

(Tomo 236: 113/134)

Salta, 23 de diciembre de 2020.

Y VISTOS: Estos autos caratulados **"D., N. S. EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJA MENOR R., G.M. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN"** (Expte. N° CJS 40.533/19), y

CONSIDERANDO:

Los Dres. **Pablo López Viñals, Sergio Fabián Vittar y Horacio José Aguilar**, dijeron:

1°) Que a fs. 150/153 vta. el demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 140/147 vta. que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la actora y lo condenó a: 1) continuar proveyendo, al 100 % de su costo, la leche medicamentosa "Nutrilon Pepti Junior" con la continuidad dispuesta por los médicos tratantes, por el término de un año a partir de la fecha de la resolución, sin perjuicio de su continuidad y/o sustitución y/o supresión según criterio de los profesionales encargados de la atención pediátrica de G.M.R.; y 2) al reintegro de las sumas abonadas por la amparista, desde el 22 de abril de 2019 a la fecha del dictado de la resolución, debiendo practicarse a tales efectos, nueva planilla de liquidación.

Para así resolver, el juez "a quo" consideró, luego de exponer el marco constitucional del derecho a la salud; de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y rememorar precedentes en la materia, que resultaba relevante para la suerte de la litis, el informe ambiental practicado en autos que dio cuenta, en lo sustancial, de la necesidad de la solicitante respecto de la cobertura total de la leche que por razones de salud le fue indicada a la niña.

Encontró la pretensión dentro del marco normativo dispuesto por Ley nacional 27305 -art. 1°- y el Programa de Salud, este último, desarrollado sobre la base de las estrategias de Atención Primaria de la Salud -en relación a lo cual mencionó las Leyes 24455 y 24091; los Decretos 1424/97 y 1193/98 y de las Resoluciones MsyAS 625/97, 301/99, 542/99 y 791/99-, especificando que el caso, se trata de una prestación incluida en el catálogo de prestaciones del Plan Médico Obligatorio.

Asimismo, y con cita de precedentes de esta Corte, entendió que la restitución de los gastos fue planteada como una pretensión accesoria del objeto principal del amparo, lo que justificaba la pertinencia de la vía y resultaba procedente admitir la pretensión de los valores denunciados y acreditados que no fueron controvertidos por el accionado.

En su memorial de agravios (v. fs. 150/153 vta.), el recurrente señala que la sentencia puesta en crisis carece de la debida fundamentación en tanto lo condena con argumentos escuetos e ínfimos.

Cuestiona que se omitió considerar lo establecido por la Ley provincial 8080, respecto de la cual, agrega, la propia actora planteó su inconstitucionalidad. Sobre este punto, señala que por expresa disposición del art. 2, la cobertura de la leche peticionada está reconocida en un 80 %, quedando el porcentaje restante -20 %- a cargo de los afiliados o de las empresas de coseguro. Postula que la actora debe asumir el copago al no contar con aquel tipo de cobertura.

En cuanto al reintegro dispuesto, se agravia por considerar que no corresponde a la vía intentada.

_____ Agrega que de acuerdo al principio de solidaridad contributiva que informa su régimen de aportes, se le exige una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas, por lo que debe proteger el derecho colectivo de sus afiliados. Indica que tiene la facultad de controlar y auditar los pedidos de cobertura, por lo que no debe ser considerado un mero espectador de los futuros pedidos que realice la amparista para su hija.

_____ A fs. 160/163 vta., la actora contesta el traslado conferido y solicita el rechazo de la apelación, con costas, por los fundamentos que allí expone.

_____ A fs. 174/175 vta. y 181/182 vta. se incorporan, respectivamente, los dictámenes de la Asesora General de Incapaces y de la señora Fiscal ante la Corte N° 2, coincidentes ambos en que corresponde rechazar el recurso de apelación.

_____ A fs. 183 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

_____ 2°) Que en numerosos precedentes esta Corte ha puesto de relieve el carácter esencial del derecho a la salud, máxime, a la luz del paradigma del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del hombre, a partir de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. De allí, que la normativa atinente a la salud deba interpretarse conforme el compromiso asumido por el Estado, es decir, 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, Fallos, 323:3229).

_____ 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 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. 33, 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud.

