276, “G., A. N.” y sus citas y 344:1308, “Seidenari”) (...)”.

Luego hizo una breve síntesis de los hechos, y explicó que no se encontraba controvertido que “S.M” era un niño al momento de la promoción de la acción, que estaba afiliado a la obra social demandada, que poseía certificado de discapacidad y que era atendido por un médico especialista en neurología infantil quien le indicó continuar con EMT y ECD en su institución LAFUN.

Asimismo destacó que tampoco se encontraba en discusión que la cartilla de OSDE especificaba que no cubría tratamiento, práctica o cirugías que se encontraran en etapa experimental o no fueran avaladas científicamente.

En opinión del Procurador Fiscal, el Tribunal efectuó un análisis irrazonable de la prueba rendida en autos y omitió valorar elementos conducentes que permitían arribar a una conclusión diferente. En primer término puntualizó que:

“(…) los agentes del seguro de salud como OSDE (art. 6, ley 23.660; art. 28, ley 23.661; arts. 1 y 7, ley 26.682 y art. 1, decreto 492/95), de conformidad con las previsiones de la ley 24.901 (art. 1, 15 y 38) interpretadas a la luz de la normativa constitucional, se encuentran obligadas a brindar a las personas con discapacidad la cobertura integral de las terapias de rehabilitación y medicamentosas que requieran en función de las patologías que padecen, de acuerdo con lo prescripto por el médico tratante y la evidencia científica existente (Fallos: 327:2127, “Martín”, 327:2413, “Lifschitz”, 331:1449, “Segarra”; 344:2868, “B., C. B.”, entre muchos otros) (...)”.

De este modo indicó que en autos y en virtud del diagnóstico de “S.M” el marco protectorio debía integrarse con las disposiciones de la Ley N° 25.404 que prescribe que el paciente con epilepsia tiene derecho a una atención integral y oportuna. Sin embargo argumentó que:

“(…) en casos de tratamientos no incluidos en el PMO, es necesario contar con algún aval científico que confirme que éste resulta médicamente adecuado (ver Fallos: 337:471, “Duich Dusan”; 332:627, “Sureda” y dictamen de esta Procuración General en la causa S.C. M. 270, L. XLIX “M., L. C. c/ OSDE s/ sumarísimo”, 26 de mayo de 2014; entre otros); y que la decisión que ordena su cobertura debe estar adecuadamente fundada (Fallos: 337:580, “L., E. S.”) (…)

En igual sentido señaló que:

“(…) la Corte Suprema señaló que la falta de evidencia científica suficiente sobre la pertinencia y eficacia de los tratamientos, como así también la ausencia de autorización por parte de la autoridad sanitaria, resultan determinantes para descalificar la decisión que ordenó la cobertura de tratamientos en fase experimental (cfr. doctrina de Fallos: 344:551, “B.M.A”; 333:690, “Buñes” y 310:112, “Cisilotto”, entre otros) (…)

También opinó que:

“(…) el hecho de que el tratamiento prescripto no se encuentre incluido en la normativa que regula el acceso a las prestaciones, le imponía al tribunal que la decisión sobre su cobertura tome en cuenta, además de la indicación del médico tratante, otros aspectos emparentados relativos al cumplimiento de los protocolos científicos, al respaldo en el ámbito médico local o internacional, y al contralor de la autoridad sanitaria (dictamen de esta Procuración General resuelto en sentido concordante por la Corte Suprema en Fallos: 332:627, cit.) (…)

A su vez hizo hincapié en los informes elaborados por el Cuerpo Médico Forense suscripto por el jefe de servicio de neurología del organismo que sostuvo que no existían elementos con la suficiente evidencia científica de resultados terapéuticos como los que se describían y que tales tratamiento experimentales debían quedar bajo la exclusiva responsabilidad del médico tratante.

Aún más, el Cuerpo Médico Forense también destacó que el propio tratante, en su informe inicial, alertó sobre los posibles riesgos de desencadenar crisis epilépticas mediante la aplicación de los tratamientos de EMT y ECD. Por ello el Procurador Fiscal entendió que:

“(…) Esta Corte ha sostenido que existe una relación directa e inmediata con la

violación de garantías constitucionales cuando, como en el sub lite, se efectúa un análisis irrazonable de la prueba pericial, otorgándole un sentido inverso a las exposiciones realizadas por el profesional en su informe (CCF 5981/2009/1/RH1, “Recurso de Queja n° 1 - Bordón Armando Rubén y Otros c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo y otros/Programas de Propiedad Participada”, sentencia del 23 de noviembre de 2023, resuelto de conformidad con el dictamen de esta Procuración General del 18 de octubre de 2022) (...)”.

Por otro lado, observó que el Ministerio de Salud de la Nación aportó copia de un memorando emanado de la Dirección Nacional de Maternidad, Infancia y Adolescencia donde afirmaba que los tratamientos prescritos en comparación con otros tratamientos disponibles no presentaban evidencia científica de calidad para su recomendación.

Continuó con el examen y esgrimió que la Cámara tuvo como único sustento los informes del médico tratante, que además era el Director de la institución LAFUN, donde se le habían aplicado las sesiones de EMC y ECD a “S.M.”, aspecto que a criterio del Procurador Fiscal, obligaba a ponderar con mayor rigor el informe proveniente del Cuerpo Médico Forense.

Advirtió también que:

“(…) la cámara fundó su temperamento en las disposiciones de ley 27.043, cuando no resulta ni del Certificado Único de Discapacidad (CUD) ni de los informes de evolución emitidos por el tratante que S.M. hubiera sido diagnosticado con Trastorno del Espectro Autista (...) Sumado a lo anterior, no se ha acreditado -más allá de los dichos del profesional tratante- que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) haya otorgado su autorización para la utilización de la aparatología en este tipo de casos (...)”.

En ese contexto, y sin desconocer la amplia protección otorgada por el régimen constitucional y federal a una persona con discapacidad con un diagnóstico de epilepsia, opinó que ello no eximía a la Cámara de evaluar razonablemente los elementos conducentes para resolver el litigio.

De este modo concluyó que:

“(…) la Corte Suprema tiene dicho que es descalificable la decisión que ponderó algunos elementos que, aunque importantes, no son definitorios, al propio tiempo que relativizó la existencia de otros que resultan conducentes (Fallos: 341:966, “C.T.N” y 341:585. “A.M.L.”, entre otros). En definitiva, considero que los extremos fácticos y jurídicos reseñados, que resultaban relevantes y conducentes para resolver la cuestión en debate, no fueron ponderados por la decisión en crisis (...)”.

Finalmente explicó que la posición descripta no importaba un adelanto de la suerte que debía correr la demanda sino que se ceñía a la estructura lógica de la resolución y de aspectos de debieron se dilucidados con mayor detalle y precisión. Por ello y al fin de contar con mayor información sobre la evidencia científica y solidez técnica de las prácticas consideró que:

“(...) se podrá solicitar una nueva evaluación médica especializada y prueba informativa de entidades científicas tales como la Sociedad Neurológica Argentina, la Sociedad Argentina de Neurología Infantil de Buenos Aires, y requerir a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) información sobre las solicitudes de aprobación de los tratamientos indicados y sobre el estado de dichos procesos o al Consejo de Asistencia Técnica para Procesos Judiciales de Salud (CATPROS) (...)”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

VI. ADHESIÓN A LA OBRA SOCIAL

 **Etcheverry Roberto Eduardo c/ OMINT Sociedad Anónima y Servicios⁶⁶**

Síntesis

El caso versó sobre el derecho del actor con VIH a recibir cobertura de prestaciones de salud por parte de una empresa de medicina prepaga y el derecho de esta a cesar su relación contractual con el adherente.

El actor se había desempeñado en relación de dependencia para la empresa I. S. C. Bunker Ramo Argentina S. A. entre abril de 1992 y junio de 1993, periodo en el cual gozó de los beneficios del sistema de medicina prepaga que presta la demandada (Omint S. A. de Servicios).

Entre julio de 1993 y enero de 1995 el desempeño del reclamante se tercerizó, motivo por el que su prestación se cumplimentó a través de “Ewix Software” S. R. L.; no obstante, como parte de la prestación a cargo de la ex empleadora, ésta continuó abonando a “Omint” S. A. la cobertura de salud del accionante. Con posterioridad a enero de 1995 y pese a no acreditarse la existencia de vínculo contractual alguno entre el actor e “I. S. C. Bunker Ramo Argentina” S. A., ésta continuó pagando la cobertura sanitaria del reclamante hasta finales de agosto de 1997, fecha en que comunicó a “Omint” S.A. el cese de su relación.

Por su parte, tanto el juez de grado como la Cámara rechazaron el amparo interpuesto por el actor puesto que consideraron que la empresa tenía la facultad discrecional de aceptar o rechazar la solicitud de afiliación presentada por el actor.

Contra ese pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario, que fue denegado por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, lo cual motivó la presentación de la queja. Entre sus agravios, alegó arbitrariedad de sentencia en tanto, a su criterio, la Cámara no expuso debidamente las razones del rechazo de la apelación extraordinaria.

Dictamen de la PGN (1999)

En su dictamen del 17 de diciembre de 1999, el Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra consideró que correspondía admitir la queja y restituir las actuaciones al Tribunal de origen para que dictara una nueva decisión. Entre sus argumentos, efectuó algunas consideraciones sobre el impacto

66. “E., R. E. C/ Omint Sociedad Anónima y Servicios”, E, 34, XXXV, de 17/12/1999, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/1999/NBecerra/diciembre/E_R_E_34_L_XXXV.pdf.

de las relaciones de consumo y las empresas de medicina prepaga en el marco del derecho del consumidor. En este sentido, sostuvo que:

“(...) atañe particularmente a las entidades de medicina prepaga la cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de quienes padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), en virtud de lo previsto por la ley n° 24.754 (Prestaciones Obligatorias a Cubrir por las Obras Sociales), y que es en razón de su importante función social que resultan beneficiadas con la exención de pago de ciertos tributos, de lo que no gozan otras empresas comerciales cuyo objeto no tiene esta proyección social (...)”.⁶⁷

Asimismo, y con respecto al reclamo del actor indicó que:

“(...) la protección de su derecho a la salud, en el contexto de los llamados ‘derechos humanos de la tercera generación’ los que, (...), no se encuentran, al menos básicamente, declarados frente al Estado, sino, antes bien, respecto de los particulares, aun cuando, anudados a situaciones de subordinación negocial determinadas tanto por el hecho de la ‘adhesión’ como del ‘consumo’” (...).”

En consecuencia, consideró que en virtud de la envergadura de los derechos en juego no era razonable la negativa de continuidad prestacional de la empresa demandada.

Sentencia de la CSJN (2001)⁶⁸

En su sentencia del 13 de marzo del 2001, la CSJN hizo suyos los fundamentos expuestos en el dictamen del Procurador General de la Nación; en consecuencia, hizo lugar al recurso extraordinario y condenó a “Omint” a reincorporar al actor.

V., W. J. c/ OSECAC s/ Sumario⁶⁹

Síntesis

El caso versó sobre un reclamo dirigido a obtener una cobertura médico-asistencial en condición de adherente voluntario.

67. Ley 24.754 “Medicina Prepaga”, sancionada el 28/11/1996, y promulgada de hecho el 23/12/1996.

68. CSJN, Fallos: 324:677, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/buscar.html>.

69. “V., W. J. c/ OSECAC s/ Sumario”, V, 1389,XXXVIII, de 22/12/2003, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2003/NBecerra/diciembre/V_W_L_1389_XXXVIII_.pdf.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó la decisión de la anterior instancia que rechazó el reclamo formulado contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (en adelante OSECAC). Para así decidir, la Cámara consideró que la aceptación del ingreso como beneficiario facultativo a OSECAC se encontraba supeditada al exclusivo criterio del ente asistencial, conforme el art. 3.1 del reglamento aprobado mediante la Resolución 165/98 de la Superintendencia de Servicios de Salud.

Contra ese pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la presentación de la queja. Entre sus argumentos, alegó que la sentencia era arbitraria, en tanto vulneraba los arts. 33, 42, 43 y concordantes de la Constitución Nacional, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y las Leyes N° 23.798,⁷⁰ 24.455⁷¹ y 24.754.⁷²

Dictamen de la PGN (2003)

En su dictamen del 22 de diciembre de 2003, el Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, consideró que correspondía declarar procedente la impugnación federal y restituir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva decisión arreglo a lo indicado. Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(…) como se puso de manifiesto en Fallos: 324:677 y 325:677, no puede desconocerse que resultaría más que difícil o acaso imposible para él, en su actual situación, acceder a otra cobertura, a lo que se suma (…) que la patología que porta impone un tratamiento regular y sin dilaciones y que, en estos casos, su ausencia, en forma y tiempo oportuno, aparece como un agravio susceptible de lesionar los sometimientos más hondos del enfermo, amén de implicar, dependiendo el caso de cada afectado, una violación de derechos esenciales en forma inmediata o mediata (Fallos: 323:1339, voto del juez Vázquez). Por otro lado, la solución que propone la Obra Social en la comunicación postal (...), y que retoma, en parte la alzada al aludir al sistema de salud pública, amén de lo ya señalado, importa desconocer o prescindir de la más que crítica situación por la que atraviesa hoy (...)”.

Por otro lado, respecto de la afectación al derecho a la vida, a la salud y a no ser discriminado, sostuvo que le asistía razón en su pretensión de amparo jurisdiccional. Así, señaló que:

“(…) no se evidencia razonable el rechazo de la solicitud de adhesión a la Obra Social, la que sólo cabe entender, frente a la ausencia de una explicación y prueba concluyente en contrario -que, a mi ver, las circunstancias y relevancia de

70. Ley 23.798 “Salud pública”, sancionada el 16/08/1990, y promulgada de hecho el 14/09/1990.

71. Ley 24.455 “Obras Sociales”, sancionada el 8/02/1996, promulgada el 1/03/1995, y publicada en el B.O. del 8/03/1995.

72. Ley 24.754 “Medicina prepaga”, sancionada el 28/11/1996, y promulgada de hecho el 23/12/1996.

los intereses en juego exigían y frente al ofrecimiento de resguardo del equilibrio patrimonial de la relación, determinada por el deseo de desentenderse de la continuidad del tratamiento de la dolencia padecida por el actor, antes que, como se pretextó, por una decisión de autonomía contractual que, insisto, los extremos de la causa autorizan a descartar (...)”.

Agregó que:

“(...) en el aludido contexto de una relación jurídica preexistente, estimo que la facultad del ente asistencial viene a perder autonomía absoluta y plena y ha de ser interpretada en forma restrictiva, debiendo prevalecer en casos debatibles como el presente, una hermenéutica de equidad que favorezca a aquel que pretende permanecer en la relación asistencial, dada su condición de parte más débil en el vínculo, y todo ello a favor del principio de buena fe, que debe privar en este tipo de vinculaciones (...)”.

Sentencia de la CSJN (2004)⁷³

En su sentencia del 2 de diciembre de 2004, la CSJN hizo suyos los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen del Procurador General de la Nación; por lo tanto, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada, hizo lugar a la demanda y condenó a la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles a incorporar al actor en el plan médico solicitado.

Gerard, María Raquel y otro c/ IOSPER s/ acción de amparo⁷⁴

Síntesis

El caso versó sobre la facultad de una obra social de negar la incorporación del cónyuge de una afiliada obligatoria por padecer esta una patología pre-existente.

Frente el rechazo de afiliación por parte de la empresa, la actora interpuso acción de amparo, que fue rechazada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos puesto que consideró que la negativa de IOSPER de incorporarla a la obra social, tenía fundamento en la legislación vigente, (Res. interna N° 1061/95), que establecía, por un lado, que los integrantes del grupo familiar primario eran considerados voluntarios al sistema afiliatorio del Instituto y, por otro, que no se admitía

73. CSJN, Fallos: 327:5373, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5716001>.

74. “Gerard, María Raquel y otro c/ IOSPER s/ Acción de Amparo”, G, 783,XLVI, de 21/06/2011, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2011/MBeiro/junio/Gerard_Maria_Raquel_G_783_L_46.pdf.

la incorporación de afiliados voluntarios que presentasen patologías preexistentes.

Contra ese pronunciamiento los actores dedujeron recurso extraordinario, que fue concedido. Entre sus agravios, alegaron que el Superior Tribunal de Justicia provincial no había considerado lo dispuesto por las Leyes N° 23.660⁷⁵ y 23.661,⁷⁶ que establecen una reglamentación mínima de protección del derecho a la salud, que no puede ser desconocida por las autoridades locales. Por otro lado, afirmaron que la aplicación de la Res. interna N° 1061/95 constituía un retroceso de los estándares de protección de la salud exigibles con anterioridad por las leyes nacionales mencionadas.

Dictamen de la PGN (2011)

En su dictamen del 21 de junio de 2011, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta Amelia Beiró, consideró que correspondía revocar la sentencia. Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(…) asiste razón a los recurrentes, desde que el pronunciamiento atacado no ha estudiado (…) los aspectos referidos a la grave afectación de los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), susceptibles de incidir en el resultado del litigio, lo cual produce un desmedro de la garantía de defensa en juicio normada por el artículo 18 de la Constitución Nacional (…)”.

Asimismo, remitió a los precedentes “Campodónico de Beviacqua”⁷⁷ y “Martín Sergio Gustavo”⁷⁸ en los cuales se entendió que:

“(…) el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida y reafirmado en los tratados internacionales ya mencionados, art. 75, inc. 22, C.N.- involucra no sólo a las autoridades públicas sino, también, en la medida de sus obligaciones, a las jurisdicciones locales, obras sociales y entes de medicina prepaga (Fallos 324:3569; 327:2127; 328:1708; 330:4160). Así, en los precedentes de Fallos 323:3229 y 327:2127, el Máximo Tribunal resaltó claramente que las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública (…)”.

