

Corte de Justicia de la Provincia de Salta

Causa: M., P. M.; M. A., M. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) s/ amparo - recurso de apelación

Salta, diciembre 15 de 2017

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 554 el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 539/550 vta. que hizo lugar a la acción de amparo, condenando al impugnante a brindar de manera total e inmediata la cobertura al 100 % de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación (fonoaudiología, fisio-kinesioterapia, neuropsicología, psicomotricidad, psicopedagogía e hidroterapia), así como las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y medicación que su diagnóstico requiera, y el reintegro de las sumas y de los gastos realizados por el amparista, en un plazo de 10 días, bajo apercibimiento de aplicar intereses a la tasa anual del 36 %, y desestimó el pedido de cobertura de toda prestación médica, farmacológica o asistencial futura formulado genéricamente en la demanda.

EL DERECHO A LA SALUD DEL MENOR CON DISCAPACIDAD

THE RIGHT TO HEALTH OF THE CHILD WITH DISABILITIES

FRANCO JAVIER DE GRANDIS¹

RESUMEN

En el presente trabajo se comenta un fallo de la Corte de Justicia de Salta, en el cual se analiza el alcance de las obligaciones que pesan sobre las obras sociales, en relación a la cobertura médica que debe ser brindada a un menor con discapacidad. Además, se hace un análisis sobre cuál es la vía por la que se garantiza la efectiva protección del derecho a la salud en situaciones como la analizada.

ABSTRACT

This paper is based on a judicial decision of the Salta Court of Justice, which analyzes the scope of the obligations of the medical insurance organizations in relation with the medical coverage that must be provided to a child with disabilities. It also includes an analysis of which is the most suitable way to achieve the effective protection of the right to health on this sort of situations.

Palabras claves: Derecho a la Salud; niño con discapacidad; amparo; cobertura médica; obras sociales

Key Words: Right to Health; child with disabilities; protection; medical coverage; medical insurance

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Ex becario del Programa de Intercambio del Centro de Estudios de América Latina de la Universidad Autónoma de Madrid. Ex becario del Programa de Fortalecimiento de la Función Pública en América Latina de la Fundación Botín (España). Ex becario del Programa Friends of Fulbright. Correo electrónico: francojgrandis1@gmail.com

Para así resolver el “a quo” concibió que la vía del amparo se encontraba habilitada para canalizar la pretensión de autos, en tanto está dirigida a resguardar el derecho a la salud de un niño con discapacidad. Concretamente consideró que en materia de discapacidad y cobertura médica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que es obligación estatal garantizar con acciones positivas su efectivo acceso. Agregó que en el caso de las personas con discapacidad tal cobertura tiende a facilitar el mayor nivel de integración social. Cita instrumentos internacionales de protección de la infancia y de las personas con discapacidad, entre otros. En el orden provincial, fundó su decisión en las prescripciones contenidas en la Ley 7039 de Protección de la Niñez y la Adolescencia, en la Ley 7127 de creación del instituto demandado y en su decreto reglamentario (Decreto N° 3402/1997). Admitida la procedencia del amparo, el “a quo” analizó que la diferencia entre los valores reconocidos por el I.P.S.S. conforme su nomenclador y los que fijan por idénticas prestaciones las autoridades nacionales, podría llegar a superar el sueldo que percibe el actor, obligándolo a afrontar préstamos para cubrirla, lo que implicaría una inadmisibles vulneración de los derechos comprometidos. No obstante, el sentenciante no acogió la pretensión relativa a la cobertura integral del 100 % de toda prestación médica, farmacológica o asistencial futura que la patología del menor amerite según los profesionales tratantes, en atención a que ello supondría soslayar una instancia ineludible de control por parte de la demandada, cual es la presentación ante el I.P.S.S. de los pedidos médicos y de cobertura de las prácticas, medicamentos o cualquier otra prestación. Finalmente, en relación con el pedido de reintegro de las diferencias reclamadas, el “a quo” fundó su admisión en jurisprudencia de esta Corte.

Al expresar agravios a fs. 557/561 el apelante aduce que la sentencia impugnada adolece de la debida imparcialidad. Puntualmente sostiene que en autos no se ha demostrado que haya sido vulnerado derecho alguno del hijo del amparista, que en cambio si fue acreditada la falta de urgencia, requisito que debiera haber sido pon-

Introducción

La Corte de Justicia de la Provincia de Salta rechazó el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) y confirmó la sentencia que condenó al impugnante a brindar de manera total e inmediata la cobertura al 100% de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación, así como las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y la medicación que el diagnóstico del amparista requiera, junto con el reintegro de las sumas y los gastos ya realizados por el accionante.

