

Buenos Aires, 27 de mayo de 2014.

Sres. Integrantes del Jurado

En mi carácter de jurista invitado, me dirijo al Jurado constituido en el Concurso N° 101 de la Procuración General de la Nación, sustanciado para proveer un (1) cargo de Fiscal General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal, con el objeto de presentar mi opinión fundada, no vinculante, sobre las capacidades demostradas por cada concursante en las pruebas de oposición, de acuerdo a los artículos 7, segundo párrafo y 33 del Reglamento para la Selección de Magistradas / os del Ministerio Público Fiscal de la Nación, aprobado por Resolución N° 751/2013.

I. El examen escrito fue realizado el día 6 de mayo de 2014. El expediente sorteado consiste en una acción de amparo que tiene por objeto que se ordene a la obra social demandada la cobertura integral del tratamiento de alta complejidad de fertilización asistida por técnica "FIV" y los demás tratamientos médicos que la actora deba realizarse a tal fin. El puntaje máximo alcanzable por esta prueba es de 50 puntos (art. 35 del mismo Reglamento).

La consigna dada a los participantes fue elaborar el dictamen correspondiente a la intervención del Ministerio Público Fiscal en una vista conferida por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el expediente mencionado, con posterioridad de la interposición del recurso de apelación y luego de que venciera el plazo para que la parte actora contestara el traslado respectivo. Se les aclaró a los concursantes que a los fines del examen, el recurso de apelación deducido resulta análogo a un recurso de apelación interpuesto en los términos de la legislación de procedimientos aplicable a nivel nacional. Se les indicó, además, que soslayan cuestiones vinculadas con la competencia y planteos de prescripción y, finalmente, que omitan evaluar defectos procesales en tanto impidan analizar el fondo de la cuestión controvertida. Todo ello, advirtiendo que la jerarquización de los puntos a tratar, la eficiente administración del tiempo disponible, la claridad en la exposición de sus argumentos y la corrección gramatical, son también objeto de evaluación.

II. Se han presentado al examen diecisiete (17) postulantes, cuyos exámenes fueron identificados con diferentes letras y números a fin de preservar el anonimato. La evaluación se llevará a cabo en el orden que se detalla a continuación, a saber, B0, B3, D8, G4, J8, K2, L8, M5, P2, Q1, Q9, R8, S4, U1, V5, Y3 y Z4. Con fecha 9 de mayo de 2014, la Secretaría de Concursos comunicó la renuncia al proceso de selección de la persona cuyo examen está identificado con la clave alfanumérica **J8**, razón por la cual se excluyó de la evaluación.

Para evaluar los exámenes se tuvo en cuenta además de los criterios mencionados más arriba, la correcta lectura de las piezas del expediente, la adecuada elaboración de la estructura del dictamen y la jerarquización de los puntos a tratar, la claridad expositiva y el orden en el desarrollo de las ideas, la consistencia, así como la solidez y convicción de los argumentos. Asimismo, se valorarán la correcta fundamentación de la solución que propugna el dictamen, el conocimiento y uso de la normativa aplicable al caso, el manejo y uso adecuado de citas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales, la capacidad analítica y la originalidad en el desarrollo de las posturas y de la fundamentación lógico-jurídica respecto de la solución propiciada, el conocimiento y de las posiciones institucionales de la Procuración General de la Nación.

A mi modo de ver la controversia planteada limita a cuatro cuestiones. La primera es determinar si la empresa de medicina prepaga estaba autorizada a brindar una cobertura parcial; la segunda cuestión es si la obligación establecida en la ley 26862, su decreto reglamentario 1993/2013 y la resolución de la SSS 55/2012, de brindar la cobertura para el tratamiento y diagnóstico de fertilización medicamente asistida se aplican a la empresa demandada; en tercer lugar si la no producción de prueba informativa ofrecida por la demanda era relevante para la resolución del caso teniendo en cuenta la vía elegida y; finalmente, la condena en costas. No había un único modo de resolver el caso, lo que permitía a los postulantes desplegar las herramientas jurídicas de su formación recurriendo a diferentes institutos del derecho. Claro está que sobre la materia existe una muy clara tendencia en la jurisprudencia con estándares específicos sobre el conflicto discutido en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de derechos humanos y la Cámara Civil y Comercial Federal que resultan insoslayables para cualquier línea argumentativa que se intentara. Además de las cuestiones atinentes a la obligación, en el campo del derecho a la salud, de las empresas de medicina prepaga de brindar cobertura para los tratamientos de reproducción medicamente asistida, también existen múltiples argumentos jurídicos tanto de aspectos generales como específicos del conflicto que ofrecen alternativas argumentativas para desarrollar y combinar. Así pues, el encuadre de la infertilidad como un modo de discapacidad, o el cuestionamiento de los contratos de adhesión con cláusulas predisuestas, abren líneas argumentativas adicionales sobre discriminación, derecho de los pacientes y derechos del consumidor, entre otras.

III. Evaluación de los exámenes escritos presentados por los postulantes

Candidato Z4

En la primera parte, el postulante comenzó fundando el motivo de su intervención de manera adecuada en la Ley Orgánica de Ministerio Público, mencionando los arts. 37 inc. b) y 39 de la ley 24946.