75. Ley 23.660 “Obras sociales”, sancionada el 29/12/1988, y promulgada el 5/01/1989.

76. Ley 23.661 “Sistema Nacional del Seguro de Salud”, sancionada el 29/12/1988, y promulgada el 5/01/1989.

77. CSJN, Fallos: 323:3229, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4936321&cache=1656512546318>.

78. CSJN, Fallos: 327:2127, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5622821&cache=1656513518959>.

En esta línea, agregó que:

“(…) en los precedentes de Fallos 323:3229 y 327:2127, el Máximo Tribunal resaltó claramente que las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no Obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública (...), y que en el caso particular rechazar la solicitud de incorporación del cónyuge de una afiliada de carácter forzoso del instituto, con fundamento en una resolución secundaria que contradice preceptos que emanan de la ley local principal y de otra resolución dictada con anterioridad (...) Aquél no posee otra obra social, y que pertenece al grupo familiar primario al que hace referencia no sólo el artículo 2° de la ley local de creación del IOSPER sino, como dije, la Ley Nacional N° 23.660, a mi modo de ver, importa, estrictamente, un desmedro de los principios generales que vengo reseñando y negar al peticionante el acceso a una cobertura básica que compete a la obra social prestar y que constituye el objeto de su creación (...)”.

Por último, indicó que la decisión de la obra social de rechazar la admisión del actor desconocía el plexo normativo constitucional, tratados internacionales y leyes nacionales con plena vigencia a las que debía la demandada ajustar su actuar de acuerdo a lo expresado, como así también lo dispuesto por la propia Ley local de creación del Instituto N° 5326 en su artículo 2° en orden a su objeto, restringiendo derechos reconocidos y compromisos asumidos por el Estado Nacional.

Sentencia de la CSJN (2012)⁷⁹

En su sentencia del 12 de junio del 2012, la Corte hizo suyos los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen de la Procuradora Fiscal ante la CSJN; por lo tanto, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia, hizo lugar a la acción de amparo, y ordenó la incorporación de Alfredo Rogelio Ferrari a la obra social demandada en calidad de adherente.

Recurso de Queja n°2 - Q E S c/ IOSFA s/ amparo de salud⁸⁰

Síntesis

El caso versó sobre un reclamo dirigido a evitar que se haga efectivo un aumento exorbitante de la cuota de una obra social. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior que hizo lugar a la acción de amparo promovida contra el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA).

79. CSJN, Fallos: 335:871, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=3554792>.

80. “Recurso de Queja n°2 - Q E S c/ IOSFA s/ amparo de salud”, CCF 1783/2019/2/RH1, de 7/11/2022, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2022/VAbramovich/noviembre/Recurso_queja_CCF_1783_2019_2RH1.pdf

En consecuencia, lo condenó a abstenerse de aumentar el valor de la cuota de afiliación de la actora por encima de los incrementos autorizados por la Superintendencia de Servicios de Salud para las empresas de medicina privada a partir de marzo de 2019.

Contra ese pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario, que fue contestado y denegado, lo que motivó una presentación directa. Entre sus argumentos, alegó que la sentencia había decidido contra la aplicación y validez de normas federales y que las normas aplicadas eran ajenas a las que rigen a la obra social, como las de protección al consumidor, a pesar de que las normas aplicables no habían sido cuestionadas ni declaradas inconstitucionales.

Asimismo, alegó que el tribunal se había equivocado al interpretar que se había vulnerado el derecho a la salud de la afiliada. Entendió que lo que estaba en juego es la facultad de la obra social para aplicar aumentos en las cuotas a sus afiliados adherentes de carácter voluntario, por lo que la cuestión es netamente patrimonial.

Dictamen de la PGN (2022)

En su dictamen del 7 de noviembre de 2022 el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que correspondía declarar admisible el recurso dado que se había puesto en cuestión la interpretación de normas de carácter federal – res. IOSFA 29/2017 en relación con el dec. 637/2013 y la res. IOSFA 17/2018, régimen de afiliaciones – y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa era contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48). No obstante, concluyó que debía confirmarse la sentencia.

Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(…) la modificación del carácter de la afiliación de la actora que devino en el aumento de la cuota mensual resulta arbitraria y transgrede las normas y principios que rigen en el ámbito de la seguridad social (…)”.

Para ello, hizo hincapié en el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, señaló que:

“(…) en materia de seguridad social los cambios legislativos no pueden alterar derechos adquiridos y lesionar la naturaleza integral e irrenunciable de los beneficios previsionales, con el consecuente menoscabo de los derechos amparados por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 335:813, ‘Bravo Herrera’; 340:21, ‘Díaz’) (…)”.

Agregó que:

“(…) la demandada argumentó las razones que llevaron a la reestructuración general del seguro social de las fuerzas armadas con el propósito de paliar desajustes financieros, pero no explicó el fundamento de la grave imposición económica sufrida en particular por la actora, limitándose a invocar el cambio de encuadre en el estatuto que rige las nuevas modalidades de afiliación. Al respecto, la recategorización de la actora se realizó sin evaluar integralmente sus condiciones originales de afiliación, su nivel de ingresos, y su capacidad de pago, sin atender a los efectos adversos que producía la medida sobre la continuidad del vínculo y de la cobertura médico asistencial, y sin contemplar salvaguardas o mecanismos dirigidos a morigerar esas consecuencias nocivas, todo ello, en directa contradicción con los fines tuitivos propios de la seguridad social (...)”.

En este sentido, citó al Comité que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y expresó que:

“(…) el ejercicio de los derechos de la seguridad social, que abarca la atención a la salud, debe ser asequible, esto es, accesible en sentido económico. Ello exige que el sistema se organice para que el costo del servicio no resulte desproporcionado para los afiliados. De allí que cualquier medida que adopten el Estado o terceros que interfiera en el derecho a la seguridad social y se base ‘en la capacidad de una persona para hacer aportaciones a un plan de seguridad social, deberá tener en cuenta su capacidad de pago’(…)”.

A su vez, con cita en precedentes de la Corte IDH argumentó que:

“(…) las prestadoras de servicios de salud y seguridad social están obligadas a asegurar la regularidad de los servicios en resguardo del bien público involucrado, por lo que no pueden establecer restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente (Corte IDH, caso s ‘Ximenes Lopes vs. Brasil’, sentencia de 4 de julio de 2006, párrs. 95 y 96; ‘Suárez Peralta vs. Ecuador’, sentencia de 21 de mayo de 2013, párr. 144, ‘Vera Rojas y otros vs. Chile’, cit., párr. 114; v. también Fallos: 343:1591, ‘Andrada’, v. dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte) (...)”.

Finalmente, dado que la damnificada era un adulto mayor, agregó que:

“(…) Estos principios constitucionales resultan de particular relevancia cuando se ponen en juego derechos fundamentales de personas mayores que por

mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional y arts. 3 inc. l y 4, inc. c, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; ver también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n° 27, párr. 45; Fallos: 342:411, ‘García’ (...)).

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

VII. SALUD MENTAL

Recurso de queja n°1 – G.P.M.L. c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ despido⁸¹

Síntesis

En el caso la actora “G.P.M.L.” se desempeñaba como enfermera en la Asociación Civil Hospital Alemán. Luego de tres años fue despedida por el nosocomio. Ante dicha situación realizó una demanda laboral por despido discriminatorio contra la Asociación.

Remarcó que el despido del nosocomio demandado se fundamentó en su estado de salud pues sufría depresión post parto lo que le produjo diversos trastornos multiorgánicos. Añadió que el distracto también se basó en que padecía lumbociatalgia y cervicobracalgia, y por haber sufrido violencia doméstica de su ex pareja y padre de su hija, sumado a la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba al ser una madre sostén de hogar a cargo de tres niños.

El mismo día en que fue internada en el Hospital Alemán debido a sus trastornos, se le dio el alta y fue despedida. Describió que el empleador le negó la posibilidad de mantener la reserva del puesto de trabajo, como de reinsertarse con tareas livianas o con jornada reducida.

El Juzgado del Trabajo de Primera Instancia resolvió a favor de la actora y condenó al nosocomio demandado. Ante dicha resolución la Asociación Civil Hospital Alemán interpuso recurso de apelación. La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo lugar al recurso, revocó la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda laboral e impuso las costas de ambas instancias a la actora vencida.

La Cámara sostuvo que la actora no acreditó de modo suficiente que el distracto se fundamentó en motivos discriminatorios. También entendió que la circunstancia de despedir a un trabajador que padece una enfermedad no implicaba necesariamente un acto discriminatorio en los términos del artículo 1 de la Ley N° 23.592.

Añadió que fue válida la oposición del empleador al reintegro de la actora no obstante su alta médica, pues su afección la incapacitó para continuar prestando tareas en el servicio de enfermería del Hospital.

Contra esa decisión, la accionante interpuso recurso extraordinario federal que fue contestado por su

81. “Recurso de queja n°1 – G.P.M.L. c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ despido”, CNT 39697/2013/1/RH1, del 15/02/2024, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2024/VAbramovich/febrero/Recurso_Queja_CNT_39697_2013_1RH1.pdf.

contraparte y que al declarado inadmisibile, motivó su presentación en queja.

Dictamen de la PGN (2024)

En su dictamen del 15 de febrero de 2024, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, estimó que correspondía admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y reenviar la causa al tribunal de origen a sus efectos.

En primer lugar consideró que:

“(...) el recurso fue mal denegado pues se halla en juego el alcance y la interpretación de una norma federal —ley 23.592— y la decisión ha sido contraria a la pretensión que la recurrente funda en ella (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 333:2306, “Álvarez”; CSJ 1347/2020/RH1 “Salguero, Manuel Domingo c/ Telecom Argentina SA s/ procedimiento sumario–acción de reinstalación”, sentencia del 7 de diciembre de 2023, por remisión a los fundamentos del dictamen de esta Procuración General) (...)”.

Sobre la cuestión central debatida en el caso explicó que consistía en establecer si el despido dispuesto por la demandada obedeció a motivos discriminatorios vinculados con el diagnóstico de depresión post parto que padecía la actora luego de su tercer embarazo.

El Procurador Fiscal con cita de jurisprudencia local e internacional en la materia desarrollo el criterio que adoptó el Máximo Tribunal Federal para demostrar un despido con fines discriminatorios. De este modo indicó que:

“(...) el máximo tribunal estableció que “resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica” (Fallos: 334:1387, cit., considerando 11; 337:611, “Sisnero”, considerando 5; dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte en Fallos: 344:1336, “Caminos”; en el mismo sentido, Corte IDH, “Caso Olivera Fuentes vs. Perú”, sentencia del 4 de febrero de 2023, párrafo 109) (...)”.

Luego se preguntó que si la empleadora consideraba que la enfermedad derivada del parto le impedía a la trabajadora prestar regularmente sus tareas habituales debió de realizar los ajustes razonables en

las condiciones de trabajo para brindarle labores acorde a su estado. Así argumentó que:

“(…) ni siguió, en su caso, las pautas establecidas por los artículos 177 (párr. final) 208 y 211 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Esta situación particular, lejos de autorizar una desvinculación, imponía a la empleadora especiales deberes de cuidado de la salud de la actora e, incluso, la conservación del puesto de trabajo durante el tiempo estipulado en la referida normativa (…)”.

También destacó que:

“(…) De acuerdo con la literatura científica, la depresión postparto es el trastorno psicológico más frecuente tras el parto, que conlleva efectos perjudiciales para la salud de las madres y un riesgo de resultados adversos para el bebé (Cf. Louise M. Howard & Fiona Challacombe, Effective treatment of postnatal depression is associated with normal child development, The Lancet Journal Psychiatry, Volume 5, Issue 2, Febrero de 2018, pág. 95 (…)”.

Según el Procurador Fiscal cualquier restricción del derecho a trabajar motivada en un estado de depresión pos parto, podía configurar un acto discriminatorio en razón del género en los términos de la Ley N° 23.592 de “Actos Discriminatorios”. Asimismo agregó que:

“(…) esa legislación antidiscriminatoria se ve robustecida por un plexo normativo local e internacional protectorio de la mujer y de la salud mental, como la Ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las Mujeres (cf. arts. 2, incisos a y c; 3, inc. a; 6, inc. c; y 7), la Ley 26.657 sobre el Derecho a la Protección de la Salud Mental (art. 7, inc. i) y obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), en particular, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer reconoce el objetivo de garantizar “una comprensión adecuada de la maternidad como función social” (art. 5, inc. b). Impone a los Estados Partes el deber de asegurar “la salvaguardia de la función de reproducción” (art. 11, inc. 1) y de tomar las medidas adecuadas para “prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad” (art. 11, inc. 2 a), así como implantar “la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales” (art. 11, inc. 2 b). Asimismo, el artículo 10, inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales prescribe que “[s]e debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante ese período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social” (…)”.

Por consiguiente opinó que:

“(…) la depresión post parto es un problema de salud mental que afecta singularmente a las mujeres y a las personas gestantes, por lo que una diferencia de tratamiento en la esfera laboral basada en ese factor puede configurar una conducta discriminatoria por motivos de género (cf. mutatis mutandi, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Napotnik contra Romania, nro. 33139/13, 20 Octubre 2020, párr. 77 (...)) Sobre esta cuestión, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) en su Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud sostuvo que “Entre los factores psicosociales que son diferentes para el hombre y la mujer figuran la depresión en general y la depresión en el período posterior al parto en particular” (ONU, 20° Período de sesiones, 1999, Documento A/54/38/ Rev.1, párr. 12). También afirmó que “la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres”, destacando que el “estado de salud” y la “maternidad” pueden operar como causas acumulativas de diferenciación prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos (cf. ONU, “Recomendación general 33: sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, 3 de agosto de 2015, párr. 8) (...).”

A mayor abundamiento expuso que:

“(…) el Comité DESC sostuvo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proscribe toda discriminación en el empleo o en la conservación de éste en función del “estado de salud” (ONU, Comité DESC, “Observación General N°18: El derecho al trabajo”, 24 de noviembre de 2005, párr. 12). En igual sentido, la Ley 26.657 sobre el Derecho a la Protección de la Salud Mental establece la prohibición de discriminar por un padecimiento mental actual o pasado (art. 7, inc. i). Por su parte, el plexo normativo constitucional no se agota en una tutela antidiscriminatoria de la mujer durante el embarazo y la lactancia sino que exige el dictado de un régimen de protección específico de seguridad social especial e integral (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional; art. VII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos) (...).”

Concluyó entonces que la normativa constitucional e internacional en la materia imponía brindar una protección específica y enérgica a las mujeres en razón del embarazo, del parto y del estado de salud derivado de aquel. Por ello enfatizó que:

“(…) cualquier restricción de los derechos laborales de las mujeres basada en estos factores, debe ser evaluada con especial rigor y cautela, pues al tratarse

de situaciones de vulnerabilidad que las afectan singularmente, puede configurar una discriminación por razón de su género (...) resulta evidente que el propósito del legislador fue estipular que la maternidad no puede acarrear consecuencias nocivas para las mujeres en la esfera laboral y, en particular, asegurar el derecho a la estabilidad en el empleo que conlleva la protección contra el despido arbitrario (art.14 bis, Constitución Nacional). Este cuerpo legal, que debe ser interpretado en consonancia con el orden constitucional referido (Fallos: 343:1037, “Puig”), también confiere una protección reforzada a las mujeres ante cualquier detrimento en sus derechos laborales originado en su condición de maternidad (...).”

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

U.C.Y.C. y otra c/ C.G.A y otra s/ordinario acción de nulidad⁸²

Síntesis

En el caso la actora “U.C.Y.C.” solicitó la acción de nulidad del testamento otorgado por el señor “C.M.U.” a favor del demandado “G.A.C.”

El motivo principal de la actora es que al día posterior del otorgamiento del testamento en sede judicial a favor del demandado, “C.M.U.” experimentó una breve o corta internación por dolencia física generadora de síndrome confusional agudo lo que implicaba invalidar dicho acto testamentario. El Juzgado local hizo lugar a la acción. Ante dicha resolución, el demandado interpuso recurso de apelación. Así la Sala II en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concordia confirmó la decisión.

Nuevamente intentó impugnar la sentencia y por lo tanto la demanda interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley. Por mayoría el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos declaró procedente el recurso, revocó la decisión, y en consecuencia rechazó la acción de nulidad del testamento con costas a la actora vencida.

En primer lugar el Tribunal precisó que el contenido y validez del testamento debían ser examinados a la luz del ordenamiento civil vigente a la fecha del fallecimiento del testador por lo cual resultaban aplicables las disposiciones del Código Civil derogado.

82. “U.C.Y.C. y otra c/ C.G.A y otra s/ordinario acción de nulidad”, CSJ 1361/2019/CS1, del 28/02/2022, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2023/VAbramovich/febrero/U_C_Y_CSJ_1361_2019_CS1.pdf.

En ese sentido afirmó que la actora no logró acreditar la falta de discernimiento, intención y libertad del testador. Explicó que el artículo 3616 del Código Civil aplicable al caso establecía que toda persona está en su sano juicio mientras se pruebe que estuvo privado de razón al otorgar el acto público de última voluntad y que no rige la presunción inversa.

Señaló además que había abundante documentación médica e informes del equipo técnico profesional del Juzgado ante el cual tramitó el inconcluso proceso de inhabilitación del testador. El informe interdisciplinario y la resonancia magnética cerebral señalaron que el testador verificaba un debilitamiento de la salud psicofísica debido a la patología base y que por su edad cronológica tenía parcial autonomía para gobernarse y necesitaba de terceros para otorgar actos de administración.

No obstante ello, el Tribunal consideró que ambos datos médicos no permitían concluir a ciencia cierta sobre la falta de raciocinio del testador, así como tampoco habilitaban a descalificar el reconocimiento de haber testado ante el Juez a cargo del trámite de inhabilitación. Así pues resolvieron que la dinámica de la salud en personas de edad avanzada puede mutar o variar rápidamente sin invalidar vivencias cercanas en el tiempo.

Contra ese pronunciamiento, la parte actora dedujo recurso extraordinario, que fue sustanciado y concedido por el Tribunal ante la eventual configuración de un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 28 de febrero de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, opino que correspondía declarar mal concedido el recurso extraordinario.

