

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

A fs. 390/397 del expediente principal, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo iniciado por la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta en cuanto declaró la nulidad de la resolución n° 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación -modificatoria de la similar n° 939/00 Programa Médico Obligatorio- en lo que respecta al punto medicamentos de las enfermedades esclerosis múltiple y síndrome desmielizante aislado y excluyó del tratamiento allí prescripto a aquellas personas que, en la Provincia de Salta, sufran de esclerosis múltiple sin haber tenido dos brotes o exacerbaciones en los dos últimos años o padezcan de síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definida, sin perjuicio de las medidas que la administración nacional pueda adoptar a fin de verificar la certeza de las dolencias. Asimismo, confirmó la sentencia en punto a la intervención del Defensor del Pueblo pero la revocó en relación a la de las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza, Corrientes, Santa Cruz y Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina.

-II-

Disconforme con el fallo, la representante del Ministerio de Salud de la Nación interpuso el recurso extraordinario de fs.401/414, que fue concedido en lo tocante a la interpretación de normas federales pero denegado por la arbitrariedad alegada (fs. 449/450), lo que motivó la presentación de la pertinente queja.

Sostuvo que la alzada aplicó incorrectamente las resoluciones que contienen y aprueban el Plan Médico Obligatorio al merituar parcialmente el informe médico aportado como prueba y arribar, por ende, a conclusiones que carecen de rigor científico.

Afirmó que el veredicto era puramente voluntarista y dogmático, a la vez que su fundamento era dubitativo y autocontradictorio. Sobre estos puntos, dijo que yerra *el a quo* cuando sostiene que con el hecho de no otorgar determinado medicamento en una etapa de la enfermedad se está limitando el derecho de protección a la salud; desde el momento en que dicha garantía se halla realmente en resguardo al no autorizarse tratamientos innecesarios frente a la inexistencia de un diagnóstico certero.

Consideró que el decisorio era arbitrario porque no solo accedió a las pretensiones de una asociación que no estaba legitimada para actuar sino que además concluyó

que no se había acreditado la existencia de un caso individualizado que encuadre en la medida que se cuestionó. En síntesis, entendió que no existía agravio concreto o actual sino meramente conjetural a pesar de lo cual el tribunal se expidió nulificando el acto de la cartera estatal.

En igual línea, sostuvo la improcedencia de la acción de amparo, para lo cual, no sólo reiteró la inexistencia de caso concreto sino que explicó la imposibilidad de los jueces de decidir sobre cuestiones abstractas en tanto deben juzgar sobre la aplicación de la ley a un caso o causa contencioso. Adujo también, que para la viabilidad de la acción de amparo la turbación del derecho constitucional debe ser grosera y concreta y deben quedar fuera de su alcance las cuestiones opinables, como es, a su criterio, la del *sub lite*, a la par de estimar aplicable la doctrina de la Corte Suprema que determina la inexistencia de causa o caso cuando se procura la declaración genérica y directa de inconstitucionalidad de un acto de otro poder.

En otro orden, ataca la legitimación del Defensor del Pueblo con sustento en precedentes jurisprudenciales que limitan, dijo, su actuación cuando los considerados afectados en sus derechos subjetivos han podido acceder a la justicia en procura de su tutela, como acontece, a su entender, en esta litis, donde distintas asociaciones se presentaron con ese fin.

-III-

También el Defensor del Pueblo de la Nación, interpuso, a fs. 415/429, remedio extraordinario, en tanto las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza y Corrientes y la Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina presentaron sendos escritos de adhesión a los fundamentos de aquél (fs. 430 a 433). Los recursos fueron concedidos por cuestión federal pero denegados en cuanto a la tacha de arbitrariedad, sin que se presentaran las correspondientes quejas.

El Defensor del Pueblo limitó el objeto del recurso a los alcances de la sentencia al señalar que ésta debió tener efectos *erga omnes*. Ello es así, en su parecer, porque el Ombudsman actúa en representación del universo de quienes padecen esclerosis múltiple y síndrome desmielizante aislado, caso contrario se vulneran las disposiciones constitucionales que habilitan su participación procesal (arts. 43 y 86).

