



**Ministerio Público de la Nación**

EXpte.: CIV 51744/2015

AUTOS: “M [REDACTED] N [REDACTED] H [REDACTED] C/ MEDICUS SA S/ INCUMPLIMIENTO DE PRESTACIÓN DE OBRA SOCIAL / MED. PREPAGA”

JUZGADO: 6

SECRETARÍA: 11

Señor Juez:

Viene esta litis al conocimiento de la Fiscalía Nº6, a mi cargo, en atención a la constitucionalidad planteada a fs. 30vta./34 (v. fs. 465).-

I.- N [REDACTED] H [REDACTED] M [REDACTED], deduce demanda contra Medicus SA a fin de obtener el reintegro de los gastos en los que incurrió a raíz de la negativa de la accionada a brindarle la cobertura de la intervención quirúrgica de “By Pass Gástrico” (o Cirugía Bariátrica), que fuera prescripta por sus médicos tratantes y que debió afrontar de su propio peculio; así como los daños que la conducta de la accionada le causó.-

Indica que la denegatoria de Medicus se fundó en la circunstancia de que al actor no cumplía los criterios de inclusión

establecidos en la Resolución MS 742/2009 en tanto ésta dispone que “*Podrán acceder al tratamiento quirúrgico los pacientes que cumplan los siguientes: Criterios de inclusión 1. Edad de veintiuno (21) a sesenta y cinco (65) años*” (Anexo I, pto. 4.1.); siendo que el Sr. M█ –al momento de efectuar su solicitud– contaba con 70 años de edad.-

A raíz de ello, impugna la citada Resolución con fundamento –entre otros– en que vulneraría el derecho a la vida que se encuentra garantizado tanto por la Constitución Nacional (CN) cuanto por diversos Tratados de Derechos Humanos; así como el derecho a la salud, siendo éste un corolario de aquél y reconocido implícitamente dentro del art. 33 de la CN (v. fs. 27/38; en esp. pto. III de fs. 30vta. y sgtes.).-

II.- Así descripta brevemente la cuestión, corresponde puntualizar, que existe un reconocimiento expreso al derecho a la salud a partir de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** de 1948, cuando regula que “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial... la asistencia*



## **Ministerio Público de la Nación**

*médica y los servicios sociales necesarios".* No primó la postura de la Unión Soviética que en el debate sostuvo que era totalmente vago hablar de ese derecho, pues no era fácil saber cómo se ejercitaba, y que por ello se hacían necesarias mayores especificaciones (D.U.D.H., art. 25). Por su parte, el art. 12 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** estipula: “*1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”* (ley 23.313).-

En el ámbito regional también se reguló el tema. Si bien el Pacto de San José de Costa Rica no contiene ninguna

norma específica respecto al derecho a la salud, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** de 1948 expresa en su art.11 que “*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”.-

La reforma de 1994 ha dado jerarquía constitucional a los tratados internacionales mencionados, incorporando el derecho a la salud como reflejo del avance de los derechos humanos en el constitucionalismo social, es por ello que no se limita la protección del derecho a la salud a la abstención de daño, sino que exige prestaciones de dar y de hacer que encierra en definitiva la provisión de terapias y medicamentos (BIDART CAMPOS, GERMAN J. “Manual de la Constitución Reformada”, T II, pág.107).-

En este sentido el Alto Tribunal ha expresado que “*lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del*



## **Ministerio Público de la Nación**

*derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de 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 privada”(cfr. In re “Campodónico de Beviacqua” Fallos 323:3229, el subrayado es mío).-*