Ante todo, precisó que:

“(…) las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local no son, en principio revisables en la instancia del artículo 14 de la ley 48, y la tacha de arbitrariedad a su respecto es sumamente restrictiva (Fallos: 343:919, “Brahim”; entre otros). En ese marco, opino que los agravios de los recurrentes constituyen meras discrepancias respecto de los fundamentos de hecho, prueba y derecho común con base en los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente (Fallos: 329:1522, “Naredo”; 344:1219, “Aban de Ituarte”) (…)

Asimismo, destacó que:

“(…) resulta razonable la consideración del superior tribunal local en cuanto a

que la duda en la apreciación de capacidad para testar, debe resolverse a favor del otorgante, habida cuenta del carácter personalísimo del acto, sin que la ancianidad ni la presencia de enfermedades físicas tengan per se aptitud para invalidarlo. Esta perspectiva en la valoración del plexo probatorio de la causa es acorde con lo dispuesto expresamente por el artículo 3616 del Código Civil y por los artículos 3 y 5 de la ley 26.657 de Salud Mental, que receptan el modelo social de la discapacidad incorporado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378 y ratificada por ley 27.044). En particular, el artículo 12 de ese instrumento internacional reconoce que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida y, en esa inteligencia, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume (...).”.

Bajo ese prisma entendió que los informes médicos y del equipo interdisciplinario fueron considerados insuficientes para sustentar la ineficiencia del testamento. Finalmente recordó que:

“(...) la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el recurrente considere tales, con sustento en su mera discrepancia con la valoración de cuestiones de hecho y prueba realizada por el a quo, sino que reviste un carácter estrictamente excepcional y, en virtud de ello, su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación, pues de lo contrario se extendería la jurisdicción de la Corte habilitándola para revisar todas las decisiones judiciales que se dicten, con menoscabo de los límites establecidos por la Constitución y las leyes (Fallos: 343:919, “Brahim” (...)).”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

VIII. GRUPOS VULNERABLES

a) Niñas, niños y adolescentes

a.1) Plan de vacunación obligatorio

N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas⁸³

Síntesis

El caso versó sobre la negativa de los padres de un niño a administrar el Plan de Vacunación Oficial. El proceso se inició por el Ministerio Pupilar a instancias del Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil de Mar del Plata (en adelante, HIEMI) a partir de la presencia de C. o K. U. en el establecimiento, con el propósito de verificar el peso del niño “V.”, que habría nacido en un parto domiciliario el 2 de septiembre de 2009. La mujer se retiró del hospital negándose a cumplir con el protocolo oficial de vacunación, en tanto cuestionó la medicina científica y la institucionalidad del sistema de salud.

La Jueza de Primera Instancia indagó sobre si las convicciones y decisiones de los padres podrían afectar el interés del niño y recordó que le asistía el poder de reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales, y que el amparo de su derecho entrañaba también la tutela de un interés social.

La Cámara por su parte sostuvo que el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño es claro al respecto porque privilegia y protege el derecho a la salud a partir de la prevención. La Cámara comprendió que la prevención a la salud estaba garantizada al cumplirse con los programas obligatorios de vacunación dispuestos por el Estado. Por lo tanto entendió que en consecuencia debía cumplirse con el plan de vacunación y/o medicación oficial, necesario a criterio médico conforme edad y estado de salud del niño.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires revocó el pronunciamiento por entender que se había vulnerado el principio de congruencia e intimó a los presuntos padres de “N. N.” o “V. U.” para que administren al niño el Plan de Vacunación Oficial, según corresponda a su edad y estado. Así, dejó firme la resolución de la jueza de trámite que había determinado la procedencia de la vacunación solicitada.

Contra ese pronunciamiento, los padres interpusieron recurso extraordinario federal, que fue concedido.

83. “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas”, N, 157, XLVI, de 21/11/2011, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2011/MBeiro/noviembre/NN_N_157_L_XLVI.pdf.

Dictamen de la PGN (2011)

En su dictamen del 21 de noviembre de 2011, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía declarar mal concedido el recurso extraordinario deducido. Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(…) en este caso particular, la magnitud de las incongruencias lógicas del recurso -que, estimo, no estamos habilitados a suplir- lleva a que éste fracase en su empeño por demostrar los puntos federales que propone en un contexto en el que, como se acaba de ver, se recibieron con carácter firme varios criterios relevantes -algunos de los cuales participan de la misma naturaleza federal- que no son consistentes con la solución que propugna la apelación (…)”.

Así, agregó que:

“(…) aun dejando de lado lo atinente a que la política sanitaria no podría ser objeto de juzgamiento, o a la extemporaneidad del cuestionamiento de la norma aplicable al caso (...), como puede colegirse de los aspectos enunciados en el punto 11, el discurso de los recurrentes -centrado en la elección personal de un modo de vida (...)- no da cuenta de conceptos -también firmes- que podrían desplazar la invocada injerencia arbitraria en la vida privada, como son la existencia de un interés estatal cualificado, la adecuación del mecanismo de vacunación obligatoria a los parámetros de los arts. 3 y 24 CDN y la sumisión que del ejercicio parental debe hacerse a los principios allí contenidos (…)”.

En base a estos argumentos, concluyó que:

“(…) los presuntos progenitores no han satisfecho el recaudo básico de fundamentación suficiente (arg. Fallos: 324:2885; 326:1478). Valga recordar que ni la mera invocación de agravios constitucionales, ni la expresión de una respuesta jurídica distinta a la que aportó el pronunciamiento, alcanzan para descalificar lo decidido por el tribunal de la causa, cuando no se atienden o no se controvierten argumentos centrales que van en sustento del fallo (…)”.⁸⁴

Sentencia de la CSJN (2012)⁸⁵

En su sentencia del 12 de junio de 2012, la CSJN declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

84. CSJN, Fallos: 316:1979, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=4428>; y 329:1628, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=87682>.

85. CSJN, Fallos: 335:888, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6921362>.

a.2) Proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

M., D. H. c/ M. B., M. F. s/ tenencia de hijos⁸⁶

Síntesis

El caso versó sobre una solicitud de atribución inmediata de la guarda formulada por la madre “M. B.” de su hija menor de edad “C”.

La niña nació el 2 de marzo de 2001, y, cuando tenía un año, el grupo familiar se trasladó a España. El padre volvió a la República Argentina a fines de septiembre de 2003; tres meses después, “C.” viajó a Buenos Aires y desde ese momento residía con el padre en Argentina. En 2004, “M” inició un proceso cautelar en el que perseguía el otorgamiento de la guarda provisoria de su hija, el que fue rechazado *in limine* por defectos formales.

Por su parte, la señora “M. B.” permaneció en territorio español donde, en abril de 2004, promovió una denuncia policial por la retención de la niña; y activó el mecanismo civil previsto en la Convención de La Haya sobre sustracción de menores.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de la anterior instancia y resolvió conceder la tenencia provisoria de una niña menor de edad a su madre, y puso fin a la guarda de hecho que venía ejerciendo el padre. Contra esa resolución, el padre interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la queja.

Dictamen de la PGN (2007)

En su dictamen del 21 de noviembre de 2007, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía hacer lugar a la queja y revocar el decisorio impugnado; a su vez, indicó que el fallo cuestionado adolecía de graves deficiencias, las cuales autorizarían su invalidación por V. E. Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(…) la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar

86. “M., D. H. c/ M. B., M. F. s/ tenencia de hijos”, M, 2311, XLII, de 21/11/2007, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2007/beiro/m_diego_m_2311_l_xlii.pdf.

efectividad directa como mandato de la Constitución (...)

Agregó que:

“ (...) esta ‘regla de oro’ es reconocida por la comunidad jurídica occidental como un verdadero ‘*prius*’ interpretativo, que debe presidir cualquier decisión que afecte directamente a personas menores de dieciocho años, a punto tal que algunos países la adoptan como cláusulas constitucionales positivas (...) En sintonía con esa evolución, la Convención de 1989 ‘sienta tajantemente el principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva del derecho del menor, sancionando la ineludibilidad de la acción estatal positiva para garantizar en última instancia la eficacia del derecho del menor y su protección’ (...)

Respecto de la afectación del derecho a la salud de la niña, sostuvo que los jueces no podían dejar de calibrar en profundidad las posibles secuelas de aquella alteración, en una persona que está transcurriendo esos primeros años en lo que se edifica el mundo interior. Así, señaló que:

“(...) el derecho doméstico, en sintonía con la producción internacional en el campo de los derechos humanos, acepta como patrimonio básico de toda persona y, en especial, de los niños, el derecho a la salud (Fallos: 278:313, 302:1284, 310:112). Este estándar se traduce en el más alto nivel de salud que sea posible. en orden al bienestar y al desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (...) (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27; Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 11; Pacto de San José de Costa Rica, art. 5.1) (...)

En esta línea, indicó que:

“(...) se encuentra claramente comprometida la salud del niño, considerada en la acepción más amplia del término, tal como lo hace la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Va de suyo que un cambio de guarda -a pesar de su carácter eminentemente precario- es siempre un asunto de extrema trascendencia para el hijo. Esta sola observación. impone un juicio que balancee con especial esmero las consecuencias para el infante en términos beneficio-daño; valoración que ha de abarcar ineludiblemente la evaluación del impacto psicológico del desarraigo (...)

Asimismo, en relación con las garantías del debido proceso, sostuvo que:

“(...) en la base misma de nuestro sistema subyace el respeto de los derechos

fundamentales de la persona, que en su concreción práctica pende del debido proceso, de manera que -en lo que nos interesa- los jueces han de decidir en tiempo propio, previa recolección de los elementos de juicio racional y formalmente necesarios. Recalco una vez más, que -tanto desde la perspectiva de la vigencia del valor justicia, como desde una visión estrictamente lógica-, la índole misma de la función jurisdiccional impone atender a las circunstancias del caso así como a la prueba que conduce al esclarecimiento de esos hechos, puesto que ese es el modo adecuado para establecer su relación con el ordenamiento y las consecuencias que éste les atribuye (...)

Por último, concluyó que:

“(...) en los procesos en los que se debate la custodia de un niño, ese derecho a la salud -reconocido como atributo inherente a la dignidad humana y, por ende, inviolable-, interpela directamente a los jueces, como una manda de jerarquía superior, que reclama la búsqueda de los medios más idóneos para su consagración efectiva.- Cabe puntualizar aquí, que la prescindencia que exhibe la sentencia en este punto, conlleva desconocer ese imperativo, circunstancia que la torna inaceptable (...)

Sentencia de la CSJN (2008)⁸⁷

En su sentencia del 29 de abril de 2008, la CSJN declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

a.3) Relación con el derecho a un medio ambiente sano

Custet Llambi, María Rita - Defensora General s/ Amparo⁸⁸

Síntesis

El caso versó sobre la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de San Antonio Oeste a la salud, a gozar de un medio ambiente sano y al acceso a una instancia revisora.

87. CSJN, Fallos: 331:941, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6426091>.

88. “Custet Llambi, María Rita - Defensora General s/ Amparo”, CSJ-Corte Suprema de Justicia de la Nación - 2810/2015, de 29/03/2016, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/marzo/Custet_CSJ_2810_2015.pdf. En sentido similar: “Ministerio Público de la Defensa c/ Provincia de Córdoba - Estado Nacional s/ Amparo ley 16.986”, FCB-Justicia Federal de Córdoba - 35784/2013, de 4/03/2016, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/marzo/MPD_FCB_35784_2013.pdf.

La Defensora General de la Provincia de Río Negro inició una acción de amparo colectivo contra la Provincia de Río Negro y el Municipio de San Antonio Oeste a fin de resguardar el derecho de los niños, niñas y adolescentes que habitaban en ese municipio a la salud y al goce de un medio ambiente sano, para lo cual requirió, entre otras medidas, que se ordene la efectiva remediación de las zonas contaminadas con plomo y otros metales pesado.

La acción tramitó en forma originaria y ante uno de los magistrados del Superior Tribunal provincial — cfr. art. 42 de la Ley N° 2.430 “Ley Orgánica del Poder Judicial” — El magistrado interviniente hizo lugar al amparo interpuesto, y ordenó a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Río Negro que debía informar al Tribunal sobre la efectiva ejecución del Subprograma II “Gestión Ambiental Minera” (GEAMIN) y del seguimiento del proceso.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro resolvió, por mayoría, declarar mal concedido el recurso de revocatoria deducido por la Defensora General subrogante contra la sentencia del juez del amparo.

El *a quo* fundó el rechazo de la revocatoria en el art. 20 de la Ley N° 2.779,⁸⁹ que dispone que en este tipo de procesos son recurribles únicamente la sentencia denegatoria y aquella resolución que versa sobre las medidas cautelares.

A su vez, señaló que el pronunciamiento apelado por la defensora había hecho lugar a la acción, por lo que no se configuraba uno de los supuestos previstos como recurribles. Por lo tanto, consideró que el recurso de revocatoria era inadmisibile, en tanto la ley de amparo tiene como regla la irrecurribilidad de la sentencia.

Contra el pronunciamiento, la Defensora General de la Provincia de Río Negro interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la queja. Entre sus agravios, alegó la afectación del principio de congruencia, en tanto la defensoría petitionó la efectiva remediación de las zonas y la protección del derecho a la salud.

Sin embargo, entendió que la sentencia del juez del amparo impuso a la Provincia una mera resolución que de ese tenor no garantizaba la efectiva remediación pretendida, pues existían diversas eventualidades por las cuales el programa podría dejar de ejecutarse.

Dictamen de la PGN (2016)

En su dictamen del 29 de marzo de 2016, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que correspondía hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario, dejar sin

89. Ley 2.779 “Docentes”, sancionada el 30/12/1993.

efecto la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva ajustada a derecho. Respecto de la afectación al derecho a la salud, sostuvo que:

“(...) la decisión recurrida resulta arbitraria en tanto no efectuó una interpretación razonada de las normas provinciales aplicables con arreglo a las circunstancias de la causa, y desatendió el acceso a la justicia en el marco de un proceso colectivo que persigue la protección de los derechos a la salud y al ambiente sano y equilibrado de los niños, niñas y adolescentes de San Antonio Oeste (...)”.

Agregó que:

“(...) el tribunal imposibilitó la revisión de un fallo dictado en el marco de un amparo colectivo que involucra derechos fundamentales a la salud y a un ambiente sano y equilibrado (artículo 41 de la Constitución Nacional) por lo que le era exigible el máximo grado de prudencia en la verificación de los requisitos para la procedencia del recurso, con el riesgo de frustrar una vía procesal apta para asegurar la tutela judicial efectiva de la personas directamente afectadas por el daño ambiental (...)”.

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“ (...) la Corte Suprema enfatizó, en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, que la acción de amparo tiene por objeto la efectiva protección de los derechos vulnerados, por lo cual, en ese marco, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin (CSJ 1314/2012 [48-M]/ CS1, ‘Martínez, Sergio Raúl el Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otro si acción de amparo’, sentencia del 2 de marzo de 2015, considerando séptimo y sus citas). Ninguno de estos principios han sido debidamente observado por el a quo, pues al rechazar el recurso de revocatoria -que puso en tela de juicio la aptitud de la sentencia del juez del amparo para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes- neutralizó la eficacia del recurso judicial intentado, con único sustento en la interpretación restrictiva de la norma procesal local (...)”.

Sentencia de la CSJN (2016)⁹⁰

En su sentencia del 11 de octubre de 2016, la Corte hizo suyos los argumentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN; por lo tanto, hizo lugar a la queja, declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

90. CSJN, Fallos: 339:1423, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7339652>.

a.4) Niñas, niños y adolescentes con discapacidad

M., S. G. y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea s/ Amparo⁹¹

Síntesis

En el caso se abordó el derecho de una niña con discapacidad a acceder a una cobertura integral de salud que contemplara todos los beneficios de la seguridad social.

Los padres de la niña promovieron acción de amparo contra la Fuerza Aérea Argentina con el fin de que se hiciera cargo del tratamiento completo de su hija. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la decisión de grado que había hecho lugar al amparo. En su sentencia, consideró que no había sido invocada la adhesión de la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad –cfr. art. 1, Ley N° 24.901–; y que para acceder a una cobertura pública en materia de discapacidad debían gestionarse los beneficios otorgados por el Estado Nacional en el marco de lo dispuesto por el Decreto N° 762/97⁹² y las previsiones concordantes.

Contra el pronunciamiento, la actora dedujo recurso extraordinario. La recurrente alegó que la Cámara había interpretado erróneamente el marco normativo que regulaba el derecho de su hija con discapacidad a recibir una cobertura integral para su patología.

Dictamen de la PGN (2002)

En su dictamen del 31 de octubre de 2002, el entonces Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, consideró que correspondía revocar la sentencia impugnada por la actora. Entre sus argumentos, en primer lugar, con base al precedente “Campodónico”⁹³ de la CSJN señaló las obligaciones que tiene el Estado Nacional en la materia:

“(…) en el precedente de Fallos: 323:3229, V.E. resaltó con nitidez que las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública (cfse. cons. 31) y que la ley n° 22.431 obliga al Estado a garantizar a los menores discapacitados los tratamientos médicos

91. “M., S. G. y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea s/ Amparo”, M, 3226,XXXVIII, de 31/10/2002, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2002/NBecerra/octubre/martin_serpio_m_3226_l_xxxviii.pdf.

92. Decreto 762/97 “Sistema único de prestaciones básicas para personas con discapacidad”, sancionado el 11/08/1997, y publicado en el B.O. del 14/08/1997.

93. CSJN, Fallos: 323:3229, de los considerandos 31 y 32, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4936321&cache=1655304187510>.

en la medida en que no pudieren afrontarlos las personas de quienes dependan o los entes de obra social a que estén afiliados (cons. 32) (...)”.⁹⁴

Además, agregó que:

“(…) la protección y la asistencia integral a la discapacidad – como se ha explicitado con fundamento, especialmente, en las leyes n° 22.431 y 24.901 y en jurisprudencia de V.E. que pone énfasis en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia- constituye una política pública de nuestro país; (...) que lo decidido compromete el ‘interés superior...’ de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño (v. Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:854, 2021; 2388; 3229; 324:122, 906) de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (...)”.⁹⁵

En segundo lugar, recordó la importancia de que la menor con discapacidad accediera plenamente a los beneficios de la seguridad social a través de la obra social, sin impedimentos por parte de ésta. De este modo, indicó que:

“ (...) la accionada no acreditó haber encarado siquiera gestión alguna tendiente a encauzar el requerimiento de la actora por ante las instancias competentes, limitándose en todo momento a negar su responsabilidad y a argüir diversas limitaciones de tenor presupuestario que, conforme sus dichos, estarían aquejándola; en un plano en el cual no puede entenderse le resultara ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance que fuera menester para lograr la realización plena de los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social (cfse. Fallos: 321:1684; 324:3569), con el alcance integral que en esta materia estatuye la normativa tutelar (...)”.⁹⁶

Sentencia de la CSJN (2004)⁹⁷

En su sentencia del 8 de junio de 2004, la CSJN compartió e hizo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del PGN; en consecuencia, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

94. CSJN, Fallos: 323:3229, de los considerandos 31 y 32.

95. Con remisión a las leyes 22.431 “Sistema de protección integral de los discapacitados” y 24.901 “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”.

