

## Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

Causa: : M., V. C/ Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) – Amparo (Ley 4915) – Recurso de Apelación

Córdoba, 17 de octubre de 2017

SENTENCIA NUMERO: 3.

Vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia, Doctores Aída Lucía Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Sebastián Cruz López Peña y Silvia B. Palacio de Caeiro, bajo la presidencia de la primera, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados “M., V. C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGURO DE LA SALUD (APROSS) - AMPARO (LEY 4915) - RECURSO DE APELACIÓN” (expte. SAC n° xxxxx), con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, procediéndose a fijar las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, LUIS ENRIQUE RUBIO, M. DE LAS MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA Y SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON:

---

## DERECHO A LA SALUD DE ANCIANOS Y DISCAPACITADOS Y CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS EN MATERIA DE SALUD

RIGHT TO HEALTH OF OLD AGE AND DISABILITY AND INTERPRETATION CRITERIA OF FACTS IN HEALTH MATTER

---

MICAELA ROCÍO PASSETTI <sup>1</sup>

---

### RESUMEN

El presente artículo analiza la resolución del Tribunal Superior de Justicia de un recurso de apelación contra el dictamen de la Cámara Contencioso Administrativa que no hace lugar a una acción de amparo. La sentencia objeto de análisis nos expone claramente la naturaleza del razonamiento jurídico y el alcance del Derecho a la Salud de discapacitados y ancianos, como así también, el criterio de interpretación de los hechos en materia de salud y su relevancia innegable para arribar a lo justo judicial

### ABSTRACT

This article analyzes a resolution of the Superior Court of Justice. The resolution clearly exposes the nature of the legal reasoning and the scope of the Right to Health, as well as the interpretation criteria of facts in health matter and its undeniable relevance to arrive at fair judicial decisions.

---

<sup>1</sup> Alumna avanzada de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ha sido becaria de grado en la Universidad Autónoma de Madrid en el Curso Académico 2017/18; y becaria en la Pontificia Universidad Javeriana de Cali en el marco del Programa de Movilidad ODS y Ciudadanía Global. Correo electrónico: passettimicaela@gmail.com.

1. Los representantes de la parte actora interpusieron recurso de apelación (fs. 125/129) en contra de la Sentencia número Setenta y ocho dictada con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de esta ciudad por la que se resolvió “1. *No hacer lugar a la presente acción de amparo interpuesta por la señora V. M. contra la Administración Provincial de Seguro de Salud (A.PRO.S.S.) con motivo de la denegación de la cobertura de un ‘concentrador de oxígeno portátil’.* 2. *Imponer las costas a la parte actora atento no encontrar razones que aconsejen apartarse del principio objetivo de la derrota...*” (fs. 118/124vta.).

Solicitan se haga lugar a la acción de amparo presentada por la actora y se ordene a la APROSS la cobertura del concentrador de oxígeno portátil tal como fue peticionado por ella.

Alegan que la resolución recurrida resulta violatoria del principio lógico de razón suficiente. Fundamentan tal extremo en la propia fórmula empleada por el *a quo* para justificar el rechazo de la pretensión en cuanto consignó “*Que la salud es definida como el estado general de bienestar físico, psíquico y social*”, sin considerar que el concentrador de oxígeno portátil pedido por lo actora ayudaría a brindarle mayor calidad de salud para su estado general de bienestar físico, psíquico y social.

Explican que el aparato provisto por la APROSS, esto es la mochila de oxígeno líquido, no violenta con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta su derecho a la salud, pero lo que su representada pretende es el reconocimiento de tal derecho en su calidad cotidiana, el que resulta lesionado al negarle la cobertura del concentrador de oxígeno medicamente indicado. Refieren que la actora se encuentra próxima a cumplir 76 años y, no obstante estar retirada de su vida laboral activa, lleva una vida socio-cultural intensa, pretende asistir a talleres de la tercera edad, a conciertos musicales, a museos, relacionarse con sus parientes mediante visitas, actividades éstas que se encuentran acotadas precisamente porque la mochila de oxígeno líquido no le lo permite.

.....

Palabras claves: Derecho a la salud; cobertura médica; discapacidad y ancianidad; criterio de interpretación; análisis particular.

Key Words: Right to Health; health insurance; disability and old age; interpretation criteria; particular analysis.

## I. Introducción al caso

La Administración Provincial de Seguro de Salud proveyó a la señora M.V. de una mochila de oxígeno líquido en razón de sus afecciones respiratorias. Con posterioridad y en reiteradas ocasiones, la señora M.V. solicitó a APROSS la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil, pero la Administración se negó. En consecuencia, los representantes de la señora M.V. interpusieron ante la Cámara Contencioso Administrativa de la Ciudad de Córdoba una acción de amparo en contra de la APROSS solicitando la cobertura del concentrador de oxígeno portátil. La Cámara Contencioso Administrativa resolvió con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete no hacer lugar a la acción de amparo atento no advertir ilegalidad o arbitrariedad visible por parte de APROSS toda vez que las denegatorias fueron fundadas en la reglamentación legal vigente y en la carencia de fundamentación médica suficiente para apartarse de ésta y brindar una cobertura distinta. Los representantes de la parte actora interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia en contra del dictamen del *a quo*. El Tribunal Superior de Justicia se expidió al respecto en la sentencia número 3 con fecha diecisiete de octubre de dos mil diecisiete haciendo lugar al recurso de apelación, admitiendo la acción de amparo interpuesta y ordenando la provisión del concentrador de oxígeno portátil. Tal resolución, dirimida en autos: “M., V. C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE

Afirman que en la actualidad la imagen de las personas con enfermedades respiratorias crónicas incapaces de desarrollar una vida activa ha llegado a su fin, y refieren que los concentradores portátiles de oxígeno incrementan las posibilidades de interrelación de los pacientes que lo utilizan con su entorno.

Describen que la mochila de oxígeno líquido provista por APROSS cubre las necesidades derivadas de la patología respiratoria de la señora M. pero no logra el estado general de bienestar físico, psíquico y social, toda vez que contribuye a agravar su patología de escoliosis en la columna debido a su gran peso y que para recargarla es necesario levantar la mochila y colgarla sobre el tubo de oxígeno grande.

Asimismo sostienen que la mochila de oxígeno líquido no favorece la independencia y auto valimiento de la actora ya que con su oxígeno sólo puede respirar aproximadamente dos horas, lo que limita e impide que realice cualquier tipo de actividad, con el consecuente pánico que si en ese tiempo no vuelve a su casa para cargar la mochila, se queda sin oxígeno.

Exponen que para su representada el desarrollo de actividades cotidianas -como sería ir al supermercados, al cine, al teatro, de vacaciones, visitar parientes- resulta imposible ya que, continuamente siente el pánico que le genera la posibilidad de demorar más de dos horas sin poder regresar a su casa.

Afirman que la situación descrita se revertiría si la demandada le brindara la cobertura de un concentrador portátil de oxígeno, ya que existen concentradores mucho más livianos que la mochila de oxígeno, aparte de tener más duración por la cantidad de oxígeno que proporciona y que admiten ser cargados con electricidad. Por lo expuesto, afirman que la sentencia recurrida viola el principio lógico de razón suficiente al negarle a la actora un estado general de bienestar en su derecho a la salud.

