



Defensoría del Pueblo de la Nación

2024 - Año de la Defensa de la Vida, la Libertad y la Propiedad

Resolución

Número:

Referencia: RESOLUCIÓN N° 00038/24 - ACTUACIÓN N° 6906/24 - [REDACTED] - s/presunto incumplimiento del PMO / Diabetes - EX-2024-00042138- -DPN-RNA#DPN - RESOLUCIÓN N°

VISTO la Actuación N° 6906/24, caratulada: "[REDACTED] sobre presunto incumplimiento del PMO - Diabetes", EX-2024-00042138- -DPN-RNA#DPN, y;

CONSIDERANDO:

Que, el 22 de mayo de 2024 se presentó el [REDACTED], quien ha recurrido a esta INDH para denunciar que su prepaga -OSDE- no le garantizaba la cobertura integral -100%- de la medicación necesaria para tratar su patología -obesidad-.

Que, tal como lo acreditó con la documental acompañada en su presentación, es una persona de 63 años que, además de padecer obesidad y tener un índice de masa corporal de 35,2 kg/m², posee un cuadro asociado a síndrome de apneas obstructivas severas tratado en forma domiciliaria con un generador de presión positiva continua, hipertensión arterial resistente a monoterapia, dislipemia que no se controla con dosis bajas de estatinas y canal estrecho lumbar L2-3 y L3-4 que cursa con severa atrofia del miembro inferior izquierdo pero que por su sobrepeso no puede intervenir hasta la corrección parcial de su obesidad clase 2. El [REDACTED] manifiesta además ser titular de un certificado único de discapacidad, de tipo visceral.

Que, como se ha dicho, entre otras patologías posee diagnóstico de obesidad clase 2 y, siendo que múltiples estrategias dietoterápicas han fracasado, su médico tratante, el [REDACTED], consideró indispensable un descenso sustancial de su peso. A ese fin le indicó comenzar con la administración de semaglutide en concentración de 0,25 - 0,5 mg hasta alcanzar la dosis terapéutica promedio de 2,4 mg/semana aproximadamente. Sin embargo, la prepaga rechazó la cobertura integral de su provisión.

Que, tomando en consideración que al momento de presentar su queja sólo se le hacía un reconocimiento parcial del 40% del costo del medicamento y a partir de no poder acceder a su medicación en razón del alto precio que debía pagar, es que el interesado decidió presentarse ante esta INDH a fin de conocer si sus derechos como usuario de OSDE habían sido vulnerados y, en su caso, requerir su pronto restablecimiento.

Que, con la denuncia efectuada por el interesado y luego de analizar la documentación aportada, esta Defensoría envió un pedido de informes a la prepaga a través de la Nota NO-2024-00063380-DPN-SECGRAL#DPN el 29 de julio de 2024, a fin de que informara: los motivos por los que había rechazado la cobertura del 100% de la semaglutida, tomando en consideración que se trataría de una persona con discapacidad cuya obesidad incide en otros factores de riesgo que alteran gravemente su calidad de vida, cuáles habían sido los fundamentos por los que restringió la cobertura de la droga indicada por un profesional

de la salud de su propio staff y si existía algún trámite que el interesado pudiera realizar a fin de que se le provea la droga correspondiente.

Que, debido a la falta de respuesta ante dicho requerimiento, resultó necesario remitir al agente de salud con fecha 21/08/24 un nuevo pedido de informes mediante Nota NO-2024-00072713-DPN-SECGRAL#DPN reiterando lo solicitado previamente.