96. CSJN, Fallos: 313: 579, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=623>.

97. CSJN, Fallos: 327:2127, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5622821>.

F., A. C. y otro por sí y en representación de su hijo menor de edad H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo⁹⁸

Síntesis

En el caso se abordó el derecho de un niño con discapacidad a recibir una cobertura médica por parte del Estado Nacional toda vez que su obra social no podía cumplir con sus obligaciones por encontrarse concursada — cfr. Ley N° 24.901, “Sistema de prestaciones básicas con rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad” —.

Los padres del menor interpusieron una acción de amparo contra el Estado a fin de que se le ordenara que procediera a brindarle las prestaciones de salud necesarias con fundamento en las normas constitucionales del derecho a la salud.

Por su parte, Cámara hizo lugar al amparo y ordenó al Estado el suministro de las prestaciones de salud correspondientes. Contra dicho pronunciamiento, el recurrente dedujo el recurso extraordinario.

Dictamen de la PGN (2006)

En su dictamen del 28 de junio de 2006, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Ricardo Bausset, consideró que correspondía declarar la procedencia formal del recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Entre sus argumentos, indicó que:

“(…) el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental. En este sentido, 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 y sus citas) (...)”.

Por otro lado, remitió al precedente “Asociación Benghalensis”⁹⁹ de la CSJN, en donde se sostuvo 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. El derecho a la vida, más que un derecho

98. “F., A. C. y otro por sí y en Representación de su Hijo Menor de Edad H., L. E. c/ Estado Nacional s/ Amparo”, F, 838, XLI, de 28/02/2006, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2006/RBausset/febrero/floreancig_f_838_l_41.pdf.

99. CSJN, Fallos: 323:1339, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=4862491&cache=1656512006391>.

no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero 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 (...).”

Respecto del fondo de la cuestión, el Procurador Fiscal ante la CSJN indicó que la cuestión a dilucidar era similar a los fallos precedentes “Orlando, Susana Beatriz el Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo”¹⁰⁰ y “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro si acción de amparo”¹⁰¹ de la CSJN. Así, recordó que en Sánchez, la Corte resolvió que:

“(...) Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema). Así, el Tribunal 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 (...) 5º) Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario (...) 6º) Que, asimismo, en Fallos: 323:3229 este Tribunal ha dejado bien establecida la responsabilidad que cabe en esta materia a las jurisdicciones provinciales. Las obligaciones sanitarias de la autoridad local no implican ‘...desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional -mediante el Ministerio de Salud- el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista. De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad. En este contexto, no puede soslayarse la función rectora que ejerce en este campo a través del ministerio demandado, para garantizar el cumplimiento del tratamiento sanitario, coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (Fallos: 323:3229, considerando 27)’”.

100. “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo”, O, 59,XXXVIII, de 12/03/2002, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2002/becerra/mar/orlando_susana_o_59_l_xxxviii.pdf.

101. “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de amparo”, S, 730, XL, de 3/05/2004, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2004/RBausset/mayo/Sanchez_Norma_S_730_L_XL.pdf.

En relación con la situación de concurso preventivo en la que se encontraba la obra social del actor, remitió al precedente “Campodónico de Beviacqua”¹⁰² de la CSJN. En esta línea sostuvo que:

“(…) la existencia de una obra social que deba cumplir el Programa Médico Obligatorio -resolución 247/96, MS y AS, ya citada-, no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, pues si se aceptara el criterio de la recurrente que pretende justificar la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud (…)”.¹⁰³

En base a estos argumentos, el Procurador Fiscal ante la CSJN, concluyó que conforme con el régimen legal el Estado Nacional estaba obligado a asistir al menor; por lo tanto, consideró que correspondía proceder el recurso extraordinario y confirmar la sentencia.

Sentencia de la CSJN (2006)¹⁰⁴

En su sentencia del 11 de julio de 2006, la Corte compartió e hizo suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal ante la CSJN; por consiguiente, declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

R., Gladys Elizabeth s/ amparo – apelación¹⁰⁵

Síntesis

En el caso se abordó la afectación del derecho a la salud de las personas menores de edad y con discapacidad. En particular, se solicitó la cobertura integral de la escolaridad en el instituto especializado “Casaverde” donde asistía “V. B. B.”, de 12 años de edad y con síndrome de down.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 5 de General Roca, provincia de Río Negro, que hizo lugar parcialmente a la demanda incoada, la actora –en representación de

102. CSJN, Fallos: 323:3229, disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4936321&cache=1656512546318>.

103. Con cita a: CSJN, Fallos: 323:3229, del considerando 27, disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4936321&cache=1656512546318>.

104. CSJN, Fallos: 329:2552, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6052161>.

105. “R., Gladys Elizabeth s/ amparo – apelación”, R, 1629, XLII, de 5/05/2008, disponible en:

https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2008/MBeiro/mayo/R_Gladys_r_1629_l_xlII.pdf.

su hija menor de edad y con discapacidad intelectual– dedujo recurso de apelación ante el Tribunal local.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia desestimó dicho recurso, sobre la base de que el reclamo debía ajustarse a un juicio de conocimiento donde se ventile ampliamente la pretensión, con audiencia de los organismos de aplicación y del jefe de la administración.

En consecuencia, “R.” interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la queja.

Dictamen de la PGN (2008)

En su dictamen del 5 de mayo de 2008, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Entre sus fundamentos, sostuvo que:

“(…) observo que la sentencia comienza por reconocer que el derecho afectado en autos, es el de la salud. La cuestión debe resolverse, dice el *a quo*, conforme al principio rector que sienta en la materia el art. 59 de la carta magna provincial, precepto que entiende a la salud -completo bienestar psicofísico y espiritual-, como un bien social esencial, constitutivo de la dignidad humana. Dentro de esas reglas básicas, incluye la idea de que el sistema de salud debe basarse en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. En sintonía con ello, reobra sobre la jurisprudencia de ese mismo tribunal, donde -con cita del art. 50 de la Constitución provincial-, se estableció la responsabilidad y obligación del Estado rionegrino en la garantía de las prestaciones médico-asistenciales, y se descalificó a las postergaciones en la atención de los enfermos, por ser modos inadecuados de sobrellevar la crisis que los afecta. Recuerda también, que no es el derecho a la salud lo que debe justificarse, sino las restricciones que de él se hagan. Afirma, asimismo, que aquel derecho, emerge de tratados internacionales con rango constitucional; de la Ley local N° 2055 y de las leyes nacionales N° 24.901 y N° 23.660, que defieren a las obras sociales, la carga de solventar totalmente las prestaciones por discapacidad, con el carácter abarcativo que les acuerda el texto positivo (…).”

En esta línea, consideró que:

“(…) las conclusiones a las que llega el *a quo*, son contradictorias con las premisas que él mismo propició. Así, el tribunal se explaya en aclarar cuáles son los criterios de los que debe partirse, e indica correctamente el conjunto normativo aplicable; más se decanta por dejar de lado todo ese andamiaje de grado superior, en favor

de supuestas competencias genéricas, y de eventualidades financieras, igualmente teóricas. Para decidir así, aporta dos aparentes fundamentos, a saber: que la problemática ‘...viene mereciendo un criterio amplio de interpretación... pero siempre en orden a preservar y restablecer el orden jurídico vigente y comprometido ante específicas circunstancias del caso...’ (...); y que ‘No se desconoce ni la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ni el derecho a la salud, ni a la asistencia a las personas con capacidades diferentes... sino que se trata de un encaminamiento lógico que es natural de cualquier organización que atiende a la administración de los intereses colectivos de sus afiliados...’ (...).”

Por lo tanto, concluyó que:

“(...) el dogmatismo de estas afirmaciones me parece evidente, puesto que -de una parte y como ya dijimos-, ninguno de los principios o normas de fuente internacional o interna, conduce a la conclusión mantenida en el fallo. Y, de otra -tal como sostiene la progenitora-, la claridad de las disposiciones que identifican al sujeto pasivo primario es tal, que las modalidades presupuestarias -además de no haber sido invocadas por la interesada-, son ajenas a los discapacitados; con lo cual, no pueden utilizarse para retardar el cumplimiento de un imperativo innegable, liberando a la obra social, en perjuicio de sus más altos beneficiarios (...).”

Sentencia de la CSJN (2009)¹⁰⁶

En su dictamen del 9 de junio de 2009, la CSJN hizo suyos los fundamentos y conclusiones vertidos en el dictamen de la Procuradora Fiscal ante la CSJN, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada.

P., María Laura c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo¹⁰⁷

Síntesis

En el caso se abordó si correspondía otorgarle la cobertura integral de la medicación, estudios y tratamiento de la epilepsia que padecía la niña “V. R.”

La Sala N° 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la condena impuesta a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN).

106. CSJN, Fallos: 332:1394, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6680911>.

107. “P., María Laura c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo”, P, 679, XLVI, de 17/04/2012, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2012/MBeiro/abril/Primo_Maria_P_679_L_XLVI%5b1%5d.pdf.

Para así decidir, el superior tribunal de la causa estimó que: a) el Programa Médico Obligatorio (P. M. O.) constituía el límite inferior del universo de prestaciones exigibles por los afiliados, pero no necesariamente su tope máximo; b) la necesidad de V. R., de dos años de edad de recibir la asistencia solicitada, no había sido controvertida por la demandada; y c) no debían perderse de vista los fines que hacen a la existencia y funcionamiento de las obras sociales.

Contra el pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido. Entre sus agravios, sostuvo que la sentencia desconoció el estatuto jurídico aplicable a la OSPJN, contradiciendo al art. 4° de la Ley N° 23.890 que la excluye expresamente del régimen de las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, y -por ende- del cumplimiento del PMO y que, soslayaba el porcentaje indicado mediante la Resolución N° 310/04 (Anexo III), sobre cuya base se había autorizado la cobertura en un 70%.

Dictamen de la PGN (2012)

En su dictamen del 17 de abril de 2012, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía desestimar el recurso extraordinario. Respecto de la admisibilidad formal del recurso extraordinario, sostuvo que:

“(…) es formalmente procedente puesto que se encuentra en discusión el alcance e interpretación de normas de carácter federal regulatorias del derecho a la salud (en particular, la ley n° 25.404) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48; arg. Fallos 326:4931, por remisión al dictamen de esta Procuración). Por lo tanto, los argumentos de los litigantes o de los jueces de la causa no restringen la actuación de ese tribunal, sino que le incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (…)”.¹⁰⁸

Por otro lado, indicó que:

“(…) en autos no se controvierte la potencialidad discapacitante de la epilepsia -esfera en la que el debate se focaliza en aspectos probatorios-, creo pertinente tener presente que la prevención y la detección precoz -como medios para evitar o minimizar los efectos de las enfermedades de ese tipo-, constituye una preocupación crucial del organismo de seguimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño,

108. CSJN, Fallos: 329:5621, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6127721&cache=1657031032658;330:2286>, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6277831&cache=1657031055355;333:604>, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6843251&cache=1657031075881>.

que impulsa la intervención temprana de los servicios de salud y la gratuidad (...)”.¹⁰⁹

A su vez, en relación con la discapacidad de la niña, consideró que:

“(...) en autos no está en discusión que la niña V. padece epilepsia ni, por ende, que el caso debe regirse por la ley 25.404. Dicha norma fue encuadrada por el propio legislador en el ámbito de la salud pública y quedó definida en el extracto como ‘medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia’. Se le imprimió así una perspectiva tutelar específica -autonomía de la discapacidad- estableciendo expresamente que: i.- el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4°). ii.- las prestaciones médico-asistenciales respectivas quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado por resolución N° 939/00 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de aplicar, cuando correspondiere, lo dispuesto por las leyes N° 22.431 y N° 24.901 y sus normas reglamentarias y complementarias (art. 6°). iii.- toda norma que se oponga a sus prescripciones, queda sin efecto (art. 10) (...)”.

Respecto del interés superior del niño, principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, indicó que:

“(...) el crecimiento físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de los niños, encuentra resguardo en el art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, precepto éste que principalmente junto con el art. 3, constituye uno de los principios generales sobre los que se asienta ese instrumento internacional. De tal suerte, cualquier medida de aplicación debería estar dirigida a conseguir aquella evolución óptima (arg. Comité de los Derechos del Niño: Observación general n° 5 [parág. 12 – art. 6]; Observación general n° 13 [parág. 59 y 62]; Y Observación General n° 7 [parág. 9 y 10]). La salvaguarda de ese desarrollo pleno y la centralidad de este aspecto, también está presente en la Opinión Consultiva n° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde ese organismo de derechos humanos interpretó el concepto ‘interés superior del niño’ como un ‘principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño’ (v. esp. parág. 56 y 137, acáp. 7 y 8) (...)”

109. Con remisión a: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9, “Los derechos de los niños con discapacidad”, de 27 de febrero de 2007, párrs. 52, 53, 54, 56 y 57.

Así, agregó que:

“(…) adquiere relevancia particular el hecho de que los estudios y tratamiento -incluida, claro está, la medicación anticomicial- se presentan como prestaciones esenciales para la pequeña V., con unas características que -según autorizan a inferir las máximas de la experiencia y lo avizora el Sr. Defensor Oficial en el punto V.2 de su dictamen- pueden presumirse determinantes para su futuro desarrollo saludable, circunstancia que, en mi opinión, desautoriza nuevamente el criterio restrictivo que propugna la apelante (…)”.

Sobre la base de estos argumentos, concluyó que:

“(…) a partir de las reflexiones precedentes, queda inmediatamente sin sustento la alegación basada en el principio de solidaridad. Ello así, sin perjuicio de lo defectuoso de la invocación, tanto por su generalidad como por la falta de demostración del desequilibrio económico que se generaría con el otorgamiento de la cobertura integral (…)”.

Sentencia de la CSJN (2012)¹¹⁰

En su sentencia del 14 de agosto de 2012, la CSJN declaró inadmisibile el recurso extraordinario de conformidad con lo dispuesto por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

B., V. P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN) s/ Amparo¹¹¹

Síntesis

En el caso se abordó la interpretación de la Ley N° 23.890¹¹² y el estatuto de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN).

La Cámara Federal con asiento en la Provincia de Salta confirmó el rechazo de la acción de amparo. Contra el pronunciamiento, el Defensor Público Oficial dedujo el recurso extraordinario, que fue concedido parcialmente.

Para así decidir, la Cámara consideró que: a) el amparo es un proceso excepcional, que únicamente

110. P. 679. XLVI. REX, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6939292>.

111. “B., V. P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN) s/ Amparo”, B, 580, XLVII, de 21/02/2013, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2013/MCordoneRosello/febrero/B_V_P_B_580_L_XLVII.pdf.

112. Ley 23.890 “Obras sociales”, sancionada el 29/09/1990, y publicada en el B.O. del 30/10/1990.

puede ser utilizado en “delicadas y extremas situaciones” en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales; b) ese mecanismo exige la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficiencia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo reparable por ese medio; c) M. G. B. percibe una pensión por discapacidad además de la asignación por hijo acordada por el Consejo de la Magistratura; y, finalmente, que d) esas circunstancias impiden calificar la negativa de la obra social como manifiestamente arbitraria o ilegal, puesto que el estatuto respectivo exige que el familiar colateral por consanguinidad esté a cargo exclusivo del afiliado titular.

Dictamen de la PGN (2013)

En su dictamen del 21 de febrero de 2013, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Alejandra Cordone Rosello, consideró que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Entre sus fundamentos, sostuvo que:

“(...) el fallo apelado acota injustificadamente el acceso a la vía intentada, soslayando consolidadas líneas hermenéuticas trazadas por esa Corte en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad. En efecto, la Cámara confina expresamente la idoneidad de la vía elegida por la actora, a los litigios en los que se verifique una ‘carencia total de cobertura’ (...)”.

Agregó que:

“(...) esta restricción -que, como puede observarse fácilmente, excluye del instituto del amparo a todo aquel que cuente con cobertura, cualesquiera sean sus alcances y calidad-, no puede extraerse del art. 43 de nuestra ley mayor. Dicha interpretación se aparta abiertamente de la doctrina federal de V.E., que ha tenido por particularmente pertinente la utilización de este procedimiento dispositivo cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (...)”.¹¹³

A su vez, con remisión al dictamen de autos “P., S.E. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo”¹¹⁴, recordó que:

“(...) esta Procuración opinó que ‘...la consideración de la índole de la pretensión y del proceso mismo, no debería estar ausente en esta ocasión, desde que esas variables constituyen el marco referencial necesario, para formar convicción acerca de cuál es la mejor solución posible. Es que si se quiere comprender cabalmente

113. CSJN, Fallos: 330:4647, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6349351&cache=1657031813476>.

114. CSJN, Fallos: 330:4647.

la situación jurídica planteada y sus requerimientos instrumentales, no puede hacerse abstracción de la realidad a la que esas formas deben servir. Así lo ha enseñado V.E. al decidir que, si es posible inferir que se ocasionará un daño grave e irreparable remitiendo el examen de la cuestión a otros procedimientos, los jueces han de abrir la vía del amparo (arg. Fallos: 327:2413, por remisión al dictamen de esta Procuración), y que la existencia de otras alternativas más idóneas no puede establecerse sino con referencia a las circunstancias del caso (arg. Fallos: 318:1154 consid. 5º)...’ ‘...En este supuesto, se trataría de una persona especialmente vulnerable, tanto por su menor edad como por la grave patología denunciada. Un niño con una compleja enfermedad, y con una cobertura social restringida, de cuya ampliación dependería la continuidad de la prestación asistencial, en curso al momento de iniciarse el expediente. Luego... no puede ignorarse que el panorama que describimos, está vinculado con el derecho a la salud...’ (...)”.