2. Por Auto interlocutorio número Ciento cincuenta y ocho de fecha tres de mayo de dos mil diecisiete, la Cámara actuante resuelve conceder el recurso de apelación, elevando los presentes a este Cuerpo (fs. 130 y vta.).

.....  
 SEGURO DE LA SALUD (APROSS) – AMPARO (LEY 4915) -RECURSO DE APELACIÓN”, constituyere el objeto de análisis del presente comentario.

## II. Aclaraciones de los hechos

Antes de ahondar sobre la sentencia, se cree pertinente esclarecer qué es una mochila de oxígeno líquido como así también un concentrador de oxígeno portátil. Ambos constituyen equipos de oxigenoterapia crónica domiciliaria (OCD), específicamente fuentes móviles de oxígeno proveídos a pacientes con diagnóstico de insuficiencia respiratoria. Una de las principales diferencias entre los instrumentos, y que conciernen al caso, es el patrón de movilidad que cada uno provee al paciente en razón de su modo de funcionamiento. En el artículo titulado: “Perfiles de movilidad de los pacientes con oxigenoterapia crónica domiciliaria” Díaz Lobato s. y Mayoralas Alises S. especifican:

“La movilidad del paciente que recibe OCD mediante un sistema de O<sub>2</sub> líquido depende de la autonomía de la mochila. Ésta se recarga de la nodriza, por lo que la autonomía del paciente queda limitada por la duración de la mochila. El patrón de movilidad podríamos representarlo (...) por un círculo en cuyo centro situaríamos el punto de recarga. El paciente puede aprovechar la mitad de la carga de O<sub>2</sub> para alejarse, reservando la otra mitad para volver al punto de recarga.”<sup>2</sup>

El cuanto los concentradores de oxígeno portátiles se describe:

“Los CPO dependen del suministro eléctrico. Su autonomía mediante baterías puede ser mayor o menor, pero siempre que haya un enchufe o bat-

2 DÍAZ LOBATO Salvador, MAYORALAS ALISES Sagrario (2012): “Perfiles de movilidad de los pacientes con oxigenoterapia crónica domiciliaria”, *Archivos de Bronconeumología*. Recuperado de: <https://www.archbronconeumol.org/es-perfiles-movilidad-los-pacientes-con-articulo-S0300289611003292#aff0010>

3. Recibidos éstos (fs. 133) se corre traslado a la parte contraria (decreto del 2 de junio de 2017, fs. 136). A fojas 139/145vta. la demandada solicita la deserción del recurso por falta de fundamentación, contesta agravios y solicita se rechace el recurso deducido, con imposición de costas.
4. A fojas 146 se corre vista al Ministerio Público Fiscal (decreto del 16 de junio de 2017), expidiéndose el señor Fiscal Adjunto mediante Dictamen n° E-441 presentado con fecha 22 de junio de 2017 (fs. 147/148), pronunciándose por el rechazo del recurso planteado.
5. Dictado el decreto de autos (fs. 149), y firme éste, se encuentra la causa en estado de ser resuelta.
6. LA APELACIÓN

El recurso de apelación ha sido deducido en tiempo oportuno, por quienes se encuentran procesalmente legitimados al efecto, lo cual habilita a este Tribunal a analizar si concurren los demás requisitos para su procedencia.

#### 7. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN OBJETO DE CENSURA

La Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación rechazó la acción de amparo presentada por la señora M. en cuanto procuraba obtener la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil que proporcione más de 4 litros/minuto de modo continuo y pulsado, que tenga un peso inferior al de la mochila de oxígeno líquido (Sentencia n° 78 del 27 de abril de 2017, fs. 118/124vta.).

Para así resolver consideró que no se encuentra en cuestión la eficiencia del equipamiento médico brindado por la demandada (mochila de oxígeno líquido) sino los efectos que supuestamente produce sobre la columna vertebral de la amparista, por otras dolencias que padece.

Circunscribe las afecciones invocadas por la actora a la dolencia respiratoria y a la derivada de su columna

erías de repuesto, el equipo funcionará y podremos volver a recargar baterías. El perfil de movilidad podríamos representarlo por una línea que uniría puntos de recarga (enchufes, baterías), por lo que podría pensarse que la autonomía es indefinida. De hecho, la movilidad con estos equipos viene condicionada únicamente por sus propias características técnicas”<sup>3</sup>

Debido a su peso los concentradores portátiles de oxígeno disponen de un carro de transporte con ruedas, así no las mochilas de oxígeno líquido. Entre las fuentes de oxígeno existen otras diferencias relevantes como el modo de suministro de oxígeno ya sea a flujo continuo en litros por minuto o mediante válvula a demanda; pero tales diferencias no conciernen, al menos en principio, en el análisis del caso.

### III. Análisis

#### 1. Resolución de la sentencia

En Tribunal Superior de Justicia se expide haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto, admitiendo la acción de amparo en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud, y en consecuencia, ordenando la provisión del concentrador de oxígeno portátil. El Tribunal Superior de Justicia advierte el carácter irrazonable de las negativas de la APROSS ante la solicitud de cobertura del concentrador de oxígeno portátil. Para llegar a tal conclusión se funda en los argumentos conclusivos expresados en el párrafo final del apartado “Análisis de la cuestión” del siguiente modo: “Entonces, contando con tales medios y estando probado el difícil cuadro de salud de la amparista de conformidad a los extremos analizados, luce irrazonable la negativa dada a ésta. Es que los principios fundantes del sistema de salud a los que debe someterse APROSS,

<sup>3</sup> DÍAZ LOBATO Salvador, MAYORALAS ALISES Sagrario (2012). *Op. Cit.*

vertebral, en tanto –puntualizó- las relacionadas con su vida social y personal no se muestran claramente como un problema de salud.

Al respecto precisó que la afectación al derecho a la salud que motiva la presente acción se centra en la incidencia que produce el equipo médico de uso diurno en las dolencias relativas a las columna vertebral, en tanto, lo atinente a su problema respiratorio parece íntegramente protegido con la cobertura brindada, respecto de la cual no existe conflicto de intereses entre las partes.

En relación a ello, señaló que se hubiera necesitado mayores elementos de prueba para acreditar fehacientemente los extremos necesarios para evaluar las posibles implicancias sobre la salud de la actora de cada uno de los equipos médicos en cuestión y su pertinencia respecto al fin terapéutico.

Fundamentó que la ilegalidad o arbitrariedad no se presentaron de modo visible ya que las denegatorias de la APROSS fueron fundadas en la reglamentación legal vigente y en la carencia de fundamentación médica suficiente para apartarse de aquella y brindar una cobertura distinta.

Ponderó las especiales circunstancias del caso a los fines de analizar si en autos existe el equilibrio entre el medio y el fin que permita evaluar la razonabilidad del actuar de la APROSS, y concluyó que las razones brindadas por la amparista –en cuanto no constituye un problema de salud grave- no tienen entidad suficiente para justificar que la APROSS exceda el marco de su regulación legal y atienda el pedido individual de la señora M..