_____ 3°) Que cabe considerar además, que en el caso bajo examen se encuentra comprometido el derecho de una menor a la protección integral de su salud y, por consiguiente a una adecuada calidad de vida, derecho que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos de gobierno, pues el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño 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).

_____ 4°) Que en autos no se ha cuestionado la patología de la niña R.G.M., su carácter de beneficiaria de la obra social demandada, ni mucho menos, que la leche medicamentosa que le fuera prescrita por el médico especialista resulta indispensable para su alimentación dado el tipo de alergia que padece, y que su falta de provisión pone en riesgo su salud; aspectos todos éstos que han sido reconocidos por el demandado.

_____ La cuestión en debate se centra en el alcance de las prestaciones a cargo del I.P.S.S. y el porcentaje de cobertura, pues, mientras la actora pretende el reconocimiento total del costo de la

leche en los términos de la Ley 27305 y el reintegro de los gastos en que incurrió por la compra de ese alimento imprescindible, la obra social se apoya en la cobertura del 80 % que, según entiende, le corresponde asumir por disposición de la Ley provincial 8080. _____

5°) Que ante todo, cabe señalar que la norma invocada por el apelante debe ser interpretada armónicamente con las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico. _____

Así, no puede soslayarse en primer lugar, que al momento de interponer el amparo la niña se encontraba aún comprendida en el Plan Materno que dispone una cobertura integral al bebé hasta el año de vida. En efecto, dicho Programa reconoce que la atención del recién nacido hasta cumplir un año de edad tiene una cobertura al 100 % tanto en internación como en ambulatorio y exceptuado del pago de todo tipo de coseguros para las atenciones y medicaciones específicas. En este sentido establece que esa cobertura comprende las leches maternizadas o de otra clase, cuando medie una expresa indicación médica, con evaluación de la auditoría médica (1.1.2, del Anexo I, de la Resolución 201/2002). _____

En este marco, la pretensión de cobertura parcial que ensayó la obra social durante el primer año de vida de R.G.M. constituye una decisión arbitraria. _____

6°) Que en relación a la aplicación del art. 2° de la Ley provincial 8080, rememorando su texto, éste señala que el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) deberá incorporar como prestaciones obligatorias a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura de leche medicamentosa, sin límite de edad y con la correspondiente prescripción del médico especialista, para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV), así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas, sin perjuicio de las obligaciones que le corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al copago. _____

Al respecto, cabe recordar que tal como ha sostenido esta Corte, el I.P.S.S. ha adherido al Programa Médico Obligatorio fijado por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación en la Resolución 247/96, con exclusión expresa del sistema de coseguros (art. 4° inc. "a"). Así pues, la Ley 7127 le reconoce la facultad de establecer un "sistema de coseguros" en las prestaciones que brinda a sus afiliados (art. 4° último párrafo), por lo que en principio el porcentaje de cobertura por coseguro deberá ser afrontado por el afiliado, salvo que acredite que se encuentra imposibilitado económicamente y que esa situación coloca a su salud en un estado de riesgo que no pueda repararse. En ese supuesto el costo del coseguro debe ser afrontado por la obra social, como ha dicho esta Corte en forma reiterada (Tomo 119:299; 128:291; 131:133; 148:599; 156:899; 169:589, entre otros). _____

En la especie, queda sin impugnar el fundamento central que da sustento al fallo y refiere, precisamente, a la necesidad de la solicitante de una cobertura integral dado el informe ambiental practicado en autos -v. fs. 103/105-, que la coloca en una categoría de "nueva pobreza o pobres recientes", situación económica que le imposibilita afrontar el elevado costo de la leche indicada. _____

Pese a que ello no mereció cuestionamiento alguno por parte de la obra social, esta insiste en brindar una cobertura parcial de la prestación soslayando que en el caso, la amparista no cuenta con un coseguro, y que la leche ha sido señalada como vital para la preservación de la salud de la niña. _____

_____ Bajo tal presupuesto fáctico, la exigencia del pago a la afiliada como se pretende coloca a la salud de la niña -bien supremo a proteger- en un estado de riesgo que no alcanza a repararse con la solución propuesta. En efecto, ello importaría privar a R.G.M. de una alimentación adecuada conforme la patología que presenta y se verificaría un evidente menoscabo en su derecho a la salud, primer postulado que en esta ecuación de pretensiones, debe ser resguardado conforme la directiva del interés superior del niño ya referida. _____