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“ (...) la existencia de cauces procesales alternativos no puede, insisto, ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento (arg. Fallos: 330:4647, entre muchos otros). Y, en este caso particular, encuentro que la propia índole de la enfermedad que aqueja a M.G. autoriza a concluir que someterla a ella y a su familia al empleo de un trámite ordinario, no satisfará la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arg. Fallos: 331:1755) (...)”.

Sentencia de la CSJN (2014)¹¹⁵

En su sentencia del 4 de febrero de 2014, la CSJN declaró la nulidad de todo lo actuado y remitió los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Pupilar.

 **H., Federico Alejandro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno**¹¹⁶

Síntesis

El caso consistió en determinar el alcance de los derechos de los niños con discapacidad a la salud y a la integralidad de las prestaciones.

115. B. 580. XLVII, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7083741>.

116. “H., Federico Alejandro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Amparo”, S. C. H. 196; L. XLVI, de 17/03/2014, disponible en: http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2014/MSachetta/marzo/H_H_196_L_XLVI.pdf.

Los padres de Z. T. H., en representación de su hija discapacitada, presentaron un amparo contra el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) para lograr la cobertura de diferentes prestaciones necesarias para garantizar la salud y la rehabilitación de la menor. En particular, requirieron: a) valvas cortas de polipropileno pierna pie en 90° acolchada y valvas para sujetar muñeca en posición neutra y dedos en extensión; b) corsé en neoprene ballenado para controlar el tronco; c) estabilizadores de rodillas y de codos; d) cuello de goma de espuma de látex; e) bipedestador a medida; f) 125 pañales mensuales elastizados, con gel, tamaño extra grande; g) terapia ocupacional; h) aplicación de toxina botulínica; e i) maestra integradora.

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó parcialmente la sentencia de primera instancia, y puso a cargo de CEMIC la totalidad de las prestaciones requeridas en la demanda en favor de la niña. Contra la resolución, el centro médico interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la presentación de un recurso de queja.

Dictamen de la PGN (2014)

En su dictamen del 17 de marzo de 2014, el Procurador Fiscal subrogante ante la CSJN, Marcelo A. Sachetta, consideró que correspondía hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso federal y confirmar la decisión apelada en virtud del interés primordial de los niños con discapacidad.

En primer lugar, indicó que el régimen de protección plena de la discapacidad atañe también a las entidades de medicina privada. Así, sostuvo que:

“(…) más allá de las cláusulas contractuales —que no pueden invocarse para justificar el apartamiento de los deberes impuestos en esta materia— y por imperio de la ley 24.754, el cumplimiento del régimen de protección plena propio de la discapacidad incumbe —sin distinción alguna— a las entidades de la medicina privada, que tienen bajo su cargo las mismas prestaciones obligatorias establecidas para las obras sociales (...)”.

Agregó que:

“(…) en lo que atañe a las restricciones que invoca la demandada, referidas a la improcedencia de imponerle prestaciones de índole asistencial y/o social, cabe recordar que la ley 24.901 asume como objetivo la implementación de 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 brindar a los beneficiarios ‘una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos’ (v. art. 1°; B.O. 05/12/97) (...) En ese ámbito,

el artículo 2° establece la obligatoriedad de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la norma, que requieran las personas con discapacidad. Entre tales prestaciones se encuentran las preventivas (art. 14), de rehabilitación (art. 15), terapéutico-educativas (arts. 16 y 17) y asistenciales (art. 18), así como las tocantes al transporte especial para asistir a los establecimientos educacionales o rehabilitadores (art. 13). Se consideran, además, servicios específicos vinculados con la estimulación temprana, la educación inicial y general básica, la formación laboral y la rehabilitación —enumerados al solo efecto enunciativo en la ley—, según la patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar (cfse. arts. 19 a 28). Finalmente, se determinan prestaciones complementarias, entre las que se incluyen la cobertura de psicofármacos y de medicinas que no se producen en el país (cf. Capítulo VII) (...)

En segundo lugar, indicó que expresión “médico asistencial” debía entenderse con un contenido amplio:

“(...) la expresión ‘médico asistencial’ debe entenderse con un contenido amplio, como lo señaló esa Corte en el considerando 6° del antecedente de Fallos 330:3725, comprensivo tanto de la esfera estrictamente médica como de la asistencial. Ello, por otra parte, se compadece con el artículo 28 de la ley 23.661, citado por el Tribunal en su fallo, y con uno de los objetivos esenciales de la ley 24.901, cual es la integración social de las personas con discapacidad (cfse. arts. 11, 15, 23,33 a 37 y ccds., ley 24.901; y arts. 1°,3°,4°,7°,9°, 19, 24, 25, 26, 27, 28 y ccds. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.378) (...)

En tercer lugar, estimó que la cobertura integral a las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad debe interpretarse considerando el interés primordial del niño con discapacidad. En esta línea, sostuvo que:

“(...) procede poner de resalto que ‘en esta particular área de los derechos humanos, los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y la consideración primordial de su interés tienen jerarquía superior, imponiendo una dirección a la tarea interpretativa’ (S.C. R. 104, 1. XLVII, ‘R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo’; ítem IV del dictamen de esta Procuración General al que remitió el fallo del 27 /11/12) (...)

Finalmente, concluyó que:

“(…) adquiere relevancia particular que los requerimientos objeto de estas actuaciones se presentan como prestaciones esenciales tanto para que la menor goce de una mejor calidad de vida en el presente, como para su futuro desarrollo (…).”

Sentencia de la CSJN (2014)¹¹⁷

En su sentencia del 9 de septiembre de 2014, la CSJN declaró inadmisibile el recurso extraordinario en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

 **G., I. C. c/ Swiss Medical S.A.**¹¹⁸

Síntesis

El caso consistió en determinar el alcance de los derechos a la salud, a la integralidad de las prestaciones, a la educación y al desarrollo de una vida digna, respecto de un niño con discapacidad.

El padre del niño “I. G.”, quien padecía una discapacidad mental y motora, permanente y parcial, reclamó, mediante un amparo, que la empresa de medicina prepaga “Swiss Medical” S.A. cubriera la prestación consistente en la cuota del instituto educativo Rosario Vera Peñaloza de Bahía Blanca y la prestación por “acompañante terapéutico”. La acción también persiguió el reembolso de las cuotas correspondientes a los períodos ya cursados por “I. G.”, y el reintegro de las diferencias pagadas en concepto de acompañante terapéutico por esos períodos. Por pedido del Ministerio Pupilar, la *litis* se integró con el Servicio Nacional de Rehabilitación de las Personas con Discapacidad.

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca confirmó parcialmente la sentencia de mérito que había admitido el amparo y condenado a “Swiss Medical” S.A. y, en subsidio, al Estado Nacional — Servicio Nacional de Rehabilitación de las Personas con Discapacidad— a cubrir las cuotas escolares del niño.

En tal sentido, dispuso el reembolso de las cuotas de ciertos períodos y denegó el reclamo en concepto de matrícula escolar. Asimismo, la Cámara revocó la sentencia en cuanto a la cobertura de la prestación “acompañante terapéutico”, la que sustituyó por un “apoyo a la integración escolar”, y

117. H. 196. XLVI. RHE, disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7144381>.

118. “G., I. C. c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo Ley 16.986”, S.C. G. 701; L. XLIX, de 28/04/2015, disponible en: http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2015/MSachetta/abril/GIC_G_701_L_XLIX.pdf.

la limitó a las horas de permanencia de “I. G.” en el establecimiento educativo.

Contra el pronunciamiento, el padre del niño dedujo un recurso extraordinario que fue concedido en lo vinculado con la cuestión federal y descartado respecto de la alegación de arbitrariedad, aspecto que no había sido recurrido por la actora. Además, la CSJN, previo a expedirse, le confirió vista a la Defensoría General de la Nación, la que solicitó la admisión de los agravios del menor de edad en punto a la matrícula escolar y a la integralidad del acompañamiento terapéutico.

Dictamen de la PGN (2015)

En su dictamen del 28 de abril de 2015, el Procurador Fiscal subrogante ante la CSJN, Marcelo A. Sachetta, consideró que correspondía declarar procedente el recurso federal interpuesto y revocar la sentencia apelada.

Entre sus argumentos, sostuvo que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones de rehabilitación relacionadas con la salud. En esta línea, indicó que:

“(...) tanto la Ley Fundamental como los tratados de derechos humanos consagran el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (arts. 42 de la Constitución Nacional, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Se estipula allí que los Estados adoptarán medidas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones de rehabilitación relacionadas con la salud, proporcionarán los servicios que requieran como consecuencia de la discapacidad y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para que estas personas puedan alcanzar y mantener la máxima independencia, inclusión y participación en todos los aspectos de la vida (v., en esp., arts. 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) (...)”.

Sentencia de la CSJN (2016)¹¹⁹

En su sentencia del 16 de febrero de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

119. CSJ 701/2013 (49 -G) /CS1, disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7280232>.

Síntesis

En el caso se analizó el alcance del derecho a la salud respecto de un niño con discapacidad. En particular, se buscó definir si las obras sociales deben cubrir estas prestaciones de modo completo o únicamente hasta el tope arancelario dispuesto en la normativa aplicable.

La Obra Social del Poder Judicial de la Nación había limitado la cobertura médica de un niño con un Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD), de acuerdo con el criterio del Nomenclador de Prestaciones Básicas. El nomenclador, según el Decreto 1193/1998¹²¹, reglamenta las obligaciones previstas en los arts. 11 a 39 de la Ley N° 24.901¹²², aplicando topes arancelarios a la cobertura de determinados servicios médicos.

Frente a ello, el padre del niño entabló una demanda contra la obra social a fin de obtener la cobertura por el monto total de las erogaciones realizadas para costear las prácticas educativas y asistenciales y los gastos de las derivaciones médicas necesitadas por el menor.

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia modificó parcialmente la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda. El tribunal de alzada decidió elevar el monto que debía cubrir la obra social por las prestaciones solicitadas hasta los valores máximos establecidos en el Nomenclador de Prestaciones Básicas (Resolución 1512/2013 del Ministerio de Salud¹²³) con más el 50% por zona desfavorable en aquellos casos en los que el valor facturado excediera esos topes.

La Cámara, entonces, resolvió no aplicar esa resolución al caso y, en consecuencia, condenó a la obra social demandada a abonar la totalidad de la cobertura médica requerida por el niño, incluyendo las prácticas educativas y asistenciales y los gastos de las derivaciones médicas. Contra ese pronunciamiento, la demandada interpuso un recurso extraordinario, cuya denegación motivó la correspondiente queja.

Dictamen de la PGN (2016)

En su dictamen del 18 de agosto de 2016, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que correspondía confirmar la sentencia apelada, pues la aplicación de los

120. "V. I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Ordinario", FCR 11050512/2013, de 18/08/2016, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2016/VAbramovich/agosto/V_I_FCR_11050512_2013.pdf.

121. Decreto 1193/1998 "Discapacidad. Ley 24.901, su reglamentación", sancionado el 8/10/1998, y publicado en el B.O. del 14/10/1998.

122. Ley 24.901 "Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad", sancionada el 5/11/1997, y promulgada de hecho el 2/12/1997.

123. Resolución 1512/2013 del Ministerio de Salud "Aranceles", sancionada el 24/09/2013.

topes arancelarios previstos en el Nomenclador de Prestaciones Básicas resultaba irrazonable al “desnaturalizar” el derecho del niño a obtener los tratamientos que requería y, en definitiva, por vulnerar su derecho a la salud.

Entre sus argumentos, en primer lugar, sostuvo que las obras sociales tienen la obligación de brindar a sus afiliados una cobertura integral de las prestaciones que requieren en razón de su discapacidad. En esta línea, indicó que:

“(…) el derecho a la salud es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de los niños y de las personas con discapacidad (...) En consonancia, la Corte Suprema ha destacado que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (Fallos 327:2127, ‘Martin’; 327:2413, ‘Lifschitz’). En ese marco, es obligación de todas las prestadoras de salud hacer su máximo esfuerzo por satisfacer el derecho a la salud de los niños con discapacidad, por lo cual a la demandada no le resulta ajena la obligación de brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de su discapacidad (ver Fallos 327:2127; 331:1449, ‘Segarra’). Asimismo, esta obligación surge, tal como lo han entendido las instancias anteriores, de la resolución OSPJN 1126/2004, mediante la cual la obra social se ha obligado a adecuar su cobertura al régimen que establece la ley 24.901 (...)”.¹²⁴

En segundo lugar argumentó que la cobertura integral a las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad debe considerar el interés superior del niño con discapacidad:

“(…) corresponde tener en cuenta que las condiciones del niño con discapacidad beneficiario de las prestaciones requieren de una especial atención al valorarse las circunstancias particulares del caso. Por ello, la consideración primordial de su interés debe orientar la decisión de los jueces (Fallos 324:122, ‘Guckenheimer’; 327:2413)” (...).”

En tercer lugar, indicó que la obligación de prestar cobertura integral de determinadas prestaciones médicas no es necesariamente incompatible con la aplicación de topes arancelario; de esta forma, consideró que:

“(…) corresponde examinar la razonabilidad del Nomenclador de Prestaciones Básicas. De acuerdo con el decreto 1193/1998, ese nomenclador reglamenta las obligaciones previstas en los artículos 11 a 39 de la ley 24.901. Opino que

124. Constitución Nacional, art. 75, inc. 23; PIDESC, arts. 10, inc. 3, y 12; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 25 y 26; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 23 y 24; CADH, arts. 4, inc. 1, y 19; y PIDCP, art. 24, inc. 1.

reglamentar los valores reembolsables por las prestaciones de salud no es en sí irrazonable. Por el contrario, constituye un medio adecuado para garantizar similares prestaciones a todos los afiliados que las requieran y permite que las entidades del sistema de salud puedan prever los costos de sus obligaciones” (...).”

Agregó que:

“(...) la Corte Suprema ha destacado que ‘el régimen de recursos para el funcionamiento de la Obra Social se obtiene del aporte de los afiliados, y el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas, ya que, de no ser así, tal solidaridad sería ilusoria’ (Fallos 325:977, ‘Melich’, 327:3256, ‘Viton de Borda’). De igual modo, esta Procuración General y la Corte Suprema han considerado que la obligación de prestar cobertura integral de determinadas prestaciones médicas no es necesariamente incompatible con la aplicación de topes arancelarios (Fallos 334:1869, ‘G., M. E.’ (...)).”

En cuarto lugar, indicó que el examen de razonabilidad de la limitación de cobertura para la rehabilitación de un niño con discapacidad, debía ponderar diferentes extremos fácticos del caso. En esta línea, sostuvo que:

“(...) la limitación de cobertura no puede conducir a que en una situación particular se desconozca o desvirtúe la finalidad protectora del régimen que reglamenta, sino que debe ser razonable, lo cual significa que debe atender a los fines que contempla y no ser descalificable por razón de inequidad (doctr. Fallos 327:3677, ‘Vizzoti’, considerandos 60 y 70; ver también Fallos 329:1638, ‘Reynoso’) (...).”

Por último, concluyó que:

“(...) ello requiere, por lo tanto, un examen de razonabilidad circunstanciado que verifique las consecuencias de la implementación del nomenclador, ponderando cuidadosamente los extremos fácticos que caracterizan la controversia, como el tipo de prestaciones en juego, sus costos efectivos, las sumas a cubrir por la obra social y la temporalidad de los reembolsos, la situación del grupo familiar y de la persona interesada, y la continuidad y regularidad de los tratamientos médicos involucrados, entre otras cuestiones relevantes (...).”

Sentencia de la CSJN (2017)¹²⁵

En su sentencia del 19 de septiembre de 2017, la CSJN resolvió rechazar el recurso y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada.

 **B. M., I. c/ Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas s/ amparo ley 16.986**¹²⁶

Síntesis

En el caso se promovió una acción de amparo en favor de una niña que padecía diplegia Espástica, contra el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA), a fin de cubrir la cuota correspondiente al colegio Victoria Ocampo por contar con instalaciones adaptadas, personal profesional orientado y una currícula controlada y reducida, aspectos que la oferta educativa estatal no ofrecía ni podía brindarle.

En este sentido, los padres sostuvieron que, de acuerdo con los arts. 16, 17 y 22 de la Ley N° 24.901, correspondía a la obra social IOSFA cubrir el establecimiento educativo, dado que la oferta educativa estatal era inadecuada para la niña por las características de su discapacidad.

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca confirmó la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar a la acción de amparo y condenó al IOSFA a cubrir el 100% de la cuota del Colegio Victoria Ocampo, del transporte del domicilio al colegio y del costo del acompañante terapéutico escolar de marzo a diciembre.

Entre sus argumentos, la Cámara señaló que el derecho a la salud de los niños con discapacidad está consagrado en la Constitución Nacional — cfr. CN, arts. 42 y 75 inc. 22 — y en tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Contra ese pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motivó la queja. Entre sus agravios, consideró que se hallaba en tela de juicio la inteligencia normativa que rige al IOSFA, en especial la Ley N° 24.901 y el instructivo de Procedimientos de la Subgerencia de Asistencia Social, pues no obligaban a brindar cobertura de escuela común privada y tampoco ordenaban que dicha cobertura sea al 100%, ni para las prestaciones de escuela ni para las de acompañante terapéutico.

Además, afirmó que el IOSFA cumplía con otorgar el servicio a la integración escolar y/o los sistemas de apoyo contemplados por Resolución conjunta 6/2019, y que éstas eran las únicas prestaciones obligatorias para la obra social.

125. CSJN, Fallos: 340:1269, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7401073>.

126. “B.M., I. c/ Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas s/ amparo ley 16.986”, FBB 8535/2020/1/RH1, de 21/02/2022, disponible en: https://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2022/VAbramovich/febrero/B_M_I_FBB_8535_2020_1RH1.pdf.

Asimismo, alegó que en el caso mediaba gravedad institucional toda vez que se encontraba comprometido el sistema de salud, lo cual afectaba a toda la comunidad.

Dictamen de la PGN (2022)

En su dictamen del 21 de febrero de 2022, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, consideró que el recurso extraordinario había sido correctamente denegado y que correspondía denegar la queja. Respecto a la prestación de transporte, sostuvo que se encontraba firme al no haber sido materia de agravio en el recurso extraordinario.