#### 8. EL TEMA A DECIDIR

De conformidad a la reseña efectuada, el tema a decidir consiste en determinar si la demandada ha obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas al negar a la señora M. la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil, por considerar que no existe suficiente justificación médica que habilite tal provisión por fuera del menú prestacional de la APROSS.

.....

basados en la solidaridad y enraizados en un fuerte fin social, no pueden conducir a una respuesta diferente en este caso singular, sin que ello implique su generalización”.

Para un mejor análisis de la decisión del Tribunal es posible desglosar tal párrafo en las siguientes afirmaciones:

- 1- La APROSS cuenta con los medios para llevar a cabo la cobertura solicitada
- 2- Se encuentra debidamente probado el difícil cuadro de salud de la amparista
- 3- Los principios fundantes del sistema de salud a los que debe someterse la APROSS, basados en la solidaridad y enraizados en un fuerte fin social, no pueden conducir a una respuesta diferente en este caso singular, sin que ello implique su generalización.

La última afirmación constituye un argumento contrario sensu. Es decir, se deduce que si se resolvería de otra manera se obtendría una consecuencia opuesta a una premisa previamente sostenida como certera. Tal premisa, en el presente caso, es la necesidad de no incurrir en la generalización. Expresado de otro modo, el Tribunal Superior de Justicia advierte pertinente hacer un análisis particular de los supuestos fácticos. En consecuencia de tal análisis singular concluye que el cuadro de salud de la amparista está debidamente probado; y por lo tanto, en el carácter irrazonable de las negativas de APROSS.

Para comprender acabadamente lo sostenido en el párrafo anterior se expone a continuación la línea argumentativa sostenida en la sentencia y su relevancia en la resolución, como en elementos tan trascendentales como el alcance del Derecho a la Salud.

## 2. Razonamiento jurídico

En la sentencia analizada, el Tribunal Superior de Justicia cita a la Corte Suprema de Justicia y sostiene que en relación a la problemática debatida: “(...) la actividad jurisdiccional tiene un rol preponderante a los fines de lograr que el derecho ejerza su función

Por su parte, la crítica desarrollada en el escrito recursivo gira en torno a cuestionar la decisión de la Cámara en cuanto consideró que el equipo médico requerido por la actora sólo contribuiría a mejorar su calidad de vida y tal extremo “...no constituye manifiestamente un problema de salud grave que tenga entidad suficiente para que A.PRO.S.S. deba exceder el marco de su regulación legal y atender un pedido individual”.

#### 9. PROBLEMÁTICA SINGULAR EN LOS AMPAROS DE SALUD

En este contexto es preciso recordar que cualquier examen de un caso donde esté de por medio la salud, y con ella, el derecho a la vida de las personas, debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure, por cuanto, lo justo judicial es lo que acorde a derecho resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro<sup>1</sup>.

En materia de amparo, más que en ninguna otra, debe destacarse la importancia del caso concreto, de modo que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, las que pueden ser determinantes de una variada solución<sup>2</sup>.

De acuerdo a la documentación agregada en autos surge que la señora M., próxima a cumplir 76 años de edad (cfr. fs. 1), padece de escoliosis dorsal dextroconvexa con vértice en T10 y límites entre T5 y L1 con una angulación de 118 grados según el método de medición de Cobb; y de insuficiencia respiratoria crónica hipoxémica con hipertensión pulmonar asociada, presentando marcada disnea a la hora de realizar actividades; patologías

---

1 Cfr. Andruet, Armando S.; “Código de Ética Modelo para las Magistraturas Provinciales”, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n° 25 (enero-julio), Bs. As., 2000, Regla 304, p. 86.

2 Cfr. TSJ, Sala Civil y Comercial, “Conet”, Sentencia del 05/03/91.

preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de las personas con sufrimientos físicos y/o psíquicos”.

Las sentencias constituyen actos jurisdiccionales que dirimen conflictos en sede judicial. Tradicionalmente se definió al razonamiento judicial como un silogismo compuesto por una premisa mayor (la norma) y una premisa menor (Los hechos), en donde para derivar a la conclusión se analiza si el caso se encuadra en el supuesto fáctico contenido en la norma.

“(...) El legislador ha plasmado en la norma reglas destinadas a regir determinados “supuestos de hecho” que se dan en la realidad social, y para ello ha recurrido al lenguaje como medio de comunicarse con los destinatarios de esos preceptos (...) El lenguaje es un sistema de símbolos que sirve para transmitir las ideas; se recurre, pues, a una especie de “código” de señales, y el que desea conocer el mensaje debe “traducir” esas señales, atribuyéndoles sentido, con lo que ya está efectuando una tarea primaria de “interpretación” (...) Pero la función del intérprete en materia jurídica no se agota con la averiguación del sentido que tiene la norma, sino que debe también ahondar en los hechos del caso concreto, para establecer si concuerdan con el “supuesto de hecho” contemplado por la norma, única manera de determinar si es o no aplicable al caso.”<sup>4</sup>

Para derivar a una resolución judicial es necesario ahondar sobre el alcance de los elementos normativos que componen la ley y advertir si el caso queda comprendido en los mismos. En otras palabras, se deberá *interpretar* la norma e *interpretar* los hechos; procesos que de acuerdo a Recasens Siches no componen sino dos caras de una misma

---

4 MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1977) “Interpretación del derecho e interpretación de hechos. Reflexiones a raíz del “valorismo judicial”. *Comercio y Justicia*, Semanario Jurídico N° 12.

que le produce un cuadro de discapacidad debidamente acreditado mediante el certificado pertinente emitido por el Ministerio de Salud de la Provincia (cfr. fs. 58).

En tal contexto, corresponde ponderar también que la experiencia de la discapacidad es singular para cada individuo, no sólo porque la manifestación concreta de la enfermedad, desorden o lesión es única, sino porque esa condición de salud estará influida por una compleja combinación de factores (personales, emocionales, psicológicas, intelectuales, contexto social, físico y cultural)<sup>3</sup>.

#### 10. DERECHO A LA SALUD. PROTECCIÓN A LA DISCAPACIDAD Y A LOS ADULTOS MAYORES

Sentado ello, queda recordar que el derecho a la salud es un derecho personalísimo de rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional en numerosas normas convencionales (arts. VII y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 8 y 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12, incs. 1 y 2, ap. "d", Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 4, inc. 1; 5, inc. 1; 19 y 26, Convención Americana de Derechos Humanos) que ostentan jerarquía constitucional, conforme lo normado por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Por su parte, le referida protección constitucional y convencional de tal derecho asume notable preeminencia cuando su titularidad es ejercida por una persona que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, como ocurre en el presente caso en donde se discute la tutela estatal que corresponde reconocer a una persona que cuenta con certificado de discapacidad.