I. El reconocimiento del Derecho a la Salud y su alcance.

El reconocimiento del derecho a la salud posee raigambre constitucional y convencional. Históricamente, tal reconocimiento estaba comprendido dentro de los derechos implícitos protegidos por el art. 33 de la Constitución Nacional, y no existía ninguna normativa de jerarquía constitucional que protegiera explícitamente el derecho a la salud. Sin embargo, la situación ha variado desde que tuvo lugar la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 explicitó el reconocimiento del derecho a la salud a través de los Tratados Internacionales dotados de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN. Entre ellos, el art. 12.1 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 12 y 14 de la Convención para la eliminación de todas las formas contra la discriminación contra la mujer; el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con

derado a efectos de evaluar la procedencia del amparo, ello en tanto la demanda fue presentada el 04/11/2016 y la sentencia fue dictada recién con fecha 21/02/2017. También se agravia porque no existe ningún peligro en la salvaguarda de derechos constitucionales, ni arbitrariedad e ilegalidad imputables a su obrar. Afirma que el derecho a la salud como cualquier derecho no puede ser interpretado en términos absolutos. En ese sentido, agrega que el derecho a la salud debe analizarse en estrecho contacto con la realidad del caso concreto, en el que —dice— se reconoce la cobertura demandada conforme valores vigentes según el nomenclador provincial, y que por tanto si se apartase de ellos iría en detrimento del mismo derecho que le asiste al resto de los afiliados. En otro orden plantea que la sentencia confunde al Estado provincial con el instituto demandado y desconoce que éste último no integra el Sistema Nacional del Seguro de Salud ni reviste la calidad de agente del seguro de salud de acuerdo con las previsiones de las Leyes Nacionales 23.660, 23.661, 24.455 y sus respectivos decretos reglamentarios. Por último, se agravia por la condena a pagar los reintegros peticionados en la demanda.

A fs. 577/580 vta. el amparista contesta agravios solicitando se rechace en todos sus términos el recurso incoado, con costas, por los motivos que allí expresa.

A fs. 598/599 vta. y 602/605 se incorporan, respectivamente, los dictámenes de la Sra. Asesora General de Incapaces y del Sr. Fiscal ante la Corte N° 1, ambos coincidentes en que corresponde rechazar el recurso de apelación en análisis.

A fs. 606 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

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

Discapacidad²; el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; como así también es necesario mencionar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³, que en su art. 10 reconoce el derecho a la salud, y en su inc. 1 reza “*Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.*”

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “*el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida*” (CSJN, Fallos: 329:4918)⁴; como así también ratificó su postura al manifestar que “*con relación al derecho a la salud, el Tribunal tiene dicho que está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (CSJN, Fallos: 338:1110)⁵.

2 Cuya jerarquía constitucional fue otorgada por Ley 27044.

3 Aprobado por nuestro país por Ley 24658

4 CSJN, “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, sentencia del 7 de noviembre de 2006, Fallos: 329:4918, disponible en: www.csjn.gov.ar

5 CSJN, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.”, sentencia del 27 de octubre de 2015, Fallos: 338:1110, disponible en www.csjn.gov.ar

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 (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315, 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 transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

3°) Que en autos no se ha cuestionado la existencia de la discapacidad del menor de edad hijo del actor, su condición de beneficiario de la obra social, ni el acceso a una atención especializada adecuada a su discapacidad, según prescripción de los profesionales tratantes, como consecuencia de la cual su evolución es favorable, en miras a lograr una mayor calidad de vida e inclusión social en los términos en que las normas del más alto rango se lo aseguran.

.....

En la misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al manifestar que *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”*⁶, por lo que lograr su completa y efectiva protección es un requisito *sine qua non* para alcanzar un sistema que respete las obligaciones asumidas por los Estados en los diversos tratados internacionales de derechos humanos que han suscripto.