El dictamen prosiguió con una exposición clara y bien articulada de los alcances de la sentencia y el recurso de apelación, desgranando los agravios de forma precisa y adecuada. Luego de esta descripción, en primer término, el postulante realizó un

minucioso análisis de los requisitos de procedencia de la acción de amparo de acuerdo a lo previsto por el art. 43 de la CN y la jurisprudencia clásica (Casos Siri de 1957 y Kot de 1958), manifestando su postura coincidente con la de la sentencia, así como respecto a la legitimación de la parte actora para demandar.

En segundo lugar, el postulante abordó la cuestión de fondo, para ello comenzó con un relato explicación de las normas que surgen del articulado de la ley 26682 (marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga) que justifican la obligación de estas empresas de cubrir en sus planes, como mínimo, el Programa Médico Obligatorio vigente.

El postulante prosiguió su argumentación recurriendo al criterio de interpretación textual y finalista para concluir reafirmando el contenido mínimo de la ley y, de este modo, desvirtuar minuciosamente el argumento de la demandada, que justificaba su cobertura parcial en el silencio de la administración respecto a su autorización para funcionar.

A continuación el postulante reseña los contenidos básicos de la ley 26862 y explica el alcance de las obligaciones que establece. Fortaleció esta argumentación invocando el derecho a la salud reproductiva que deriva del marco constitucional e internacional de derechos humanos, el cual respaldó mediante la cita de una frondosa y ajustada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre derechos a la salud y tratamientos médicos. Luego, complementó esos fundamentos desde el punto de vista del derecho de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con el fin de verificar el control de convencionalidad citando la jurisprudencia adecuada del Alto Tribunal. Luego de abrir esta perspectiva, el postulante entra de lleno a describir el alcance de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo". A través de sus citas, esbozó una vinculación entre el derecho a la vida privada en su relación con la autonomía reproductiva y el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercerla.

Luego de este desarrollo concluyó finalmente por opinar en favor de la sentencia recurrida tanto en cuanto a la obligación de cobertura integral del tratamiento hasta un máximo número de intentos, como respecto al derecho de la empresa de medicina prepaga a elegir el prestador, aunque se diferenció de lo resuelto considerando que la empresa de medicina prepaga debía cubrir los gastos de alojamiento en la institución prestadora que se deriven de una eventual internación

El postulante demostró conocer adecuadamente el marco normativo y la jurisprudencia referida al derecho a la salud y las prestaciones médicas. El encuadre factico y jurídico fue adecuado y el análisis de los hechos y la solución propiciada fue minuciosamente presentada, pese a no mencionar los dictámenes de la Procuración General de la Nación aplicables al caso. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 45 (cuarenta y cinco) puntos.

Candidato S4

En los primero apartados, el postulante realizó un largo relato de los antecedentes de la causa, poniendo el énfasis en el contenido de la sentencia y describiendo ampliamente los agravios del apelante. Seguidamente, analizó los hechos controvertidos y aceptados tácitamente y pondero las pruebas ofrecidas delimitando la base fáctica para su argumentación legal.

El examinado fundó su intervención invocando la ley 16.869 (Amparo) y arguyendo que se encontraban en juego “los intereses generales de la sociedad en la protección de los derechos humanos”, citando los arts. 120 de la Constitución Nacional, y 1 y 25, incs. a), b) y g) de la ley 24.946.

A continuación, el postulante justificó la procedencia de la acción de amparo en una cita incompleta de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y con una referencia también incompleta al derecho a la vida, que luego precisó cuando se refirió al derecho a la salud, con fundamento en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Sentada esta base, el postulante expuso en forma detallada los estándares del sistema interamericano de derechos humanos sobre infertilidad, en donde demostró conocer en detalle los alcances de la caso “Artavia Murillo”. Sobre la plataforma de estos principios, el postulante describió las normas claves de la ley 26862 y su reglamentación, destacando la inclusión de los procedimientos y técnicas medico asistenciales de reproducción asistida en el Programa Médico Obligatorio al cual se encuentran obligadas las empresas de medicina prepaga.

Además, agregó a este fundamento el enfoque de la infertilidad como discapacidad citando jurisprudencia acertada de la Cámara Federal de Seguridad Social y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo omitió referirse a los dictámenes de la Procuración General de la Nación.

El postulante concluyó su argumentación de fondo analizando el problema desde la perspectiva del derecho del consumidor, aplicando el criterio interpretativo “en favor del consumidor” que deriva del art. 42 de la CN y de los arts. 3 y 7 de la ley 24240. Desde ese punto de vista concluyó que la firma del contrato con fecha anterior a la ley no pudo suponer una renuncia anticipada a los beneficios de la ley 26862.

En la última parte, se refirió al alcance de la autorización provisoria de la reglamentación de la Superintendencia de Servicios de Salud, opinando que esta se limitaba al funcionamiento de la empresa y, por lo tanto, no alcanzaba su venia para excluir prestaciones, tal como lo afirmara la empresa demanda. Luego de ello, finalizó descartando los agravios presentados con en relación a la falta de producción de prueba arguyendo que esta resultaba indiferente para la solución del recurso.

El postulante hizo una presentación bien escrita. Además demostró tener un vasto conocimiento jurídico de los diferentes aspectos en el conflicto, habilidad para la argumentación con base a las circunstancias fácticas y buen manejo de las cuestiones de fondo en juego: derecho a la salud, derecho administrativo, derecho del consumidor, etc.