Del mismo modo, atribuyó la calidad de efectos generales a los decisorios dictados en todos los procesos en que esa institución actúa, en razón de su carácter nacional y consideró errado que la alzada acotara la tutela colectiva a la jurisdicción del tribunal interviniente. Dijo, así, que era una autocontradicción del fallo reconocer la

Procuración General de la Nación

legitimación del órgano defensor pero cercar los efectos de la decisión a los enfermos sólo de la Provincia de Salta.

Argumentó, en este sentido, que aquellas personas que no se sintieran representadas por el Defensor del Pueblo de la Nación, individual o colectivamente, deben iniciar un juicio o presentarse en el ya promovido y solicitar un nuevo fallo o que la sentencia no les sea oponible.

-IV-

Previo a todo otro análisis, cabe abordar el tema de la admisibilidad formal de los recursos extraordinarios incoados en autos por las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza y Corrientes y la Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina.

En este sentido, fácil es advertir que las presentaciones se limitan a un asentimiento de los argumentos esbozados en el escrito recursivo del Defensor del Pueblo de la Nación, por lo cual y toda vez que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha señalado la improcedencia de la adhesión al recurso extraordinario (Fallos: 209:28 pág. 70 y sus citas; 257:48; 322:523), cabe concluir que esas apelaciones han sido mal concedidas por el *a quo*.

-V

Considero que un orden lógico impone analizar el cuestionamiento que formula el Estado Nacional a la legitimación de la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta y del Defensor del Pueblo de la Nación para promover el presente amparo, pues, si bien los agravios exhibidos sobre el particular son breves y poco fundamentados, la existencia de dicho presupuesto constituye un requisito ineludible para la existencia de un "caso" o "causa" que habilite la intervención de un tribunal de justicia (art. 116 de la Ley Fundamental), ya que la Justicia Nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2º ley 27) y su ausencia tornaría inoficiosa la consideración de los planteamientos formulados por el apelante (arg. Fallos 322:528).

Una constante jurisprudencia de la Corte, elaborada sobre la base de lo establecido en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, ha expresado que esos casos son aquéllos en los que se persigue, en concreto, la determinación del derecho entre partes adversas, motivo por el cual no hay causa "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes", ni, por ende, existe

facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (Fallos: 307:2384, entre otros).

En este orden de ideas, con relación a la legitimación de la asociación actora, reitero aquí la opinión expuesta por esta Procuración General el 22 de febrero de 1999 *in re* "Asociación Benghalensis y Otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social (Estado Nacional) s/ amparo ley 16.986", a cuyos términos V.E. remitió conforme surge de Fallos: 323:1339. Así lo considero, toda vez que la Asociación Civil Esclerosis Múltiple de Salta funda su legitimación para accionar en su carácter de titular de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud -en el caso, la defensa de los derechos de las personas con esclerosis múltiple- como parte del objeto de la asociación.

Ahora bien, tal como ha sostenido el Tribunal en el precedente de Fallos: 323:4098, con relación a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación, si bien el art. 86 de la Carta Magna prescribe que ese organismo tiene legitimación procesal, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (conf. Fallos: 323:4098 y sus citas de Fallos: 310:2943; 311:2725; 318:1323). Sostuvo V.E. que la ley 24.284 excluye expresamente, del ámbito de competencia del órgano en cuestión, al Poder Judicial (art. 16, párrafo segundo) y establece que si iniciada su actuación "se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención" (art. 21) (Fallos: 321:1352).

En el caso *sub examine*, varias asociaciones locales de esclerosis múltiple se han presentado en autos -sin perjuicio de lo sostenido sobre ellas en el apartado IV precedente- y es la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta quien ha iniciado la presente acción judicial, a la que el Defensor del Pueblo adhirió.

De esta forma, con lo establecido por las normas que regulan la actuación del organismo y lo recién mencionado, basta para rechazar su legitimación procesal en la presente causa, tornándose inoficioso considerar los agravios por él vertidos en su recurso.