Sin embargo, su protección implica establecer un sistema integral, que trascienda más allá de la tradicional identificación de salud como “salud física”. En relación a la concepción integral del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que *“el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos (...), en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.”*⁷ Por su parte, -y en virtud del lugar de procedencia del fallo bajo análisis- es importante destacar que la Constitución de la Provincia de Salta, reconoce expresamente el derecho a la salud al establecer en su art. 41:

“La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades.”

6 Observación general N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)”, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), apartado 1

7 Observación general N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)”, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), apartado 3

Lo que el I.P.S.S. discute es el monto que debe cubrir por la cobertura de las prestaciones que demanda el hijo del amparista en función de su discapacidad (síndrome de down o trisomía 21) o, en otras palabras, cuál es el nomenclador que debe aplicarse.

Así definido el objeto, mal puede sostenerse que en el caso no exista la urgencia que exige la vía intentada, a más de hallarse comprometidos derechos cuya satisfacción integral resulta impostergradable.

4°) 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.).

En el mencionado Pacto, los Estados Partes 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. Esto significa un esfuerzo constante que aquél asume y que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida.

Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquélla, que dimana de normas de la más alta jerarquía (cfr. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 de la C.N.; 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).

II. El amparo como vía procesal

La vía procesal del amparo reconocida jurisprudencialmente en los renombrados casos “Siri”⁸ y “Kot”⁹ y consagrada legislativamente mediante Ley 16986, obtuvo su reconocimiento constitucional en el año 1994, con un mayor campo de aplicación. Así, el artículo 43 de la Constitución Nacional establece en su primer párrafo:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

Sin embargo, la Constitución de la Provincia de Salta avanzó aún más, al establecer en su artículo 87 una explícita mención de la procedencia de esta acción ante supuestos en los que la prestación servicio de salud no se realice sin que exista justificación alguna:

“La acción de amparo procede frente a cualquier decisión, acto u omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto en el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la amenaza o del efecto consumado (...)

(...) La no prestación injustificada por parte del Estado de los servicios educativos, de salud y de otros esenciales da lugar a esta acción.”

8 CSJN, “Siri, Ángel s/interpone recurso de hábeas corpus”, sentencia del 27 de diciembre de 1957, Fallos: 239:459, disponible en: www.csjn.gov.ar

9 CSJN, “Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de habeas corpus”, sentencia del 27 de diciembre de 1957, Fallos: 241:291, disponible en: www.csjn.gov.ar

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.

5°) Que a su vez existen leyes específicas de protección ante la discapacidad del hijo del amparista: la Ley 24.901 denominada Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad, promulgada en diciembre de 1997 y la Ley provincial 7600 que adhiere al sistema de la ley nacional (sancionada en el año 2009).

Esta última norma, en el art. 2°, establece en forma expresa que el I.P.S.S. está obligado a brindar las prestaciones básicas de atención integral de acuerdo a un nomenclador especial que establezca con sus prestadores, respetando las prestaciones básicas determinadas según Ley 24.901.

Por su parte, dicha norma establece en su articulado un sistema de prestaciones básicas de atención integral a las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, a los fines de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. En su art. 2° prevé expresamente que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura “total” de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas. Así el art. 15 se refiere a las prestaciones de rehabilitación entendiendo por tales “aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social, a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquirido”. Añade el artículo —en un segundo párrafo— que: “En todos los casos se deberá brindar cobertura

Así, el amparo representa la vía procesal más importante por la que se han canalizado las acciones tendientes a la protección del derecho a la salud. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha manifestado que el *“El amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental y tiene por objeto una efectiva protección de derechos.”* Y que *“es imprescindible ejercer la vía del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud.”* (CSJN, Fallos: 326:4931, del voto de los Dres. Belluscio, Petracchi, Boggiano, Vázquez en remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación)¹⁰.

Sin embargo, esto no significa en manera alguna sostener que el amparo ha producido un reemplazo de las vías ordinarias previstas para la resolución de las controversias que se pudieran suscitar. En consecuencia, el amparista deberá demostrar -tal como lo establece la disposición constitucional- que no existe otro medio judicial más idóneo para atender a su solicitud, y en su caso, la necesidad de evitar el perjuicio inminente o lograr una efectiva reparación de los daños ya causados; ya que *“la acción de amparo constituye una vía excepcional que sólo procede en ausencia de otro medio adecuado o cuando la inminencia del daño haría ilusoria su reparación.”* (CSJN, Fallos: 274:13)¹¹

En el mismo sentido, la Corte de Justicia de Salta 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*

10 CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”, sentencia del 18 de diciembre de 2003, Fallos: 326:4931, disponible en: www.csjn.gov.ar

11 CSJN, “Blanco, Gervasio y otro c/ Capitanía del Puerto de Buenos Aires”, sentencia del 9 de junio de 1969, Fallos: 274:13, disponible en: www.csjn.gov.ar

integral en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que sea menester y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”.

