

Corte de Justicia de la Provincia de Salta

Causa: G. de J., R. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo - recurso de apelación

Salta: 18 de octubre de 2017

CONSIDERANDO:

1°) Que vienen estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 131, en contra de la sentencia de fs. 122/128 mediante la cual se hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. R. G. de J. y, en su mérito, se ordenó al accionado que proceda a afiliarse, en calidad de beneficiaria, a la Srta. L.E.J.G. (hija de la actora), con costas por su orden.

Para así decidir, considero el a quo que en autos se acreditó que la Srta. L.E.J.G. sufre de esclerosis múltiple; que posee un certificado de discapacidad en los términos de la Ley 24.091; que padece una incapacidad del 86 % total y permanente de orden físico y mental; que vive con su madre, de quien depende económicamente, y que no cuenta con pensión por discapacidad.

Indicó que el art. 5.2.a. inc. 4 del Decreto N° 3402/2017 —reglamentario de la Ley 7127— consigna que serán beneficiarios de la obra social los hijos incapacitados a cargo del afiliado titular, entendiéndose por tales aque-

AL AMPARO DE LA SALUD. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y CONDICIONES DE MERCADO

UNDER THE PROTECTION OF HEALTH. SOME CONSIDERATIONS ON HUMAN RIGHTS AND MARKET CONDITIONS

MARÍA FLORENCIA BELANTI¹

RESUMEN

El presente comentario tiene como finalidad una reflexión sobre la salud desde la órbita de los derechos humanos. Adscribimos a la era de la humanización de derechos y bajo ningún pretexto se nos ocurriría negar su existencia aunque, a veces, suele costar apreciarlos en su faz operativa. Frente a su desconocimiento arbitrario, como en el caso que nos ocupa, contamos con una herramienta que provee el remedio adecuado, máxime cuando, como en el fallo bajo análisis la vulneración opera sobre argumentos no acreditados inspirados en la lógica del mercado.

ABSTRACT

The purpose of this commentary is to reflect on health from the orbit of human rights. We ascribe to the era of the humanization of rights and under no pretext we would think of denying their existence although, sometimes, it usually costs to appreciate them in their operational face. Faced with their arbitrary ignorance, as in the case before us, we have a tool that provides the appropriate remedy, especially when, as in the ruling under

¹ Diplomada en Ciencias Sociales (UCC) – Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía (UNC). Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, mail: maflorenciabelanti@gmail.com

llos mayores de 21 años que se encuentren impedidos física o mentalmente para trabajar, con una incapacidad superior al 66 %, a cargo exclusivo —económica y físicamente— del afiliado titular y que conviva en el mismo hogar. Sostuvo que el requisito de la continuidad, que importa la existencia de una afiliación anterior, no está contemplado en este párrafo del decreto, que distingue la situación del hijo incapacitado con una incapacidad superior al 66 %, del descendiente que no alcance el porcentaje establecido.

Afirmó que es evidente la arbitrariedad en que incurre el demandado al negar la afiliación requerida, cuando existe una previsión normativa que respalda el pedido y que lo contrario implica, en los hechos, dejar a la beneficiaria de dicha solicitud en una situación de desamparo.

Entendió que la interpretación legislativa invocada para sustentar la denegatoria, no puede ser válidamente sostenida por afectar —al grado de restringirlo— el goce de derechos humanos fundamentales.

Al expresar agravios (v. fs. 134/137) alega el recurrente que el fallo carece de debida fundamentación. Esgrime que la hija de la Sra. R. G. de J. nunca fue afiliada de la obra social y que, por ello, el decisorio convalida una situación irregular al ordenar dar afiliación a una persona que no tuvo continuidad alguna.

Aduce que el sentenciante soslayó considerar que si bien el Estado provincial instituyó, mediante Ley 7600, un sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad, en dicha norma no se establece que la cobertura deba ser otorgada por su parte; que ello es así, en tanto el I.P.S.S. es una entidad autárquica creada por Ley 7127, que cuenta con personalidad jurídica propia e individualidad administrativa, económica y financiera.

Acota que el amparo resulta improcedente por existir otras vías idóneas para resolver la cuestión, y manifiesta que la actora omitió demostrar el peligro que le ocasiona la utilización del procedimiento ordinario.

