

TESIS PRESENTADA EN LA MAESTRÍA DE DERECHO ADMINISTRATIVO ¿ES NECESARIO CREAR TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS ESPECIALIZADOS EN SALUD EN CÓRDOBA?

Autor: Patricia Giuliana Moreno

Director Dr. Avalos Eduardo.

Palabras claves: acciones positivas – salud – tribunal administrativo provincial.

El art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional dispone que el Estado Argentino debe promover acciones positivas para satisfacer los derechos de los sectores más vulnerables, entre ellos, a las personas con discapacidad. En diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en nuestra Constitución, sumado a la jurisprudencia del Alto Tribunal, se reconoce que el derecho a la salud es fundamental para el derecho a la vida y que el Estado debe velar por ello. En los hechos, debido a un sistema sanitario deficiente y desactualizado, son cada vez más los amparos de salud que llegan a los estrados judiciales. Es por ello que en este trabajo revisamos casos que han sido judicializados en los distintos fueros de la Provincia de Córdoba y de la Corte Suprema de la Nación y finalmente se propuso la creación de un tribunal administrativo especializado en cuestiones de salud, para abordar los reclamos de prestaciones y medicamentos de manera que se unifiquen los trámites. Esto conformaría una alternativa a la judicialización.

La hipótesis de la que partimos fue: es posible en la Provincia de Córdoba crear tribunales administrativos especiales sobre el acceso al derecho a la salud, en cumplimiento del principio de la tutela administrativa y judicial efectiva, de la manda constitucional del art. 75 inciso 23, y como alternativa eficaz al amparo judicial.

En cuanto a los objetivos, tenemos el objetivo general: I) Relevar los fallos judiciales de las Cámaras Contencioso Administrativa, y de los Tribunales Federales de Córdoba, y de la CSJN a fines de obtener estadísticas o conocer los universos de casos sobre el nivel de judicialización de los últimos años en los casos de amparos de salud. II) Proponer la creación legislativa de un tribunal administrativo especial para el acceso al derecho a la salud.

Los objetos específicos fueron: Conceptualizar los derechos constitucionales en juego incluyendo el derecho a la salud, la tutela administrativa y judicial efectiva, acceso a la justicia, personas con discapacidad, agotamiento de la vía administrativa, tribunales administrativos. Teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia, incluyendo los pactos internacionales de derechos humanos y las observaciones emitidas por sus organismos correspondientes de monitoreo; Relevar y seleccionar las sentencias de amparos de salud; Identificar y exponer las líneas comunes, cuáles son las prestaciones que han sido reclamadas según dichos fallos sobre la materia, y en su caso como fue resuelta la cuestión; Elaborar una evaluación crítica de lo recabado de manera que se pueda ver dónde están los casos con mayor conflictividad; Proponer la creación legislativa de un tribunal especializado considerando los aspectos de la competencia, la composición, contemplando los aspectos recabados.

Sobre las precisiones metodológicas por la naturaleza de la temática y los objetivos planteados surgió la necesidad de una investigación a través de la *metodología cualitativa e interpretativa*, dentro de la disciplina del Derecho. El objeto de análisis es la jurisprudencia, en tanto fuente de derecho, esto es, como modo de creación de normas (en particular, de normas que interpretan otras normas más generales) aplicables por el resto del Poder Judicial y de los operadores jurídicos (Nino, 1980: 148-153).

Para ello, una vez identificada la cuestión planteada en las sentencias (De Lima Lopes, 2006: 52), se realizó un *análisis sistemático* para poner cada fallo analizado en relación con los otros, y con las demás fuentes (normativa constitucional, normativa infraconstitucional, doctrina). Cada fallo, y el conjunto de los relevados, se sometió a un *análisis reflexivo y crítico* que implicó revisar los conflictos, que reflejen las omisiones del Estado y de los prestadores particulares en cuestión del acceso al derecho a la salud. El mismo tipo de análisis, junto con las herramientas de la interpretación doctrinaria y auténticas, se aplicó a la normativa que se trató en los fallos.