III.- De otro lado, corresponde señalar que la enfermedad que aqueja al actor (Obesidad Mórbida Grado III; v. fs. 16), ha merecido diversas consideraciones por parte de la **Organización Mundial de la Salud** (OMS). Así, define al sobrepeso y la obesidad como una acumulación anormal o excesiva de grasa que puede ser perjudicial para la salud. En los adultos, se entiende que existe obesidad cuando el índice de masa corporal (IMC) es igual o superior a 30 y su causa fundamental obedece a un desequilibrio energético entre calorías consumidas y gastadas. Asimismo, un IMC elevado es un importante factor de riesgo de enfermedades no transmisibles como las cardiovasculares, diabetes, trastornos del aparato locomotor y

algunos cánceres. Esa Organización ha creado el Plan de acción mundial para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles 2013-2020, que tiene por objeto cumplir los compromisos de la Declaración Política de las Naciones Unidas sobre las Enfermedades No Transmisibles y contribuirá a realizar avances en nueve metas mundiales relativas a las enfermedades no transmisibles que deben alcanzarse no más tarde de 2025, incluida la detención del aumento de la obesidad mundial para coincidir con las tasas de 2010 (v. [www.who.int](http://www.who.int)).-

Me importa –también- ponderar que en la Reunión de Ministros de Salud del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) llevada a cabo en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 4 de diciembre de 2009, en la que se aprobó la “*Estrategia MERCOSUR de Nutrición para la Salud y Seguridad Alimentaria y Nutricional*” y el “*Plan de Acción a Corto Plazo*” (**Acuerdo 8/2009**), se puso de manifiesto que “*La malnutrición en todas sus formas sobrecarga no solamente a los sistemas de salud nacionales, sino a toda la estructura cultural, social y económica de las naciones, y es el mayor impedimento para la concretización del potencial humano.... El entendimiento de que la alimentación*



## **Ministerio Público de la Nación**

*y nutrición constituyen requisitos básicos para la promoción y protección de la salud, posibilitando la afirmación plena de los derechos, del potencial de crecimiento y desarrollo humano con calidad de vida, fundamenta la construcción de políticas de alimentación y nutrición articuladas con la seguridad alimentaria y nutricional de los países” (Anexo. Introducción).-*

No huelga señalar que en la **Reunión de Ministros de Salud de las Américas**, llevada a cabo en la Ciudad de México el 25 de febrero de 2011, se formuló una Declaración Ministerial sobre “*Prevención y Control de las Enfermedades Crónicas no Transmisibles y la Obesidad*”. Allí se promovió el acceso, prevención, tratamiento y cuidado para un manejo integral costo-efectivo de las Enfermedades Crónicas no Transmisibles (ECNT) que incluye -entre otros- el incremento al acceso a medicamentos costeables, seguros efectivos y de buena calidad; conscientes de que la vigilancia es clave para combatir efectivamente las ECNT. Se comprometieron a fortalecer los sistemas nacionales de información en salud, en la medida que sea necesario, y el monitoreo de las enfermedades no transmisibles y factores de riesgo relacionados.-

Por su parte, el **Documento Bioético N° 374** adoptado por la 62 Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (AMM) en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15 de octubre 2011, sobre la “*Carga Global de las Enfermedades Crónicas*”, indica que se espera que en los próximos años aumente la prevalencia y el costo de las enfermedades crónicas. Debiendo las naciones promover la investigación para prevenirlas y tratarlas, y los médicos promover un enfoque de equipo para el manejo de esas enfermedades que asegure la continuidad de la atención de los pacientes.-

En la Reunión de Ministerios de Salud llevada a cabo en Porto Alegre, República Federativa del Brasil, el 15 de noviembre de 2012 se desarrolló un proyecto de cooperación técnica para la prevención de la obesidad entre los estados partes del MERCOSUR (**Acuerdo 8/2012**). En la que tuvo lugar en Asunción, República del Paraguay, el 15 de junio de 2018 el Señor Viceministro de Salud de nuestro país puso de resalto que la obesidad es una **epidemia**, destacando su gravedad (**Acta 1/2018**).-