Expone que la sentencia impugnada afecta el principio de solidaridad contributiva que sostiene el régimen de los aportes forzosos, el que exige además una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas.

Corrido el pertinente traslado, la actora lo contesta (v. fs. 140/145) y pide el rechazo del recurso.

A fs. 155/156 vta. el señor Fiscal ante la Corte N° 1 emite su dictamen, y a fs. 157 se llaman autos para resolver.

.....
analysis, the violation operates on non-accredited arguments inspired by the logic of the market.

Palabras claves: Derechos Humanos; Amparo; Obra Social;

Key Words: Human rights; Protection; Social work;

Introducción.

El fallo traído a consideración de reciente dictado -octubre de 2017- nos posiciona una vez más en la toma de conciencia respecto a la eminente calidad de derecho humano del que participa el derecho a la salud. Por medio del referido dictamen el más alto tribunal de la provincia de Salta confirma la sentencia de grado la cual, haciendo lugar a la acción de amparo, manda a afiliarse en calidad de beneficiaria a la hija de la actora, una niña con esclerosis múltiple que sufre una incapacidad del 86% total y permanente de orden físico y mental.

Para arribar a la solución mencionada la Corte de Justicia de Salta desestimó los agravios planteados por la obra social apelante haciendo un especial énfasis en la protección de goce de salud, derecho receptado en normas de las más altas jerarquía. En este sentido el Instituto Provincial de Salud de Salta había esgrimido, por una parte el no haberse acreditado la ineficacia de la vía ordinaria para debatir la cuestión, resultando según su criterio, improcedente la acción de amparo para solicitar la petición. Frente a ello el máximo tribunal de Salta destacó que, tramitar el caso por un vía distinta implicaría contravenir la exigencia de un adecuado servicio de justicia y que la vía es la adecuada

2°) Que esta Corte ha dicho reiteradamente que, a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315; 208:137, entre otros).

El amparo, por lo demás, constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos: 305:2237; 306:788, entre muchos otros).

El objeto de la demanda de amparo, en resumen, es la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451; 183:585, entre otros).

3°) Que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, no existía en el ámbito nacional texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. Si bien las obligaciones del Estado en la materia podían inferirse de la mención del carácter integral de la seguridad social, el otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha modificado sensiblemente el panorama legal en cuestión (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

.....
a fin de no tornar utópica la aplicación del derecho a la salud, derecho operativo y no teórico; máxime cuando en el caso se acreditó que la parte demandada explicitó en sede administrativa la negativa a afiliar a la hija de la accionante, posición que mantuvo en sede judicial.

Por otra parte la Corte de Justicia salteña argumentó que no era procedente el agravio emitido por la apelante en lo referido a la interpretación normativa según la cual era necesaria una afiliación anterior (continuidad) por parte de la hija de la Sra. RG de J. Ello así, atenta la interpretación literal de la disposición legal, única posible en el caso al ser la misma clara, precisa y razonable; vislumbrándose en el asunto una mera disconformidad con la decisión adoptada por el a quo y no una argumentación que acredite el error del juzgador invocado por el Instituto Provincial de Salud.

Finalmente se desestimó que la sentencia impugnada afectara el principio de solidaridad contributiva, acentuando el no poder eludir sus obligaciones constitucionales alegando potenciales limitaciones financieras en un futuro.

I.La forzosa judicialización del fundamental derecho a la salud.

El decisorio que en este momento nos interpela permite una clara reflexión desde la órbita de los derechos humanos. Adscribimos a la era de la humanización de derechos y bajo ningún pretexto se nos ocurriría negar su existencia, ahora bien, una vez más la ausencia de su reconocimiento en un caso particular nos impulsa a realizar una serie de consideraciones. Es que, resulta paradójico que a más de veinte años de haber sido declarados y consagrados oficialmente a la elevada categoría de supremos cueste tanto apreciarlos en su faz operativa.

En el mencionado Pacto, los Estados Parte se han comprometido a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos (CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina vs. Ministerio de Salud y Acción Social”, 24/10/2000, LA LEY, 2001-C, 32). Asume así el Estado tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles.

Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a su preservación, que dimana de normas de la más alta jerarquía (cfr. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 3° y 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12, incs. 1° y 2° ap. d, del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4° inc. 1°, 5° inc. 1° y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

A su vez, nuestra Carta Magna Provincial, en sus arts. 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud (esta Corte, Tomo 183:585).

4°) Que atento a las constancias de autos, cabe señalar que no resulta acertada la defensa esgrimida por el apelante, en el sentido de sostener que la amparista no acreditó la ineficacia de la vía ordinaria para debatir la cuestión.

Al respecto, se advierte que en sede administrativa el demandado ha explicitado de manera fehaciente su negativa a afiliarse a la Srta. L.E.J.G. (v. fs. 21 del Expte. N° 74-36.282/15 reservado como prueba), posición en la que persistió en esta sede judicial conforme surge del informe obrante a fs. 72/78.

Asimismo, del estudio socio-económico ambiental (v. fs. 16 del expediente administrativo señalado) practicado por el I.P.S.S. surge que el grupo familiar se encuentra conformado por la actora y su hija, que residen en la misma vivienda de titularidad de la primera y que se sostienen económicamente con los ingresos percibidos por la Sra. G. de J. en concepto de jubilación (\$8.525) que sólo le permiten cubrir sus necesidades básicas.

.....

Fíjese que, en el caso que nos ocupa, la Sra. R. solicitó la afiliación de su hija, con fundamento en la disposición legal que así lo consagraba² y acreditó lo extremos necesarios para la procedencia tales como que su hija era familiar primario -siendo ella afiliada titular-; un porcentaje superior al 66% de incapacidad, contando asimismo en este punto con la correspondiente documentación formal (certificado de discapacidad) y además se certificó que se encontraba exclusivamente a su cargo, conforme el estudio socio-económico ambiental efectuado por el Instituto provincial de Salud. Pese a todo ello la solicitud no fue acogida favorablemente por la mencionada Obra Social.

Resulta innecesaria una reflexión mayor para vislumbrar como la Srta. L.E.J.G se vio palmariamente restringida en el goce y vulnerada en su fundamental derecho.

En este punto no podemos olvidarnos que la doctrina es conteste en admitir que el concepto de salud no debe entenderse en términos negativos, es decir como ausencia de enfermedades o afecciones, sino como un completo bienestar físico, mental y social³, ahora bien, tampoco podemos desconocer que es frente a su negativa, su restricción

2 La ley provincial n° 7127 de Salta, que crea el Instituto Provincial de Salud, en su título II se refiere a los afiliados y beneficiarios del sistema, estipulando en su artículo 5 A) un cartabón de personas obligatoriamente incluidos en calidad de afiliados titulares del Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.); entre ellos: “*Los jubilados*”, situación de la que goza la reclamante en la causa. Asimismo en el artículo 5 B) estipula quienes quedan incluidos en calidad de beneficiarios, entre los que se mencionan los grupos familiares primarios de las categorías antes mencionadas y particularmente, en lo que aquí interesa, enumera a “*los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular*”. A su turno, el decreto que reglamenta tal disposición estatuye “*Los hijos incapacitados a cargo del afiliado titular. Se entenderá por tales los hijos del afiliado titular mayor de veintiún (21) años, impedido física o mentalmente para trabajar, con una incapacidad superior al 66% de la total obrera establecido por la Ley 20.744, a cargo exclusivo económica y físicamente del afiliado titular, y convivan en el mismo hogar. La verificación de tales circunstancias se realizará por el servicio asistencial y profesional del I.P.S. el que deberá realizarse “in situ”, bajo pena de sanción al funcionario que autorice la incorporación sin el cumplimiento y verificación de los requisitos establecidos anteriormente. A tales fines se llevará un registro habilitado al efecto, donde consten los requisitos mencionados.*”

Los hijos incapacitados de los afiliados titulares que no alcancen el porcentaje establecido en el presente inciso, pero que cumplieren el resto de los requisitos, podrán en el plazo de tres (3) meses, antes de la baja del sistema, optar por incorporarse al régimen de afiliación individual con continuidad, sin carencias ni pre-existencias abonando una cuota diferencial que establezca la resolución respectiva”

3 Concepto acuñado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y aceptado de manera pacífica por la doctrina.

Por lo tanto, remitir a la accionante a un trámite diverso al de esta vía de amparo, constituye una solución que en el caso no se condice con las exigencias de un adecuado servicio de justicia.