Teniendo en cuenta las dimensiones del proceso metodológico, en la dimensión estratégica, el tipo de estudio que se utilizó fue el descriptivo, con una estrategia metodológica cualitativa (Urbano- Yuri, 2014; tomo 1, p. 55).

Se analizó la regulación existente del sistema de salud argentino y su regulación en la provincia de Córdoba que, al ser contrastado con la demanda y judicialización, reflejó las falencias del sistema sanitario.

Finalmente, se propuso la creación legislativa de un tribunal administrativo especial visualizando una herramienta eficaz a modo de acción positiva para asegurar el cumplimiento del derecho a la salud, como alternativa al amparo judicial.

Método que utilizamos: recolección de datos a través de la técnica de análisis de documentos, en este caso de documentos escritos y públicos, en efecto leyes, las sentencias, doctrina, entre otros. (Urbano- Yuri, 2014; tomo 2, p. 37 y 104).

En el desarrollo de las tesis lo fuimos estructurando de la siguiente manera, describiendo el origen del sistema de salud, las nociones fundamentales como el derecho a la salud desde la perspectiva del derecho y de la jurisprudencia analizada, la normativa aplicable es decir el deber ser, tanto a nivel internacional, nacional como local. Luego surgió una necesidad de analizar algo que no estaba en mente al principio: las opiniones de los pacientes sobre cada obra social de Córdoba, y sobre la atención de los nosocomios públicos, donde la mayoría mencionaba al amparo judicial, a la figura del abogado, y de los tribunales como una “salvación” ante la negación de las prestaciones. Dichos comentarios son públicos y están volcados en las redes.

Nos dimos cuenta que al tratar de proponer un tribunal de ámbito administrativo, debíamos ver cómo se estaban tratando estos casos en el ámbito administrativo, en vistas del principio de la tutela administrativa y judicial efectiva. Luego de ello, nos volcamos de lleno al análisis y fichaje del tratamiento judicial de los amparos de salud que tuvieron por objeto la satisfacción de una prestación médica en sentido amplio. Allí analizamos distintos fallos de diversas fuentes digitales, tales como boletines judiciales, fallos aportados por colegas y profesores. Analizamos en derecho comparado lo que se pudiera encontrar sobre tribunales administrativos, en sus orígenes.

Luego a la hora de proponer el tribunal nos dimos cuenta que hay otra gran arista que podía ser un obstáculo, la formación en técnica legislativa. Por ende, profundizamos dicho tema sin describirlo en el trabajo porque excedía el propósito final, fuimos delineando los puntos principales teniendo en cuenta todo lo analizado, y además tuvimos en cuenta las evoluciones sociales y de derecho en cuanto a género, lenguaje claro, composición con cupo femenino de los tribunales, lo cual es una lucha colectiva. Consideramos apropiado tenerlo en cuenta para el borrador de esta ley.

Analizamos varias leyes de tribunales administrativos de otras temáticas, para ver la estructura. Concluimos en crea una ley de tribunal administrativo especializado en salud compuesta por 31 artículos, fundamentando artículo por artículo.

En este apartado colocaremos algunos de los artículos que destacamos como importantes del borrador de la Ley que presentamos en la Tesis que forma parte del resultado de la investigación:

Artículo 1. Créase un Tribunal Administrativo especializado en Salud para entender en los

casos donde las obras sociales, hospitales o Ministerio de Salud nieguen prestaciones médicas y/o medicamentos a las personas. El mismo tendrá sede principal en Córdoba Capital, pero podrá interponerse el reclamo ante los brazos estatales municipales, comunas, CPC. Dicho Tribunal Administrativo es un órgano independiente del Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

Motivos: En el apartado de “Derecho Comparado” vimos como hubo gran frustración porque los tribunales administrativos fueron parte de algún Poder en especial, más precisamente del Poder Ejecutivo. Esto protege su independencia e imparcialidad.

A partir del párrafo 20 de las “Particularidades Generales” del Tribunal Administrativo” de esta Tesis tratamos esta cuestión, tomamos el ejemplo de los Tribunales Constitucionales que no formaban parte del ámbito Ejecutivo ni Judicial y que por su especialidad se dedicaban solo a analizar la constitucionalidad de las leyes que emitía el Poder Legislativo.

