



Salud

**Estado Nacional como responsable subsidiario. Cobertura médica asistencial en la extensión que requiera la encefalopatía crónica no evolutiva**

**“A G., L. c/ OSDE y otro s/ amparo”**

Plata, 16 de septiembre de 2.008.

AUTOS Y VISTOS: este expte. n° 15.233, caratulado A G., L. c/ OSDE y Otro s/ amparo proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 3 de Lomas de Zamora.

Y CONSIDERANDO QUE:

I- Llega este expediente a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada Estado Nacional-Ministerio de Salud,(...), contra la sentencia(...) que hizo lugar a la acción de amparo, ordenando a los demandados a suministrar la cobertura del 100% del tratamiento médico asistencial requerido.

II-1. Cabe señalar que la acción de amparo fue promovida (...)a en representación de su hijo contra OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios- y el Poder Ejecutivo Nacional. El motivo de su demanda se debió a la negativa de la entidad de medicina prepaga de otorgar la asistencia indispensable para el desarrollo motriz y cognositivo de su hijo. En este marco, solicitó que se ordene el cumplimiento de la prestación en la Fundación para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (FLENI), a raíz del cuadro de encefalopatía crónico no evolutivo que presenta. En su presentación, expresó que la patología que sufre su hijo genera un retraso de la adquisición del lenguaje, con afectación de habilidades socio comunicativas y socioemocionales. Asimismo, que la negativa injustificada de la demandada sólo tiene fundamento en la necesidad de abaratar sus costos, aún a precio de violar el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud de su hijo. Por medio de esta acción, entonces, solicitó se ordene a OSDE y al Poder Ejecutivo



Nacional, en su carácter de garante del derecho a la salud, la urgentísima asistencia de los servicios pactados y a cubrir el tratamiento de estimulación de la comunicación y lenguaje, de las habilidades cognitivas y de independencia en el instituto referido, por cuanto resulta apto para la patología descripta y por ser específicamente la recomendación médica de los especialistas que asisten a su hijo.

En orden a justificar la asistencia en el centro especializado que menciona, expresó que la especial situación de su hijo y el desarrollo de su afección requieren del Instituto indicado en la demanda - único en Latinoamérica-, que posee programas y tratamientos que pueden lograr la mejoría en sus dificultades, con resultados esperables que le permitirían alcanzar un mejor nivel de salud y con ello de calidad de vida, en atención a su discapacidad.

2. En el transcurso del proceso, la amparista obtuvo una medida cautelar,(..) que fue confirmada por esta alzada,(...), por medio de la cual se ordenó a OSDE suministrar de inmediato la cobertura médico asistencial requerida por el menor en el instituto FLENI, en la extensión que su enfermedad requiera, bajo apercibimiento de astreintes.

3. Cabe señalar que las demandadas presentaron el informe circunstanciado,(...) OSDE, y, (...) el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación.

4. La sentencia en examen otorgó el amparo requerido, considerando procedente la vía elegida y probado, con los informes médicos y demás documentación agregada a la causa, que el menor, representado en autos por su madre, padece la patología descripta. En consecuencia, para preservar su derecho a la salud y a la vida digna, ordena a los demandados a suministrar la cobertura del 100% del tratamiento médico asistencial requerido en la Fundación para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (FLENI), en la extensión que su enfermedad requiera y de conformidad con las prescripciones que establezcan los médicos tratantes. Con costas al vencido.

III- Contra la sentencia de autos, el Ministerio de Salud interpuso recurso de apelación (...).



Los agravios del recurrente se circunscriben a señalar que, según su parecer, resulta errado que se le haga responsable subsidiario de los deberes impuestos en autos. En este sentido, resalta que la obligada primaria es la Obra Social a la que se encuentra afiliada el amparista. Estima que no es cierto que el Estado Nacional sea el garante absoluto del derecho a la salud y que la función subsidiaria que posee debe estar restringida a los carenciados y los pacientes sin obra social.