Que, a raíz de ello, el 22 de agosto de 2024 esta INDH recibió la respuesta de la prepaga, quien se manifestó en los siguientes términos: "...Ante todo, le informamos que OSDE, como Agente de Seguro de Salud, se encuentra obligado a brindar a sus beneficiarios la cobertura de las prestaciones establecidas en la normativa vigente (en particular el Programa Médico Obligatorio -PMO- actualmente vigente -conf. Resolución 1714/07 del Ministerio de Salud, Resolución 310/04, Ley 24.901, sus modificatorias, complementarias y concordantes), en la cual no se encuentra contemplada la cobertura del medicamento en cuestión. Sin perjuicio de lo expuesto, le informamos que el medicamento requerido se encuentra aprobado por la ANMAT solamente para el tratamiento de la diabetes 2, sin embargo, cabe reiterar que dicha medicación aún no fue incluida en el Programa Médico Obligatorio, por lo que esta Organización pone a disposición la cobertura del 40% de su costo como cobertura superadora a la normativa vigente únicamente para aquellos beneficiarios con diagnóstico de diabetes avanzada y diabetes insulino tratados. Es de destacar que no surge de los registros de esta obra social que el reclamante se encuentre empadronado de tal forma. En igual sentido, cabe poner de resalto que, aquellos medicamentos que esté directamente relacionados con la patología discapacitante del beneficiario, tendrán cobertura del 100% de su costo, los restantes se registrarán según lo establecido por la Res. 310/2004 SSS. Conforme lo evaluado por la asesoría médica de la obra social, el medicamento solicitado no guarda relación directa con el certificado correspondiente. De acuerdo a lo hasta aquí informado, no podremos acceder a la cobertura del medicamento requerido por el [REDACTED]. Por lo expuesto, actuando esta Organización dentro del marco legal que regula su actividad y en cumplimiento de las obligaciones a su cargo, solicitamos se tenga por contestado el traslado y se rechace la denuncia interpuesta contra esta Entidad por los fundamentos señalados...".

Que, previo a continuar con el desarrollo del presente pronunciamiento, corresponde detenernos en el análisis de la respuesta brindada por el agente de salud.

Que, sobre este último aspecto, puede verse en el Vademécum Nacional de Medicamentos de la ANMAT, disponible en <https://servicios.pami.org.ar/vademecum/views/consultaPublica/listado.zul>, y en el Boletín de Disposiciones de la ANMAT, disponible en <https://boletin.anmat.gob.ar/index.asp>, que la especialidad medicinal Wegovy®, conteniendo semaglutida como ingrediente farmacéutico activo, es decir, el principio activo indicado por el médico tratante del [REDACTED], se encuentra registrado por la autoridad sanitaria nacional para su uso en la patología que aqueja al interesado. En efecto, según establece la Disposición ANMAT N° 5591/23 publicada en https://boletin.anmat.gob.ar/julio_2023/Dispo_5591-23.pdf, el producto Wegovy® está indicado en combinación con una dieta reducida en calorías y un aumento de la actividad física para el control del peso, incluyendo pérdida de peso y mantenimiento del peso, en adultos con un índice de masa corporal (IMC) inicial de $\geq 30 \text{ kg/m}^2$ (obesidad), o $\geq 27 \text{ kg/m}^2$ a $< 30 \text{ kg/m}^2$ (sobrepeso) en presencia de al menos una comorbilidad relacionada con el peso, por ejemplo, alteraciones de la glucemia (prediabetes o diabetes mellitus tipo 2), hipertensión, dislipidemia, apnea obstructiva del sueño o enfermedad cardiovascular.

Que, si bien el producto anteriormente mencionado, Wegovy®, se encuentra registrado ante la ANMAT, el mismo aún no se encuentra comercialmente disponible en nuestro país. Sin embargo, sí se encuentra registrado y autorizado para su comercialización el producto Ozempic®, conteniendo idéntico principio activo (semaglutida) que la especialidad medicinal Wegovy®.

Que, en particular, preocupa a esta INDH que la prepaga considere que el medicamento prescripto por un profesional de la salud de su propio staff no deba ser objeto de una cobertura integral cuando en verdad, y tal como se ha mencionado anteriormente, la ANMAT lo ha aprobado para el tratamiento de la patología que padece el interesado.

Que, en razón de lo expuesto y atento la gravedad de la problemática denunciada es que corresponde que esta INDH se pronuncie sin más dilación pues se advierte que las consecuencias de la falta de acceso al

tratamiento farmacológico prescripto ponen en riesgo la calidad de vida del interesado.