Asimismo la ley nacional regula en los arts. 15 y 16 las prestaciones de rehabilitación y terapéuticas educativas, tendientes “al desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas... que tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance un nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social” y “a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia e incorporación a nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo”.

Tales normas deben ser interpretadas en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad así como de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

6°) Que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública, quien debe garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada “medicina pre-paga” (CSJN, Fallos: 321:1684; 323:1339).

Esa doctrina del Alto Tribunal Federal ha sido reiterada en un caso en el que se demandaba a la obra social de la Provincia de Buenos Aires —Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)—, en el que además ha recordado precedentes donde ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se

..... pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías” (Corte de Justicia de Salta, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315).

De esta manera, el objeto de una demanda de amparo, debe perseguir necesariamente la protección inmediata de derechos fundamentales receptados por la Carta Magna, siempre en la medida de que sea ante una transgresión que cause o pueda causar un daño que exige una solución urgente, so pena de causar un daño irreparable si no se actúa de esa manera.

En consecuencia, encontrándose el derecho a la salud comprendido en el elenco de derechos fundamentales receptados constitucionalmente y convencionalmente, el amparo representa una vía apropiada para perseguir la protección del mismo, en tanto la situación exija la mayor celeridad posible, ya que “*la no admisibilidad del amparo por meros requisitos formalistas e inconducentes implica un claro retroceso en pos de la efectiva reparación de ese daño que se está produciendo, lo que conlleva a que en la práctica la garantía consagrada por las normas constitucionales y supranacionales termine siendo algo ficticio*”.¹²

III. Consideraciones sobre la decisión

La Corte Suprema de Justicia de Salta, en forma unánime, consideró que debía rechazarse el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S); obligando de esta manera a la demandada a brindar inmediata cobertura del 100% de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación, como así también las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y medicación que el diagnóstico requiera, con el consecuente reintegro de los gastos ya realizados por

12 DUIZEIDE, Santiago G., “¿La inconstitucionalidad del derecho a la salud?”, DFyP 2015 (octubre), 180, AR/DOC/3177/2015

proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, sosteniendo que, de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos: 331:2135). 7º) Que en las Observaciones Finales al informe inicial de Argentina, aprobadas durante la 91ª sesión, celebrada el 27/09/2012, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observó con preocupación el hecho de que no toda la legislación provincial argentina esté armonizada con la Convención, circunstancia que genera disparidades en la forma en la que a nivel local se entienden los derechos de las personas con discapacidad y su concreta implementación. En virtud de tal observación, el Comité instó a nuestro país a tomar las medidas necesarias para armonizar toda su normativa federal, provincial y local con los preceptos de aquélla, en un marco que asegure la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el art. 4, inc. 3, de dicho instrumento. En esa línea, esta Corte sostuvo que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las Leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (cfr. Tomo 144:089, entre muchos otros).

Así debe desestimarse el agravio que imputa un error de encuadramiento normativo a la sentencia apelada.

8º) Que asimismo, en ese marco jurídico, que a su vez debe ser leído teniendo como horizonte el mejor interés del menor de edad (cfr. art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño), no puede tener acogida favorable el agravio relativo a una supuesta desacertada aplicación judicial del nomenclador nacional, por cuanto no resulta ajeno a la jurisdicción local, como pretende el demandado.

En ese sentido, el accionar del Instituto, en tanto pretende regirse por un nomenclador local que se aleja de

parte del amparista; con base en las siguientes líneas argumentales.

