

(Tomo 236: 327/340)

\_\_\_\_\_ Salta, 02 de febrero de 2021.  
\_\_\_\_\_ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"ACCIÓN DE AMPARO PRESENTADO POR L., M. A., POR SUS PROPIOS DERECHOS Y EN REPRESENTACIÓN DE A.D.I. CON EL PATROCINIO LETRADO DEL DR. MASSAFRA, JAVIER NICOLÁS EN CONTRA DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA DE LA PROVINCIA DE SALTA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN"** (Expte. N° CJS 40.919/20), y \_\_\_\_\_

**CONSIDERANDO:**

\_\_\_\_\_ 1°) Que contra la sentencia de fs. 82/85 que en el punto II hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y ordenó al Ministerio de Salud Pública de la Provincia y/o al programa "Incluir Salud" a cumplir con la entrega mensual de las 150 sondas uretral 8 fr para cateterismo intermitente limpio a favor del hijo de la actora, quien padece de mielomeningocele, interpuso la Provincia de Salta recurso de apelación a fs. 102/105. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para resolver como lo hizo, el juez "a quo", luego de considerar que la cuestión relativa a la provisión del medicamento oxibutinina como la realización del estudio urodinámico completo se tornó abstracta por cuanto fueron satisfechos por la demandada, precisó que sólo se encontraba controvertida la adecuada y oportuna provisión de sondas uretral 8 fr para cateterismo intermitente limpio, a razón de cinco por día y ciento cincuenta por mes. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Consideró que de las constancias de autos surge que la accionada no entregó el total de ciento cincuenta sondas mensuales indicada por el médico tratante y que ello denota el incumplimiento del organismo estatal interviniente respecto a la cobertura integral del 100 % del tratamiento, al cual se encuentra obligada conforme lo dispuesto por las Leyes 7614, 22431 y 26689, que cita. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Indicó que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución Provincial, el amparo procede frente a las omisiones en el servicio que compete a la cartera de salud y que la demandada no justificó su incumplimiento. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Expresó que la vía constitucional no requiere de "reclamo administrativo previo" sino de la inexistencia de otras vías aptas para asegurar y restaurar el derecho que se dice lesionado, y que resulta procedente en materias relacionadas a la preservación de la salud y la integridad física. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En ese sentido, afirmó que la provisión de sondas en tiempo y forma hace al resguardo de la integridad del menor y a su calidad de vida, derecho que -asegura- debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos de gobierno, según lo dispone el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Concluyó que el Estado Provincial no puede desentenderse de la obligación de proveer en tiempo y forma las sondas requeridas para el desarrollo del menor en condiciones consustanciales con su dignidad, debiendo proveerlas con la anticipación temporal necesaria para ser utilizadas por el niño, en tanto ello es de su incumbencia. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 102/105 apela la Provincia de Salta y presenta memorial de agravios a fin de que se revoque la resolución recaída en autos en cuanto ordena al Ministerio de Salud de la Provincia y/o al Programa Incluir Salud a cumplir con la entrega mensual de

sondas uretral 8 fr para cateterismo intermitente limpio a favor de A.D.I. y le impone las costas.

Se agravia en cuanto -afirma- el señor juez de grado no evaluó apropiadamente las constancias de autos de las cuales surge que el Programa "Incluir Salud" reconoce que las prestaciones a favor del niño se encuentran autorizadas de manera integral y que en ningún momento se las negó y/o se interrumpieron.

Menciona que el aludido es un programa nacional y es el Estado nacional el que dispone una transferencia presupuestaria mensual para asistir financieramente. Además -explica- para realizar la compra debe proceder según la Ley de Contrataciones de la Provincia. Aduce que por esa razón, no siempre cuenta con las cantidades solicitadas el día que concurre la señora L., y por ello realiza una entrega parcial, lo cual no significa que no entregará durante el mes las restantes sondas que necesita el menor.

Arguye que siempre dio certeza de que las prestaciones solicitadas se encontraban autorizadas y en situación de continuidad, por lo que solicita que la cuestión se declare abstracta y en razón de ello, se impongan las costas por su orden.

Finalmente señala que, aun cuando la petición de amparo tuviese favorable acogida, resultaría improcedente la condena en costas a la Provincia de Salta, ya que -aduce- es enteramente razonable inferir que la decisión de acudir por vía de amparo a la sede judicial, en lugar de la vía ordinaria emergente del régimen procesal administrativo vigente, no es sino un remedio optativo que debe ser asumido por el propio particular.