Que, previo a todo corresponde realizar algunas aclaraciones pertinentes acerca de la problemática denunciada, el estado de múltiple vulnerabilidad del [REDACTED] y las obligaciones que incumben a la prepaga.

Que, en dicho sentido es importante destacar que la Ley Nº 23.661 instituyó el sistema nacional de salud con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Que, con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirma su papel de conducción general del sistema.

Que, asimismo su objetivo fundamental es el de proveer, mediante acciones positivas, el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación.

Que, a su vez, dicho cuerpo normativo aclara que se consideran agentes del seguro a las entidades que adhieran al sistema que se constituye.

Que, cabe precisar, las empresas de medicina prepaga, entre ellas OSDE, son uno de los agentes del seguro de salud comprendido en el art.1º de la Ley Nº 23.661, pues ello se desprende del art. 1º de la norma que crea el marco regulatorio de la medicina prepaga -Ley Nº 26.682- y como tal, además de cumplir con las obligaciones que emanan de dicha Ley, deben adecuar su conducta a los postulados de las leyes anteriormente mencionadas.

Que, una interpretación restrictiva, como la que realiza OSDE de la Resolución SSSalud Nº 310/04 y Resolución MS Nº 201/2002, no sólo va en contra del espíritu y los objetivos para los cuales se han constituido las empresas de medicina prepaga sino que, además, no resulta razonable por dejar sin cobertura integral a un paciente que se encuentra diagnosticado con una enfermedad que, de no tratarla adecuadamente, solo incrementará las chances de deteriorar su salud y con ello su calidad de vida; máxime si se toma en cuenta que el incorrecto abordaje de la obesidad ocasiona un deterioro progresivo en diferentes sistemas de órganos por los cuales las intervenciones en tiempo oportuno sin limitaciones ni interrupciones, permitirán una mejor calidad de vida a futuro.

Que, también preocupa a esta INDH que la prepaga considere que la norma existente no contempla la cobertura al 100% de la medicación, desconociendo así que el P.M.O. es un piso prestacional y no un techo.

Que, en relación al P.M.O., el mismo es un programa que contiene el conjunto de prestaciones médicas a las que tiene derecho todo beneficiario de la seguridad social y todo asociado de la medicina prepaga.

Que, el P.M.O. vio la luz por primera vez para los agentes nacionales del seguro de salud en 1996 con el Decreto Nº 492/1995. A partir de allí la máxima autoridad sanitaria nacional expidió la Resolución Nº 247/1996 que aprobó la primera versión del referido P.M.O., estableciendo el Programa Mínimo de Prestaciones y Prácticas Médicas obligatorias que debían otorgar a los agentes del seguro de salud.

Que, dado que dichas normas sólo hacían referencia a las Obras Sociales Nacionales, por intermedio de la Ley Nº 24.754, esta obligación de brindar coberturas y prestaciones mínimas se hizo extensiva a empresas de medicina prepaga, aclarándose que las mismas debían otorgar a sus asociados "idéntica cobertura mínima obligatoria" que las brindadas por los agentes del seguro de salud a sus afiliados; es decir, las contenidas en la Resolución Nº 247/1996.

Que, el PMO, en su carácter de canasta básica de prestaciones, es un concepto dinámico que debe ir actualizándose y robusteciéndose con motivo de los nuevos desarrollos tecnológicos y las necesidades de la población. Es por ello que fue mutando y ampliándose a través de distintas normas de diverso rango jerárquico.

Que, la tecnología y las ciencias médicas y farmacéuticas avanzan rápidamente en el tratamiento de diversas

enfermedades y la normativa que regula las prestaciones médicas y farmacológicas a cargo de las obras sociales y empresas de medicina prepaga resultan muchas veces atrasada e insuficiente, de lo cual se deriva la insoslayable consideración del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) como un piso básico y mutable de prestaciones, que se nutre de las nuevas técnicas y tiene un fin integral que supera el mero sufragio económico de la práctica médica.