En primer lugar, coincidió con el *“a quo”* en que el amparo representa la vía procesal para resguardar el derecho a la Salud de un niño con discapacidad, en virtud de que el objeto de la demanda se corresponde el deber impuesto al Estado de realizar acciones positivas para garantizar su resguardo y efectivo acceso a la cobertura médica, dado que *“a diferencia de los derechos civiles -que imponen un “no hacer”, “no interferir”- los derechos sociales prestacionales exigen un dar o hacer. Tienen en mira propender hacia alguna forma de equilibrio o igualdad, procurando corregir las desigualdades de hecho a través de un régimen diferenciado”*¹³

En segundo lugar, el Tribunal realiza un análisis integral de toda la normativa aplicable al caso, haciendo expresa remisión a disposiciones de orden internacional, nacional y provincial. Esta aplicación sistémica de la normativa vigente, le permite al Tribunal acudir a las disposiciones de la Leyes Provinciales 7039 de Protección de la Niñez y la Adolescencia y la Ley 7600 por la cual la Provincia de Salta adhiere al Sistema de Prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad previsto por la ley 24901. Desde el punto de vista normativo nacional, el tribunal acude a las disposiciones de las leyes 23.660, 23661 y 24901, para ratificar su postura de que que la no adhesión de la demandada al sistema previsto por la normativa nacional, no implica en modo alguno que le sea ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad, coincidentemente con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos *“Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. Direc. Gral. Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”*¹⁴. A mayor

13 SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., “Principios Constitucionales del Amparo Administrativo”, Abeledo Perrot, 2003, pág. 128

14 CSJN, “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. Direc. Gral. Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, sentencia del 8 de junio de 2004, Fallos: 327:2127, disponible en: www.csjn.gov.ar

los montos dispuestos por la legislación vigente, resulta ilegítimo y arbitrario. Y no ha logrado probar en estos autos que su obligación de garantizarlos tenga consecuencias tan negativas que sean capaces de poner en crisis su solvencia económica, en detrimento de iguales derechos que pudieran asistirles al resto de sus afiliados.

Sobre este punto cabe recordar que esta Corte tiene dicho que no basta con una simple afirmación relativa a la eventual afectación del principio de solidaridad, sino 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 (cfr. Tomo 174:451, entre otros).

Por lo demás cabe señalar que si bien la legislación provincial habilita la confirmación de un nomenclador especial que el demandado establezca con sus prestadores, su aplicación no puede ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados; ello es así, sin perjuicio de los derechos que, en orden al nomenclador pactado con sus efectores y a las condiciones establecidas convencionalmente, pueda tener la obra social frente a éstos.

9º) Que el agravio referente a los reintegros dispuestos en la sentencia tampoco puede prosperar.

Si bien, en principio, el reintegro de gastos solicitado por la vía del amparo no resulta procedente cuando la cuestión se limita a un asunto meramente patrimonial y está ausente la urgencia que es propia de este proceso especial, esta Corte ha hecho lugar a pedidos en ese sentido cuando se ordena la cobertura de un problema de salud y el reintegro de gastos resulta ser la consecuencia de la modalidad de aquélla, razón por la cual el reconocimiento guarda relación directa e inmediata con la protección de la salud del amparado (cfr. Tomo 138:15; 182:323, entre otros).

El apelante no ha demostrado error o desacierto en la sentencia pues el “a quo” ha analizado y aplicado correctamente la normativa que rige el caso para concluir que asiste al actor el derecho a obtener la restitución

abundamiento, cabe destacar que el art. 2º de la ley 7600¹⁵ prescribe que el Instituto Provincial de Salud de Salta está obligado a brindar las prestaciones básicas de atención integral de acuerdo a un nomenclador especial que establezca con sus prestadores, respetando las prestaciones básicas determinadas según ley 24901, el que deberá ser confeccionado en un plazo de noventa (90) días. A su vez, el art. 1º de la ley 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando tanto acciones de prevención, asistencia, promoción como de protección para las personas con discapacidad, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Al mismo tiempo, en virtud de su art. 2º -que establece su ámbito de aplicación- todas las obras sociales, tienen a su cargo con carácter obligatorio, *la cobertura total de las prestaciones básicas*¹⁶ que necesiten las personas afiliadas con discapacidad. Dentro de las prestaciones comprendidas, se encuentran las prestaciones preventivas (art. 14), de rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (art. 16), educativas (art. 17), como así también las prestaciones asistenciales (art. 18).

Es imprescindible destacar que toda la lectura e interpretación de la normativa anteriormente citada, es realizada por la Corte en el marco de los parámetros establecidos por Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁷ y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁸. Pero es aún más remarcable la importancia dada por el tribunal al hecho de que todo el análisis fáctico gira en torno a la protección del derecho a la salud de un menor, y es por ello, que la Corte expresa con claridad que todo

15 Mediante la cual la Provincia de Salta instituye el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las personas con discapacidad, adhiriendo al sistema establecido por Ley 24901.