-VI-

Sentado ello, el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional es, en mi opinión, formalmente admisible, pues se encuentra en discusión el alcance e interpretación de normas de carácter federal (resolución nº 1/01 del Ministerio de Salud de la

Procuración General de la Nación

Nación -modificatoria de la similar n° 939/00 Programa Médico Obligatorio-) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3° ley 48).

En igual orden, dado que el agravio fundado en la tacha de arbitrariedad, guarda estrecha conexidad a la cuestión federal, corresponde analizar en forma conjunta ambos temas (Fallos: 325:50 y 669).

-VII-

Respecto del agravio atinente a la viabilidad de la vía elegida en el *sub lite*, resulta oportuno mencionar 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).

En efecto, en el último de esos precedentes la Corte ha declarado que "...el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339)." Asimismo, ha entendido 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 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. A mayor abundamiento, sostuvo también 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 (conf. Fallos: 323:1339).

No cabe duda, pues, que en el *sub lite*, procede la vía del amparo.

-VIII-

Finalmente, considero no asiste razón al apelante en cuanto sostiene que el decisorio es dogmático, voluntarista y que carece de rigor científico. Muy por el contrario, las extensas consideraciones que formularon los jueces de ambas instancias respecto de la entidad y evaluación de la prueba existente en autos -tanto aquella aportada por la actora como la que acompañó el Estado Nacional en oportunidad de presentar el informe del art. 8° de la ley 16.986- con la que concluyeron resultaba suficiente para resolver la controversia, alcanza para sustentar la decisión que finalmente adoptaron y que, en lo personal, comparto.

A mi modo de ver, la modificación introducida al originario Plan Médico Obligatorio en lo referente a la cobertura de medicamentos en los casos de esclerosis múltiple, sus clases y variantes, lesiona el derecho a la salud de quienes sufren esta enfermedad discapacitante -garantía resguardada no solo por normas nacionales sino también de protección internacional que tienden a una actitud de apoyo progresivo en el tratamiento de estas manifestaciones del aparato neurológico-. Esta falta de apoyo se deduce de la propia resolución impugnada, que en un intento por no vulnerar derechos en ejercicio, determina que “Sin perjuicio de las normas establecidas en esta Resolución sobre la cobertura en medicamentos, las mismas no podrán introducir limitaciones sobre tratamientos en curso al momento de su puesta en vigencia.” (ver copia a fs. 96 -el subrayado es propio-).

Este mismo precepto, además, no solo marca una desigualdad de trato entre enfermos de una misma clase (por ejemplo, un enfermo con síndrome desmielizante aislado que esté en tratamiento mantiene la cobertura del 100% en el medicamento, en cambio el que no lo haya comenzado no tendrá ese porcentaje) sino que hecha por tierra el único argumento del Ministerio de Salud para sostener la validez de la resolución, cual es que la exclusión de determinados casos de la cobertura estriba en una protección a la salud de los enfermos al evitar autorizar, de ese modo, tratamientos innecesarios frente a la inexistencia de diagnósticos certeros. En ese entendimiento, si el fin de eliminar la cobertura del 100% es evitar el medicamento para aquellos con síndrome desmielizante aislado o que tengan esclerosis múltiple pero no hayan tenido dos brotes o exacerbaciones en los últimos dos años, **en aras de protegerles la salud**, no se entiende lógicamente que sí se pueda mantener para los mismos casos si ya han iniciado el tratamiento. O se “protege la salud” en todos los supuestos de iguales condiciones, en cuyo caso el ministerio debería limitar todos esos tratamientos en

Procuración General de la Nación

lugar de asegurarles cobertura, aún los que están en curso de ejecución, o el argumento es netamente falaz. Me inclino por esto último.

Por otro lado, la prueba de ambas partes se apoya en los mismos informes médicos y de su lectura no surge -como sostuvieran las instancias judiciales preintervinientes- fundamento alguno para determinar la limitación temporal de dos años para la confirmación inequívoca de la enfermedad, como aduce la cartera ministerial nacional.