_____ Las consideraciones efectuadas evidencian que, en el "sub lite", resulta ajustada a derecho la cobertura integral de la leche medicamentosa otorgada en beneficio de la parte actora por la obra social. _____

_____ 7°) Que en lo atinente al cuestionamiento vinculado con el reintegro de las sumas abonadas por la amparista, el demandado no esboza una crítica concreta y razonada, pues se limita a señalar que el proceso en curso no resulta la vía adecuada para el reclamo patrimonial efectuado, sin desvirtuar el fundamento dado en el fallo que sostuvo que se trata de una pretensión accesorio a la principal cuya procedencia se encuentra justificada, criterio que como quedó expuesto en el decisorio, es el sostenido por esta Corte (cfr. Tomo 224:179; 229:445, entre otros). _____

_____ Tampoco controvierte el demandado los valores mensuales denunciados y acreditados en las presentes actuaciones, ni los períodos por los que se admite el reembolso, quedando lo postulado despojado de una concreta queja al punto traído a examen. _____

_____ 8°) Que algo semejante ocurre con el argumento referido al principio de solidaridad contributiva tal como fue expuesto, en tanto no alcanza a erigir concretamente un agravio que conduzca a un análisis diferente de la solución jurídica a la que arriba el fallo. _____

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

_____ Las Dras. **Teresa Ovejero Cornejo, Adriana Rodríguez Faraldo**, los Dres. **Ernesto R. Samsón, Guillermo Alberto Catalano**, y la Dra. **María Alejandra Gauffin**, dijeron: _____

_____ 1°) Que por sus fundamentos adherimos a lo expresado en los considerandos 1° a 4°, 7°, 8° y 9° del voto que abre el presente acuerdo y compartimos la solución jurídica que allí se propone, y agregamos lo siguiente. _____

_____ 2°) Que en cuanto al alcance de las prestaciones a cargo del I.P.S.S. y al porcentaje de cobertura, tal como lo destacó el juez "a quo", la Ley 27305 establece la obligatoriedad de las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661 -entre otras- de incorporar como prestaciones obligatorias y de otorgar a sus afiliados o beneficiarios la cobertura integral de leche medicamentosa para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV) las que quedarán incluidas en el Programa Médico Obligatorio (art. 1°). _____

_____ A su vez, la Ley 8080 obliga al I.P.S.S. a incorporarla como prestación obligatoria, sin límite de edad y con la correspondiente prescripción del médico especialista, sin perjuicio de las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguros en lo relativo al copago (art. 2°). _____

_____ Bajo estas premisas, los agravios no logran rebatir las consideraciones efectuadas por el juez del amparo, quien analizó los antecedentes del reclamo, valoró el resultado del informe social de

fs. 103/105 y aplicó correctamente las normas que rigen la materia para concluir que le asiste a la actora el derecho a una cobertura integral de la leche medicamentosa para su hija.

En este marco, la interpretación que formula el apelante de la última parte del art. 2° de la mencionada ley provincial, es inadmisibles porque no está en armonía con las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico en la materia y además es restrictiva de los derechos que contempla la referida ley nacional, a la que adhiere la Ley 8080, a la vez que pone en riesgo la salud de la menor R.G.M. que debe ser garantizada en plenitud.

La Dra. **Sandra Bonari**, dijo:

1°) Que adhiero a lo manifestado en los considerandos 1° a 4° del voto que abre el presente acuerdo, así como a la solución jurídica que allí se propicia por los siguientes fundamentos.

2°) Que el apoderado de la obra social sostiene que el "a quo" al condenar al I.P.S.S. a dar cobertura del 100 % de la leche medicamentosa "Nutrilon Pepti Junior" soslayó la aplicación de lo dispuesto en el art. 2° de la Ley 8080, que prevé tal cobertura "sin perjuicio de las obligaciones que le corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago". Afirma que, en el caso, al no contar la amparista con coseguro, debe asumir a su costo el porcentaje (20 %) no cubierto por la obra social.

3°) Que en orden a resolver el agravio en análisis, corresponde recordar que el Congreso de la Nación el 19 de octubre de 2016 sancionó la Ley 27305 cuyo art. 1° dispone que "Las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral de leche medicamentosa para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV), así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas, las que quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO)". En el art. 5° se invita a las provincias a adherir a sus términos o a dictar normas de similar naturaleza.