Ello le permitió realizar una amplia diversidad de líneas argumentativas. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 44 (cuarenta y cuatro) puntos.

Candidato R8

El postulante reseñó de manera acertada y precisa el contenido de la sentencia y los agravios presentados por el apelante. A continuación transcribió los artículos centrales de la ley 26862 y de su decreto reglamentario para explicar la obligatoriedad de las empresas de medicina prepaga de cubrir integralmente los tratamientos de fertilización asistida.

Para fundamentar esta obligación, el postulante se refirió a derechos fundamentales de raigambre constitucional y tratados de derechos humanos, exponiendo una amplia y generosa lista de derechos afectados.

A continuación se refirió específicamente al derecho a la salud, de acuerdo a su tratamiento en instrumentos internacionales de derechos humanos, la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales – que explica el contenido y alcance del artículo 12 de Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales- y la jurisprudencia de la Corte Suprema que recepta estos estándares de derechos sociales como pautas interpretativas en el orden interno.

El postulante prosiguió su argumentación invocando antecedentes jurisprudenciales que anidan en el derecho contra la discriminación aplicado a las personas con discapacidad. En este aspecto, demostró tener un conocimiento abundante de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos referidos al derecho a la salud, lo cual demostró cuando mencionó, además del caso “Artavia Murillo”, párrafos específicos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Ximenes Lopez vs. Brasil”. El examinado concluyó esta parte de su escrito relacionando el derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva, lo cual implicaba el derecho de acceder a la tecnología reproductiva, en los términos de lo resuelto en el caso citado “Artavia Murillo”.

En la última parte de su dictamen, el postulante descalificó pormenorizadamente cada uno de los agravios de la demandada, fundándose en abundante y precisa jurisprudencia de la Corte Suprema y en los dictámenes correspondientes de la Procuración General de la Nación. Finalizó su presentación haciendo reserva del caso federal para recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de forma defectuosa pero suficiente.

En términos generales su redacción fue correcta, la exposición de las circunstancias fácticas del caso fue adecuada y la argumentación jurídica con base a las pruebas fue consistente. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 43 (cuarenta y tres) puntos.

Candidato G4

El postulante comenzó su dictamen con una descripción de los hechos planteados en la demanda de amparo, la contestación, la sentencia y una resumida y precisa

exposición de los agravios planteados por el apelante. En primer lugar, dedica su atención a recorrer los requisitos de procedencia de la acción de amparo, enfocando las condiciones de idoneidad de la vía elegida y el cumplimiento del plazo legal del art. 2 inc. e) de la ley 16986, sin perjuicio de señalar una postura en favor de una más amplia tutela, que permitiría prescindir de ese requisito luego del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

En segundo término, el postulante descalificó el agravio referido a la falta de producción de prueba argumentando que resultaba necesario producir prueba sobre la aplicación de los alcances de la ley 26682 (regulatoria de las empresas de medicina prepaga), por considerar que eran motivo de la controversia. Pese a esta consideración, el postulante aporta una sostenida argumentación citando una profusa jurisprudencia de la Cámara Civil y Comercial Federal que descalifica las argumentaciones que justifican la exclusión del PMO de prestaciones obligatorias con base a la afectación al equilibrio económico de la empresa de medicina prepaga.

A continuación, si bien consideró que no formaba parte del objeto de la actuación en estudio, destacó la imposibilidad fáctica del beneficiario de prestar conformidad con la exclusión de las prestaciones sobre fertilización al tiempo de la contratación bajo la modalidad de un contrato de adhesión. En ese sentido opinó que la exclusión sobreviniente de la prestación, no le es oponible a quien contrata servicios por esta modalidad contractual.

A continuación el postulante desplegó otra línea argumentativa concurrente con la anterior referida a la consideración de la infertilidad como una modalidad de discapacidad, susceptible de amparo por la ley 22431 y sus actualizaciones, la doctrina sostenida por la jurisprudencia acerca de las prestaciones del PMO como piso mínimo y no como techo para las empresas de medicina prepaga y acerca del compromiso social con preminencia sobre los rasgos mercantiles, en las finalidades de estas entidades, citando doctrina precisa de la Corte Suprema.

Con posterioridad, el postulante abordó el contenido de la ley 26862, explicando el alcance de su aplicación aun ante la ausencia de adhesión de la provincia en donde se demanda su aplicación, apoyándolo en una profusa jurisprudencia del supremo tribunal federal.

Finalmente se inclinó por la postura del apelante en cuanto a la elección del prestador y la limitación de la cobertura hasta un máximo de tres intentos de fertilización apoyándose en jurisprudencia aplicable al caso.

El postulante realizó un puntilloso análisis de las cuestiones controvertidas, demostrando un conocimiento sólido sobre la jurisprudencia aplicable a cada uno de los puntos debatidos y un abordaje complejo que permite articular argumentos de derechos humanos, civil y administrativo en la construcción de una argumentación convincente para la resolución del caso, aunque no mencionó los dictámenes de la Procuración General aplicables al caso. El vasto conocimiento jurídico desplegado comprometió levemente el orden lógico de la argumentación, que fue sin embargo

expresada de manera clara y articulada. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 41 (cuarenta) puntos.

Candidato D8

Luego de relatar los términos de la demanda, la resolución recurrida y los agravios introducidos por el apelante, el postulante analiza en primer término pormenorizadamente los requisitos de procedencia de la acción de amparo, citando abundante jurisprudencia y dictámenes de la Procuración General de la Nación apropiados a la cuestión bajo análisis.