Por otra parte, afirma que el Estado Nacional y la Superintendencia de Servicios de Salud sólo disponen de medidas concretas para garantizar la cobertura de las prestaciones de salud cuando el incumplimiento es denunciado por los reclamantes ante dicho ente, ejerciendo su autoridad de contralor. Dice, también, que el juez de grado obliga al Ministerio a solventar los gastos de salud de toda la población, aún la que cuenta con cobertura y, en consecuencia, niega la verdadera función de esta cartera de Estado, que es organizar y planificar programas de salud.

Asimismo, el recurrente dice que la sentencia facilita el incumplimiento para los verdaderos obligados, porque es más cómodo aplicar el principio de subsidiariedad y recurrir al Estado Nacional que obligar a los verdaderos responsables. Señala el principio de progresividad, remarcando que su parte debe satisfacer obligaciones asistenciales únicamente en la medida de los recursos disponibles. Y, además, que la responsabilidad subsidiaria no corresponde para los beneficiarios de las obras sociales.

IV- Entrando a analizar la apelación intentada, estimo que los agravios esgrimidos por el recurrente no pueden ser admitidos. Para fundar esta opinión, resulta esencial precisar cuál es el rol del Estado en esta materia. Señalaré, en primer lugar, el marco constitucional y legal de la cuestión debatida, reiterando conceptos que manifesté en la resolución que confirmó la medida cautelar y, en segundo lugar, el porqué de la sinrazón del recurso intentado.

1. Pues bien, observo que en autos se debate acerca de una cuestión que refiere, por lo menos, a tres elementos esenciales, el derecho a la salud, la discapacidad y el interés superior del niño. El primero de ellos, el derecho a la salud, es reconocido en documentos internacionales que fueron ratificados por nuestro país (art.75 inc.22 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de



Derechos y Deberes del Hombre, art.XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art.25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, art.29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.12.1 y 12.2.d). Además, es analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosísimos casos (Fallos 323:3229, consid.16 y sus citas (321:1684 y 323:1339) y 324:3569, consid.11 y sus citas, entre muchos otros).

Este derecho significa -mínimamente-la preservación de la vida en condiciones de equilibrio psicológico y biológico y requiere de la acción positiva de los órganos del Estado -también del Departamento Judicial- en procura de que las personas en riesgo reciban las prestaciones necesarias.

Esto implica el deber de la judicatura de procurar que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución no quede en mera retórica, sino que a través de su función se permita la efectiva y eficaz realización del derecho.

En relación con lo expresado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (v. doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros).

En síntesis, respecto del derecho a la salud, el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones en esta materia y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y a otras entidades que participan del sistema sanitario.

2. Vinculado con este derecho, se encuentra otro aspecto no menos importante en este caso, que es el tema de la discapacidad. De acuerdo con el art.1 de la A Convención Interamericana para la



Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280, se entiende a la discapacidad como A una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social. Asimismo, el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna establece que debe legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por otra parte, la ley 22.431 instituyó el A Sistema de protección integral de las personas discapacitadas que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, y la ley 24.901 que estableció un A Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, que contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. La segunda de las leyes mencionadas estableció, en su art.2, que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella se encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art.1 de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad.

Asimismo, la ley 23.661, dispuso la creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud, con el fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país. Esta norma establece que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan (art. 28).

3. Por último, la tercer nota o elemento esencial de la causa es el padecimiento de un niño discapacitado, con lo cual su interés resulta protegido de manera particular. El marco de protección para la niñez lo otorgan los pactos internacionales con jerarquía constitucional que



contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños: art.VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art.25, inc.2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts.4, inc.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.24, inc.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art.10, inc.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar (conf.).

Particularmente, la Convención sobre Derechos del Niño, convertida en ley 23.849, cuyo análisis por la Corte Suprema de Justicia de la Nación coloca su amparo y protección como principio superior (v. Fallos 318:1269; 322:2701; 323:2021, 2388, 3229, 324:122, 908, 1672, utilizado en diferentes temáticas para remover obstáculos en procura de obtener el cumplimiento de los derechos que los documentos internacionales le reconocen).

De manera particular en esta temática, se ha pronunciado el Alto Tribunal acerca del derecho al acceso a determinadas prestaciones sanitarias de este sector, especialmente vulnerable, en los autos CS. M.3226 XXXVIII, A M., S. G. y otros v. Fuerza Aérea Argentina. Dirección General de Bienestar del Personal de la Fuerza Aérea s/ amparo, del 08/06/2004, con cita de numerosos precedentes.