## **Ministerio Público de la Nación**

IV.- En el plano de la normativa local, corresponde precisar que la **Ley 26.396** que declara de interés nacional la prevención y control de trastornos alimentarios, incluye a la obesidad dentro de estos trastornos (art. 2º). Incorpora al Plan Médico Obligatorio (PMO) la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios (art. 15). Asimismo, establece que la cobertura que deberán brindar las empresas de medicina prepaga – además de las obras sociales- incluirá los tratamientos médicos necesarios: nutricionales, psicológicos, clínicos, **quirúrgicos**, farmacológicos; así como todas las prácticas médicas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral (art. 16).-

Por su parte, la **Resolución 742/2009**, aprueba e incorpora al PMO un conjunto de prestaciones básicas esenciales para la cobertura de la obesidad en pacientes -que se encuentran detalladas en el Anexo I- y se agregan a las ya establecidas en ese Programa (art. 1º). Ahora bien, de la lectura de la enumeración efectuada por el Ministerio de Salud (MS), surge que los tratamientos quirúrgicos se brindarán a aquellas personas que cuenten con un índice de masa corporal igual o mayor a  $40 \text{ kg/m}^2$

y tengan –entre otros- entre 21 a 65 años de edad (Anexo I, pto. 4.1).-

Con posterioridad, la **Resolución 1083/2009** que aprueba la “*Estrategia Nacional para la Prevención y Control de Enfermedades no Trasmisibles*” y el “*Plan Nacional Argentina Saludable*” pone de relieve que las enfermedades no transmisibles -incluidas las enfermedades cardiovasculares, la diabetes, la obesidad, ciertos tipos de cáncer- y determinados factores externos son los que originan más del 60% de las muertes en el mundo; siendo la principal causa de muerte y discapacidad en nuestro país. En dicha resolución se fijaron una serie de pautas de reorientación de los servicios de salud por medio de un manejo integrado de enfermedades crónicas en el sistema de atención y cuyo objetivo es “*Facilitar y apoyar las capacidades y las competencias del sistema de salud para el manejo integrado de las enfermedades crónicas y sus factores de riesgo*”. Allí se reconoce que “...*la prevención y el control de las enfermedades crónicas exigen un contacto a largo plazo de los pacientes con servicios accesibles de atención primaria de salud, que funcionen conforme a estrictas normas de atención y prácticas óptimas. La*



## **Ministerio Público de la Nación**

*prevención integrada incluye las intervenciones que prevengan y a la vez reduzcan un conjunto de factores de riesgo comunes modificables. Además, el control de las enfermedades crónicas requiere una integración de los servicios mediante el fortalecimiento de los sistemas de derivación de casos y la relación entre los niveles primarios, secundarios y terciarios de atención. Un control apropiado también debe abarcar la prevención, el tamizaje y la detección temprana, así como el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación. Esto significa poder acceder a servicios de salud de calidad, con inclusión de los servicios de diagnóstico y la posibilidad de obtener los medicamentos esenciales” (Anexo I, la negrita es mía).-*

También merece consideración lo dispuesto en la **Resolución 732/2016** que crea el “*Programa Nacional de Alimentación Saludable y Prevención de la Obesidad*” y determina que el control de la obesidad requiere un abordaje desde sus determinantes multidimensionales para poder elaborar intervenciones efectivas dirigidas al individuo a fin de generar hábitos saludables, pero aún más para establecer políticas que

modifiquen el contexto obesogénico que constituye el principal condicionante de esta **epidemia** (Anexo I).-

V.- De la reseña normativa efectuada precedentemente puede colegirse que la obesidad es una de las ECNT que provocan mayor cantidad de muerte y discapacidad en la población; calificándola los expertos como una **epidemia** que requiere tratamientos médicos preventivos, paliativos y curativos; y que se encuentra -desde hace varios años- en la agenda de la política sanitaria nacional e internacional.-

Así, ha quedado plenamente acreditado que la voluntad del legislador argentino ha sido que la cobertura que deberán brindar las empresas de **medicina prepaga** respecto de esas enfermedades, incluye –reitero- los tratamientos médicos, nutricionales, psicológicos, clínicos, **quirúrgicos**, farmacológicos; así como todas las prácticas médicas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral (art. 16, cit. Ley 26.396), sin haber efectuado salvedad alguna ni incluido requisitos de accesibilidad.-

