

(Tomo 240:733/744)

_____ Salta, 29 de noviembre de 2021. _____
_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**A., X. J. D. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE LA SALUD - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN**" (Expte. N° CJS 41.373/21), y _____

CONSIDERANDO: _____

_____ 1º) Que a fs. 260 el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 248/256 que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la actora en representación de su hijo menor B.G.C. y, en su mérito, ordenó al demandado brindar cobertura en un 100% y por el plazo inicial de 18 (dieciocho) meses de los costos de atención y cobertura integral del tratamiento recomendado por su médico de cabecera, consistente en asistencia de hidroterapia, fisioterapia, psicomotricidad, terapia ocupacional, fonoaudiología, psicología, psicopedagogía, acompañante terapéutico, maestra especial, transporte a las terapias dispuestas y pañales descartables. Asimismo, ordenó el reintegro de las sumas en más abonadas por la madre del menor desde la promoción de la demanda y hasta la fecha del dictado de la sentencia, con costas. _____

_____ Para resolver como lo hizo, el magistrado entendió que la vía elegida del amparo era idónea a los fines de resguardar los derechos fundamentales del menor cuyas patologías no habían sido cuestionadas. En ese marco estimó que, de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa, la postura restrictiva del accionado resultaba arbitraria e ilegal al desestimar parcialmente las prestaciones reclamadas. _____

_____ Puntualizó, que ante la situación de vulnerabilidad extrema en la que se encuentra la amparista, devenía lógico que la cobertura no podía ser retaceada y que debía hacerse a valores nacionales. _____

_____ Admitió además, la procedencia de los reintegros solicitados con sustento en un precedente de esta Corte. _____

_____ Al expresar agravios (fs. 287/288 vta.), el demandado sostiene que el pronunciamiento omitió considerar que el hijo de la amparista se encuentra, según su patología, incluido en el Sistema Básico de Prestaciones de acuerdo a las previsiones de la Ley 7600, cuyos montos se rigen por un nomenclador provincial. _____

_____ Señala que no fue debidamente meritado que su parte reconoció al beneficiario distintas prestaciones durante el período 01/01/20 al 12/01/21 por la suma de \$595.662,36 (pesos quinientos noventa y cinco mil seiscientos sesenta y dos con 36/100), lo que surge evidente de los expedientes administrativos arrojados a la causa. Expone que, de tal modo, no se verificó en el caso omisión arbitraria o ilegal que justifique la acción intentada en su contra. _____

_____ Se agravia de que no se haya tenido en cuenta que no se trata de una obra social con fines de lucro, por lo que no se encuentra adherida a las Leyes 23660, 23661 y 24901, y porque se omite la aplicación de la Ley Provincial 7600, cuyo nomenclador específico constituye una derivación de las facultades no delegadas por la Provincia a la Nación. _____

_____ Concluye afirmando que dicho nomenclador fue confeccionado sobre la base del principio de solidaridad contributiva que sostiene el Régimen de Aportes Forzosos y que encuentra fundamento en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. _____

_____ A fs. 299/303 vta. contesta el traslado del memorial la actora, y a fs. 309/311 emite su dictamen la señora Asesora General de Incapaces. A fs. 317/318 vta. hace lo propio el señor Fiscal ante la Corte N° 1 y a fs. 330 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme. _____

_____ 2°) 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 restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (conf. esta Corte, Tomo 127:315; 219:169, 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 solo 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 (conf. doctrina de la CSJN, en Fallos, 305:2237; 306:788, entre muchos otros). _____

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

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

_____ En el mencionado pacto, los Estados Partes se comprometieron 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, LL, 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 asume aquél y que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida. _____

_____ 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 (conf. 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; 12.1 y 12.2 ap. "d" del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 4.1, 5.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

_____ A su vez, nuestra Carta Magna Provincial, en sus arts. 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. _____

_____ 4°) Que por medio de la Ley 27044 se asignó jerarquía constitucional a la Ley Nacional 26378 mediante la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo objeto primordial es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. _____

_____ Estatuye asimismo su derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación por motivos de discapacidad, y a quienes se deberá proporcionar los servicios de salud que requieran como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños, las niñas y las personas mayores (art. 25). _____

_____ 5°) Que siguiendo estos lineamientos, debe destacarse que en el caso no se ha cuestionado la existencia de la discapacidad del niño B.G.C. -Falta de desarrollo fisiológico normal esperado, "Síndrome de Down"-, como así tampoco su condición de beneficiario de la obra social, ni que las terapias que le han sido determinadas no fueran acordes a su patología, aspectos que llegan incontrovertidos a esta instancia. _____