A continuación, el postulante se refiere a la vigencia de la ley que determina la cobertura integral obligatoria de las prestaciones de reproducción medicamente asistida al tiempo de presentación de la demanda y transcribe detalladamente los artículos claves de la ley 26862 y de su decreto reglamentario 956/2013, para lo cual destaca el carácter de orden público de tal determinación, y la limitación del número de tratamientos previstas por paciente. Sentado lo cual, el postulante apoya el sentido de lo resuelto por el juez justificando esa tesis con una profusa y actualizada jurisprudencia de la Cámara Civil y Comercial Federal, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Artavia Murillo*" y en dictámenes de la Procuración General de la Nación, todos ellos aplicables al caso.

La presentación del postulante se destaca por la claridad en la exposición de sus argumentos y el conocimiento de preciso de la jurisprudencia local aunque sin mayores referencias al encuadre del derecho a la salud en el ámbito constitucional y de derechos humanos, ni tampoco a otras cuestiones jurídicas en juego. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 38 (treinta y ocho) puntos.

Candidato V5

El postulante comenzó su dictamen con una vaga referencia a la pretensión de la parte actora. Su relato continuó con una descripción más precisa de la sentencia y de los agravios presentados por la demandada. De modo preliminar justificó brevemente las condiciones de procedencia del amparo, respecto del cual consideró que desde el punto de vista formal era procedente, toda vez que la actora adujo y acreditó su edad avanzada y los tratamientos efectuados sin éxito, de allí que, para el postulante, la vía elegida resultaba apta para dirimir conflictos que revisten urgencia como el que conlleva este tipo de pedidos.

El postulante prosiguió su relato analizando las circunstancias fáctica del caso (la ley 26862 había sido aprobada en 2013 con posterioridad de la afiliación en 2004) y explicó el alcance de la nueva prestación obligatoria para el Programa Médico Obligatorio, transcribió los artículos 1 y 8 de la ley y las partes correspondientes de su reglamentación. Completó su análisis destacando que el mismo órgano de aplicación de la nueva ley era el que regulaba a los prestadores de servicios prepagos de salud y el carácter de orden público de las disposiciones de la ley citada.

A partir de esta base, desarrolló sus fundamentos de manera ajustada y citando adecuada normativa constitucional y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre derecho a la salud, igualdad y protección de la vida privada y familiar. Para ello, realizó un recorrido por los preceptos contenidos en los diferentes tratados de derechos humanos que invocan estos fallos.

Al final, el examinado robusteció sus fundamentos citando las partes correspondientes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”. Mencionó, de este modo, el contenido de los derechos que se derivan de la articulación del derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva, y de ellos derivó el derecho al acceso a servicios de salud reproductiva, del cual se implica el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercerlo.

El dictamen se destacó por visualizar cuestiones de derechos de las mujeres al afirmar que: *“el derecho a la autonomía reproductiva, es decir, a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercerlo, se vulnera si se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad”*.

La redacción del dictamen fue adecuada, la exposición fue solvente aunque por momentos desordenada. El postulante hizo un encuadre jurídico adecuado, con conocimiento preciso de los estándares internacionales, pero su argumentación no fue completamente articulada con su juicio crítico respecto de los agravios. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 37 (treinta y siete) puntos.

Candidato B3

El postulante comenzó su dictamen haciendo un relato sucinto de la pretensión de la demanda de amparo en primera instancia, la contestación, la resolución apelada y los agravios del apelante. Señaló de manera incompleta la naturaleza de su intervención de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Ministerio Público, invocando únicamente el art. 41.

El examinado abordó como primera cuestión si la demandada estaba autorizada a ofrecer planes de cobertura médica asistencial que excluyeran las prestaciones previstas por la ley 26862. Para fundar su rechazo a esta postura realizó una elíptica referencia a la protección del derecho a la salud en las normas constitucionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, citando doctrina actualizada. A continuación analizó minuciosamente los límites de orden público que se imponen a los contratos de medicina prepaga y recurrió a las reglas interpretativas de especialidad y temporalidad, para apoyarse en la obligatoriedad establecida por el decreto reglamentario 956/2013. Luego, respaldó sus fundamentos mencionando la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”, doctrina actualizada y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sentada esta base, el postulante abordó la cuestión de la elección del prestador por parte del demandante, y ofreció una alternativa creativa al proponer que el prestador que realice el tratamiento sea seleccionado por acuerdo entre las partes.

Por último, el postulante abordó el agravio referido al monto exorbitante de la prestación. Al respecto, opinó que esta era innecesaria. Para ello justificó que el decreto reglamentario de la ley de tratamiento de fertilización asistida ya había previsto atenuar el impacto económico de la nueva ley al limitar la cantidad de tratamientos que podrán ser requeridos por año y al hecho de que la demandada no ofreció alternativas para su realización.

El postulante redactó el dictamen de manera clara y proponiendo una argumentación sólida para desarticular la postura del apelante, demostrando un conocimiento preciso sobre el tema en debate, aunque con una organización argumentativa no acabadamente jerarquizada. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 36 (treinta y seis) puntos.

Candidato Y3

El postulante comenzó su dictamen explicando el esquema de su presentación. A continuación desarrolló de manera un poco extensa, pero con acertada precisión, los hechos y fundamentos de la parte actora, la demandada, las consideraciones de la sentencia y los agravios del apelante.