De ello, surge que la reglamentación de la ley 26.396 aquí impugnada, constituye una norma incompatible con el



**Ministerio Público de la Nación**

espíritu -e incluso con el texto- de la ley que pretende reglamentar, en tanto se opone a la declaración formulada en el citado art. 16 estableciendo requisitos que la propia norma no dispone.-

En efecto, opino que el MS ha incurrido en exceso reglamentario, máxime cuando el órgano dotado de potestad reglamentaria no se encuentra habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que desvirtúen el espíritu de la norma que reglamenta; debiendo la misma ser razonable a su finalidad (v. Fallos 308:1897; 313:433, entre otros).

Tales límites jurídicos previstos para la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo, son aplicables a otros órganos de la Administración, según tiene establecido el Alto Tribunal, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (Fallos 323:620 y sus citas).-

Desde otro punto de vista, la condición de edad establecida en el pto. 4.1 del Anexo de la Resolución MS 742/2009 no guarda relación con las circunstancias que fueron

tenidas en consideración para su dictado, en tanto allí se pone de manifiesto que varias de las prácticas y tratamientos que forman parte del tratamiento de la obesidad ya están incluidas en el PMO -entre los que se encuentra la cirugía bariátrica- y que se torna necesario incorporar **otras** prácticas y tratamientos destinados a pacientes con obesidad con comorbilidades y obesidad mórbida; lo que a todas luces se contradice con los requisitos añadidos en el mencionado Anexo.-

En este mismo sentido, corresponde señalar que por amplio que se considere el ámbito de autonomía que el Poder Ejecutivo (MS) puede ejercer -por ser la Autoridad de Aplicación de la ley 26.396- cabe tener presente que el poder de reglamentar no llega nunca a consentir la desnaturalización del derecho (Fallos 300:1167; 306:1311; 316:3104, considerandos 7º y 8º; 318:189, considerando 8º y doctrina de Fallos 292: 517; 306:1694 y 311:506, entre otros), principio cuya observancia corresponde extremar cuando el poder administrador ingresa en un ámbito propio de la competencia legislativa, como lo es el de determinar la población “apta” para recibir las prestaciones de salud establecidas en esa ley.-



## **Ministerio Público de la Nación**

También, por extensas que se juzguen las atribuciones conferidas al MS en la Ley de Trastornos Alimentarios –que se encuentran taxativamente establecidas en los arts. 4, 6, 7, 8, 10, 13, 18, 20 y 21- ellas no alcanzan para desnaturalizar el derecho a la salud del actor, mediante su simple arbitrio de establecer un rango etario pasible de recibir determinada prestación médica.-

Lo decidido por el Poder Ejecutivo, en el sentido de que la población apta para recibir la prestación de “*by pass gástrico*” es aquella que se encuentra comprendida entre los 21 y 65 años de edad, desvirtúa el espíritu de la ley al instituirlo como autoridad de aplicación, pues tal limitación determina que algunas franjas etarias carezcan del derecho a obtener la cobertura médica específicamente contemplada en el PMO. En efecto, los decretos reglamentarios si bien pueden establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que no hayan sido contemplados por el legislador expresamente, deben necesariamente ajustarse al espíritu de la norma que reglamentan; es decir ajustarse razonablemente a la finalidad esencial que ella persigue; circunstancia que no se verifica en la especie.-

VI.- Considero así, que el MS ha incurrido en exceso reglamentario, lo que se configura cuando una disposición de ese orden desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu o finalidad, contrariando de tal modo la jerarquía normativa, lo que lleva invariablemente a la invalidación de la norma cuestionada.-

Por todo lo expuesto, opino que VS debe hacer lugar a la inconstitucionalidad articulada en el pto. III de fs. 30vta. y sgtes.-

Dejo así contestada la vista conferida por el Tribunal.-

Fiscalía N°6. Buenos Aires,

de mayo de 2019.-