_____ Los agravios del apelante se dirigen en cambio a discutir la cobertura dispuesta a valores nacionales, postulando la falta de consideración de la normativa provincial que establece su propio nomenclador. _____

_____ En atención a ello, cabe recordar que la Ley Nacional 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, a la cual adhiere la Provincia mediante la Ley 7600. _____

_____ Esta última determina en forma expresa que el I.P.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 24901 (art. 2°). _____

_____ Ahora bien, aún cuando la legislación provincial habilita la conformación de un nomenclador especial que el demandado establezca con sus prestadores, esta Corte sostuvo ya en precedentes similares que su aplicación no puede ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados (Tomo 215:781; 216:239, entre otros). Es decir, tal prerrogativa no puede traducirse en un óbice para que sus beneficiarios accedan a una prestación que resulte más adecuada dentro de las enunciadas y previstas por el específico ordenamiento tutelar, y dentro de un marco de razonabilidad, como el que aquí se analiza. _____

_____ Ello por cuanto 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 prepaga" (CSJN, Fallos, 321:1684; 323:1339).

_____ Cabe agregar que la citada doctrina del Alto Tribunal Federal ha sido reiterada en señalar 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 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 (conf. Fallos, 331:2135).

_____ Por su parte, 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 la Convención, en un marco que asegure la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el art. 4º, inc. 3º, de dicho instrumento.

_____ 6º) Que en tal contexto normativo, esta Corte ha entendido que la cobertura debe ser "integral" y por lo tanto comprensiva del 100% de las prestaciones, y que aquella no está limitada al nomenclador provincial, siendo aplicable el nomenclador nacional, por cuanto no resulta ajeno a la jurisdicción local (conf. esta Corte, Tomo 219:169).

_____ Debe recordarse que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano. Todo ello explica "...que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Fallos, 327:3677; 339:1077, entre otros).

_____ Lo antes expuesto no importa desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores o derechos que puedan verificarse -distribución de los recursos económicos disponibles en el área de salud y la protección integral de la salud de los individuos-, pero resulta prioritario jerarquizar en cada caso que se presenta a decisión aquéllos que tutelan la salud como derecho fundamental de la persona, por sobre otros que puedan resultar potenciales -solidaridad- si, como ocurre en el caso, no se ofrecieron

argumentos relevantes ni pruebas conducentes para desvirtuar este criterio.

Así lo entendió este tribunal al pronunciarse en reiteradas oportunidades donde sostuvo que la demandada no puede eludir ligeramente sus obligaciones alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas; pues no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas; de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (Tomo 146:973; 212:323, entre otros).

Lo expuesto deja sin andamiaje el agravio que, sobre la base del principio de solidaridad, el recurrente trae para justificar la cobertura conforme su propio nomenclador, sin desvirtuar la insuficiencia señalada en el fallo respecto del costo de las prácticas requeridas por el niño B.G.C. y el estado de vulnerabilidad en que se encuentra.

7º) Que por lo demás, y con relación al agravio referido al hecho de que el accionado no se encuentra adherido al sistema de las Leyes 23660 y 23661, esta Corte tiene dicho que tal circunstancia no lo exime de 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 efecto integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (conf. Tomo 144:089; 236:83, entre muchos otros).

Lo expuesto se explica desde que no es posible soslayar que el derecho a la salud no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, por lo que, ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (conf. CSJN, Fallos, 324:3074; esta Corte, Tomo 175:417; 194:211; 202:967; 229:445).

Siendo ello así, y en virtud de las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los agravios del impugnante y mantener lo decidido con relación a la cobertura integral conforme nomenclador nacional.

8º) Que en consecuencia, por los fundamentos expuestos, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 260, con costas al demandado conforme el principio general de la derrota (art. 67 del C.P.C.C.).

Por ello,

LA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

I. **RECHAZAR** el recurso de apelación de fs. 260 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 248/256. Con costas.

II. MANDAR que se registre y notifique.

(Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Dras. Sandra Bonari, Teresa Ovejero Cornejo, Dres. Pablo López Viñals, Horacio José Aguilar, Dras. María Alejandra Gauffin y Adriana Rodríguez Faraldo -Juezas y Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf -Secretaria de Corte de Actuación-).