A partir de esa introducción, el postulante abordó la cuestión de fondo. En primer lugar explicó la articulación entre las normas que establecen la cobertura obligatoria del tratamiento de fertilización asistida (Ley 26862 y decreto 956/2013) con los principios de trato igualitario (Art. 16 de la Constitución Nacional) garantizando con medidas concretas y positivas el derecho humano de acceso a la maternidad y paternidad consagrado en múltiples convenciones sobre derechos humanos entre las cuales menciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos, citando jurisprudencia de la Corte Suprema que considera que estos integran el orden público internacional argentino.

En segundo lugar, el postulante se refirió a la postura de la empresa de medicina prepaga que consideraba que se encontraba habilitada para brindar cobertura parcial a sus afiliados. Para refutarlo, el examinado argumentó con base a considerar que las cláusulas del contrato de adhesión presentado como prueba, del cual surge además, que el acuerdo había sido celebrado con anterioridad de la sanción de una ley de orden público, era inoponible al derecho de la parte actora. Para ello cito jurisprudencia y doctrina pertinente.

A continuación, para fortalecer su argumentación, el postulante hizo referencia a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo", aunque confundió por momentos su denominación con la del órgano similar de Naciones Unidas. A través de esta referencia encuadró la cuestión en el derecho de acceso a la maternidad, paternidad y el derecho a la salud reproductiva y el derecho de acceso a la tecnología médica necesaria para garantizar su efectividad

En último término, el postulante destacó que no existían constancias que acreditaran la autorización de la Superintendencia de Servicios de salud de excluir las técnicas y procedimientos de fecundación in vitro

El postulante hizo un encuadre jurídico adecuado, con conocimiento preciso de los estándares internacionales, pero su argumentación no luce del todo articulada con su juicio crítico de los agravios. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 33 (treinta y tres) puntos.

Candidato P2

El postulante inició su dictamen invocando de manera incompleta el fundamento de su intervención mencionando los arts. 25 inc. g y 37 b) de la ley 24946. Luego de ello, continuó su relato exponiendo con precisión los hechos y fundamentos de la demanda, para luego referirse directamente a los agravios presentados por el apelante, los cuales describió acertadamente.

En primer término, el postulante analizó el agravio referido a la falta de producción de prueba ofrecida por la demandada, el cual rechazó alegando que no fueron alegados oportunamente y consecuentemente consideró que no resultaban conducentes para la solución del pleito. En segundo lugar se dedicó a refutar el agravio referido a la no aplicación de la ley 26862 a CENSALUD. Para ello, considero que las normas de orden público se imponen sobre las convenciones entre particulares y de conformidad con lo dispuesto por el art. 21 del Código Civil y 37 inc. a) de la ley 24.240, sin perjuicio de la validez del contrato, las cláusulas contractuales que desnaturalicen obligaciones se tendrán por no convenidas.

El dictamen prosiguió con el desarrollo de una argumentación en favor de la aplicación directa e inmediata de la ley sin necesidad adhesión de las provincias.

Luego de ello, el postulante se refirió a los fundamentos constitucionales que respaldaban su opinión, mencionando a los arts. 19 y 42 de la Constitución Nacional, 5, 7 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Artavia Murillo*" sin mayor desarrollo. Finalmente concluyó su exposición citando escueta pero precisa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el Programa Médico Obligatorio y la pertinencia de la acción de amparo como vía legal para proteger el derecho a la salud, sin mayores referencias. La presentación fue realizada de forma deficientemente articulada y con poca profundidad en la fundamentación jurídica. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 32 (treinta y dos) puntos.

Candidato B0

Luego de relatar los términos de la demanda, la resolución recurrida y los agravios introducidos por el apelante, en primer término el postulante analizó los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo citando referencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación anteriores a la reforma constitucional. A continuación, el



postulante justificó de manera insuficiente la naturaleza de su intervención de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Ministerio Público, invocando únicamente el art. 39.

El postulante abordó la cuestión enfocando en el derecho a las condiciones adecuadas de vidas y a la salud, realizando una detallada mención de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional y a las normas constitucionales nacional y local que los protegen. También encuadró la cuestión debatida en la obligación promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad en los términos del art. 75 inc. 23 de la CN.

A continuación, el postulante citó jurisprudencia nacional y local referida a las obligaciones de las obras sociales que prestan servicios de salud, así como también haciendo referencia a un dictamen de la Procuración General de la Nación sobre esta cuestión. En ese contexto, precisó el alcance de la ley Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida para las empresas de medicina prepaga.

A continuación, y sobre la base de tales apreciaciones abordó en particular el análisis de las cuestiones controvertidas. En primer lugar analizó la facultad del agente de salud para ampliar los límites de la cobertura y el carácter obligatorio del piso de prestaciones que deben garantizarse. En segundo lugar analizó el agravio referido a la prueba, respecto a la cual concluye que el tribunal adecuadamente teniendo en cuenta la naturaleza del proceso.

Todo el análisis fue realizado en forma muy escueta y con referencia a una débil base doctrinaria y jurisprudencial, en la que solo se destaca la acertada mención a los dictámenes de la Procuración General de la Nación. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 30 (treinta) puntos.