---

3 Cfr. Egea García, Carlos y Sarabia Sánchez, Alicia; "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad", publicado por el Servicio de Información sobre Discapacidad (SID) perteneciente a la Red Española de Información sobre Discapacidad, disponible en: <http://sid.usal.es/articulos/discapacidad/6594/8-2-6/clasificaciones-de-la-oms-sobre-discapacidad.aspx>, entrada del 11/08/2014.

moneda. En el artículo "La Jurisprudencia, interpretación y creación de derecho", Carlos de Silva cita al jurista Recasens Siches para sostener:

"La corriente doctrinaria actual ha dejado atrás a teorías que se habían venido sosteniendo tradicionalmente (...) A este respecto Recasens Siches hace notar que el proceso lógico del silogismo no es el que opera en la mente del juzgador para llevarlo a una decisión. 'Ante todo es necesario que el órgano jurisdiccional determine *cuál* es la norma aplicable al caso concreto planteado. Pero este punto, que, a primera vista y equivocadamente parece ser el primero, no es algo independiente del punto que en apariencia -errónea- podríamos creer que es el segundo: la constatación del hecho y su calificación jurídica. Hay una recíproca interrelación simultánea e indisoluble, entre estos dos puntos: entre la constatación del hecho incluyendo su clasificación jurídica y el hallazgo o determinación de la norma aplicable."<sup>5</sup>

La reciprocidad entre la determinación de la norma y la constatación del hecho y su clasificación jurídica acaece claramente en la sentencia analizada, con relevantes consecuencias en la resolución.

Antes de ahondar sobre el punto expuesto, se cree pertinente recordar que el artículo segundo del Código Civil y Comercial dispone que la ley "...debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Daniel Vítolo, en su artículo "La interpretación de la ley en el nuevo código civil y comercial de la nación" sostiene:

"En este artículo, el Código dispone y establece el modo adecuado de interpretación de la ley, señalando —como directiva de carácter general— que

---

5 DE SILVA Carlos (1995) "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho". ITAM, UIA, UNAM (Coord.) *La Interpretación del Derecho*, México, 7-23.

En esta línea cabe señalar que desde los inicios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad<sup>4</sup> consagrando “*Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado (...) [que] propone la primacía del ‘mejor derecho’, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones*”<sup>5</sup>.

Asimismo, corresponde ponderar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución de la Provincia de Córdoba en cuanto dispone que los discapacitados tienen derecho a obtener una protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad; tutela que en el presente caso se encuentra reforzada por lo dispuesto en su artículo 28 que impone al Estado la obligación de procurar la protección de los ancianos y su integración social y cultural, tendiendo a que desarrollen tareas de creación libre, de realización personal y de servicio a la sociedad.

Lo sentado hasta aquí proporciona una guía hermenéutica clara y certera a los efectos de dar contenido a la cobertura requerida por la accionante en las presentes actuaciones.

A su vez, la Provincia de Córdoba aprobó el Convenio de Adhesión al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Ley n° 24.901) y con ello el Programa Marco para la implementación en colaboración con las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>6</sup>, que con el objeto de

4 Cfr. CIDH, “Furlán”, Sentencia del 31/08/2012, párrafo 128 con cita del art. XVI de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

5 Sagüés, Néstor Pedro; “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”; JA 2013-IV; SJA 2013/10/09-53; cita on line AP/DOC/2001/2013.

6 Decreto n° 1297/99 (BOP 22/07/1999) y Ley n° 8811 (BOP 6/12/1999). Cfr. art. 8 del Dec. Regl. de la Ley n° 24.901.

esa interpretación siempre debe efectuarse de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (...)<sup>6</sup>

### **3. Interpretación y reciprocidad entre la determinación de la norma y la constatación del hecho en la sentencia analizada**

De acuerdo a la ley reglamentaria 16.986 se define a la acción de amparo como aquella admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus.

La actora interpuso una acción de amparo en contra de la denegatoria de APROSS de proveimiento de un concentrador de oxígeno portátil. En consecuencia, la Cámara Contencioso Administrativa debió analizar si tales denegatorias quedaban comprendidas en el supuesto de “acto que (...) lesione (...) con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías (...) reconocidos por la Constitución Nacional (...)”, en el presente caso, el Derecho a la Salud. La Cámara resolvió no hacer lugar a la acción de amparo, considerando que no había ilegalidad o arbitrariedad por parte de la APROSS toda vez que la misma habría actuado de acuerdo a la reglamentación vigente y no habría habido fundamentación médico suficiente.

El Tribunal Superior de Justicia, advirtió que el tema a decidir es “(...) determinar si la demandada ha obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas al negar a la señora M. la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil, por considerar que no existe

6 VÍTOLO, Daniel (2015) “La interpretación de la ley en el nuevo código civil y comercial de la nación”

DPI Diario. Recuperado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1224-interpretacion-ley-nuevo-codigo-civil-y-comercial-nacion>.

prestar una cobertura integral a las personas con discapacidad de acuerdo a sus necesidades y requerimientos, contempla el reconocimiento de prestaciones de prevención, de rehabilitación, terapéuticas-educativas, educativas y asistenciales.

Todo este plexo tuitivo de las personas que padecen discapacidad se encuentra reforzado, en los casos en que se trate de adultos mayores (cfr. arts. 25, inc. "b", 28, inc. 2. b y 16, Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 1, 2.1, 7, 22 y 25, DUDH; arts. 2.1 y 26, PIDCP; arts. 9, 11.1 y 12.1, PIDESC; arts. II, XVI y XXX, DADDH, y arts. 1.1 y 24, CADH).

#### 11. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Sentado ello, confrontados y evaluados los antecedentes obrantes en el *sub examine*, surge que la amparista convive con dos patologías que afectan su salud: la insuficiencia respiratoria crónica, para lo cual realiza un tratamiento de rehabilitación asociado a un dispositivo de uso nocturno, ayudada con una mochila de oxígeno líquido que la acompaña durante el día para poder realizar sus actividades cotidianas y poder respirar; y un cuadro de escoliosis dorsal dextroconvexa con una angulación de 118° grados según el método de medición de Cobb (causante de aquella dificultad respiratoria, cfr. certificado médico de fs. 12) que dificulta sus posibilidades de deambular con el equipamiento médico provisto para tratar su patología respiratoria, debido a que el peso del mismo agrava su afección vertebral provocándole un dolor crónico.

En este sentido, tal como lo señala la Cámara *a quo*, la afectación de salud que motiva la presente acción se encuentra circunscripta a la incidencia que produce el equipo médico de uso diurno en las dolencias relativas a la columna vertebral, las que se encuentran suficientemente acreditadas con los certificados médicos agregados en estas actuaciones, que dan cuenta de la imposibilidad y limitaciones con las que convive la señora M. debido al indispensable uso de la mochila de oxígeno líquido para poder respirar.

.....

suficiente justificación médica que habilite tal provisión por fuera del menú prestacional de la APROSS." En el análisis de la cuestión, el Tribunal exteriorizó el proceso intelectual sostenido por Recasens Siches. Los magistrados extrajeron elementos relevantes del supuesto fáctico: el derecho comprometido, Derecho a la Salud, y el criterio de interpretación de los hechos aplicable a los supuestos donde tal derecho se encuentra aparentemente vulnerado. En consecuencia, antes de avocarse al análisis de la cuestión, el Tribunal se expidió en cuanto al alcance del Derecho a la Salud y el criterio de interpretación aplicable a los hechos, lineamientos sumamente importantes para el posterior análisis exhaustivo del caso y la resolución arribada.