En igual sentido, debe tenerse presente que el derecho a la salud no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, por lo que, ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (cfr. CSJN, Fallos: 324:3074; esta Corte, Tomo 175:417; 194:211; 202:967).

5°) Que sentado ello, corresponde considerar el agravio vinculado a la interpretación del inc. 4 del art. 5.2.a. del Decreto N° 3402/2017, reglamentario de la Ley 7127.

En relación a ello, sostiene el apelante que dicha normativa exige para su aplicación el requisito de la “continuidad”, entendida ésta como la existencia de una afiliación anterior, y que el sentenciante de grado prescindió de este recaudo fundamental para decidir como lo hizo.

Ahora bien, analizado el inciso en cuestión, se advierte que, tal como se sostuvo en el fallo atacado, en su primer párrafo contempla el caso de los hijos incapacitados del afiliado titular mayores de 21 años que padezcan una incapacidad superior al 66 %, en tanto en el segundo prevé el supuesto de los hijos incapacitados que no alcancen el porcentaje establecido, y es sólo en esta última situación en la que se prevé la exigencia de la continuidad.

En ese contexto, es dable recordar que cuando una disposición jurídica es clara, precisa y razonable, su prioritaria y lógica interpretación es la literal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal (CSJN, Fallos: 300:687; 301:958) desde que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra (Fallos: 200:175; 299:167; 314:458; 315:727; 318:198, 441, entre otros).

.....
o limitación que procede la protección y cuando no -como en el caso en cuestión- su visibilización de ostensible e indiscutible categoría de derecho humano. Nótese el argumento esgrimido en el caso por la Corte de Justicia salteña, que en el análisis de lo planteado manifiesta: *“el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de preservación de salud no necesita justificación alguna(...)”*⁴

Ello así atento a que, al referirnos a la protección de salud reseñamos a uno de los derechos fundamentales de la persona humana, puntapié inicial e indispensable para el goce del resto, base y condición para el disfrute de los demás. En este sentido, a decir de Andruet, A.S.:

*“(...) no sólo debe ser garantizada porque es un derecho que está positivizado (...) sino porque es antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Huelga decir que es tal: derecho natural; por ser sin más él mismo, una clara extensión -prolongación, derivación o corolario- del mismo derecho a la vida. El derecho a la salud en definitiva no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida”*⁵

Ahora bien pese a tal y campante reconocimiento continúa siendo necesario luego de agotar la órbita extrajudicial recurrir a la herramienta jurídica de reclamación, puesto que existe un claro aspecto negacionista de los organismos que debieran brindar el debido resguardo.

4 Conforme considerando n° 6 del fallo bajo análisis.

5 ANDRUET, Armando Segundo, *“Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV”* Colección Investigación y Ensayos -Tomo XIII -Centro de Capacitación Ricardo C. Núñez, 1a ed. - Córdoba 2017 pág. 287:

Siendo ello así, las argumentaciones vertidas por el apelante sobre el punto resultan genéricas y no logran acreditar, de manera precisa, el error del juzgador en la interpretación efectuada.

En este sentido, cabe recordar que el memorial debe expresar, con claridad y corrección, de manera ordenada, los motivos de la disconformidad, indicando cómo el Juez ha valorado mal la prueba, omitido alguna que pueda ser decisiva, aplicado mal la ley o dejado de decidir cuestiones planteadas. Debe el litigante poner de manifiesto, mostrar lo más objetiva y sencillamente posible los agravios, cumpliendo así con los deberes de colaboración y de respeto a la justicia y al adversario, facilitando al tribunal de alzada el examen de la sentencia sometida al recurso y, sobre todo, limitando el ámbito de su reclamo (esta Corte, Tomo 55:207; 59:825; 78:427, entre muchos otros).