V- Con la cuestión enmarcada en estas tres notas esenciales y atendiendo a la prueba reunida, resulta que la acción intentada por la vía de amparo estuvo destinada a obtener una respuesta diligente, lo que concuerda con el espíritu y letra del art. 43 de la Constitución Nacional. En el caso, el hijo de la amparista padece una patología que exige de manera urgente el tratamiento solicitado y otorgado por la sentencia recurrida.

En cuanto a los aspectos de la decisión que motivaron los agravios del Estado Nacional, entiendo que resultan insustanciales frente a las urgencias señaladas, las que requieren soluciones rápidas, simples y eficaces para preservar el derecho a la salud y a la vida digna, teniendo particularmente en cuenta que se halla en juego el interés superior de un niño discapacitado, que debe ser



tutelado por sobre otras consideraciones. Es la solución que reconoce el primordial interés en juego, que orienta y condiciona toda decisión (doctrina de Fallos 322:2701).

Por otra parte, es claro que OSDE es la que debe cumplir con las prestaciones que requiera la amparista, condena que se encuentra firme y, llegado el caso, el Estado, ante el incumplimiento de las prestaciones, debe suplir la omisión de la empresa ante la importancia del tratamiento.

Asimismo, el sentido de la obligación del Estado Nacional se debe a que, en última instancia, es el garante del cumplimiento a través de acciones positivas. Por esta circunstancia, no puede desobligarse aludiendo al carácter subsidiario de su deber, correspondiendo por medio del Ministerio de Salud cumplir integralmente las prestaciones que, llegado el caso, puedan reclamarle. Esta solución no impide que pueda solicitar una compensación a la entidad prestataria de salud, ante su incumplimiento.

En este sentido, la Corte ha dicho que la existencia de una obra social que deba cumplir no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, ya que si se aceptara 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 (Fallos 323:3229).

VI- Por todo lo expuesto, soy de opinión que debe rechazarse el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia apelada. Sin costas de alzada (art.68 del CPCC.).

EL DR. COMPAIRED DIJO:

La cuestión planteada por la recurrente debe descartarse, toda vez que este agravio ignora el deber del estado de respetar los derechos de la persona en forma efectiva, entre los que se encuentran el derecho a la seguridad social que ampara el artículo 14 bis, párrafo 3ro. de la



Constitución Nacional, como así también lo normado en el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículos 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que ostentan jerarquía constitucional A Y y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías Y reconocidos por la Carta Magna, conforme la manda del artículo 75, inc. 22, integrando de tal modo lo que el maestro Bidart Campos ha calificado como bloque de constitucionalidad federal.

Esto es así por cuanto el hecho de que el amparado fuera afiliado a OSDE y esta tenga la obligación directa de cubrir los gastos de tratamiento no es óbice para que de así resultar, el estado tenga el deber de afrontar el desembolso en cuestión, sin perjuicio de que posteriormente ejercite sus derechos contra esa prepaga, en su carácter de obligada principal de la prestación, máxime cuando el requirente de protección en autos necesita una cobertura amplia y continua para su afección, la que aparece recortada ante la posición asumida por la coaccionada OSDE.

Por otra parte, OSDE se encuentra comprendida entre los agentes que integran el Sistema Nacional de Seguro de Salud de la Nación y, en consecuencia, su actividad se halla fiscalizada por la Superintendencia de Servicio de Salud de la Nación que depende de la apelante; organismo que a tenor de las normas legales vigentes, está obligado a disponer medidas concretas para garantizar las prestaciones a cargo de las obras sociales como autoridad de aplicación.

Estos breves fundamentos deben entenderse completados con lo anteriormente expresado al formular mi voto en oportunidad confirmar en esta sede la medida cautelar dispuesta en la instancia de origen (vid. fs. 288/291 de autos).

Así lo voto.

Por ello, en mérito a lo que resulta del Acuerdo que antecede, se RESUELVE: rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Sin costas de alzada (art.68 del CPCC.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces sala II : Dres. Leopoldo H. Schiffrin y



Carlos R. Compaired.

Dr. Gregorio Julio Fleicher (art. 109 RJN).