Que, en línea con los preceptos constitucionales e instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos incorporados a nuestro texto constitucional, todos ellos tuitivos del derecho a la salud de la totalidad de los habitantes de la Nación, un agente de salud no podría denegar la cobertura de una prestación, en particular una prestación de índole farmacológica, bajo el pretexto de que dicha terapéutica no se encuentra incorporada a un listado no taxativo, de cobertura mínima y que no establece limitaciones ante la necesidad vital de los pacientes de acceder a nuevos productos más seguros y eficaces para tratar las patologías que los aquejan, máxime cuando las indicaciones de tales productos se encuentran avaladas por la autoridad regulatoria rectora de la materia en el ámbito nacional, como resulta ser el caso de la droga “semaglutida” para la obesidad.

Que, la jurisprudencia se ha manifestado en numerosas oportunidades sobre la cuestión, siendo pacífica la inteligencia adoptada para resolver las cuestiones en que se ventilaban problemáticas en torno a coberturas medicamentosas de especialidades medicinales no contempladas en el Programa Médico Obligatorio. En tal sentido, se tiene dicho que “...cuando se descubre una medicación o droga nueva o eficaz para calmar los dolores más crueles de una enfermedad terminal, resulta manifiestamente inaceptable que los prestadores de salud se nieguen a proporcionarlas a sus afiliados invocando como pretexto, que todavía no las han incorporado a sus vademécum o no han sido incluidas en el PMOE...” y que “...el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima, debajo de la cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, más no necesariamente conforma su tope máximo...”. (“G., G. P. c/Staff Médico” - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala M, 06/12/2011).

Que, en el mismo sentido se ha pronunciado en autos “G. I., T. c/Swiss Medical S.A. s/sumarísimo” Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, con fecha 07/07/2013, donde se pretendía la cobertura del 100% para un tratamiento aprobado por la ANMAT pero no incluido en el P.M.O. tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la provisión del medicamento especificándose que la cobertura brindada por el P.M.O. debe ser considerada un “piso prestacional”.

Que, a mayor abundamiento cabe mencionar lo decidido más recientemente por la Cámara Federal de Rosario, Sala A, en los autos “T., N. A. c/Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/Amparo contra actos de particulares”: “...No resulta ocioso recordar que, conforme se ha sostenido en reiterados fallos de esta Cámara Federal de Apelaciones a fin de fundar la ampliación de cobertura, el Plan Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga deben garantizar, lo cual no constituye una limitación para los agentes de salud sino que se trata de una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales y que contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional, debajo del cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, mas no necesariamente conforma su tope máximo...”.

Que, en el mismo sentido, la Sala E de la Cámara Nacional Civil dijo en los autos “B., C. A. c/Sistema de Protección Médica S.A.” de fecha 24/06/2005, que “...Las prestaciones que se reconocen como obligatorias en el PMO no constituyen un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico, la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de “calidad de vida” que es esencialmente cambiante...”.

Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expedido sobre la cuestión al afirmar que “... Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el P.M.O., pues el enfoque restrictivo que subyace en la decisión, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y al someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen

propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal...". (Fallos 337:471).

Que la aludida doctrina del "piso prestacional" y la inteligencia sostenida mayoritariamente en las decisiones jurisprudenciales más arriba citadas son plenamente aplicables a la prepaga OSDE al ser dicha empresa uno de los agentes del seguro de salud comprendido en el art.1º de la Ley Nº 23.661 y como tal, está obligada al cumplimiento de las disposiciones que emanan de la norma que lo crea y, además, a adecuar su conducta a los postulados de las leyes anteriormente mencionadas.

Que, además debe tenerse en cuenta que concurre con su condición de persona diabética con obesidad y también, con una patología cardiovascular que han motivado a su médico endocrinólogo a inclinarse por el tratamiento medicamentoso que aquí se reclama.

Que, por lo anteriormente expuesto y existiendo evidencia científica que avala el tratamiento, documentación clínica que acredita el uso de la droga y la orden de un médico endocrinólogo de la cartilla de la prepaga que indica esa droga para esa patología, no se encuentran motivos suficientes que permitan justificar la conducta de OSDE que solo ha contribuido a generar en el interesado temor e incertidumbre sobre el futuro de su tratamiento.