Por lo demás, no puede pasarse por alto que la Junta de Admisión de la obra social demandada, entendió configurados en el caso la totalidad de los requisitos necesarios para hacer lugar a la afiliación de la Srta. L.E.J.G., tal como expresamente lo dejó establecido en su Dictamen N° 0451/16 de fecha 22 de marzo de 2016 (v. fs. 17 del Expte. N° 74-36.282/15).

Como consecuencia de ello, las alegaciones efectuadas en el recurso bajo análisis no consiguen demostrar el desacierto atribuido al pronunciamiento atacado.

6°) Que finalmente, y en relación a las argumentaciones vertidas respecto a la naturaleza jurídica del I.P.S.S. y el principio de solidaridad que emana de ello, cabe señalar —como ya lo sostuviera este Tribunal— que el demandado no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios. En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. Tomo 114:603; 125:401, entre otros); de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la

De esta manera, en aras de lograr el reconocimiento de garantías en materia de salud se recurre a una judicialización o activismo judicial ⁶ es decir la órbita tribunalicia como mediatizadora del reclamo, dado su desconocimiento originario.

Como nos ilustran los autores Víctor Abramovich y Laura Pautassi (2008), la intervención activa de los tribunales sirve para restaurar los derechos vulnerados especialmente para aquellos individuos que se encuentran, entre otras situaciones, frente a una urgencia impostergable. Pero además *“la sumatoria de demandas individuales aceptadas por los tribunales puede también funcionar como una caja de resonancia de problemas de política pública que deben ser atendidos por el Estado y contribuir a colocar ciertos aspectos del sistema en la agenda pública”*⁷.

II. La acción de amparo como mecanismo protectorio.

Acordamos que el derecho a la salud, en cuanto derecho humano es una verdadera carta de triunfo, y como tal, ante la especialidad de la que goza merece de un procedimiento también especial para su protección. Ello así atento al objeto de tutela condición indispensable y necesaria para gozar de un verdadero bienestar en la vida.

Hoy en día la mayoría de los reclamos incoados ingresan por la acción constitucional de

6 Se entiende por activismo judicial siguiendo a Víctor Abramovich y Laura Pautassi (2008) “el uso estratégico de los tribunales por organizaciones dedicadas al litigio de interés público, como el mayor uso de los tribunales por particulares para canalizar demandas al Estado o a empresas prestadoras de servicios de salud”. ABRAMOVICH Víctor y PAUTASSI Laura “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina” en *Salud colectiva* v.4 n.3 *Lamís sept./dic. 2008* Recuperado en 24 de julio de 2018, de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652008000300002&lng=es&tlng=es.

7 Ibidem.

carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (Tomo 99:185; 146:973).

En tal sentido, esta Corte sostuvo también que por tratarse de un ente autárquico, la obra social demandada goza de una personalidad jurídica propia y tiene capacidad de administración de sí misma aunque, al ser creada por el Estado para la satisfacción de sus fines, su patrimonio es estatal, siendo su responsabilidad para con los terceros, directa (cfr. Gordillo, Agustín A., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, ps. XI-4 y XI-5); y que, si bien el Estado también debe garantizar el derecho a la salud de los habitantes, tal circunstancia no la exime de cumplir con su obligación en la forma que se dispuso (cfr. Tomo 81:845; 114:903; 182:323).

Lo expuesto en los párrafos anteriores no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos —distribución de los recursos económicos destinados al área de salud y la protección integral de la salud en relación a los individuos—, pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud del ciudadano por sobre consideraciones de mercado (cfr. esta Corte, Tomo 111:031), máxime cuando —como en el caso— no se ofrecieron argumentos relevantes para desvirtuar este criterio. Sobre el particular es importante destacar que en autos no se ha acreditado, ni se ha ofrecido probar, que la afiliación que se ordenó afecte el principio de solidaridad contributiva que adujo como vulnerado el recurrente. 7°) Que por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso impetrado a fs. 131 y, consecuentemente, confirmar la sentencia de fs. 122/128, con costas.

Por ello, la Corte de Justicia, resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 131 y, en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 122/128. Con costas. II. Mandar que se registre y notifique. — Guillermo A. Catalano. — Ernesto R. Samsón. — Sergio F. Vittar. — Guillermo A. Posadas. — Susana G. Kauffman.