A fs. 112/113 vta. contesta los agravios la amparista, solicitando el rechazo del recurso de apelación interpuesto.

A fs. 118/121 emite su dictamen la señora Asesora General de Incapaces y a fs. 126/127 hace lo propio el señor Fiscal ante la Corte N° 1, pronunciándose ambos por el rechazo del recurso en mérito a los argumentos que allí explicitan.

A fs. 128 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 de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (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).

En el caso examinado, la señora M. A. L., por sus derechos y por los de su hijo menor A.D.I. solicitó al Ministerio de Salud de la Provincia de Salta - Programa Incluir Salud, la cobertura integral de los estudios diagnósticos y la provisión mensual de ciento cincuenta sondas uretral 8 fr para cateterismo intermitente limpio, indicados por el médico tratante de su hijo. Manifestó que A.D.I. es beneficiario del Programa "Incluir Salud" y padece Mielomeningocele, enfermedad que se origina en un defecto en el cierre del tubo neural que afecta el sistema nervioso, y a partir de éste, en forma secundaria la marcha, el aparato urinario y el digestivo. Los niños afectados -explica- no pueden realizar una micción normal, lo que puede provocarles infección urinaria y daño renal. Expone que el cateterismo intermitente es un procedimiento indoloro en el niño con MMC por su alteración sensitiva y permite el vaciado adecuado de la vejiga.

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.

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 y 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; 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 en virtud de dichos parámetros, debe destacarse que en autos no se ha cuestionado la patología que padece el niño, ni la condición de discapacidad del menor de edad, como tampoco la necesidad del tratamiento indicado, el que se satisface, entre otras cosas, con la provisión de las sondas uretral 8 fr.

5°) Que los agravios de la apelante están dirigidos esencialmente a procurar la declaración de abstracción de la pretensión de entrega de las sondas. A su vez cuestiona la

imposición de costas dispuesta por el juez de grado, ello por cuanto argumenta que su parte reconoció y autorizó los pedidos efectuados por la actora.

Con relación a ello, resulta menester señalar que existen leyes específicas de protección ante la enfermedad que aqueja al hijo de la demandante: la Ley nacional 24901 denominada Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, (B.O. del 05/12/1997) y la Ley provincial 7600 que adhiere al sistema de la ley nacional (B.O. del 17/12/2009).

La Ley provincial 7600, en el art. 3º, establece en forma expresa que las personas con discapacidad que carecieran de cobertura de obra social o de la seguridad social, serán atendidas por el Estado provincial con un sistema prestacional que contemple las prestaciones básicas de atención integral enunciada en la Ley 24901. Por su parte, dicha norma determina 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 este mismo sentido, la Ley 7965, de adhesión de la Provincia de Salta a la Ley nacional 26689 de Cuidado Integral de la Salud de las Personas con Enfermedades Poco Frecuentes, en su art. 4º, dispone que las que carecieran de cobertura de obra social o de la seguridad social, serán atendidas por el Estado provincial en las prestaciones determinadas en la Ley nacional 26689.

Cabe recordar 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 prepaga" (CSJN, Fallos, 321:1684; 323:1339).

En ese contexto, corresponde analizar los argumentos que motivaron el recurso de apelación interpuesto.

6º) En el caso la apelante sostiene que el sentenciante no evaluó apropiadamente las constancias de autos ya que de ellas surgiría que las prestaciones solicitadas fueron siempre reconocidas y autorizadas de manera integral y en ningún momento interrumpidas o negadas.

Del análisis de la documentación adjuntada en el expediente, se observa a fs. 39 el informe del programa "Incluir Salud", del Ministerio de Salud de Salta, donde constan los elementos brindados al beneficiario, los que consisten en 20 unidades de sondas disponibles en stock (08/05/2020), 100 unidades de sondas disponibles en stock (01/06/2020) y 150 unidades de sondas disponibles en stock (18/06/2020).

A su vez obra a fs. 49/50 constancia de solicitud de 150 sondas en fecha 25/11/2019 y entrega de 75 el 23/12/2019. En tanto que el 20/07/2020 se autorizó la solicitud por 150 sondas, según constancia de fs. 55, y el 21/07/2020 se entregaron sólo 75 sondas (fs. 56).