Que, como ha sido señalado en otras Resoluciones de esta INDH que involucran a empresas de medicina prepaga, al tratarse de problemáticas que se relacionan con la salud o la calidad de vida de una persona, lo que se pretende en cada uno de los pedidos de informes que se emiten es que se pongan en marcha mecanismos tendientes a la regularización de la cuestión presentada para evitar su agravamiento.

Que, además se busca en esta instancia de índole administrativa la posibilidad de que con las justificaciones y la evidencia aportada por la Defensoría del Pueblo se pueda arribar a una solución pronta que evite que deba ser ventilada en sede judicial donde lo único que se genera es un dispendio innecesario de la justicia y una pérdida de chance para la persona afectada quien, con motivo del paso del tiempo, puede poner en riesgo su vida o desmejorar considerablemente su salud.

Que, la negativa de OSDE, frente a un supuesto de políticas públicas claras de prestación, protección y recuperación de la salud en los términos del art. 2º de la Ley Nº 26.682, se muestra arbitraria en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y admite poner en funcionamiento la protección que ha creado nuestra norma fundamental a través de su art. 86.

Que, finalmente lo que se busca proteger es el derecho a la salud de una persona y para ello es indispensable conocer los alcances que dicho concepto tiene y cuál es su paraguas protector dentro del ordenamiento jurídico.

Que, en la especie se encuentra comprometida la salud e integridad física de una persona, que posee reconocimiento en la Constitución Nacional y los pertinentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella, de modo que ser resuelta teniendo en cuenta tanto el derecho interno como el convencional.

Que, la Organización Panamericana de la Salud en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud definió: "la salud es un estado completo de bienestar físico, mental, y social".

Que, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional, la salud ha sido reconocida como un derecho humano, inherente a la dignidad humana, de forma tal que este bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano, constituye un derecho fundamental. La dignidad es el fundamento de los derechos de los pacientes y del derecho a la salud.

Que, así ha sido reconocido por el Código Civil y Comercial de la Nación cuyo art. 51 reza: "...La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad."

Que, en definitiva, la dignidad constituye la fuente de todos los derechos y ello implica que ya no se puede hablar de persona o derechos a secas, sino de persona digna y de derechos que se desprenden de esa dignidad inherente a la persona.

Que, la Constitución Nacional reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental en su art. 42, estableciendo que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a la protección de su salud...”. Se infiere, además, este derecho del art. 33, y como corolario indispensable del derecho a la vida, que resulta base de todos los demás.

Que, adicionalmente, cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: “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. 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 (...) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Que, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido en el año 2000 su Observación General N° 14.

Que, en relación al derecho al acceso a los medicamentos, componente esencial del derecho a la salud, la Observación General mencionada en el considerando anterior establece algunos elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad de los bienes sanitarios, entre los cuales los productos farmacéuticos se destacan del resto de las tecnologías sanitarias disponibles por su enorme impacto en la salud de la población.

Que, merece ponerse de resalto, además, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido –en subsidio– asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes y, en este contexto, no puede dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del art. 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar – como competencia del Congreso de la Nación– “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.

Que, del plexo normativo descripto surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello –y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud– de tomar acciones positivas en su resguardo.

Que, por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su art. 25.1 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 médica y los servicios sociales necesarios...”.

Que, sobre este punto es de especial importancia el alcance dado por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre cuyo art. XVI dice: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Que, en ese orden de ideas no debe pasarse por alto la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentra el interesado por tratarse de una persona adulta mayor que ha cesado en su vida laboral activa y que, en dicha circunstancia, ha requerido que esta INDH tutele los derechos que considera han sido vulnerados por los agentes de salud.