.....

amparo, explícitamente consagrada en el artículo 43 de nuestra Carta Magna. Ello también aconteció en el caso que estamos comentando, siendo el mecanismo elegido por la Sra. R.G. de J. para solicitar judicialmente la denegatoria esgrimida administrativamente. Y fue incluso uno de los agravios específicamente esbozado por la parte demandada, arguyendo en este sentido la improcedencia de la vía.

Frente a lo planteado fue categórica la Suprema Corte de Salta en manifestar la pertinencia de la vía. En este sentido, citando su doctrina y tras delinear que se estaba ante un proceso excepcional que procede por ineficacia de los procedimientos ordinarios, estipuló en resumen que el objeto de la demanda de amparo es *“la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que causa daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios”*.⁸

Deviene necesario valorizar lo expuesto en razón de los derechos que se encuentran en juego, dado que las circunstancias que fundamentan la acción cobran especial relevancia cuando se analizan el contexto fáctico que impulsa su procedencia. Repárese que en el caso analizado, la sustanciación deviene de considerar las necesidades propias de una persona en especial situación de vulnerabilidad, con un porcentaje de discapacidad elevado y a cargo de una jubilada con ingresos mínimos, sin contar con algún beneficio adicional para hacer frente a su cotidiano devenir. Al estar en jaque el derecho a la salud, derivación del derecho a la vida, es la propia protección legal imperante la que imprime el carácter de excepcionalidad de la vía.

Es la normativa aplicable al caso (Constitución Nacional; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto internacional sobre derechos Económicos Sociales y Cultu-

8 Conforme considerando n° 2 del fallo analizado

rales, Convención Americana de Derechos Humanos)⁹ la que inclusive obstaría la necesidad de demostrar una vía alternativa a la acción, dado el amparo constitucional que debe guiar la habilitación de esta instancia.

Sucede que se encuentra en juego el estado físico y psíquico de una persona por lo que, la exigencia de agotamiento de vías previas o la demostración de mecanismos alternativos dilataría innecesariamente el disfrute de sus derechos constitucionales. Es de reflexionar al respecto que como buen intérprete de los derechos y garantías, el máximo Tribunal de la Provincia de Salta consideró la interpretación amplia de la medida incoada. En este sentido refirió – citando doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, órgano máximo de custodia de derechos- que ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz la plena vigencia y protección del derecho a la salud, “procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia”.¹⁰

Es dable apreciar en esta instancia que no debemos olvidar que la recepción constitucional de esta vía es un mecanismo que impide que la vigencia de los derechos consagrados queden en una mera expresión de deseos o consagración puramente formal.

La jurisprudencia de la CSJN es unánime en afirmar que resulta adecuado el mecanismo de la acción de amparo ante un menoscabo del derecho referido. Ello por cuanto “atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor formal pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional...”¹¹

Tal y como lo sostuvo oportunamente la CSJN en una causa sentenciada en 2007¹² corresponde a los magistrados “habilitar las vías de amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que pueden obstar su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. (...) Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias y quien solicita tal protección judicial debe acreditar la inoperancia de las vías procesales ordinarias para reparar el perjuicio invocado, su exclusión por la existencia

9 Es dable reconocer en este punto que el cambio paradigmático respecto al derecho a la salud surge con la reforma constitucional del año 1994, que recepta e incorpora los tratados internacionales, imprimiendo suprema jerarquía aquellos cuya materia verse en derechos humanos, conforme el art. 75 inc 22. En este punto es imperioso recordar lo preceptuado por la Declaración Universal de derechos humanos: “Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” “Art. 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” “Art. 25 inc 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y culturales Art. 12 inc 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Asimismo la Convención Americana de Derechos Humanos “Artículo 5. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”

Asimismo, no debe obviarse que el derecho a la salud receptado por el bloque de constitucionalidad federal (art. 31 y 75 inc22), emerge como derecho no enumerado conforme el art. 33 y se proyecta, dentro del capítulo de los nuevos derechos y garantías, en los arts. 41 con relación al ambiente y en el 42 en materia de derecho de consumidores y usuarios donde se menciona la defensa de la salud. También debe mencionarse el inc. 23 del art. 75 que en lo atinente a las medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y por los tratados internacionales.