Tal como lo menciona la amparista en la demanda, la cobertura integral significa la provisión oportuna y total de las prestaciones, y no de manera esporádica e insuficiente. Vale memorar que en la misma oportunidad destacó que en el mes de enero y febrero sólo le fueron entregadas la cantidad de 20 sondas, lo

cual no fue desconocido por la demandada, quien limitó su defensa a expresar que nunca recibió reclamo alguno de parte de la actora, sin justificar, válidamente, por que entregó en muchas ocasiones una cantidad inferior a la requerida.

Resulta oportuno destacar que, tanto en el informe circunstanciado como en la audiencia celebrada entre las partes, la demandada señaló las dificultades para proveer los materiales y reconoció que efectuó entregas parciales.

En este punto, las argumentaciones relacionadas a cuestiones ajenas a la peticionante, como lo son la relativa a que el Programa "Incluir Salud" es asistido financieramente por el Estado nacional, por lo que depende de una transferencia presupuestaria o que para adquirir las sondas uretral debe observarse el procedimiento dispuesto por la Ley de Contrataciones de la Provincia, no constituyen justificación válida para no observar lo que, de acuerdo a la normativa vigente antes reseñada, constituye una obligación del Estado provincial.

Corresponde tener presente que el art. 36 de la Constitución Provincial establece el deber de los poderes públicos de brindar a los discapacitados físicos, sensoriales o psíquicos la asistencia apropiada. Se los ampara para el disfrute de los derechos que les corresponden como miembros plenos de la comunidad. Tales derechos resultan operativos de conformidad a lo estipulado en el art. 16 de la Constitución.

Complementa el bloque de protección, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobado por Ley 26378, la cual, por Ley 27044 (B.O. del 22/12/2014) posee jerarquía constitucional.

El propósito de ella 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" (art. 1º). En este orden, el Estado se comprometió a adoptar -entre otras- todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella (art. 4º, inc. "a").

Específicamente el art. 25 de la citada Convención prescribe que los Estados Partes "reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad" y que "adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud". Así, deben proporcionar "los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluida la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores".

7º) Que en igual orden de consideraciones, y con particular referencia al caso de autos, el interés de un menor debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos de gobierno (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta norma 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 (esta Corte, Tomo 99:185, entre otros).

\_\_\_\_\_ Sentado ello, es dable concluir que los agravios de la apelante carecen de sustancialidad, resultando insuficientes para conmover lo decidido en la sentencia recurrida.

\_\_\_\_\_ 8°) Que finalmente, en relación a las costas impuestas al apelante, este Tribunal tiene dicho que, en materia de costas en los procesos de amparo, el art. 87 de la Constitución Provincial nada ha previsto, por lo que es de aplicación el noveno apartado de ese precepto, en cuanto expresa que "todas las contingencias procesales no previstas en este artículo son resueltas por el juez del amparo con arreglo a una recta interpretación de esta Constitución". Tratándose el amparo de un trámite indiscutiblemente bilateral y contencioso, con una parte actora y otra demandada, aquella facultad de los jueces interpretada rectamente como dice la Constitución, lleva a aplicar, en materia de costas, la regla procesal del art. 67 del C.P.C.C., que las hace soportar al perdedor, siguiendo el principio objetivo de la derrota, no en calidad de sanción sino como reconocimiento de los gastos que se ha visto obligado a afrontar el vencedor (esta Corte, Tomo 195:999; 206:573, entre otros).

\_\_\_\_\_ En tal sentido, se ha sostenido que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, 13/6/89, RepED., 24-254, N° 5, citada por Loutayf Ranea, Roberto G., en "Condena en costas en el proceso civil", Astrea, 2000, 1ª Ed., pág. 44; esta Corte, Tomo 210:495).

\_\_\_\_\_ Entendida así la cuestión, surge evidente que ante el incumplimiento del programa "Incluir Salud" del Ministerio de Salud de Salta de otorgar a la accionante los elementos prescriptos, debió recurrir a sede judicial a fin de que se garanticen los derechos lesionados de su hijo. Razón por la cual, este agravio tampoco puede prosperar.

\_\_\_\_\_ 9°) Que en consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 67 del C.P.C.C.).

\_\_\_\_\_ Por ello,

\_\_\_\_\_ **LA CORTE DE JUSTICIA,** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **RESUELVE:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I. **RECHAZAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 102/105 por la Provincia de Salta y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 82/85. Con costas.

\_\_\_\_\_ II. MANDAR que se registre y notifique.

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