Que, sobre la condición de persona adulta mayor la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, incorporada al ordenamiento jurídico interno de nuestro país a través de la Ley N° 27.360, ha dicho que persona mayor es aquella persona de 60 años o más. Por tal motivo, y dado que el [REDACTED] es una persona que supera dicha edad, automáticamente se constituye en titular de los derechos que esta Convención reconoce y que encuentran sustento en los principios de igualdad, no discriminación, bienestar, cuidado, seguridad física, económica y social, solidaridad, buen trato y

atención preferencial, entre otros.

Que, entre los derechos consagrados por la Convención merece especial mención el derecho a la salud, receptado en el art. 19, mediante el cual se establece que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación y que se debe proveer una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social, garantizando el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad, entre muchas otras medidas tuitivas.

Que, respecto de las obligaciones establecidas por el derecho convencional, el más alto Tribunal de la Nación tiene dicho que "...de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos..." (Fallos: 342:459; 341:1511).

Que, cabe recordar, también, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho", respecto del derecho a la salud como presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida: "...el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional..." (Fallo: 310:112).

Que, a los fines de proveer de criterios interpretativos sobre el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido en el año 2000 la ya citada Observación General N° 14 abordando las cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación de dicho Pacto.

Que, en relación al derecho al acceso a las prestaciones por discapacidad la Observación General mencionada en el considerando anterior establece algunos elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad de los bienes y servicios sanitarios, que resultan aplicables al caso que aquí se analiza.

Que, en la misma Observación General N° 14 el Comité reafirma lo enunciado en el párrafo 34 de su Observación General N° 5, en el que se aborda la cuestión de las personas con discapacidades en el contexto del derecho a la salud física y mental y, asimismo, subraya la necesidad de velar por que no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades.

Que, merece ponerse de resalto, además, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido - subsidiaria en el caso - asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes y, en este contexto, no puede dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del art. 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar –como competencia del Congreso de la Nación– "medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos".

Que, del plexo normativo descrito surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello –y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud– de tomar acciones positivas en su resguardo.

Que, respecto de las obligaciones establecidas por el derecho convencional, el más alto Tribunal de la Nación tiene dicho que "...De los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos..." (Fallos: 342:459; 341:1511).

Que, en tal sentido, existe en nuestro país un amplio, consolidado y específico marco normativo destinado a la protección integral de las personas con discapacidad.

Que, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPCD) considera que: "...Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás..."

Que, la Convención anteriormente referenciada se basa en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud -OMS-. Desde el enfoque de los derechos humanos, atiende a la capacidad/discapacidad funcional de la persona y a la incidencia de las barreras y obstáculos sobre su desempeño social y promueve la rehabilitación como el camino para superar las desventajas.

Que, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la OMS, define la discapacidad como un término genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación. Se entiende por discapacidad la interacción entre las personas que padecen alguna enfermedad y factores personales y ambientales.

Que, en relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales y convencionales se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares que brinden servicios públicos esenciales como lo es la salud.

Que, como norma integrante de dicho contexto jurídico, resulta pertinente mencionar la Ley N° 24.431, por la que se considera con discapacidad a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral, y por la cual se instituye un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas no discapacitadas.

Que, complementando la norma anteriormente mencionada, la Ley N° 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos y en cuyo ámbito de aplicación quedan comprendidas las entidades que brinden prestaciones sanitarias, quienes tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas por la ley.

Que, posteriormente mediante la Ley N° 26.378, se aprobó en el orden del derecho interno la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

Que, dicha Convención establece, en su artículo 25, 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 la rehabilitación relacionada con la salud, consagrando diversos principios que deben guiar dicho reconocimiento, tales como la gratuidad, la detección temprana y prevención, el consentimiento informado, la no discriminación y trato igualitario y principios bioéticos rectores en la materia.

Que, posteriormente, mediante la Ley N° 27.044, se otorgó jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pasando a integrar este instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el bloque de constitucionalidad conformado por nuestra Carta Magna y el resto de los instrumentos que poseen idéntica jerarquía.

Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316: 479, votos concurrentes).

Que, el respeto a los derechos humanos no es sólo una obligación que compete a los Estados, sino que las empresas también el deber de respetarlo independientemente de su tamaño, sector, o su carácter público o privado.