Sobre los argumentos de la recurrente que solicitaban a la obra social que cubriera la totalidad de la cuota de la escuela privada y de la prestación del acompañante terapéutico, estimó que:

“(…) con relación a quién correspondía la carga de acreditar la existencia de escuelas de educación primaria común y a determinar cuál es el monto del nomenclador que corresponde aplicar, aspectos fácticos, probatorios y de derecho común, ajenos – como regla y por su naturaleza– a esta instancia extraordinaria. Máxime cuando los apelantes no rebaten debidamente las razones fácticas y de derecho no federal en las que el tribunal sustentó lo decidido (…)”¹²⁷

A su vez, con referencia a la sentencia recurrida, mencionó que la Cámara:

“[p]onderó que el caso trata sobre una niña de 7 años de edad, afiliada a la demandada, que padece diplejía espástica como secuela de encefalopatía crónica no evolutiva, por lo que posee certificado único de discapacidad que refiere la necesidad de contar con acompañante y servicios de transporte. Valoró, además, que le fue extendido certificado médico por su médico tratante –quién la atiende desde los dos años de vida– donde se prescriben las prestaciones que reclama y que la demandada no ha hecho ninguna propuesta con relación a la escuela (…)”.

En base a los motivos expuestos, el Procurador Fiscal ante la CSJN concluyó que:

“(…) las medidas ordenadas a cargo de IOSFA se encuentran encaminadas a hacer efectivos los imperativos de máxima inclusión social de los niños con discapacidad, cuyo marco normativo esta Procuración General ya ha reseñado en otras oportunidades (…)”.

127. CSJN, Fallos: 340:1331, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=7400942&cache=1650470555467>

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación de este trabajo, la CSJN no se ha expedido al respecto.

 **V., V. c/ Mutual Federada 25 de junio -Federada Salud- s/ Prestaciones médicas**¹²⁸

Síntesis

En el caso la señora “D.N.B.” en representación del niño “V.V.”, diagnosticado con trastorno del espectro autista severo inició acción de amparo contra la “Mutual Federada 25 de Junio S.P.R” (en adelante Mutual Federada) y solicitó la cobertura de las prestaciones de acompañante terapéutico extraescolar domiciliario (4 horas diarias), acompañante terapéutico domiciliario (4 horas diarias) y cuotas mensuales complementarias y de integración en la escuela especial “APAdA” de Bahía Blanca.

El Juez Federal de Primera instancia hizo lugar a la acción. Ante dicha resolución la Mutual Federada interpuso recurso de apelación. La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca revocó la sentencia y en consecuencia denegó la cobertura de las prestaciones solicitadas.

El Tribunal consideró que la inasistencia de la amparista a la evaluación del equipo interdisciplinario convocada por la demanda no encontraba una justificación atendible y privó a la entidad de determinar cuál es la efectiva necesidad prestacional de “V.V.”.

También explicó que el agente de servicio de salud se encuentra facultado a solicitar el examen a la persona con discapacidad en tanto constituye un requisito para acceder a las prestaciones básicas instituidas por la Ley N° 24.901.

La madre del niño comunicó que no asistiría debido a la emergencia sanitaria que se decretó en aquel año, pero la Cámara argumentó que la Mutual informó que contaba con los protocolos correspondientes para llevar a cabo la evaluación interdisciplinaria.

Contra ese pronunciamiento, el Fiscal General interpuso recurso extraordinario, que fue contestado y concedido. Consideró que había cuestión federal en tanto se desconoció la aplicación de la Constitución Nacional, de disposiciones internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y de normas federales que resguardaban la vida, la salud, la integración, la educación y la rehabilitación de un niño con discapacidad, todo ello de conformidad con los 75, inc. 22 y 23, C.N.; art. 24,

128. “V., V. c/ Mutual Federada 25 de junio -Federada Salud- s/ Prestaciones médicas”, FBB 10406/2020/CS1, del 28/02/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2023/NAbramovich/febrero/V_V_FBB_10406_2020_CS1.pdf.

Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 19, 22, 24, 25, 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; art. 22., Ley N° 24.901; art. 1, res. 17/2006 del Directorio del “Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad”; arts. 3, 14 y 15 de la Ley N° 26.061.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 28 de febrero de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, mantuvo el recurso extraordinario deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Bahía Blanca y solicitó se deje sin efecto la sentencia apelada.

A los fundamentos desarrollados por el Fiscal General apelante, el Procurador Fiscal estimo conveniente agregar algunas consideraciones. En primer lugar analizó el marco legal y el contexto en virtud de la declaración como pandemia del brote de COVID-19 por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto de necesidad y urgencia 297/2020.

Al respecto explico que:

“(…) Durante la vigencia de esa medida se dictó la referida resolución SSS 1293/2020. Allí se determinó que, ante la necesidad de modificación o inicio de nuevas prestaciones, “la persona con discapacidad, su familiar responsable/figura de apoyo, [deberían] enviar la documentación por medios digitales al Agente del Seguro de Salud o a la Empresa de Medicina Prepaga, según corresponda” (art. 2). A su vez, el artículo 5 de la resolución ordenó que “los equipos interdisciplinarios de los Agentes del Seguro de Salud y las Empresas de Medicina Prepaga, en conjunto con el/los prestador/es, [deberían] evaluar el plan de abordaje que mejor se ajuste a las necesidades de la persona con discapacidad y su familia, asegurando a estos servicios accesibles, suficientes y oportunos”. Estas pautas de participación conjunta de los equipos interdisciplinarios y los prestadores fueron mantenidas luego por la resolución SSS 1731/2021 (…)

Asimismo y en ese contexto, argumentó que la interpretación del Tribunal se contraponía con la normativa descripta ya que en ningún momento la Ley N° 24.901 ni la resolución 1293/2020 supeditaban las prestaciones a la asistencia física a una revisión. Puntualmente indicó que:

“(…) la resolución fija pautas para que el equipo 5 interdisciplinario y los prestadores evalúen en conjunto el plan de abordaje que mejor se ajuste a la persona con discapacidad frente al envío de manera digital de la documentación para la modificación o inicio de nuevas prestaciones. En estas circunstancias, el criterio de la cámara supone una restricción que no resulta, ni expresa ni implícitamente, del

sistema impuesto por las normas citadas (...).”.

De hecho explicó que la realización de una evaluación interdisciplinaria por parte de las entidades obligadas a brindar las prestaciones tenía como finalidad favorecer la integración social y la inclusión de las personas con discapacidad. Por lo tanto remarcó que:

“(...) en el contexto de emergencia sanitaria se adoptaran medidas como la resolución referida para que ninguna persona con discapacidad se viera impedida de acceder a las mencionadas prestaciones. Adicionalmente, la Corte Suprema ha convalidado que la intervención de equipos interdisciplinarios prevista en el artículo 11 de la ley 24.901 no se limita a los servicios propios o contratados de los que dispusiese la prestadora de salud (CSJN, R. 945. XLI, Recurso de hecho, “Ruiz, Daniel Osvaldo y Ruiz de Molina, Myriam c/ acción social de la Universidad Nacional de Tucumán”, sentencia del 14 de noviembre de 2006). En sintonía con lo expuesto, la ley 27.043 que declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan Trastornos del Espectro Autista (TEA) refuerza la obligación de las entidades del seguro de salud de brindar las prestaciones necesarias para su tratamiento –incorporando en el PMO las necesarias para su abordaje integral e interdisciplinario– y la efectiva inclusión en los niveles educativos, laborales y sociales (arts. 2 y 4) (...).”.

En ese marco, el Procurador Fiscal entiende que no puede avalarse la lectura que el Tribunal efectuó sobre esas disposiciones porque se erigiría como un obstáculo para el acceso oportuno y suficiente de los niños con discapacidad a las prestaciones garantizadas por la Ley N° 24.901. En particular destacó que:

“(...) en casos como el presente, la Corte Suprema puntualizó que la tarea interpretativa debe estar guiada por los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y consideración primordial de su interés (CSJN, causa R. 104, XLVII, “R. D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, sentencia del 27 de noviembre de 2012) (...).”.

Asimismo y con cita en diversos precedentes de la Corte IDH resaltó que las autoridades judiciales están obligadas a considerar las especiales consecuencias o efectos diferenciados de la intersección de factores o condiciones de discriminación. Además dijo que:

“(...) (Corte IDH, “Vicky Hernández y otras vs. Honduras”, sentencia del 26 de marzo de 2021, párr.135, “Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala”, sentencia

del 23 de agosto de 2018, párr.138, Comité DESC, “Caso Trujillo Calero c. Ecuador”, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2018, comunicación núm. 10/2015 [E/C.12/63/D/10/2015]). Esa circunstancia les demanda un deber de tutela reforzado, mayor diligencia y celeridad, y el uso de sus facultades ordenatorias para encausar los procesos legales (Corte IDH. “Furlán y familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, en especial, párrs. 182, 186, 202, 203, 269). A su vez, remarcó que “los cuidados especiales y la asistencia necesaria para un niño o una niña con discapacidad debe incluir, como elemento fundamental, el apoyo a las familias a cargo de su cuidado durante el tratamiento, en especial a las madres, en quienes tradicionalmente recaen las labores de cuidado” (Corte IDH, “Vera Rojas vs. Chile”, sentencia del 1 de octubre de 2021, párr. 111) (...).”.

En suma, concluyó que:

“(...) el actor es una persona sobre la que interseccionan múltiples factores de vulnerabilidad, por su condición de niño y de persona con discapacidad, los jueces se encuentran obligados a asegurar que se brinde protección especial y se faciliten medidas efectivas y personalizadas de apoyo en entornos que fomenten al máximo su desarrollo social y educativo, de conformidad con el objetivo de plena inclusión (...)”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

b) Personas con discapacidad

Quinteros, Virginia s/ su presentación¹²⁹

Síntesis

En el caso se abordó la afectación de los derechos a la salud, a la defensa en juicio y al debido proceso. La actora basó su pretensión en las “Reglas de Brasilia”, en tanto se trataba de una persona en condición de vulnerabilidad ya que además de ser discapacitada, carecía de medios económicos y era mujer — cfr. reglas 3, 7, 8, 15, 16, 17 y 20 —.

129. “Quinteros, Virginia s/ su presentación”, Q, 43, XLV, de 13/04/2011, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2011/beiro/4-abril/quinteros_virginia_q_43_l_xlv.pdf.

La actora, por medio del Defensor de Pobres y Menores, promovió acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) Delegación Diamante, en la cual petitionó la incorporación a la entidad en condición de “hijo mayor de edad de titular obligatorio”.

A fin de fundar su pretensión, alegó que había formado parte de la obra social como “afiliado hijo menor de edad” y, luego como “afiliado estudiante” hasta cumplir los veinticinco años, y que cuando solicitó su inclusión voluntaria ésta fue rechazada por tener una patología preexistente (hidrocefalia), padecimiento que le generó una incapacidad permanente y condujo a reiteradas intervenciones quirúrgicas que la tornaron “válvulo dependiente”.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos hizo lugar a la apelación deducida por el IOSPER y, en consecuencia, rechazó el amparo promovido por la actora. Para así resolver, consideró que el reclamo había sido deducido luego de transcurrido los 30 días previstos en el art. 3º, inc. c) de la Ley local N° 8.369; a su vez, agregó que las presentaciones realizadas por el Defensor de Pobres y Menores carecían de efecto suspensivo respecto del plazo de caducidad legal, más aún, cuando no se había alegado una razón de urgencia que afectaba de manera inminente y grave la salud de la peticionaria.

Contra el pronunciamiento, la actora dedujo *in forma pauperis* recurso extraordinario, que fue denegado por carecer de fundamentación autónoma y dio origen a la presentación bajo análisis. Entre sus agravios, alegó que la decisión del *a quo* resultaba arbitraria y desatendía las disposiciones constitucionales referidas a la protección integral de la salud, de la familia y de las personas con discapacidad e igualdad de oportunidades.

Dictamen de la PGN (2011)

En su dictamen del 13 de abril de 2011, la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta A. Beiró, consideró que correspondía hacer lugar a la presentación, dejar sin efecto la sentencia, y restituir la causa al tribunal de origen, a sus efectos, o bien, de juzgarlo pertinente V. E., expedirse sobre el fondo del asunto y condenar al IOSPER a la reafiliación de la actora. Respecto de la admisibilidad formal del recurso, sostuvo que:

“(…) coincido con la representante del Ministerio Público Fiscal de Entre Ríos y con el Sr. Defensor Oficial ante la Corte en orden a que la presentación (...) satisface los recaudos mínimos exigibles para su admisión formal ante V.E., y, por tanto, estimo que fue erróneamente desestimada por el *a quo* (...) Ello es así, singularmente a la luz de los intereses en juego, explicitados en ocasión de reclamar y posteriormente (...), y en el marco de la doctrina de V.E. que descalifica el excesivo ritualismo, en particular, cuando se hallan comprometidos derechos constitucionales como la vida

y la salud (...).¹³⁰

Por otro lado, en relación con el recurso de amparo de salud, indicó que:

“(...) si bien en el marco de supuestos fácticos distintos, pero vinculados a la cobertura de prestaciones de salud, VE ha interpretado que toca a los jueces buscar solución que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas e impedir que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar al inicio de un nuevo proceso (cf. Fallos 327:2127: 329:4918: 330:4647: 331:563; etc.). En ese plano, la sentencia que rechazó el amparo no apreció, como es menester, la cuestión que la accionante llevó para su consideración dado que, desde que se dedujo el reclamo, la actora hizo saber de la necesidad de que le restablezcan la cobertura médica y se ocupó de acreditar la persistencia de sus problemas de salud e incapacidad, por lo que aquélla deviene arbitraria y debe invalidarse judicialmente (...).¹³¹

Asimismo, agregó que:

“(...) el IOSPER -persona jurídica autárquica enmarcada en el Ministerio de Bienestar Social de la Provincia de Entre Ríos, a través de su Secretaría de Salud Pública, cuyo titular, presupuesto, normativa, control, etc. determina el Ejecutivo y cuyas operaciones garantiza el Estado local (v. arts. 1,7,9 inc. e), 11 inc. g), 12 incs. a) b), k) y r) *in fine*, 14, 20, 27, 30 y 32, ley local n° 5326)- se limitó a argüir condicionamientos presupuestarios y potestades privativas para justificar la no reafiliación de la accionante y a enfatizar la responsabilidad del Estado Provincial en estos casos a través de su red de hospitales públicos y de los restantes servicios de salud (...) A la par de que con arreglo a la normativa reseñada en el párrafo que antecede resulta cuanto menos discutible la nítida ajenidad del

130. CSJN, Fallos: 327:5210, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5709721&cache=1657033764139;329:1226>, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6016931&cache=1657033787326;330:4647>, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6349351&cache=1657033805156;332:1200>, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6673181&cache=1657033823760;333:380>, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6827431&cache=1657033844952>.

131. CSJN, Fallos: 327:5373, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5716001&cache=1657033911553;330:5201>, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6371621&cache=1657033929096>.

IOSPER respecto del Estado local ha reiterado VE que el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida y reafirmado en los tratados internacionales (v. art. 75. incs. 22 y 23, C.N.)- involucra no sólo a las autoridades públicas sino también en la medida de sus obligaciones, a las jurisdicciones locales. obras sociales y entes de medicina prepaga (cf. Fallos: 324:3569; 327:2127; 328:1708; 329:2552; 330:4160; etc.) (...).”

Finalmente, concluyó que:

“(...) en el supuesto, a mi ver, al cesar en la prestación de los beneficios de que disfrutaba la actora y llegarse a restablecerlos por la vía de incorporarla como adherente voluntaria -hijo mayor de edad del titular obligatorio u otra categoría análoga- el Instituto faltó al compromiso que, como ente de la seguridad social, contrajo con su afiliada, al punto tal de comprometer sus derechos constitucionales (cfr. doctrina de Fallos: 324:677; 327:5373; 330: 3725: entre otros) (...)”.

Sentencia de la CSJN (2012)¹³²

En su sentencia del 23 de febrero de 2012, la CSJN hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y condenó a la demandada –Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER)– a reafiliar a la actora.

L., Edith Silvia c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno¹³³

Síntesis

En el caso se analizó cómo compatibilizar la obligación legal de cobertura médica asistencial de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga con el derecho a la salud y los derechos de las personas con discapacidad.

Edith Silvia L., quien padecía una enfermedad autoinmune severa (lupus eritematoso sistémico con compromiso renal y hematológico), demandó al Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno, empresa de medicina prepaga a la que estaba afiliada para que ésta le proveyera, con una cobertura del 100%, la droga que se le había prescrito para tratar su afección,

132. CSJN, Fallos: 335:76, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=129331>.

133. “L., Edith Silvia c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno”, L. 85 L XLVII, de 28/05/2013, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2013/AGilsCarbo/mayo/L_Edith_L_85_L_XLVII.pdf. En sentido similar: “T., María Cintia y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Sumarísimo”, T, 7,XLIX, de 8/10/2014, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2014/MSachetta/octubre/T_Maria_T_7_L_XLIX.pdf.

a pesar de que esa droga no había sido aprobada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) para ese uso.

La Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de la jueza de grado que había admitido la acción de amparo y condenado al centro médico a proveer el medicamento. Contra ese pronunciamiento, la empresa interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

Dictamen de la PGN (2013)

En su dictamen del 28 de mayo de 2013, la entonces Procuradora General de la Nación, Alejandra Magdalena Gils Carbó, consideró que correspondía hacer lugar a la queja y rechazar el recurso extraordinario. Ello pues entendió que no era arbitraria la valoración del juez sobre la conveniencia y la razonabilidad del uso de la droga para el tratamiento de la enfermedad.

En primer lugar, indicó que el derecho a la salud comprende el derecho de acceder al tratamiento médico adecuado para la patología en cuestión:

“(...) el derecho a la salud —reconocido expresamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y tal como lo ha interpretado la Corte en su jurisprudencia constitucional (cf., por ejemplo, Fallos 323:1339; 329:2552)— garantiza al paciente el acceso al tratamiento médicamente adecuado para la patología que padece (...)”.