16 El resaltado me pertenece

17 Aprobada por nuestro país por Ley 26378.

18 Aprobada por nuestro país por Ley 25280.

reclamada. En relación con ello, debe tenerse presente que el reclamo tiene por fin inmediato la preservación de la salud y el derecho a una vida con inclusión social plena del niño con discapacidad, hijo del amparista, y que la cuestión referida a la restitución de los importes de los gastos fue planteada como una pretensión accesoria al mencionado objeto principal, que sobradamente justificaba la pertinencia de la vía. En tal sentido, el recurrente no logra refutar los argumentos sobre los cuales se construye el fallo atacado, limitándose el memorial a esbozar objeciones generales, insuficientes para desvirtuarlo.

En ese contexto, obligar al actor a intentar un proceso ordinario para cobrar la suma reclamada implicaría un exceso ritual manifiesto.

10) Que por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 67 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Por ello, la Corte de Justicia, resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación de fs. 554 y, en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 539/550 vta. Con costas. II. Mandar que se registre y notifique. — Guillermo A. Catalano. — Ernesto R. Samsón. — Sergio F. Vittar. — Guillermo A. Posadas. — Abel Cornejo. — Susana G. Kauffman. — Sandra Bonari.

.....

el marco jurídico *“debe ser leído teniendo como horizonte el mejor interés del menor de edad”*¹⁹, conforme las disposiciones del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional en virtud del Art. 75 inc. 22 CN)

Además, la Corte -con mucho acierto- insiste en que *“no basta una simple afirmación relativa a la eventual afectación del principio de solidaridad, sino 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”*²⁰. Así, *“la tensión entre la obligación constitucional del Estado de proveer servicios médicos adecuados y la necesidad de contar con recursos económicos para prestarlos, debe resolverse en favor de la primera. Es decir, que el Estado no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras”*²¹

Es importante recordar que en el caso bajo análisis se encuentra comprometido el derecho de un menor a la protección integral de la salud y, por consiguiente a una adecuada calidad de vida, derecho que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos de gobierno, pues el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño expresamente dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, debe atenderse en forma primordial al interés superior del menor.

Conclusiones

La sentencia analizada realiza un gran aporte a la jurisprudencia en materia de protección del derecho a la salud. En primer lugar, ratifica la obligación que pesa sobre las obras sociales de otorgar cobertura integral de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación, así como las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y medicación que sean necesarias en un caso de discapacidad,

¹⁹ Cfr. Considerando 8º

²⁰ Idem.

²¹ CAPUTI, María Claudia, “La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales”, LA LEY 2005-B, 1460, AR/DOC/587/2005

en miras a lograr una mayor calidad de vida e inclusión social en los términos en que las normas del más alto rango se lo reconocen.

Además, la Corte establece con claridad que negar el otorgamiento de la correspondiente cobertura sin probar suficientemente que las consecuencias negativas puedan poner su solvencia económica en crisis, constituye un obrar ilegítimo y arbitrario por parte de las obras sociales.

En relación al reintegro de gastos, la Corte entiende que si bien no es procedente su reclamo por vía de amparo, si corresponde hacer lugar a dicha pretensión, cuando el reintegro de gastos resulta ser una consecuencia de una cobertura de un problema de salud reclamado por vía de la acción de amparo, dado que -en ese marco- tiene relación directa e inmediata con la protección de la salud del amparado.

En el decisorio bajo análisis, la Corte de Justicia de Salta, nos deja un análisis integral de la normativa aplicable para aquellos casos en los que se encuentran involucrados menores con discapacidad, de cuáles son las obligaciones que pesan sobre las obras sociales y cuál es la vía idónea para reclamarlo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPUTI, María Claudia, “La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales”, LA LEY 2005-B, 1460, AR/DOC/587/2005
- LL, Suplemento de Derecho Administrativo, 19 de abril de 2005.
- DUIZEIDE, Santiago G., “¿La inconstitucionalidad del derecho a la salud?, DFyP 2015 (octubre), 180, AR/DOC/3177/2015
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., “Principios Constitucionales del Amparo Administrativo”, Abeledo Perrot, 2003, pág. 128