A continuación se expone el alcance del Derecho a la Salud y el criterio de interpretación de los hechos, determinados por el Tribunal Superior de Justicia.

#### **A. Alcance del Derecho a la Salud**

La Cámara Contencioso Administrativa dirimió que no estaba en cuestión la eficacia del equipamiento médico brindado por APROSS; en otras palabras, que la mochila de oxígeno líquido era eficaz y que esto no constituía objeto de controversia. La Cámara también advirtió que las afecciones de salud que motivaron la acción de amparo se circunscribían a las dolencias relativas a la columna vertebral de la actora, excluyendo las relacionadas a su vida social y personal por no mostrarse claramente como problemas de salud. Finalmente, en cuanto las afecciones en la columna vertebral, el *a quo* concluyó que el equipo médico requerido por la actora sólo contribuiría a mejorar su calidad de vida y que tal extremo no constituía un problema de salud grave, por lo que las razones brindadas por la amparista no tenían entidad suficiente para justificar que la APROSS exceda el marco de su regulación legal y atienda el pedido individual de la señora M.

Por su parte la actora sostuvo que el dictamen de la Cámara resultaba violatorio al principio lógico de razón suficiente por negarle "un estado general de bienestar a su

A dichos problemas de salud se adicionan las circunstancias relativas a la situación personal de la amparista, en cuanto se trata de una mujer próxima a cumplir 76 años de edad que vive sola, que depende para poder respirar del auxilio de un equipamiento que reconoce una duración limitada a una determinada cantidad de horas para cumplir con su objetivo (la recurrente indica que el tiempo de independencia de la mochila es de dos horas aproximadamente –cfr. fs. 129-, mientras que la demandada no acuerda si la misma es de cuatro –cfr. fs. 108- o de seis horas –cfr. fs. 144-), requiriendo encontrarse en su hogar, donde se encuentra el tubo de oxígeno, y de colaboración de otra persona para poder recargarla.

En relación a la problemática aquí debatida la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la actividad jurisdiccional tiene un rol preponderante a los fines de lograr que el derecho ejerza su función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de las personas con sufrimientos físicos y/o psíquicos<sup>7</sup>.

Con dicha orientación cabe precisar que no obstante lo ponderado por el *a quo*, respecto a que no se encuentran fehacientemente acreditados los extremos necesarios para evaluar la incidencia que provoca el uso de la mochila de oxígeno líquido en la salud de la amparista, lo informado por los diferentes profesionales médicos que tratan a la señora M. en sus patologías, cuyas prescripciones se acompañan en autos, dan cuenta que la solicitud del concentrador de oxígeno portátil se encuentra debidamente fundamentada.

Al respecto se ha precisado “...se ha ensayado el uso de oxígeno líquido (mochila) y el peso de la misma ha limitado las actividades y desplazamiento de la paciente. Paciente con gral. actividad social, necesidad de desplazamiento a centros de rehabilitación, vive sola” (certificado del Dr. Cazaux de fecha 30 de septiembre de 2015, fs.

---

7 Cfr. CSJN, Fallos: 331:211.

derecho a la salud”. Argumenta que la mochila de oxígeno líquido no violenta con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta su derecho a la salud pero lo que pretende es el reconocimiento de tal derecho en su calidad cotidiana, el que sí resulta lesionado al negarle la cobertura del concentrador de oxígeno medicamente indicado. A pesar de cubrir las necesidades derivadas de su afección respiratoria, la mochila de oxígeno líquido no logra el estado general de bienestar físico, psíquico y social de la amparista. La mochila de oxígeno líquido restringe la independencia y auto valimiento de la actora, impide que lleve a cabo una vida sociocultural intensa, empeora su patología de escoliosis debido a su peso y agrava su pánico por estar en casa para recargarla en razón de su corta duración de dos horas.

El Tribunal Superior de Justicia advierte la edad avanzada de la actora y la posesión por su parte de un certificado de discapacidad, por lo que define el alcance del Derecho a la Salud, especialmente en cuanto tales extremos. A partir de un análisis sistémico y coherente del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia comienza por recordar que: “El derecho a la salud es un derecho personalísimo con rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional con en numerosas normas convencionales (...) que ostentan jerarquía constitucional (...)” Luego continúa por reconocer la preeminencia que asume tal protección en relación a los discapacitados y ancianos. En cuanto a este punto cita el artículo 27 de la Constitución de la Provincia de Córdoba el cual dispone que los discapacitados tienen derecho a obtener la *protección integral del Estado* que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de la solidaridad; y el artículo 28 el cual dispone que el Estado Provincial, la familia y la sociedad procuran la *protección de los ancianos y su integración social y cultural*, tendiendo a que desarrollen tareas de creación libre, de realización personal y de servicio a la sociedad. Así también, el Tribu-

56 y vta.), reiterando la prescripción debido a la *“Imposibilidad de deambular con mochila (de oxígeno líquido) debido a su peso”* (fs. 73).

En igual sentido, se asentó que la amparista presenta marcada disnea a la hora de realizar actividades, a nivel extramuros logra solo realizar pocos metros de distancia, y el gran peso de la mochila de oxígeno líquido y su poca autonomía, limita su uso y su reinserción familiar y social, generándole fatiga muscular generalizada. A ello se suma que el temor de quedarse sin oxígeno, exagera su disnea aumentando su TEMOR E INSEGURIDAD (cfr. certificado de la Dra. Ferreyra de fecha 26 de febrero de 2016, fs. 7 y vta.).

Por su parte del certificado médico obrante a fs. 76 y vta. surge que la amparista *“...presenta una escoliosis severa de 113º lo que le ocasiona dificultad respiratoria (...) no puede cargar peso debido a la severidad de la escoliosis”* (certificado de la Dra. Sarquisian de fecha 24 de febrero de 2016), acompañando a dicha prescripción la imagen y el informe de la espinografía que da cuenta que la señora M. presenta *“Osteopenia generalizada. Osteofitosis anterolateral en múltiples cuerpos vertebrales, dorsales y lumbares, con esclerosis subcondral asociada, y pinzamiento de espacios intervertebrales, dorsales y lumbares (...). Artrosis interapofisaria múltiple a nivel lumbares. Apofisis espinosas de L3 a L5, ‘en beso’ (Enfermedad de Bastrup). Ateromas calcificados en aorta abdominal e ilíacas”* (informe de Dr. Carpinella, fs. 77).