En segundo lugar, sostuvo que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga están obligadas a brindar todas las prestaciones que requiera la rehabilitación de las personas con discapacidad. En esta línea, indicó que:

“(...) en especial, en lo que atañe a las personas con discapacidad —como la actora en este proceso (...)—, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga deben brindar todas las prestaciones que requiera la rehabilitación del paciente, así como, en la medida en que conciernan al campo médico asistencial, las demás previstas en la ley 24.901 (artículos 1,2 y 38) (...)”.

Agregó que:

“(...) esa interpretación ha sido recogida en la ley 26.682 que, en lo pertinente, establece la obligación de las empresas de medicina prepaga de solventar los requerimientos de las personas con discapacidad. Expresamente, al fijar el marco

regulatorio para ese sector, le impone ‘cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médica asistencial (...) el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con discapacidad previst[o] en la ley 24.901 y sus modificatorias’ (artículo 7, ley 26.682) (...).”

En tercer lugar, estimó que el derecho de acceder al tratamiento médico adecuado para la patología, exige evaluar la conveniencia y razonabilidad de la utilización de medicamentos por un “uso distinto” del aprobado por la autoridad de aplicación. De este modo, consideró que:

“(...) tanto la regulación internacional del uso fuera de prospecto de medicamentos aprobados, como la regulación de la ANMAT sobre uso compasivo de medicamentos no aprobados pretenden garantizar el acceso del paciente a un tratamiento adecuado, aun cuando ello implique utilizar un fármaco para un uso distinto del aprobado por la autoridad de aplicación. Ello exige evaluar debidamente la conveniencia y razonabilidad del uso fuera de prospecto del fármaco, teniendo en cuenta la información científica acerca de la eficacia del fármaco para la patología en cuestión y para la situación concreta del paciente, la razonabilidad de la relación entre riesgos y beneficios y el consentimiento informado del paciente (...).”

Sentencia de la CSJN (2015)¹³⁴

En su sentencia del 20 de mayo de 2015, la CSJN resolvió que debía hacerse lugar a la queja; sin embargo, en sentido contrario con lo dictaminado por la Procuradora General, declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia de Cámara por considerarla arbitraria, y dispuso que el tribunal dicte un nuevo pronunciamiento.

B., C. B. y otro en representación de su hijo menor c/ IOSPER y otros s/ Acción de amparo¹³⁵

Síntesis

El caso versó sobre la interpretación de la Ley N° 27.350¹³⁶ de “Investigación médica y científica”, en tanto la actora había solicitado la cobertura médica y farmacológica de un tratamiento con cannabis

134. CSJN, Fallos: 337:580, disponible en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113861&cache=1515603363336>.

135. “B., C. B. y otro en representación de su hijo menor c/ IOSPER y otros s/ Acción de amparo”, CSJ-Corte Suprema de Justicia de la Nación - 417/2018, de 6/02/2019, disponible en:

https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2019/VAbramovich/febrero/B_C_CSJ_417_2018_CS1.pdf. En sentido similar:

“N, G. A. y su hijo B.A. y otro c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986”, FSA-Justicia Federal de Salta - 21814/2017, de 14/05/2021, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2021/VAbramovich/mayo/N_G_FSA_21814_2017_CS1.pdf.

136. Ley 27.350 “Investigación médica y científica”, sancionada el 29/03/2017.

a fin de tratar la epilepsia refractaria que padecía su hijo de 20 años con discapacidad.

La Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó la sentencia de grado, y rechazó la acción de amparo promovida por “C. B. B.” y “P. F. M.”, en representación de su hijo, “A. M.” contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) y, en subsidio, contra esa provincia, a fin de obtener la cobertura médica y farmacológica (integral, regular, ininterrumpida y en un 100%) de la alternativa terapéutica consistente en el uso de aceite de cannabis para tratar la epilepsia refractaria que padecía el joven de acuerdo con las indicaciones de su médico neurólogo.

Entre sus fundamentos, el tribunal señaló que los actores habían fundado su pretensión en la Ley N° 27.350 y que, mediante esa ley, el Estado Nacional se obligó a suministrar, en forma gratuita, aceite de cannabis en caso de cumplimiento de ciertas condiciones, como la inscripción en el registro creado en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación.

Contra ese pronunciamiento, los accionantes interpusieron recurso extraordinario que contestado fue concedido por el *a quo*.

Entre sus agravios, alegaron que: a) existía cuestión federal toda vez que se encontraban en juego los derechos a la vida, la salud y la integridad física consagrados en la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y b) que la decisión era arbitraria puesto que efectuaba una interpretación restrictiva del ordenamiento legal que ampara a las personas con discapacidad.

Dictamen de la PGN (2019)

En su dictamen del 6 de febrero de 2019, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, estimó que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Respecto de la admisibilidad del recurso, sostuvo que:

“(…) el recurso extraordinario fue correctamente concedido puesto que se encuentra en tela de juicio la interpretación del derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud consagrado en normas de carácter federal (art. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; art. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 10, 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y leyes 24.901 y 27.350), y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 327:2127, ‘Martill’; 327:2413, ‘Lifschitz’; 335:168, ‘P. de C. M.’; y dictamen de esta Procuración General, causa L. 85, L. XLVII, ‘L. Edith

Silvia c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo', 28 de mayo de 2013). Además, el planteo de arbitrariedad debe ser tratado en forma conjunta en tanto se encuentra inescindiblemente relacionado con la cuestión federal (...)"

Agregó que:

"(...) la sentencia apelada denegó la cobertura sobre la base de identificar en forma errada el régimen jurídico que dirime el conflicto. En concreto, decidió la suerte de la acción sobre la base de ponderar únicamente las previsiones de la Ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta Cannabis y sus derivados, sin analizar fundadamente el alcance de las restantes normas aplicables, esto es, el artículo 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 10, 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en particular, la ley 24.901 que regula el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Esa visión fragmentada contradice precisamente el objeto de la ley 27.350, que consiste en garantizar y promover el cuidado integral de la salud (art. 1) (...)"

En relación con la afectación al derecho a la salud, indicó que:

"(...) es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional en favor de las personas con discapacidad (Constitución Nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos citados). Nuestro orden constitucional adoptó además un modelo social de la discapacidad a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ese modelo implica 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 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 'Furlan y Familiares vs. Argentina', sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 133; y 'González Lluy y otros vs. Ecuador', sentencia del 1 de septiembre de 2015, párr. 237). Para superar esos obstáculos, la citada convención propicia la adopción de medidas tendientes a lograr que la persona alcance el más alto nivel posible de salud, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, garantizando la inclusión y participación plena y efectiva en todos los aspectos de la vida (arts. 3, inc. c; 19; 24; 25 y 26) (...)"

A su vez, respecto de las personas que padecen epilepsia, señaló que:

“(…) tienen una tutela específica adicional. En el ámbito nacional, la ley 25.404 establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4), y en la provincia de Entre Ríos, la ley 9705 dispone que ‘[l]a asistencia médica integral quedará integrada a los nomencladores de las obras sociales que operan en la Provincia, formando parte del plan básico obligatorio y gratuito para tratamientos crónicos y prolongados’. Estas leyes coadyuvan la cobertura integral prevista por las normas que garantizan el derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud (...)”.

Así, sostuvo que:

“(…) la ley 27.350 que vino a incrementar la protección del cuidado integral de la salud, no puede limitar las alternativas previstas en otros ordenamientos, como la de reclamar la cobertura a la obra social en los términos de la ley 24.901. En casos similares, la Corte Suprema postuló que, ante la urgencia que caracteriza los planteas vinculados a la salud, es desproporcionado imponerle al paciente la carga de acudir a otros medios para solicitar la cobertura de una prestación (doctr. Fallos: 327:2127, ‘Martín’ y sus citas). Allí recordó que los jueces ‘deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso’ (...)”.¹³⁷

Sentencia de la CSJN (2021)¹³⁸

En su sentencia del 21 de octubre de 2021, la CSJN declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada e hizo lugar a la acción de amparo; en consecuencia, condenó al IOSPER a cubrir el 100% del costo del “aceite de cannabis” en la dosis que había indicado el médico neurólogo y en los términos del Decreto 883/2020.

137. CSJN, Fallos: 327:2127, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5622821&cache=1657193788506>.

138. CSJN, Fallos: 344:2868, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7702191>.

c) Personas mayores

Sogga, Luis Constantino c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ recurso de hecho¹³⁹

Síntesis

El caso versó sobre el derecho de una persona mayor a la cobertura de implantes odontológicos por parte de su obra social.

La Cámara Federal de Tucumán ordenó a la Obra Social del Poder Judicial abonar al actor la suma reclamada en concepto de reintegro de implantes odontológicos ya realizados. Para así decidir, la Cámara señaló que si se encontraba en juego el derecho a la salud, la no inclusión de una prestación en el Plan Médico Obligatorio (PMO) no era óbice para su otorgamiento, desde que las coberturas mínimas podían extenderse para hacer efectiva la garantía constitucional del derecho protegido.

A su vez, entendió que dado que el peticionario acreditó la necesidad y urgencia de la prestación, como así también el cumplimiento de los recaudos requeridos por las normas aplicables, la demandada está obligada a satisfacer en forma integral el reclamo.

Contra esta decisión, la obra social presentó recurso extraordinario, que fue rechazado y motivó la queja. Entre sus agravios, alegó que no se encontraba en peligro la salud ni la vida del actor y que el reclamo era solo de índole patrimonial.

Dictamen de la PGN (2018)

En su dictamen del 9 de febrero de 2018, el Procurador Fiscal ante la CJSN, Víctor Cosarin Abramovich, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Entre sus argumentos, sostuvo que:

“(…) es necesario mencionar que la OSPJN, conforme dispone el artículo 4 de la ley 23.890, se encuentra excluida de los alcances de las leyes 23.660 y 23.661. No obstante su condición jurídica respecto del Sistema Nacional del Seguro de Salud, no se controvierte en autos que los implantes odontológicos no están incluidos en las prestaciones del PMO. En ese marco, fue dictada la resolución OSDG n° 273/10 (312110) que califica como ‘facultativa’ a la cobertura de implantes dentales, es

139. “Sogga, Luis Constantino c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Recurso de Hecho”, FTU 17903/2012, de 9/02/2018, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2018/VAbramovich/febrero/Sogga_Luis_FTU_17903_2012_1RH1.pdf.

decir, que constituye una prestación brindada ‘con carácter de excepción, en forma parcial y mientras las condiciones económico financieras lo permitan; pudiendo en el futuro modificarla’ (...).”

Respecto del derecho a la salud, indicó que, a pesar de tener raigambre constitucional, no es absoluto, sino que debe ser ejercido con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que no sean alterados en su sustancia. En este sentido, señaló que:

“(...) la Corte Suprema ha resuelto que medidas como la adoptada por la obra social demandada, son consecuencia del normal ejercicio de las facultades con las que cuenta para imponer requisitos y límites para el otorgamiento de las afiliaciones y demás coberturas. Ello, pues el régimen de recursos para el funcionamiento de la obra social se obtiene del aporte de los afiliados, y el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas, ya que, de no ser así, tal solidaridad resultaría ilusoria (...)”.¹⁴⁰

Agregó que:

“(...) la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la República Argentina por ley 27.360 (B.O. 31105/17), prevé que los Estados Parte se comprometen, entre otras cuestiones, a salvaguardar los derechos humanos de las personas mayores de edad, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud física y mental, y a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, sin ningún tipo de discriminación (v. en particular, arts. 1, 5, 6 y 19). En su Preámbulo reafirma que las personas mayores tienen los mismos derechos humanos que otras personas, y que queda prohibida la discriminación por edad en la vejez; y reconoce que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena (v. también art. 5) (...)”.

De esta forma, señaló que:

“(...) la decisión de la demandada de circunscribir el beneficio en función de la edad de los afiliados, incrementando los requisitos para aquellos que -como en el caso de autos- tienen más de 70 años, sin haber expuesto razón alguna para fundar dicha distinción y cuando, naturalmente, esa prestación es más requerida para las personas del grupo excluido, afecta gravemente el principio de igualdad de jerarquía constitucional (art. 16, y 75 inc. 23 C.N.) (...)”.

140. CSJN, Fallos: 327:3256, disponible en: <http://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomoPagina?tomold=392#page=251>.

Respecto de la “garantía de igualdad”, sostuvo que esta:

“(…) requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la distinción no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra indebido favor o privilegio, personal o de grupo (…)”.

Por otro lado, consideró que correspondía analizarse la razonabilidad de la diferencia de trato en la que incurría la demandada para determinar su legitimidad. Así, señaló que:

“(…) la discriminación por edad en la vejez está prohibida expresamente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, e impone a los Estados Parte el deber de desarrollar enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez (v. art. 5) (…)”.

En esta línea, argumentó que al realizarse el control de razonabilidad de la resolución cuestionada debía aplicarse la doctrina de las categorías sospechosas y la inversión de la carga de la prueba en tanto establecía de forma directa una diferencia de trato en la cobertura de salud en perjuicio de las personas adultas mayores, al limitar las prestaciones en función de la mayor edad del afiliado. Por todo ello, consideró que la norma debía ser declarada inválida.

Sentencia de la CSJN (2018)¹⁴¹

En su sentencia del 8 de mayo de 2018, la CSJN tuvo por desistido el recurso de queja.

Udrizard, Liliana Noemí c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo¹⁴²

Síntesis

El caso versó sobre la interposición de una acción de amparo para la incorporación de una beneficiaria previsional de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos como afiliada al Instituto de Obra Social de Entre Ríos.

141. FTU 017903/2012/1/RH001, disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7449831>.

142. “Udrizard, Liliana Noemí c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo”, CSJ 1078/2021/RH1, de 8/4/2022, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2022/VAbramovich/abril/Udrizard_Liliana_CSJ_1078_2021_RH1.pdf

El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos revocó el fallo de la instancia anterior y rechazó la acción de amparo interpuesta por la actora a fin de obtener la incorporación. Señaló que la admisibilidad de la vía excepcional del amparo exige ponderar la existencia de urgencia y necesidad de la pretensión, así como también la violación del derecho constitucional invocado y si la irreparabilidad del daño denunciado requiere un trámite expedito y rápido.

Concluyó que la peticionaria, quien se desempeñó como docente en instituciones educativas de gestión privada, tiene un plan privado de salud contratado con Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), por lo cual, el reclamo no podía tramitar por la vía del amparo.

Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario, que fue denegado, lo que motivó la presentación de una queja directa ante la CSJN.

La recurrente alegó la existencia de cuestión federal puesto que la sentencia la dejaba sin cobertura médica afectando sus derechos constitucionales a la salud, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la igualdad ante la ley, así como el principio de legalidad.

Además, sostuvo que la sentencia era arbitraria ya que, contrariamente a lo sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, no contaba con cobertura privada de OSDE dado que debió darse de baja por falta de recursos económicos para abonar la cuota del plan a partir del 31/1/2021. En función de ello, solicitó que se tenga por acreditada la situación de urgencia que funda el amparo.

Dictamen de la PGN (2022)

En su dictamen del 8 de abril de 2022 el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, decidió que correspondía admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada a fin de que sea dictada una nueva que garantice el pleno acceso a la jurisdicción de amparo.

En primer lugar, sostuvo sobre la arbitrariedad alegada que:

“(…) aunque las resoluciones de los superiores tribunales provinciales que versan sobre los recursos de orden local no son, en principio, susceptibles de revisión por medio de la apelación federal, corresponde habilitar el recurso extraordinario cuando la decisión de los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 339:201, ‘Martínez’ y sus citas). Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión no puede

fundarse 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: 330:4647, 'María Flavia Judith' y sus citas (...)).

Respecto a la procedencia del amparo, indicó que:

“(...) Las circunstancias del caso y la naturaleza de los derechos debatidos hacen que la reapertura del debate a través de los carriles ordinarios no satisfaga la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 18, Constitución Nacional y art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y normas concordantes) (...)”.

En este sentido, y sobre la acción de amparo señaló que:

“(...) tiene por objeto asegurar el goce de los derechos a la vida y al disfrute del más alto nivel posible de la salud, que se encuentran ampliamente reconocidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En tal sentido, la Corte Suprema ha dicho en reiteradas oportunidades que la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (Fallos: 330:4647, 'María Flavia Judith'; 332:1200, 'P., S.E.'; 336:2333, 'L., S.R.'; entre otros). A ello cabe agregar que la peticionaria pertenece al colectivo de personas mayores, cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, y a la protección judicial efectiva, se encuentran especialmente protegidos por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por ley 27.360 (arts. 3, incs. *f, g, k, l* y *n*; 4, inc. *c, 6, 19*, primer párrafo y 31). En particular, el artículo 31 dispone que 'La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor' (cuarto párrafo (...)).”.

Por ello, razonó que:

“(...) el *a quo* interpretó y aplicó los requisitos del amparo regulado por la ley local, soslayando el derecho a la tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales (art. 43, Constitución Nacional y arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos), más aun considerando que la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de la actora no exige una mayor amplitud de debate o de prueba (...)”.

En virtud de estos argumentos, concluyó que:

“(…) la especial naturaleza de los derechos debatidos y la circunstancia de que una persona jubilada se encuentre sin cobertura social, transcurrido casi un año desde la interposición de su demanda, ameritan que el tribunal *a quo*, dicte sentencia con la mayor celeridad (…)”.

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

Toscano, Elsa Beatriz c/ OSOCNA y otro s/ amparo de salud¹⁴³

Síntesis

En el caso la actora se desempeñó en su vida laboral como empleada en relación de dependencia de la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante AFIP) y estuvo afiliada a la Obra Social de Comisarios Navales (en adelante, OSOCNA) que prestaba servicios a través de Organización de Servicios Directos Empresarios (en adelante, OSDE).

En el año 2017 obtuvo el beneficio jubilatorio y a partir de entonces pasó a ser beneficiaria del PAMI con alta efectiva el año siguiente. No obstante la actora decidió contratar con OSDE el Plan 310 en forma privada.

Ante su traslado automático al PAMI interpuso acción de amparo contra OSOCNA y OSDE para mantener su afiliación al Plan 310 y a cubrir con las derivaciones de aportes a la Obra Social y el pago adicional del plan superador de acuerdo con lo establecido en La Leyes N° 19.032, 23.660 y decreto reglamentario 576/1993.