10 Conforme considerando nº 4 del fallo analizado.

11 PALACIO DE CAEIRO Silvia B. (2011) *Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Págs. 219-220

12 “María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial” donde el TSJ de la Provincia de Entre Ríos revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de amparo promovida por el Instituto de Obra Social de la provincia y dicho Estado local, con el fin de obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de la salud de una persona discapacitada, en cuanto consideró que la pretensión de la actora coincidía con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibles por el tribunal, pues la demandante, a la sazón, se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa. Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario que motivó la queja. La CSJN, por mayoría, dejó sin efecto el fallo apelado. Citado en Palacio de Caeiro Silvia B. (2011) *Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág.220

de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias¹³

III. La negativa economicista de la obra social.

La importancia del derecho que estamos analizando puede ser apreciado desde una perspectiva constitucional y desde una visión de humanidad que, trascendiendo las naciones y peculiaridades les atañe a las personas por su condición de tal.

Ahora bien, este valorpreciado se encuentra impregnado por una lógica economicista. Ciertoes que la salud es un derecho inalienable, indivisible y que se localiza fuera del comercio; innegable también es que la cobertura de sus vicisitudes se movilizan en base a un criterio de demandas ilimitadas y recursos limitados. En este diálogo entre ambas naturalezas se focalizan las pretensiones de los particulares y una tendencia negativa a afiliary/o a cubrir.

En el caso que nos ocupa es apreciable como campea la lógica de la denegación por parte del Instituto Provincial de Salud de Salta con fundamentos que hacen foco en la mercantilización de la salud¹⁴ puesto que, bajo la suposición hipotética de una plausible afectación económica (y sin demostrar en el caso concreto como realmente serían afectadas sus finanzas) rechaza la previsión legislativa que lo regula, refuta la manda del tribunal de grado y recurre a una instancia superior agraviándose en situaciones de las que no demuestra sustento fáctico. Solo expone que “la sentencia impugnada afecta el principio de solidaridad contributiva que sostiene el régimen de los aportes forzados, el que exige además una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas¹⁵”

Es claro que en virtud de la solidaridad se colabora mutuamente en aras de satisfacer necesidades comunes. En el caso de las obras sociales, consiste en participar en la formación del patrimonio para la cobertura de las contingencias, sin esperar una compensación por ese aporte, como también en algunos casos sin recibir ningún beneficio¹⁶. Es claro también que para que el sistema funcione apropiadamente se necesita un adecuado gobierno y el debido resguardo del capital común; ahora bien no puede legitimarse un desamparo bajo un falso argumento preventivo, con un potencial peligro no justificado.

Resulta ilustrativo recordar que el régimen de obras sociales surge legislativamente en nuestro país como parte de reconocer una realidad previa: organizaciones (sindicatos, mutuales o cooperativas) que daban servicio de salud mediante el aporte de sus afiliados. Luego por la ampliación de la estructura estatal, que empleó a un número importante de individuos se instauraron las obras sociales estatales. Asimismo se instituyó un organismo específico de contralor. Una de sus cuestiones fundamentales fue la intro-

13 Ibid.

14 Pareciera que el impuso de actuación responde a una lógica de mercado de naturaleza excluyente, donde impera la relación costo/beneficio por sobre la consideración de derechos. En este sentido, de un breve recorrido por los diarios locales, la información estadística resultante manifiesta el exponencial crecimiento de demandas que se han visto judicializadas en el último tiempo contra el Instituto Provincial de Salud de Salta ante la negativa efectuada. Los datos publicitados refieren a más de un centenar de reclamos en los tres años inmediatos anteriores. Asimismo se manifiesta que la mencionada Obra Social cuenta con mayor cantidad de afiliados de la provincia; mas de 200 mil. (fuente: <https://www.eltribuno.com/salta/nota/2018-4-23-0-0-0-pacientes-iniciaron-169-amparos-contra-el-ips-en-los-ultimos-tres-anos>; <https://www.eltribuno.com/salta/nota/2016-6-24-1-30-0-lleven-amparos-contra-obras-sociales-y-demandas-a-medicos>)