Finalmente la prescripción médica agregada a fs. 89 y vta. da cuenta que *“Solicito concentrador portátil de oxígeno (...) motiva dicha solicitud que la paciente presenta serias dificultades con oxígeno líquido/mochila. Por afectación vertebral tienen dolor crónico y escasa fuerza muscular (...) que le impide llevar mochila. Es una persona que vive sola y pide colaboración (...) para cargar la mochila. Esta situación limita sus salidas a rehabilitación y centros médicos. Pude comprobar el cuadro favorable tras un préstamo de concentrador portátil (2 días).*

.....

nal incorpora jurisprudencia expedida acorde a tales normas. Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para afirmar *“(...) la importancia de un enfoque integrado de la salud que combine elementos de prevención, curación y rehabilitación, basado en medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de los adultos mayores, y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos, a los fines de ahorrarles dolores evitables.”*

Es necesario aclarar que del análisis anterior del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia extrae un criterio de interpretación de las leyes. El Tribunal cita la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre la cual consagra el principio de aplicación del “mejor derecho”, en sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. *“(...) Este postulado en una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones”*. Así también cita jurisprudencia al respecto, sosteniendo *“(...) a la luz de los principios fundantes del sistema tuitivo de la discapacidad y, en especial del principio pro homine, aquellas normas que limiten derechos de la persona humana deben ser objeto de una interpretación restrictiva”*.

### **B. Criterio de interpretación de los hechos**

Antes de avocarse al análisis de la cuestión el Tribunal Superior de Justicia cita jurisprudencia y doctrina para determinar el criterio de interpretación de los hechos. Este punto no es poco relevante toda vez que debido a éste, el Tribunal dirimió cómo lo hizo.

Bajo el título *“Problemática singular en los amparos de salud”*, el Tribunal cita a Andruet A.S. y afirma que *“(...) cualquier examen de un caso donde esté de por medio la salud, y con ella, el derecho a la vida de las personas, debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo (...) lo justo judicial es lo que acorde a derecho resulta prudente y razonable*

*No puede deambular sin oxígeno suplementario*” (certificado del Dr. Cazaux de fecha 20 de marzo de 2016).

Frente a ello, no se advierte donde reside la falta de sustento médico invocada por la demandada y confirmada por el *a quo* para rechazar la cobertura del equipo médico solicitado.

En tal sentido, cabe mencionar que las respuestas brindadas por APROSS a las reiteradas solicitudes presentadas por la señora M. (cfr. fs. 55/57, 70/71, 87/88 y 97/98) no fueron acordes con la atención que requiere la misma debido a su especial situación de vulnerabilidad acreditada en estas actuaciones (adulto mayor con certificado de discapacidad).

Adviértase que en todos los casos la Subdirección de prestaciones médicas de la demandada se ha limitado a invocar que los insumos solicitados no se encuentran dentro del menú prestacional de esa obra social (cfr. fs. 67, 81, 90, 107/108), sumando en algunos casos a esa razón la circunstancia que la afiliada ya se encuentra equipada con tubo de oxígeno líquido y que no existe justificación médica sustentable que fundamente la provisión solicitada, sin brindar alternativas posibles a los fines de disminuir las dolencias e inconvenientes que le provoca el uso de la mochila de oxígeno líquido en la columna vertebral de la amparista.

Al respecto, surge también que si bien la resolución recurrida descarta la arbitrariedad e ilegalidad manifiestas de las denegatorias de la APROSS bajo el argumento que las mismas se encuentran fundadas en la reglamentación legal vigente, no indica específicamente cual es dicha norma aplicable en el presente caso.

En tal contexto, cabe precisar que si bien el artículo 14 de la Ley n° 9277 establece que *“La APROSS no otorgará cobertura asistencial ni reconocerá reintegro de gastos en los siguientes supuestos: (...) b) Prestaciones y medicamentos en etapa experimental no avalados por instituciones científicas reconocidas a nivel nacional, y no incluidos en el Menú Prestacional de la APROSS...”*, la prestación aquí discutida no engasta en dicho supuesto. Este Tribunal tiene dicho que la sistemática de tal artículo, que incluye en cada inciso una sola hipótesis, lleva-

.....

en ese caso en particular y no a cualquier otro” Del mismo modo el Tribunal Superior cita jurisprudencia para reafirmar la importancia del caso concreto en materia de amparo, donde las particulares circunstancias del asunto pueden ser determinantes de una variada solución. Finalmente el Tribunal Superior también cita a Egea García G. y Sarabia Sánchez A. y sostiene *“(...) corresponde ponderar también que la experiencia de discapacidad es singular para cada individuo, no sólo porque la manifestación concreta de la enfermedad, desorden o lesión es única, sino porque esa condición de salud estará influida por una compleja combinación de factores (...).”*

Debido a la característica de singularidad de las afecciones de salud, se concluye la necesidad de un análisis particular de los supuestos fácticos para dirimir que es lo justo judicial, prudente y razonable, en el hecho concreto.

#### **4. Decisión del Tribunal Superior de Justicia**

Tras definir el alcance del Derecho a la Salud por medio de referencias legales, jurisprudenciales y doctrinales, el Tribunal Superior de Justicia identifica a M.V. como titular de tal derecho y miembro de los grupos vulnerables: ancianos y discapacitados. La amparista posee 76 años y cuenta con un certificado de discapacidad. Además de realizar un análisis de la edad y afecciones que adolece la actora, el Tribunal examina las circunstancias relativas a su situación personal; advierte que se trata de una mujer de edad avanzada que vive sola, que depende para poder respirar del equipamiento proveído, el cual posee una duración limitada a cierta cantidad de horas, requiriendo encontrarse en su hogar y de otra persona para poder recargarla. Como titular del derecho a la salud, M.V. queda amparada por la protección integral y especial otorgada a ancianos y discapacitados.

La Cámara Contencioso Administrativa sostuvo haber realizado una ponderación concreta del caso, pero ensaya un argumento totalmente equívoco. La Cámara sostuvo que

ría a sostener que el mismo se refiere sólo a medicamentos o prestaciones en etapa experimental no incluidos en el menú prestacional, en tanto, a la luz de los principios fundantes del sistema tuitivo de la discapacidad y, en especial del principio *pro homine*, aquellas normas que limiten derechos de la persona humana deben ser objeto de una interpretación restrictiva<sup>8</sup>.

Así las cosas desde tal perspectiva, corresponde recordar a la demandada -que reconoce entre sus objetivos brindar la excelencia en la administración de la atención médica entre sus afiliados<sup>9</sup>- que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad -como los niños, adultos mayores y discapacitados- es titular de una protección especial y, como tal, tiene derecho a recibir un trato particular con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad<sup>10</sup>.

A su vez, el argumento ensayado referido a que la actora no es una afiliada en edad activa laboral que requiera el equipamiento para su desempeño de funciones en ocasión de trabajo, no importa una justificación acorde con la tutela y reconocimiento que merecen las personas de edad avanzada, quienes deben ser respetadas como sujetos simultáneamente distintos, que no obstante su condición de jubilados continúan siendo parte de la comunidad aunque padezcan dependencia<sup>11</sup>, y en tal contexto, la sociedad y principalmente los poderes

8 Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral, Auto n° 493 del 16/12/2014 in re "O. E. c/APROSS".

9 Cfr. ¿Qué es APROSS?, disponible en: <http://www.apross.gov.ar>, entrada del 16/05/2017

10 Cfr. CIDH, "Furlan", Sentencia del 31/8/2012; párrafo 134; "Ximenes Lopes", Sentencia del 4/7/2006, párrafo 104; en igual sentido art. 18 del Protocolo Adicional a la CADESyC.