Candidato Q1

El postulante realizó su presentación utilizando un modelo que refleja la forma de escrito propia de los abogados de parte. Al comienzo presentó un esquema dividido en seis acápite: I. Exordio, II. De las posiciones de las partes intervinientes, 1. De la actora, 2. De la demanda, III. (sin título), IV. (sin título), V. (sin título) y VI. PETITIUM.

En los dos primeros acápite, el postulante desarrolló un pormenorizado relato de la postura de las partes en el amparo, omitiendo referirse a la sentencia y a los agravios formulados por el apelante. En el tercer acápite desarrolló la tesis de las generaciones de derechos, para luego concluir que *“A la luz de lo expuesto es evidente que el planteo en ciernes involucra derechos fundamentales comprendidos en la primera categoría (derechos de primera generación) como son: el derecho a la vida, la protección de la familia, la igualdad, la libertad, la salud, etc. Asimismo observamos que el planteo tiene cabida en los derechos de tercera generación como son los derechos del consumidor y del usuario y que fueron receptados en la última Reforma Constitucional de 1994, en el art. 42).*

A partir de aquí la presentación del postulante adquirió una mayor consistencia. El escrito hizo pie en la ley 24754 sobre la extensión de la obligatoriedad del

Programa Médico Obligatorio a las empresas de medicina prepaga. Seguidamente criticó el argumento de la empresa demandada que defendía su autorización para ofrecer planes de cobertura parcial amparándose en el art. 7 de la ley 26682. Para ello alegó que la empresa no había acompañado prueba documental que acreditase la aceptación del órgano de aplicación estatal sobre el plan de cobertura parcial ofrecido, y la contradicción con el mandato explícito de la nueva ley 26862 la cual considera que había reformado tácitamente la 26682.

A continuación encuadró la relación entre las partes en el marco de los derechos del consumidor (art. 42 de la Constitución Nacional y Ley 24240), considerando que las cláusulas del contrato de adhesión no le eran oponibles al beneficiario. Además robusteció su argumento invocando otros aspectos de la ley consumera, tales como el deber de información hacia el contratante que no habría sido cumplido por la empresa contratada.

El postulante concluyó su presentación manifestándose en favor de la procedencia de la acción de amparo, considerando que correspondía que la empresa demandada debía soportar la cobertura integral del tratamiento de fertilización hasta lograr el embarazo. Esta postura, se diferenció de la solución propugnada por los sentenciantes y las previsiones de la ley 26862, sin embargo omitió justificarlo. Asimismo, rechazó la cobertura de gastos de traslado y alojamiento de la amparista.

Sin perjuicio de las observaciones del primer párrafo, en términos generales la redacción es adecuada y la argumentación con base a las pruebas es consistente, sin embargo las citas legales y el encuadre jurisprudencial no es suficientemente claro y completo. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 30 (treinta) puntos.

Candidato M5

El postulante comienza invocando adecuadamente las normas legales que fundamentan la intervención que corresponde al Ministerio Público fiscal en las actuaciones bajo estudio (los arts. 39 y 41 de la LOMP) solo omitiendo el art.37 de la citada norma. Luego de una escueta presentación de los argumentos vertidos en la demanda, la contestación, la sentencia y la apelación, aborda sin demora los puntos que considera relevantes para la adecuada resolución de la causa.

El postulante considera que el problema a resolver debe enfocarse en la interpretación que corresponde darle a la previsión contenida en el art. 8 de la ley 26862 (*las entidades de medicina prepaga ... incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a 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*), y la incidencia que sobre la misma tiene lo prescripto por el artículo 7 inc. c) de la ley 26682 (*las empresas pueden ofrecer planes de coberturas parciales en: ...c) Aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil*).

Antes de comenzar su análisis del fondo, el postulante se refirió someramente a los requisitos de procedencia de la acción interpuesta, considerando que, aunque no era cuestionada, la acción de amparo resultaba procedente en tanto constituye - como vía sumarísima y expedita- el medio idóneo para pretender la reparación del daño invocado en esta causa. Sin embargo dejó en claro su postura a favor de un criterio amplio respecto de este instituto procesal luego de la reforma de 1994, cuando se trata de pretender el acceso a bienes sociales tendientes a satisfacer necesidades básicas tales como la salud.

A continuación el examinado abordó directamente la cuestión interpretativa, inclinándose por el criterio que sigue la voluntad del legislador y el sentido racional por sobre sus imperfecciones técnicas del texto, defendiendo la tesis de la interpretación compleja que permite describir una norma jurídica a partir de textos diversos y diversas normas de un mismo texto.

Luego de ello, el postulante describió la evolución del reconocimiento de los derechos sociales, y específicamente del derecho a la salud, haciendo referencia a una abundante jurisprudencia de la corte en esta materia, a las normas constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos que lo sustentan.

A partir de esa contextualización, el postulante expuso la regulación legal de las empresas de medicina prepaga, sus obligaciones en términos de prestaciones, con referencia tanto a las prestaciones que surgen del Programa Médico Obligatorio – el cual analiza en detalle- y a las que surgen del sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad (ley 24901). Dentro de ese marco encuadró las obligaciones que surgen de la ley 26862 y su reglamentación respecto de la garantía de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción medicamente asistida. Esta argumentación, a la vez fue abonada con otras normas legales tales como las referidas al derecho de los pacientes (ley 26529), la ley de seguro de salud y una tenue referencia a normas de raigambre constitucional e internacionales de derechos humanos en materia de salud. Por último, construyó un argumento sobre control de convencionalidad pero sin explicar su sentido operativo en la resolución del caso.