En el orden provincial, por Ley 8080 (publicada en el B.O. N° 20.263 del 17/05/2018), la Provincia adhirió a la mentada ley nacional, y se estableció que "El Instituto Provincial de Salud de Salta deberá incorporar como prestaciones obligatorias a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura de leche medicamentosa, sin límite de edad y con la correspondiente prescripción del médico especialista, para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV), así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas, sin perjuicio de las obligaciones que le corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago" (art.2°).

Al emitir mi voto en el Expte. N° CJS 40.452/19 sostuve que la Ley 27305 es de orden público, y que, una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general y colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales sólo juega un interés particular.

_____ Toda ley imperativa es de orden público puesto que cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatoria y les veda a los interesados apartarse de sus disposiciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento. En conclusión: leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos (cfr. Borda, Guillermo Julio, "Concepto de ley de orden público", La Ley, 1950, Tomo 58, pág. 997).

_____ En la especie, analizado el texto de la Ley 27305, no surgen dudas de que se trata de una norma irrenunciable, imperativa, que en tal sentido no confiere a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras.

_____ Es que precisamente en este cometido de asegurar la "cobertura integral de leche medicamentosa para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV), así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas", el Estado asegura que no habrá obstáculos de índole económico que obstaculicen su suministro, incluyéndolo en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) como un régimen imperativo mínimo de asistencia médica, el que debe ser brindado por los agentes del seguro de salud y obras sociales comprendidos en las Leyes 23660, 23661 y 24455.

_____ En efecto, si se analiza la situación existente antes de la sanción de la Ley 27305, se puede advertir que el P.M.O. solo establecía la cobertura de leches maternizadas o de otro tipo con expresa indicación médica y hasta que el lactante cumpliera el año de edad (Resolución 201/2002, art. 1.1.2 del Anexo I).

_____ De tal modo, la Ley 27305 vino a ampliar sustancialmente la cobertura al garantizar el acceso a la leche medicamentosa a cualquier paciente (no solo al menor lactante) que padezca esta deficiencia inmunológica, en condiciones de igualdad, sin límite de edad y con el único requisito de presentar la prescripción del médico especialista que así lo indique.

_____ Por su parte, la Ley 8080 vino a regular -en el ámbito local- aquella norma nacional de orden público, y por lo tanto no puede interpretarse -sin riesgo de alterar sus claros términos de naturaleza imperativa- que el art. 2° al referir a "las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago" menoscaba dicha cobertura integral que incorpora la Ley Nacional como prestación obligatoria de todos los agentes que presten servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

_____ Las leyes han de ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado atento a las particulares circunstancias de la causa, pues la admisión de soluciones notoriamente injustas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (CSJN, Fallos, 255:360; 258:75; 281:146, entre muchos otros).

_____ De tal manera avalar la prestación circunscripta al 80 % a cargo del I.P.S.S. -tal como lo postula el apoderado de la obra social- viola los claros términos de una ley nacional de orden público.

_____ 4°) Que si bien lo expuesto constituye fundamento para desestimar el agravio del demandado, es menester analizar algunas cuestiones.

_____ Con la sanción de la Ley 27305 se tuvo en consideración también la situación de muchísimas mujeres, quienes debido al ritmo de vida y las múltiples obligaciones que asumen en la actualidad les resulta muy difícil, cuando no imposible, satisfacer la demanda alimentaria del niño exclusivamente en base a la lactancia materna, por lo que en muchos casos deben recurrir a la lactancia artificial, con el costo que ello implica. _____

_____ Ese fundamento que pone la mirada en la situación de las mujeres -no ya desde la óptica de los derechos del niño, cuya observancia resulta irrefutable- conlleva mi obligación de realizar el análisis del caso y arribar a una decisión en el marco de lo dispuesto por la Ley 27499, esto es con la mirada que genera una justa filosofía de vida: con perspectiva de género. _____

_____ La sanción de la ley "Micaela" al establecer la capacitación obligatoria para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en todos los niveles y jerarquía de los tres poderes del estado, tiene por finalidad garantizar el estricto cumplimiento de la Ley 26485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), y en lo que a éste Poder y a sus jueces respecta corresponde adoptar las medidas necesarias y ratificar en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones (art. 7°). _____