11 Cfr. Urbina, Paola A.; "Exigibilidad judicial del derecho a la salud. Adultos mayores con discapacidad", La Ley 2015-B, 314 - DFyP 2015 (junio), 08/06/2015, 209, p. 5. Cita online:AR/DOC/548/2015.

la actora no requería del equipamiento solicitado para su desempeño en funciones en ocasión de trabajo por no poseer una edad activa laboral. El Tribunal, acorde al alcance del Derecho a la Salud anteriormente desarrollado, advierte que tal argumento no es coherente con la tutela y reconocimiento que merecen las personas de edad avanzada, quienes siguen formando parte de la comunidad y deben ser respetados. Así también sostiene que cualquier distinción relacionada con la edad que no se base en criterios razonables y objetivos puede ser considerada discriminación.

Así como hay titulares de derecho, se encuentran en contraposición quienes deben garantizarlo. La ley provincial 9277 define a la APROSS como una entidad descentralizada del Poder Ejecutivo Provincial, cuya función es organizar y administrar un seguro de salud para los habitantes de la Provincia de Córdoba. En su página web oficial, la Administración Provincial de Seguro de Salud se define como una "(...) entidad autárquica cuya función es la de organizar y administrar un sistema de seguro de atención médica para los habitantes de la provincia de Córdoba, con el fin de organizar la salud de la población mediante coberturas de atención médica con el aporte solidario de todos sus afiliados. Es la obra social de la provincia de Córdoba, que pretende ser el eje para el Seguro Provincial de Salud. Su objetivo como organización es el de brindar la mayor cobertura y la excelencia en la administración de la atención médica, con un sistema solidario y proporcional a todos los afiliados, mejorando día a día las coberturas asistenciales y eliminando el pago de plus adicionales."<sup>7</sup> El Tribunal Superior de Justicia concluye que la APROSS no se comportó debidamente ante las solicitudes de la amparista. Afirma que la demandada debe disminuir las complicaciones que la realidad misma impone a sus afiliados y asumir modos y formas diligentes caracterizados por la simpleza y agilidad para el acceso cierto a las pretensiones, las que - por otro lado - requieren de una prudente inmediatez para lograr su efectividad. Por otro lado, "los adultos may-

7 APROSS, *Institucional* (<http://www.apross.gov.ar/2-Institucional.note.aspx>) (Fecha de consulta: 28 de julio de 2018)

del Estado se encuentran obligados a brindarles protección contra los factores que afectan su bienestar físico, psíquico y social.

Por lo demás, cabe agregar que cualquier distinción relacionada con la edad que no se base en criterios razonables y objetivos puede ser considerada discriminación<sup>12</sup>. A su vez, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha reconocido a los adultos mayores como un grupo vulnerable que requiere medidas especiales de protección, más cuando son discapacitados (art. 16, inc. 2), de modo que la prestación de los servicios de salud deben orientarse a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades entre las personas mayores (art. 25, inc. “b”). En razón de ello cabe reconocerles el derecho a la movilidad personal, incluido el acceso a ayudas, dispositivos y tecnologías de apoyo (art. 20), y a la rehabilitación con el fin de lograr su máxima independencia (art. 26).

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reafirmado la importancia de un enfoque integrado de la salud que combine elementos de prevención, curación y rehabilitación, basado en medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de los adultos mayores, y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos, a los fines de ahorrarles dolores evitables (Observación General n° 14).

---

12 Cfr. Dirk, Jaspers (director), Huenchan, Sandra (autora), “Los derechos de las personas mayores”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, disponible en: [http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/51618/Derechos\\_PMayores\\_M2.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/51618/Derechos_PMayores_M2.pdf), entrada del 1/09/2017.

ores que cuentan con certificado de discapacidad necesitan una mayor disponibilidad y accesibilidad a los mecanismo existentes a los fines de garantizarles una vía efectiva y conducente a una protección especial”. Ante las peticiones de la actora, la Subdirección de prestaciones médicas de APROSS se limitó a invocar que el aparato solicitado no se encontraba en el menú prestacional, sumando en algunos casos, el argumento de que la afiliada ya contaba con una mochila de oxígeno líquido y que no existía fundamentación médica sustentable para fundamentar la provisión solicitada. La APROSS siquiera brindó alternativas posibles para disminuir las dolencias e inconvenientes en la columna vertebral de la amparista.

Acorde al criterio de interpretación de la norma, extraído por el Tribunal Superior de Justicia del sistema tuitivo de la discapacidad, el menú prestacional de APROSS debe interpretarse de restrictivamente. La resolución recurrida descarta la arbitrariedad e ilegalidad manifiestas de las denegatorias de la APROSS bajo el argumento que las mismas se encuentran fundadas en la reglamentación legal vigente. A pesar de que no se indica específicamente cuál es la norma aplicable al caso, el Tribunal Superior asume que se trata del artículo 14 de la Ley n° 9277 el cual dispone en su inciso b: “LA APROSS no otorgará cobertura asistencial ni reconocerá reintegro de gastos en los siguientes supuestos: Prestaciones y medicamentos en etapa experimental, no avalados por instituciones científicas reconocidas a nivel nacional, y no incluidos en el Menú Prestacional de la APROSS”. Consecuentemente, el Tribunal sostiene que la sistemática de tal artículo incluye en cada inciso una única hipótesis y que la conjunción “y” no hace más que incluir otra característica a las prestaciones y medicamentos descritos anteriormente.

En cuanto al criterio de interpretación aplicable a los hechos, el Tribunal Superior de Justicia analiza los elementos probatorios incorporados al caso a la luz de la situación personal de la amparista. Tal análisis se desarrolla al comenzar el apartado “Análisis de la cuestión” ahondando en las afecciones de la señora M.V y en sus circunstancias personales. El Tribunal Superior de Justicia advierte que la actora sufre de imposibilidad

Conteste con ello la APROSS debe disminuir las complicaciones que la realidad misma impone a sus afiliados signados por estas circunstancias y asumir modos y formas diligentes caracterizados por la simpleza y agilidad para el acceso cierto a las prestaciones, las que –por otro lado– requieren de una prudente inmediatez para lograr su efectividad.

No es posible dispensar a los adultos mayores que cuentan con certificado de discapacidad el mismo trato que al resto de los afiliados de la APROSS, por cuanto éstos requieren de una mayor accesibilidad y disponibilidad de los mecanismos existentes a los fines de garantizarles una vía efectiva y conducente a una protección especial.

El contexto referenciado y la especial situación de discapacidad que atraviesa la actora, permite tener por acreditado que el obrar de la demandada, al rechazar la cobertura del concentrador de oxígeno portátil solicitado descuidando el severo cuadro de escoliosis dorsal que padece aquella, que también merece atención, habilita la procedencia de la pretensión encauzada a través del amparo.