En cuanto a que cierto es, como arguye el recurrente, que en el artículo especial "Consenso sobre el uso de Drogas inmunomoduladoras en el tratamiento de Esclerosis Múltiple en la Argentina" (fs. 51/52) se expresa que los pacientes con SDA de alto riesgo "pueden" igualmente ser tratados con la medicación, lo que implica que no está obligatoriamente indicada, también lo es que del informe médico de fs. 59/61 surge el beneficio de su tratamiento para evitar los progresos de la enfermedad. En efecto, se expresa allí que "El reconocimiento de los SDA (síndrome desmielizante aislado) ha tenido sin duda un importante impacto en el manejo de pacientes con EM (esclerosis múltiple), y probablemente estos enfermos representen una nueva categoría en futuras clasificaciones de formas clínicas de la enfermedad. Existe un consenso unánime con respecto al inicio temprano del tratamiento en aquellos pacientes con un diagnóstico certero de EM. En pacientes con SDA una cuidadosa evaluación de ellos deberá realizarse, y claros factores de alto riesgo establecerse a fin de seleccionar apropiadamente aquellos pacientes que serán incluidos en esquemas de tratamiento inmunomodulador, destinados a disminuir el riesgo de desarrollar EM clínicamente definida. Este llamado de atención se sustenta en: 1) Los SDA pueden presentar otras etiologías diferentes de EM; 2) Es posible que alguno de estos pacientes puedan presentar un cuadro de enfermedad multifocal pero monofásica, tal como sucede en la encefalomiелitis diseminada aguda; 3) Pacientes con SDA y sin claros factores de riesgo probablemente no desarrollen nuevos episodios consistentes con el diagnóstico de EM clínicamente definida, y por lo tanto no deberán ser expuestos a tratamientos inmunomoduladores. En conclusión, es claro que el tratamiento de pacientes con SDA y alto riesgo de desarrollar EM clínicamente definida, utilizando IFN beta1a intramuscular es beneficioso. Sin embargo, particular cuidado deberá ponerse en la adecuada selección de los mismos, a fin de incluir en estos esquemas terapéuticos los pacientes apropiados. Finalmente el tratamiento en este grupo de pacientes deberá realizarse siguiendo pautas similares a las recomendadas para el uso de drogas inmunomoduladoras en el tratamiento de Esclerosis Múltiple clínicamente definida."

Tengo para mí que lo imperioso en el *sub lite* es diferenciar el diagnóstico de la dolencia y la prescripción de las drogas que la combatan o atenúen, de la cobertura de éstas por las obras sociales o prepagas. Lo primero es tarea de los profesionales médicos especializados en esta enfermedad, de quienes es impensable que prescriban un medicamento que no resulte conveniente para su tratamiento, máxime tratándose de fármacos que, si bien son beneficiosos para la enfermedad, pueden tener efectos adversos importantes que aconsejan un sistema de monitoreo periódico -fs. 329- y lo segundo ingresa dentro de la competencia de la autoridad de aplicación al formular el plan médico obligatorio que debe necesariamente estar basado en el material idóneo correspondiente.

De cualquier modo, el debate aquí planteado no es, como dice el Ministerio de Salud, salvaguardar a los enfermos de posibles reacciones adversas y contraindicaciones del fármaco -lo que insisto será evaluado por el médico y no por una autoridad administrativa- sino el grado de cobertura del remedio por las obras sociales y prepagas para un tipo de enfermedad considerada de alto riesgo y baja incidencia -según surge de autos, unos 6500 pacientes en todo el país- sin que el ministerio haya logrado probar cual es el motivo para determinar que una enfermedad discapacitante que tenía el 100% de cobertura en los medicamentos, ahora en algunos supuestos no la tenga, circunstancia que, al afectar directamente el derecho de los enfermos de esclerosis múltiple a la protección de la salud, torna, a mi criterio, al acto en arbitrario.

-IX-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde admitir formalmente el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Salud), tener por mal concedidos aquellos intentados por las asociaciones de esclerosis múltiple de La Pampa, Mendoza, Corrientes y de Argentina, revocar la sentencia en cuanto a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación conforme lo dicho en el acápite V del presente y confirmarla en lo principal.

Buenos Aires, 4 de Agosto 2003.

ES COPIA

NICOLAS EDUARDO BECERRA