_____ De los antecedentes obrantes en la causa surge que a través del Expte. Administrativo 74-36.968/18 (cuya reserva en Secretaría obra a fs. 168) la actora solicitó la cobertura de la leche prescrita y acompañó la justificación médica del pedido (v. fs. 01). A fs. 14 reiteró la solicitud acompañando a tal fin recibo de haberes. _____

_____ Ahora bien, la violencia económica y patrimonial es definida como "la que tiene lugar mediante la pérdida o limitación del uso o control de los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres" (Fellini, Zulita y Morales Deganut, Carolina, "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pág. 53). _____

_____ Como se sabe, suele ser el juicio de alimentos el escenario típico en donde aparece el incumplimiento de lo debido como un supuesto de violencia económica. Sin embargo no solo el padre o responsable del pago puede ser el autor de ella. En el presente, al igual que en los casos de afiliados/as cuyos niños padezcan de la misma afección la postura y la conducta asumida por la obra social, sin dudas también puede producirla. _____

_____ Al deducir la demanda de amparo, la señora N.S.D. manifestó que su situación económica no le permite asumir el porcentaje no reconocido por la obra social. Agregó, que la leche que debe consumir R.G.M. (Nutrilon Pepti Junior) tiene un costo elevado y, a su vez, cada lata del producto contiene 400 gramos, lo que alcanza para alimentar a un niño tres a cuatro días como máximo dependiendo de la demanda. De tal manera, atento el porcentaje que el I.P.S.S. ofrece reconocer a la actora, la obligaría a tener que abonar como mínimo el costo total de dos latas para cubrir las diez que se estiman como piso del alimento necesario en forma mensual, más el 20 % de las ocho restantes, monto que se encuentra impedida de pagar. _____

_____ Como se colige, la omisión en que incurrió el demandado agravó la situación de angustia de la madre, sumándole a la preocupación natural por la salud de R.G.M., la incertidumbre ante la dificultad para afrontar el pago de la leche recetada. _____

_____5°) Que el universo de las personas en situación de vulnerabilidad es lamentablemente inmenso, a tal punto que parte de la doctrina sostiene que hoy en los procesos judiciales nos encontramos con pretensores antes que con pretensiones (García Pullés, Fernando, "El contencioso administrativo en la Argentina", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, pág.3; Gutiérrez Colantuono, Pablo A., "Administraciones Heterogéneas: Miradas inclusivas y con perspectivas. Igualdad y Género", La Ley, 2019, pág. 9).

_____Por ello, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como guía, hace que nuestra mirada se pose en la persona, su contexto, su situación, sus carencias y fundamentalmente si es destinataria de una protección específica desde el ámbito universal de los derechos humanos.

_____A la particular vulnerabilidad de las mujeres muchas veces se suman otras situaciones que las hacen doble o triplemente vulnerables, es por ello que la perspectiva de género como herramienta, debe permitir a través de la mirada atenta el reconocimiento de los problemas y las normas en la búsqueda de soluciones para garantizar una tutela judicial efectiva. "Posar la mirada procesal y sustancial en la persona y sus circunstancias que las rodean, a fin de transformar un proceso estandarizado en uno distinto, que sea eficaz y oportuno en términos de la efectiva protección del valor justicia perseguido en el caso concreto, es el desafío" (Gutiérrez Colantuono, Pablo A., op. cit., pág.8).

_____6°) Que la Corte Interamericana, en el caso "Campo Algodonero" (sent. del 16/11/2009, párr. 258), manifestó señeramente que "... Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará...".

_____Por su parte, la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 23, en consonancia con los tratados y las convenciones internacionales, ha puesto a cargo del Congreso "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y en ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

_____Es vasto y variado el marco normativo, pero corresponde enfocarse en el análisis de las formas en que suelen presentarse los hechos discriminatorios: en forma directa o indirecta. Y a este respecto siguiendo a la CEDAW cabe recordar que la discriminación puede presentarse por cualquier distinción, exclusión o restricción que tienen la intención de discriminar, así como los que, aunque no tuvieran la intención, su resultado genera una discriminación, ya

que la aplicación de una ley neutra en cuanto el género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho que "Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos" (cfr. Observación General 16 -2005-).