El postulante demostró conocer algunos aspectos reglamentarios del derecho a la salud pero su desarrollo normativo del derecho a la salud en el plano constitucional e internacional no suficientemente vinculado con su línea argumentativa. Por otra parte no hace mención de doctrina y jurisprudencia específica sobre la cuestión debatida, ni efectuó mención alguna sobre los dictámenes de la Procuración General de la Nación al respecto. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 28 (veintiocho) puntos.

Candidato Q9

El postulante comenzó su dictamen con una brevísima referencia a la sentencia recurrida transcribiendo la parte resolutive y expuso sucintamente la cuestión en debate: a) la obligatoriedad de prestar dichos servicios médicos y complementarios por parte de la empresa prepaga y; b) la negativa de ésta por considerar que dichos tratamientos

no estaban incluido en el plan de cobertura que fuera contratado por los actores que expresamente consignaba entre sus exclusiones la fertilización asistida.

A continuación se refirió a los argumentos de la demandada y a los fundamentos de la sentencia recurrida, en este orden. Antes de referirse al fondo de la cuestión, indico que *“(L)a cuestión procesal sobre la procedencia de la vía del amparo (Const. Entre Ríos –art.56 y ley 8369) no ha sido mantenida en la apelación de la actora, por lo que no cabe pronunciarse sobre el tema en esta instancia. También ha sido consentida la competencia del Tribunal actuante –en el caso la Cámara de Apelaciones– que resulta competente en las acciones de amparo, como opción del actor (art. 4 ley 8369 Pcia. de Entre Ríos), como así también la competencia de V.E. conforme a lo normado por el art. 17 de la ley citada”*.

A continuación justificó de manera genérica la intervención del Ministerio Público Fiscal en la función de control amplio de legalidad sin mayores precisiones. Yendo al fondo de la cuestión, el postulante encuadro su análisis en el contrato de medicina prepaga como un contrato de consumo, aplicando la ley de derechos del consumidor y entre ellos el deber de información.

Sentada esta base y ponderando las circunstancias fácticas, concluyo que: *“que la accionada debe cubrir tal prestación, por cuanto sus contratos de cobertura limitada, bien que podrían adecuarse a la ley, pero no fueron aún aprobados por la Autoridad de Aplicación (S.S.S.), fueron presentados con posterioridad a la contratación con los actores, estos obviamente no pudieron conocerlos (falta al deber de información), no hubo comunicación alguna efectuada por la prestadora a los consumidores cuando se dictó la ley y cuando se presentaron ante la S.S.S. para modificar los contratos tipo, y, consecuentemente, deben interpretarse a favor del consumidor (art 3 ley 24.240), y, asimismo, el derecho a la salud está expresamente considerado en la relación de consumo en el art. 42 C.N.”*

A continuación agregó a estos fundamentos una elíptica referencia a la protección de la familia con base a la constitución nacional, tratados de derechos humanos y constitución de Entre Ríos, omitiendo las referencias más relevantes.

Luego de ello, el postulante abordó el agravio referido a la falta de prueba (Punto VII) con una línea argumentativa difícil de desentrañar. Por último discrepo con el criterio de la sentencia respecto de la condena en costas a la demandada, considerando que debían imponerse en el orden causado.

En términos generales la redacción fue correcta y la argumentación con base a las pruebas es consistente en el primer agravio pero confusa en el análisis del segundo. El postulante pasa por alto la abundante producción normativa y jurisprudencias nacional e internacional con base al derecho a la salud. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 28 (veintiocho) puntos.

Candidato K2

Luego de relatar los términos de la demanda, la resolución recurrida y los agravios introducidos por el apelante, el postulante se refirió en primer término a los

requisitos de procedencia de la acción de amparo sin detenerse en su análisis por considerar que no se encontraba controvertida y afirmando sin mayor explicación su adecuación en tiempo y forma.

A continuación analizó el primer agravio referido a la autorización de la empresa de medicina prepaga para excluir la prestación de fertilización medicamente asistida. Al respecto, el argumento del postulante se remitió a los fundamentos expuestos por la sentencia, los cuales robusteció con una línea argumentativa basada en el derecho de acceso igualitario a las técnicas de reproducción asistida. Ello así para demarcar un estándar más elevado de cualquier norma que pretendiera limitar su ejercicio. Respaldó ese abordaje mencionado superficialmente algunos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos que sustentan este derecho (art. 5 “derecho a la integridad personal”, 7 “derecho a la libertad personal”, 11 “protección de la honra y de la dignidad”, y 17 “protección a la familia”) de la Convención Americana de Derechos Humanos), sin otra mención.

Sentada esta base continuó su argumentación recorriendo el texto de los artículos relevantes de la ley 26862 y su decreto reglamentario para rebatir los agravios de la parte recurrente, apoyándose en un criterio interpretativo reiteradamente sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, referido a que la primera fuente de exégesis de las normas es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por ellas. También recurrió al criterio interpretativo de jerarquía y temporalidad de las normas citando a un *ius filósofo* en lugar de las fuentes normativas y jurisprudenciales muy claras en materia de estos principios.