15 Conforme considerando n° 1 del fallo bajo reseña.

16 Thomson Reuters 26 junio, 2014 “Doctrina Clásica: El derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social. Con una mentalidad de cambio” en En Artículos de Opinión. Disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2014/06/doctrina-clasica-el-derecho-del-trabajo-y-el-derecho-de-la-seguridad-social-con-una-mentalidad-de-cambio-2/>

ducción por ley del aporte obligatorio.¹⁷ El sistema referido -con sus transiciones a lo largo del tiempo- se proyecta sobre la base de agrupamiento de individuos que buscan la previsión -compulsiva en este supuesto- frente al riesgo de la enfermedad. Se caracteriza por descuento obligatorio de aportes y porque el costo de la previsión se divide en todo el grupo¹⁸. Ahora bien su finalidad precisa consiste en brindar servicios de salud y sociales a los afiliados. Por ello, conforme lo estipuló la Corte Suprema de Justicia de la Nación “si bien la actividad que asumen presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad, e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial”¹⁹. En este punto no podemos sino remarcar la arbitrariedad en la que incurre el Instituto Provincial de Salud de Salta en el caso, en perjuicio de la Stra. L.E.J.G (hija de la actora) al indicar e, insistimos, sin acreditar que su afiliación como beneficiaria perturbaría el cumplimiento de las prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios, lo que inclusive deja entrever la clara lógica economicista que los motiva. Empero, con buen tino, el máximo Tribunal envió un mensaje clarificador y paradigmático: *“el ejercicio de un derecho constitucional reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada; de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (...) lo expuesto (...) no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos (...) pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud de ciudadano por sobre consideraciones de mercado”*²⁰

Conclusiones:

Luego del breve recorrido efectuado, llegado a la instancia de las consideraciones finales y tras una valoración de lo resuelto en el caso “G. de J., R c Instituto Provincial de Salud de Salta s/amparo - recurso de apelación” resulta propicio subrayar el acierto de los sentenciantes, pues tanto el Tribunal de grado como el Superior en un entendimiento a todas luces imbuido por la valía de la salud en cuanto derecho humano no dudaron en brindar la protección adecuada. Focalizando en la naturaleza de lo pretendido remarcaron el innecesario rigorismo formal que acompaña el remedio procesal y dejaron claramente establecido que la balanza se inclina a favor del resguardo frente a manifestaciones económicas infundadas, es decir que la salud triunfa frente a meras consideraciones utilitarias, puesto que: “el derecho no se puede desentender de la salud: porque es lo más suyo de cada ser, que le debe reconocer y proveer de ella frente a las carencias, así como restituirla cuando es menoscabada; porque es el bien más preciado, el valor supremo, que integra el valor humanidad; porque hace a la seguridad, a la tranquilidad y a la paz social; así como a la calidad de vida de una comunidad”²¹

17 ITURRASPE Jorge Moiseet- LORENZETTI Ricardo L. (1991) “Contratos médicos” Ediciones La Rocca - bs. As. Argentina . pág. 27

18 LORENZETTI, Ricardo Luis (1998) “la empresa Médica” Edit. Rubinzal -Culzoni - Buenos Aires pág.34

19 “V., W. J. c/ Obra social de Empleados de comercio y Actividades Civiles” fallado el 2 de diciembre de 2004 donde la CSJN hizo lugar al recurso extraordinario deducido por el accionante y revocó por arbitraria la decisión que había rechazado el reclamo formulado contra una Obra Social, dirigida a obtener una cobertura médico asistencial en condiciones de adherente voluntario por quien padece el virus del HIV- SIDA. Citado en PALACIO DE CAEIRO Silvia B. (2011) *Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - 1ª ed.*- Buenos Aires: La Ley, 2011. Págs. 219-220

20 Conforme considerando nº 6 ; el resultado me pertenece.

21 ITURRASPE Jorge Moiseet- LORENZETTI Ricardo L. (1991) “Contratos médicos” Ediciones La Rocca - bs. As. Argentina . pág. 41