No bastan las leyes constitutivas de una "igualdad formal", es necesario que se interpreten en términos de "igualdad real", es este sin duda el camino a recorrer para alcanzar a la verdadera igualdad de hombres y mujeres; para que la maternidad deje de ser visualizada como motivo de discriminación en contra de la mujer en diversos ámbitos, por la sola posibilidad de ser madre. En la actualidad existen numerosas familias monomarentales, donde solo las madres, por una cuestión netamente biológica deben bregar por la vida, salud y alimentación de sus hijos en condiciones claramente desfavorables por la dificultad que se les presente para obtener empleo formal y de calidad, sobre todo en sectores más humildes, lo que las coloca en un estado de especial vulnerabilidad que la Ley 27305, en concordancia con lo que impone el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belém Do Pará, entre otras normas, buscan proteger.

Sin duda, no se trata acá de estereotipos a erradicar, se trata de una realidad que como consecuencia biológica coloca a la mujer en un plano asimétrico, desigual y perjudicial para su economía y por ende su libertad de optar y ejercitar una vida digna. Por ello es necesario buscar la igualdad real, sustantiva, visualizar las discriminaciones, intencionales o no, para con nuevos ojos tratar de establecer rumbos con equidad.

7°) Que por otra parte, los cuestionamientos vinculados a los reintegros dispuestos en la sentencia tampoco pueden prosperar. En efecto, tal como lo ha sostenido esta Corte, si bien la acción no puede proceder cuando su objeto está únicamente constituido por una pretensión de índole patrimonial, como ocurre cuando se la interpone con el propósito de gestionar un reintegro de fondos por una intervención quirúrgica realizada con anterioridad (esta Corte, Tomo 145:497), pues en ese caso no hay urgencia y existen vías procesales adecuadas que hacen innecesario acudir al sumarísimo procedimiento del amparo, en el "sub lite" la situación es diferente porque la actora ha solicitado que se le provea la leche medicamentosa y que se le reconozcan los costos que ya tuvo que afrontar, de modo que la acción no ha tenido como principal objetivo una cuestión meramente pecuniaria sino el resguardo del derecho a la salud conculcado por la actitud de la obra social (esta Corte, Tomo 175:879).

En consecuencia, la demandada debe restituirle a la amparista los gastos afrontados para la adquisición de la leche, tal como se dispuso en el apartado I "b" de la sentencia de grado.

8°) Que además, y con relación a las argumentaciones vertidas respecto a la naturaleza jurídica del I.P.S.S. y el principio de

solidaridad que emana de ello, cabe señalar -como ya lo sostuviera este Tribunal- que el demandado no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios. En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. Tomo 114:603; 125:401, entre otros); 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 (cfr. Tomo 99:185; 146:973).

En ese aspecto, esta Corte sostuvo también que por tratarse de un ente autárquico, la obra social demandada goza de una personalidad jurídica propia y tiene capacidad de administración de sí misma aunque, al ser creada por el Estado para la satisfacción de sus fines, su patrimonio es estatal, siendo su responsabilidad para con los terceros, directa (Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, págs. XI-4 y XI-5); y que, si bien el Estado también debe garantizar el derecho a la salud de los habitantes, tal circunstancia no la exime de cumplir con su obligación en la forma que se dispuso (Tomo 81:845; 114:903; 182:323).

Lo expuesto en los párrafos anteriores no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos - distribución de los recursos económicos destinados al área de salud y la protección integral de la salud en relación a los individuos-, pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud del ciudadano por sobre consideraciones de mercado (esta Corte, Tomo 111:031), máxime cuando -como en el caso- no se puso en discusión la patología de la hija de la accionante.

Por su parte, y en lo que hace a la supuesta restricción a las facultades de contralor del demandado sobre las prestaciones futuras, es oportuno destacar que dicha limitación no surge del fallo apelado por lo que el agravio resulta inadmisibles.

9°) Que por lo expuesto corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por el I.P.S.S. a fs. 150/153 vta., con costas (art. 67 del C.P.C.C.).

Por lo que resulta de la votación que antecede,

LA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

I. **RECHAZAR** el recurso de apelación de fs. 150/153 vta. y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 140/147 vta. Con costas.

II. MANDAR que se registre y notifique.

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