Que, es importante señalar que la Conducta Empresarial Responsable (CER) implica que las empresas contribuyen al desarrollo y al mismo tiempo, previenen y mitigan los impactos negativos que sus actividades, cadenas de suministro o relaciones comerciales puedan causar (o contribuir a causar) sobre las personas, el medioambiente y la sociedad.

Que, el desarrollo de los instrumentos sobre CER incluye la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, entre los que se encuentran los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y la Declaración Tripartita de la OIT.

Que, en particular, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se basan en la interrelación de tres pilares fundamentales: a) Proteger -el Estado tiene el deber de proteger los derechos humanos-. b) Respetar -las empresas tienen la obligación de respetarlos-. c) Y Remediar -deben existir mecanismos para acceder a la reparación.

Que, interesa aquí destacar sobre la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos y los principios que especialmente se han vulnerado en el caso.

Que, el Principio 13 “...exige que las empresas (...) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan”. En este sentido la exclusión de la cobertura del interesado bajo el argumento de que el medicamento prescripto no se encuentra contemplado en el Programa Médico Obligatorio, impacta negativamente sobre su derecho a la salud y se torna una conducta contraria a las interpretaciones que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Que, no debemos soslayar que como señalamos, los Principios Rectores imponen la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, y el Principio Rector 1 establece que deberán realizarlo ante las vulneraciones cometidas en su territorio/jurisdicción por terceros incluidas las empresas. Se ha evidenciado que la necesidad de la interesada de recurrir a esta INDH está relacionada con el ejercicio de sus derechos y con la obligación del Estado de tutelarlos cuando se vean amenazados o sean vulnerados.

Que, la necesidad del interesado de recurrir a esta Defensoría como usuario de los servicios médico-asistenciales de la prepaga OSDE, radica en su convicción como ciudadano de que se respeten los derechos que le asisten y que, en caso de verse amenazados o vulnerados, esta INDH pueda arbitrar los medios correspondientes para su pronto restablecimiento.

Que, sobre este último aspecto es dable recordar la importancia y necesidad de que la Defensoría del Pueblo de la Nación intervenga con sus señalamientos cuando advierta que cualquier persona física o jurídica, pública o privada tenga un comportamiento contrario a derecho y ponga en riesgo el respeto por los derechos humanos. Máxime si se trata de un servicio público esencial como es la salud.

Que, por imperio constitucional, es misión de esta INDH la protección y defensa de los derechos humanos de todos los habitantes de la nación, por lo que nada puede inducir a pensar que ese deber se encuentra circunscripto o delimitado por interpretaciones restrictivas. Caso contrario se desnaturalizaría la función del Defensor del Pueblo de la Nación y se caería en el riesgo de proteger a un sector de la población, dejando a su suerte a otro sector de acuerdo a su lugar de residencia o la persona que ha vulnerado sus derechos fundamentales; más allá de la ilicitud resultante.

Que, como se ha dicho anteriormente es misión de esta INDH perseguir el respeto de los valores jurídicos, cuya transgresión tornarían injustos los actos de la administración pública o de los particulares que prestan servicios públicos esenciales, y de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22. Repárese que es pauta de interpretación auténtica –preámbulo constitucional-: “afianzar la justicia”, por lo que mal podemos alejarnos de ese norte.

Que, la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379, la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Senado de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su Resolución N° 0001/2014 del 23 de abril de 2014, y notificación del 25 de agosto de 2015 que ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario General, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello;

EL SUBSECRETARIO GENERAL A/C
DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- RECOMENDAR a la EMPRESA DE MEDICINA PREPAGA OSDE, que en el más breve plazo posible arbitre los medios necesarios para que se otorgue cobertura integral -100%- del medicamento semaglutida al [REDACTED] durante todo el tiempo que su médico tratante lo establezca.

ARTÍCULO 2º.- Poner en conocimiento a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 3º.- Regístrese, notifíquese, comuníquese al interesado y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00038/24.-