El Juzgado Federal de Primera instancia hizo lugar a la acción promovida. Contra dicha resolución las codemandadas apelaron, y la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la sentencia.

La Cámara entendió que la doctrina de los actos propios era aplicable al caso, en tanto la interposición de la acción resultaba contradictoria con la contratación directa con la empresa de medicina prepaga y con el consentimiento por más de un año de su nuevo carácter filiatorio.

143. “Toscano, Elsa Beatriz c/ OSOCNA y otro s/ amparo de salud”, CCF 6216/2019/CS1, del 15/02/2024, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2024/VAbramovich/febrero/Toscano_Elsa_CCF_6216_2019_CS1.pdf.

Ante dicho pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario federal que fue contestado y concedido por cuestión federal con planteos de arbitrariedad inescindibles. Principalmente adujo que la resolución vulneraba el derecho a la salud reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y sus derechos como usuaria consagrados en la Ley N° 24.240.

Consideró también que la Cámara no ponderó que su adhesión como socia directa al Plan 310 fue determinada por OSOCNA y OSDE, quienes actuaron de mala fe sin infórmale que podía derivar aportes. Indicó que la primera la dio de baja sin comunicárselo luego de obtener el beneficio jubilatorio y la segunda le impuso la suscripción del contrato de socia adherente para continuar afiliada.

Dictamen de la PGN (2024)

En su dictamen del 15 de febrero de 2024, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, opinó que correspondía declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, y revocar la sentencia apelada con el alcance propuesto.

En cuanto a la admisibilidad formal del remedio federal, entendió que:

“(…) se ha puesto en cuestión la interpretación de normas de carácter federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48). Asimismo, atento a que varias de las alegaciones formuladas desde la perspectiva de la arbitrariedad se encuentran inescindiblemente ligadas con el alcance que los jueces atribuyeron a la normativa federal, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 344:2901, “B., E. M.”) (…)”.

Sobre la cuestión de fondo, explicó que consistía en determinar si la obra social se encontraba habilitada a desafiliar a la actora por haberse jubilado y sí, en consecuencia, la prestadora de salud que brindaba el plan superador podía negarse a mantenerlo. Así expuso que:

“(…) la baja automática realizada por OSOCNA que devino en la inmediata desafiliación de OSDE resulta arbitraria y transgrede las normas y principios que rigen en el ámbito de la seguridad social (Fallos: 330:2093, “Obra Social del Personal Directivo de la Construcción” y 344:223, “Y., G. N.”). El artículo 8, inciso b de la ley 23.660 reconoce como beneficiarios obligatorios de las obras sociales a los jubilados y pensionados, a la vez que el artículo 16 de la ley 19.032 prevé un derecho de elección a su favor, pudiendo optar por permanecer en la obra social a la que se encontraban afiliados durante su vida activa o traspasarse al INSSJP (…)”.

Asimismo destacó que:

“(…) la Corte Suprema en el caso registrado en Fallos: 324:1550, “Albónico”, concluyó que la decisión de cambiar la cobertura a favor del INSSJP es facultativa y requiere de una manifestación inequívoca de los afiliados. Asimismo, afirmó que el dictado de los decretos 292/1995 y 492/1995 — artículos 14 y 13, respectivamente—, y de otras normas sucesivas, ampliaron y garantizaron las posibilidades de elección de los beneficiarios, permitiendo que opten, también, por otros agentes del seguro de salud (Fallos: 343:1591, “Andrada”). A su vez, en el precedente de Fallos: 343:1591, “Andrada”, remitiendo al dictamen de esta Procuración General, la Corte Suprema destacó, con relación al financiamiento del sistema, que los aportes a cargo de los jubilados y pensionados son deducidos de los haberes previsionales por los organismos que tengan a su cargo la liquidación de dichas prestaciones, debiendo transferirse a la orden de la respectiva obra social dentro de los quince días corridos posteriores a cada mes vencido, junto con el monto equivalente al costo de módulo de Régimen de Atención Médica Especial para pasivos, que se garantiza a todos los jubilados y pensionados (art. 20, ley 23.660, y decreto reglamentario 576/1993). Puso de relieve que el decreto 292/1995 faculta a la ANSES a transferir el financiamiento de cada jubilado o pensionado directamente al agente de salud elegido (…)”.

Por lo tanto afirmó que el ordenamiento legal le permite a los afiliados a obras sociales que obtienen el beneficio jubilatorio optar entre continuar con la cobertura de la obra social a que estaban afiliados o la del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP).

De este modo el Procurador Fiscal indicó que:

“(…) En caso de que quien se jubiló haya contratado con anterioridad un plan superador por mejores servicios comercializado por un agente del seguro de salud de los contemplados en las leyes 23.660 y 23.661 (art. 1, ley 26.682 de Medicina Prepaga), en tanto esa relación es accesoria a la que vincula al beneficiario con la obra social, su regulación se debe integrar con el derecho de elección antes descripto por aplicación del principio de interpretación sistemática de las leyes (Fallos: 329:2876, “Banco Central de la República Argentina”; 331:1234, “Buenos Aires, Provincia de”) (…)”.

Por lo tanto, esgrimió que si el beneficiario decidió permanecer en la obra social de origen al momento de jubilarse mantiene la posibilidad de continuar como afiliado del plan superador en las mismas condiciones que en su vida activa, es decir, el valor de la cuota es cubierto con recursos de la seguridad social y la afiliada asume el costo adicional del plan superador acordado.

Adicionalmente y con precedentes de la Corte IDH sostuvo que:

“(…) las prestadoras de servicios de salud y seguridad social, están obligadas a asegurar la regularidad de los servicios en resguardo del bien público involucrado, por lo que no pueden establecer restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente (Corte IDH, casos “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, párrs. 95 y 96; “Suárez Peralta vs. Ecuador”, sentencia de 21 de mayo de 2013, párr. 144, “Vera Rojas y otros vs. Chile”, sentencia del 1 de octubre de 2021, párr. 114) (...)”.

Reiteró también que en el contexto de una relación jurídica preexistente, la facultad del ente asistencial pierde autonomía absoluta y plena y ha de ser interpretada en forma restrictiva, debiendo prevalecer una hermenéutica de equidad que favorezca a aquel que pretende permanecer en la relación. Así argumentó que los magistrados deben:

“(…) en la interpretación de las leyes de previsión social, guiarse con la máxima prudencia ya que la inteligencia que se les asigne puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo (Fallos 344:223, “Y.,G.N” y sus citas). Por tal motivo, la estabilidad o permanencia en la relación jurídica con la entidad prestataria, que implica vínculos con sus servicios de salud, no debe truncarse sin un sostén legal certero (dictamen de esta Procuración General en la causa S.C.M 1196 XLVII, “Mollanco, Marta Ofelia y otro c/ Unión Personal s/ amparo”, del 12 de marzo de 2013, al que remitió la Corte el 11 de marzo de 2014) (...)”.

En cuanto a la aplicación de la doctrina de los actos propios en el caso de autos observó que ambas demandadas habían contestado las cartas documento que les dirigió la actora antes de iniciar el proceso e invocaron la “imposibilidad jurídica” de incorporarla como afiliada. En la contestación afirmaban que la inscripción al INSSJ había sido realizada por ANSES de forma automática como consecuencia de su jubilación.

Por todo ello entendió que:

“(…) no corresponde imputar a la actora la teoría de los actos propios ya que el accionar ilícito de las demandadas determinó su conducta (dictamen en S.C.M 1196 XLVII “Mollanco”, cit.). No puede obviarse que la actuación de la actora fue definida por la ausencia de información adecuada que debían brindarle las accionadas a la luz de los derechos sociales involucrados. Al respecto, el acceso a la información resulta un componente básico del derecho a la seguridad social, de modo que la omisión de suministrarla o la imposibilidad de acceder a ella puede conducir a una violación de ese derecho (v., Comité DESC, Observación

General 14, párrs. 11 y 12; Observación General 19, párr. 26; “Trujillo Calero vs. Ecuador”, dictamen del 26 de marzo de 2018, párrs. 16.1.,2,3 y 4; dictámenes de esta Procuración General en las causas CCF 2032/2012/CA2, “Conci”, cit. y CSJ 2221/2021/CS1, “Vera, Isabel c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ enfermedad–accidente”, del 9 de noviembre de 2023). En definitiva, cualquier examen de acto propio debe ser restrictivo en este ámbito pues los beneficios de la seguridad social resultan irrenunciables (art. 14 bis, Constitución Nacional; dictamen en la causa CSJ 2221/2021/CS1, “Vera”, cit.) (...).”

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.

Carbone Elisabeth Laura y otro c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ sumarísimo¹⁴⁴

Síntesis

En el caso la señora Carbone y su esposo eran afiliados de la Asociación Civil del Hospital Alemán bajo la categoría de matrimonio. Luego de cumplir los 60 años y de acuerdo con el Reglamento General del Plan Médico del Hospital Alemán ambos fueron recategorizados lo que implicó que la cuota de la socia adherente y su pareja pasara a la categoría de afiliados individuales.

Ante dicha situación la actora demandó a la Asociación porque el aumento impuesto en virtud de la recategorización que sufrió como consecuencia de alcanzar la edad de 60 años no era concordante con el marco legal previsto en la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía. Además producto de los aumentos aplicados debió solicitar pasar a un plan más económico, con menores prestaciones.

El Juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda. Frente a dicha resolución la demandada apeló y la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia y rechazó la demanda con constas en ambas instancias a la vencida.

Para así decidir el Tribunal explicó que la Ley N° 26.682 de “Medicina Prepaga” permite aumentos como consecuencia de la mayor edad del usuario, con fundamento en el previsible aumento del riesgo de deterioro de salud. Además el art. 17 de la norma prevé la posibilidad de que los planes de salud

144. “Carbone Elisabeth Laura y otro c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ sumarísimo”, COM 4706/2020/CS1, del 26/12/2023, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2023/VAbramovich/diciembre/Carbone_Elisabeth_COM_4706_2020_CS1.pdf.

establezcan precios diferenciales en razón de la edad siempre que sean dispuestos al momento de su contratación y que se respete el límite máximo de variación entre el precio de la primera y la última franja etaria, establecido en tres veces.

Por otro lado, valoró que el cambio de categoría que motivó el aumento se encontraba previsto en el Reglamento General del Plan Médico del Hospital Alemán, y fue preavisado por la empresa demandada mediante una leyenda destacada en las facturas de los meses previos.

Contra esa sentencia, la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial interpuso recurso extraordinario federal que contestado, fue concedido por cuestión federal y denegado por arbitrariedad. Ante ello, interpuso el recurso de queja.

La representante del Ministerio Público indicó que el caso suscitaba cuestión federal porque la sentencia recurrida vulneraba en forma directa y definitiva el principio de razonabilidad de las leyes, el derecho a la salud, la especial protección de la que gozan los consumidores, el derecho a la igualdad, a la no discriminación en razón de la edad, como así también el debido proceso y el derecho de defensa en juicio (cfr. arts. 16, 17, 18, 19, 28, 33, 42, 75 inc. 22 CN, Ley N° 27.360 y Ley N° 27.700).

También hizo énfasis en la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la actora, en su condición de consumidora y adulta mayor y exigió que el caso fuera abordado a la luz de los estándares establecidos en la Convención Interamericana de Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores incorporada en nuestro país con rango constitucional (Ley N° 27.360 y Ley N° 27.700) como así también, en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en la Ley N° 24.240 de “Defensa del Consumidor”.

Dictamen de la PGN (2023)

En su dictamen del 26 de diciembre de 2023, el Procurador Fiscal ante la CSJN, Víctor Cosarin Abramovich, mantuvo los recursos interpuestos por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y opinó que correspondía revocarse la decisión apelada con el alcance indicado.

Luego de repasar los hechos no controvertidos en el pleito, recordó que:

“(…) En este contexto, cabe recordar que el derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida, es reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 329:4918, “Mosqueda”; 330:4647, “María Flavia Judith”; 338:1110, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.”; arts. 42 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incs. 1 de

los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica-; y art. 10 del Protocolo de San Salvador) (...)”.

A su vez destacó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la República Argentina por Ley N° 27.360, a la que se otorgó jerarquía constitucional a través de la Ley N° 27.700, y que:

“(...) establece que los Estados Parte se comprometen, entre otras cuestiones, a salvaguardar los derechos humanos de las personas mayores adoptando todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud física y mental, y a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, sin ningún tipo de “discriminación por edad en la vejez” (v. en especial, arts. 1, 5, 6 y 19) (...) Además, conceptualiza la discriminación por edad en la vejez como cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto, anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en cualquier esfera de la vida pública y privada. Por su parte, el artículo 5 prohíbe expresamente la discriminación por edad en la vejez, e impone a los Estados Parte el deber de desarrollar enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez (...)”.

En concordancia con ese razonamiento explicó que las previsiones vigentes en nuestro derecho interno debían ser integradas e interpretadas con esos principios que surgían del ordenamiento internacional y que gozan de rango constitucional.

Bajo ese prisma, el Procurador Fiscal entendió que la cláusula del Reglamento del Plan de Salud de la Asociación Civil del Hospital Alemán establecía una diferencia de trato en la cobertura de salud en perjuicio de las personas adultas mayores puesto que se incrementaban los costos.

De ese modo argumentó que:

“(...) esta Procuración General ya ha puntualizado que tratándose la condición de vejez de una categoría sospechosa, cualquier diferencia de trato basada en ella conlleva una presunción de invalidez y, en consecuencia, es el demandado quien tiene que demostrar que esa diferenciación se encuentra plenamente justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (dictamen de esta Procuración General en FTU 17903/2012/1/RH1, “Sogga, Luis Constantino c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ recurso de hecho”, del 9 de febrero de 2018). En el caso, no se han brindado razones objetivas que justifiquen impedir que las personas mayores continúen gozando de un plan por matrimonio, y deban

ser recategorizados bajo las condiciones de un plan más oneroso (...)."

Además agregó que la diferencia de trato no se encuentra autorizada por la "Ley de Medicina Prepaga" sino que solo autoriza un tratamiento diferenciado en razón de la edad pero de acuerdo con los porcentajes que defina la Autoridad de Aplicación de costos según el riesgo para los distintos rangos etarios.

En igual sentido continuó y explicó que:

"(...) la norma aclara "(a) los usuarios mayores a sesenta y cinco (65) años que tengan una antigüedad mayor a diez (10) años (...) no se les puede aplicar el aumento en razón de su edad". Al mismo tiempo, el artículo 17 dispone que "(l)os sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de tres (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria". Como se puede observar, la Ley de Medicina Prepaga cuenta con un conjunto de protecciones y salvaguardas respecto del incremento de cuotas a los adultos mayores: únicamente autoriza a establecer precios diferenciales al momento en que se contrata el plan, siempre que el afiliado no tenga más de 10 años de antigüedad, y con un tope máximo en la variación. De este modo, la norma no avala reglas ambiguas (...)."

También consideró que esas salvaguardas deben ser interpretadas con un alcance estricto pues, se trata de normas que reglamentan de manera directa la garantía de prohibición de discriminación por edad en la vejez. Por ello entendió que:

"(...) surge de la lectura del reglamento, el aumento aplicado a la señora Carbone y a su pareja no constituye, en rigor, un precio diferenciado por franja etaria, sino que es la consecuencia de la recategorización compulsiva, impuesta a partir de la restricción contractual que determina que los afiliados se ven excluidos de preservar el plan de matrimonio, más beneficioso, a partir de haber cumplido una determinada edad. Este cambio de categoría no encuentra base alguna en la normativa específica de la Ley de Medicina Prepaga (...)."

En cuanto a los aumentos en las cuotas, estimó que la ausencia de prueba debe pesar sobre la demandada que tenía a su cargo justificar la legalidad de la norma contractual, no solo como consecuencia de aplicar el estándar de razonabilidad más estricto que impone una distinción de trato basada en una categoría sospechosa de discriminación, sino también porque:

"(...) del deber que tienen los proveedores de bienes y servicios de aportar al proceso

todos los elementos de prueba que obren en su poder, de acuerdo a lo establecido por el artículo 53 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor que, a su vez, operativiza la especial protección que establece el artículo 42 de la Constitución Nacional a los usuarios y consumidores (...) en el caso, el aumento aplicado a la actora y su grupo familiar, a partir de la recategorización impuesta, representó un porcentaje de variación que casi duplica el mayor porcentaje de variación contemplado dentro de los distintos rangos etarios que componen la categoría de afiliados individuales. Sin que ello implique abrir un análisis sobre la legitimidad de la variación prevista dentro de la categoría, el punto permite iluminar que la cláusula aquí controvertida conlleva un aumento abrupto y significativo que afecta a las personas mayores, en franca contravención al sistema especial de protección establecido en la ley, y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (...)."

Por último y de conformidad con reiterados criterios por parte de la Procuración General de la Nación en la materia y jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal y de la Corte IDH dictaminó que:

"(...) el acceso a los servicios de salud está regido por ciertos criterios mínimos establecidos por instrumentos internacionales incorporados al orden constitucional argentino. Entre ellos, el criterio de asequibilidad implica que el acceso a la salud sea accesible en el sentido económico, lo que exige que el sistema se organice para que el costo del servicio no resulte desproporcionado para los afiliados (Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 19, párrs. 13, 24, 25 y 78; v. también Observación General n° 14, párr. 12 b III y 36 y en igual sentido la Corte IDH, caso "Vera Rojas y otros vs. Chile", sentencia del 1 de octubre de 2021, párr. 113) (...) las prestadoras de servicios de salud y seguridad social, están obligadas a asegurar la regularidad de los servicios en resguardo del bien público involucrado, por lo que no pueden establecer restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente (Corte IDH, casos "Ximenes Lopes vs. Brasil", sentencia de 4 de julio de 2006, párrs. 95 y 96; "Suárez Peralta vs. Ecuador", sentencia de 21 de mayo de 2013, párr. 144, "Vera Rojas y otros vs. Chile", cit., párr. 114; v. también Fallos: 343:1591, "Andrada", v. dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte) (...)."

Sentencia de la CSJN

Al momento de la publicación del presente trabajo la CSJN no se ha expedido al respecto.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL | PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
Av. de Mayo 760 (C1084AAP) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(54-11) 4338-4300
www.mpf.gob.ar | www.fiscales.gob.ar