A lo dicho cabe agregar que la APROSS, si bien ha hecho hincapié en los principios de solidaridad y equidad, no ha mostrado el daño o perjuicio que podría acarrearle la cobertura del equipo solicitado, lo que permitiría concluir que la citada entidad cuenta con los medios necesarios para llevar excepcionalmente adelante dicha práctica en atención a las particularidades del caso de marras. Entonces, contando con tales medios y estando probado el difícil cuadro de salud de la amparista de conformidad a los extremos analizados, luce irrazonable la negativa dada a ésta. Es que los principios fundantes del sistema de salud, sostenidos por toda la regulación normativa provincial, referidos al derecho de salud a los que debe someterse la APROSS, basados en la solidaridad y enraizados en un fuerte fin social, no pueden conducir a una respuesta diferente en este caso singular, sin que ello implique su generalización.

.....

de deambular con autonomía, de disnea, de dolor crónico, de fatiga muscular, de inseguridad, de aislamiento y de afecciones en la columna. También toma en consideración que es una mujer de edad avanzada y que vive sola. Este aspecto, el criterio de interpretación aplicado, es sumamente importante ya que deriva a sostener que la actora sí aporó elementos suficientes de convicción para fundamentar la necesidad de la cobertura solicitada en razón de su Derecho a la Salud; considerado este último en virtud de la protección integral y especial que otorga a ancianos y discapacitados.

El Tribunal Superior de Justicia, en una de sus afirmaciones conclusivas nombradas al comenzar el comentario, sostiene que la APROSS cuenta con los medios para llevar a cabo la cobertura solicitada. Si bien no se ahonda demasiado en este argumento, es interesante nombrar que el Tribunal Superior de Justicia seguramente se basó en el artículo 13 de la Ley n° 9277 el cual dispone, en parte, que las prestaciones, servicios e insumos serán brindadas por la APROSS en la medida de las posibilidades técnico-financieras de la entidad. El Tribunal Superior de Justicia advierte que la APROSS no mostró el daño o perjuicio que le acarrearía la cobertura del concentrador de oxígeno, lo que le permite concluir que la entidad cuenta con los medios necesarios para llevar a cabo la cobertura excepcional en consideración de las particularidades del caso.

#### **IV. Conclusión**

La sentencia analizada es sumamente interesante toda vez que expone en sus líneas la naturaleza del razonamiento jurídico, el alcance del Derecho a la Salud de discapacitados y ancianos y el criterio de interpretación de los hechos en materia de salud, con importantes consecuencias en la resolución.

Respecto al razonamiento jurídico, es pertinente advertir que el mismo acaece y se expone como una interrelación entre el plexo normativo y los supuestos fácticos. El

## 12. COSTAS

En función de las particularidades del juicio, se estima justo y equitativo imponer las costas por su orden en ambas instancias (art. 130 CPC, por remisión del art. 17 de la Ley n° 4915).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SE SIN, LUIS ENRIQUE RUBIO, M. DE LAS MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA Y SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON:

Por ello, corresponde

I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia número Setenta y ocho dictada con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de esta ciudad.

AI. Admitir la acción de amparo interpuesta por la señora V. M. en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud y en consecuencia, ordenar la provisión del concentrador de oxígeno portátil conforme las prescripciones de los médicos tratantes acompañadas en autos.

BI. Imponer las costas por su orden en ambas instancias. Así votamos.

Por ello, SE RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia número Setenta y ocho dictada con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de esta ciudad.

.....

Tribunal Superior de Justicia advirtió que el tema a decidir era determinar si la demandada había obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas al negar la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil por considerar que no existía suficiente justificación médica. Consecuentemente, el Tribunal exteriorizó el proceso intelectual sostenido por Recasens Siches. Los magistrados extrajeron elementos relevantes del supuesto fáctico: el derecho comprometido, Derecho a la Salud, y el criterio de interpretación de los hechos aplicable a los supuestos donde tal derecho se encuentra aparentemente vulnerado. Por consiguiente, y antes de avocarse al análisis de la cuestión, se expidieron en cuanto al alcance del Derecho a la Salud de ancianos y discapacitados y el criterio de interpretación aplicable a los hechos, lineamientos sumamente importantes para el posterior análisis exhaustivo del caso y la resolución arribada.

En cuanto al alcance del Derecho a la Salud, el Tribunal lo define acabadamente. A partir de un análisis sistémico y coherente del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia recuerda el carácter fundamental y personalísimo del Derecho a la Salud y su garantía constitucional y convencional. Así también, el Tribunal afirma la *protección integral* de los discapacitados y ancianos a la que se obliga el Estado, y que incluye prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, realización personal y la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de la solidaridad. Esto se aúna totalmente con la necesidad de un enfoque integrado sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado en la sentencia.

Del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia extrae también un criterio de interpretación de las leyes. El Tribunal cita la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre la cual consagra el principio de aplicación del "mejor derecho", en sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona). Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de interpretaciones.

II. Admitir la acción de amparo interpuesta por la señora V. M. en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud y en consecuencia, ordenar la provisión del concentrador de oxígeno portátil conforme las prescripciones de los médicos tratantes acompañadas en autos.

III. Imponer las costas por su orden en ambas instancias. Protocolícese, hágase saber, dese copia y bajen.

Firma: TARDITTI, Aida Lucia Teresa; SESIN, Domingo Juan; RUBIO, Luis Enrique; BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes; CACERES de BOLLATI, María Marta; LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz; PALACIO de CAEIRO, Silvia Beatriz

Por su parte, la crítica desarrollada en el escrito recursivo gira en torno a cuestionar la decisión de la Cámara en cuanto consideró que el equipo médico requerido por la actora sólo contribuiría a mejorar su calidad de vida y tal extremo "...no constituye manifiestamente un problema de salud grave que tenga entidad suficiente para que A.PRO.S.S. deba exceder el marco de su regulación legal y atender un pedido individual".

---

En cuanto al criterio de interpretación de las leyes en materia de salud, el Tribunal Superior de Justicia advierte la relevancia de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares del caso, y cita doctrina para sostener que "lo justo judicial es lo que acorde a derecho resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro". Más aun tratándose de materia de discapacidad donde no sólo la misma es singular per se en cada individuo sino que se confluencia con una compleja combinación de factores personales. Debido a la característica de singularidad de las afecciones de salud, se concluye la necesidad de un análisis particular de los supuestos fácticos para dirimir qué es prudente y razonable en el hecho concreto.

Tales análisis permiten al Tribunal identificar a M.V. como titular del Derecho a la Salud y miembro de los grupos vulnerables: ancianos y discapacitados. Analiza sus circunstancias personales y a la luz de un estudio particularizado del hecho concluye que el Derecho a la Salud está siendo vulnerado, y que existen suficientes fundamentos médicos para solicitar la cobertura excepcional a la demandada. Este no es un dato menor, toda vez que se aparta de la interpretación que habría realizado el a quo. Finalmente, el Tribunal Superior concluye que el derecho de la amparista estaba siendo afectado de modo ilegal y arbitrario, tras analizar el proceder de la APROSS e interpretar restrictivamente la reglamentación vigente.

La sentencia analizada es de sumo interés como objeto de reflexión y estudio; y un importante antecedente jurisdiccional en cuanto el alcance del Derecho a la Salud y el criterio de interpretación de los supuestos fácticos en la materia.

---