A continuación el postulante desarrollo argumentó que teniendo en cuenta la modalidad de contratación - contrato de adhesión- por aplicación del artículo 4 de la ley 24240, sus cláusulas se volvían inoponibles contra el derecho a la prestación garantizada por la ley 26862.

El postulante, continuó su exposición refiriéndose al agravio sobre falta de producción de prueba, el cual descalifica de forma muy breve pero acertada. Finalmente formuló reserva de manifestarse en cuanto a la imposición de costas, sin embargo a modo de colaboración con el tribunal apoyó el principio objetivo de la derrota, invocando los arts. 15 de la ley 16986 y 68 del CPCCN.

En síntesis, el postulante demostró buenos conocimientos de los principios procesales aplicables para la resolución del caso, pero su argumentación fue limitada en términos de contenidos de derecho de fondo. La línea argumentativa desarrollada fue bien orientada pero sumamente escueta. A ello debe agregarse que por momentos el desarrollo de los argumentos fue expresado con poca claridad, ilación y jerarquía. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 25 (veinticinco) puntos.



Candidato U1

El postulante comenzó su relato con una exposición de la sentencia y a través de ella citó adecuadamente las posturas de las partes y prosiguió con la exposición resumida de los agravios del apelante. A partir de esa descripción, se expidió en primer lugar sobre las cuestiones de hecho considerando que estas no eran motivo de controversia. Por ese motivo se dirigió sin escalas a abordar la cuestión que a su entender era central, en los siguientes términos: *“la litis está planteada en si le corresponde a la empresa CONSALUD, eximirse de los efectos de la Ley 26.862 o de otro modo, si la pretensión de la demandada tiene aptitud suficiente como para revertir el pronunciamiento recaído en su contra”*.

Para fundar su parecer, el postulante comenzó su exposición realizando una transcripción de los artículos relevantes de la ley, de los cuales concluye que *“el texto de la ley 26.862, consagra sin exclusiones, la cobertura por parte de todos los prestadores de medicina, del acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida. Por lo cual, se entiende que el Estado, mediante su facultad regulatoria, a asumido el compromiso de brindar estas prestaciones, e incluirlas en el derecho a la salud, ya consagrado en la Constitución Nacional, y con la firma de numerosos Tratados Internacionales. Sin dudas, el caso a incidido, en la actividad de CENSALUD S.R.L., que si bien realiza una actividad que por la modalidad en que la ejerce, presenta rasgos mercantiles, no puede soslayar el compromiso social con los usuarios, en tanto tienden -estas entidades de medicina prepaga- a resguardar la vida, la salud, la seguridad y la integridad de las personas”*.

En sus fundamentos, el postulante menciona nominalmente el derecho a la salud, y las cuestiones de orden público y la existencia de un contrato de adhesión, con un brevísimo desarrollo, sin citas normativas, jurisprudenciales ni doctrinarias que los respalden. Al final de su exposición, el postulante reproduce una cita doctrinal sobre regulación de servicios públicos de Bielsa, sin determinar a cuál de los juristas que llevan ese apellido se refiere, y el precedente “Munn v. Illinois”, sin identificar la fuente, pese a que es conocido como referencia a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, y sin explicar cómo se relacionan con su postura.

La presentación del dictamen adolece de varios errores conceptuales y falta de ilación entre las ideas presentadas. El encuadre jurídico es acertado pero extremadamente escueto, y no da cuenta de referencias normativas, jurisprudenciales ni doctrinarias aplicables al caso. Las citas son imprecisas. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 21 (veintiún) puntos.

Candidato L8

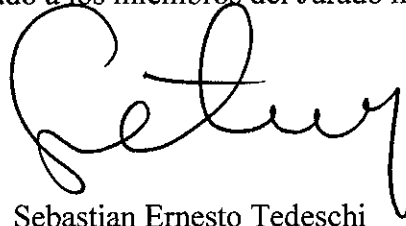
El postulante comenzó su dictamen haciendo una pormenorizada síntesis de las constancias del expediente sometido a su estudio, dedicándole muy poco espacio para la formulación de su opinión.

En su desarrollo principal, el postulante se limitó a reproducir algunos argumentos del juez y un argumento del agraviado, adhiriendo respectivamente a cada uno de ellos mediante una aceptación dogmática, sin agregar ningún otro fundamento que permita orientar la solución del caso. Concluyó su presentación solicitando al juez que tenga por contestada la vista y ordene la producción de prueba ofrecida por la agraviada y faltantes de producción.

La presentación del postulante adolece de abundantes defectos en la claridad de su exposición, sintaxis y ortografía. El dictamen carece de un desarrollo jurídico propio formulado por el postulante. Finalmente, en el petitorio, omite referirse a la aceptación parcial o total o el rechazo de la sentencia en función de las cuestiones controvertidas y se limita a solicitar la producción de pruebas. En virtud de ello, estimo que corresponde asignarle un puntaje de 10 (diez) puntos.


Con esta opinión, entiendo haber dado por cumplido el cometido que se me ha asignado, que pongo a consideración de los integrantes del Jurado para la elaboración del orden de mérito de los candidatos.

Saludo a los miembros del Jurado muy atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Sebastian Ernesto Tedeschi', written in a cursive style.

Sebastian Ernesto Tedeschi

Recibido en la Secretaría de
Concursos, hoy 27 de mayo
de 2014, siendo las 12:45hs.
Conste.



Ricardo Alejandro Caffoz
Secretario Letrado
Procuración General de la Nación