En nuestro caso el sentido radica justamente en que es una alternativa distinta a las opciones que hoy en día tiene una persona para reclamar, porque se la obliga a agotar la ardua vía administrativa de un sistema desintegrado de salud, para luego poder demandar o directamente iniciar una acción de amparo.

Es central esta cuestión porque con el tribunal administrativo que viene a ser un puente entre la faz administrativa y la faz judicial, lograremos unificar al menos el procedimiento y la atención de estos casos.

Supuestamente la Superintendencia de Salud hace las veces de control del sistema de salud en la faz administrativa, pero ya vimos cómo hay una falta total de transparencia, de respuesta y de control de los casos.

Otro aspecto importante es que tendrá la flexibilidad y amplitud de competencias que requiera el caso a tratar.

Remarcamos la relación funcional entre el procedimiento administrativo y el judicial donde se exige que un procedimiento “no imposibilite o haga significativamente más difícil el mandato específico del otro” (Blanke, 2010, p. 23).

Los Tribunales deben tener necesariamente otros lugares que cooperen con su labor y la única forma que pueden cooperar y respetar los principios del federalismo es si reciben los reclamos de las personas que viven cerca de cada gobierno local, esto es: municipalidad, órganos que ayuden a éste, CPC, comunas, etc... porque la distancia no puede ser un obstáculo para el acceso a la justicia. Esto hace también al principio de la tutela administrativa y judicial efectiva.

Artículo 3. El Tribunal Administrativo especializado en Salud tendrá como norte el cumplimiento de objetivos:

A. Objetivo general: Prevenir, tutelar y disminuir los problemas de salud de la sociedad.

B. Objetivos específicos:

I. Conocer y resolver los reclamos establecidos contra todas las personas, públicas o privadas que se ocupen de la salud, por violaciones a la legislación tutelar de la salud.

II.-Asegurar el acceso a la justicia unificando un mismo procedimiento para todos los casos.

III.- Asegurar el cumplimiento de la tutela administrativa y judicial efectiva.

IV.- Promover al cumplimiento de los lineamientos normativos y jurisprudenciales que realizan la Corte Suprema Argentina, y las Cortes Internacionales sobre los respectivos tratados firmados por Argentina, en especial las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Artículo 10. El presidente y los vocales del tribunal serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Poder Legislativo, previo concurso de antecedentes que acrediten competencia en cuestiones de salud, derechos constitucionales, derecho administrativo y relacionados, además se valorará toda formación de lenguaje claro o competencias para abordar vulnerabilidades. Se deberá garantizar el equilibrio de género en su composición.

Es incompatible para los miembros del Tribunal, ejercer la profesión en cualquier jurisdicción, desempeñar otra función pública, excepto la docencia e investigación.

Motivos: Algo que no notamos en las demás leyes es la importante atención del lenguaje claro. En el Centro Núñez de nuestro TSJ hay cursos de lenguaje claro para la formación de los integrantes del Poder Judicial y sobre todo para aplicarlo en las sentencias, es allí donde mencionan antecedentes de jueces que realizaron sentencias con contenido en lenguaje claro dirigido a menores de edad, entre ellas: C., J. D. y otro p.ss.aa. homicidio simple, 04/06/2021, Sentencia n° 50 Juzgado en lo Penal Juvenil de Río Segundo, Cba y P., M. F. Demanda de limitación de capacidad, 12/5/2017, Juzgado en lo Civil y Comercial y de Familia de Cuarta Nominación de Villa María .

Además, el TSJ dispuso en el Acuerdo Reglamentario n° 1581, serie A, la creación del comité de Lenguaje claro y lectura fácil por “La conveniencia para la ciudadanía de que las resoluciones, las comunicaciones y las órdenes judiciales sean elaboradas con un lenguaje claro como así también que, para los destinatarios de las 100 Reglas de Brasilia, si fuese pertinente, se desarrollen párrafos de lectura fácil u otras estrategias de comunicación que complementan el proceso de notificación de la resolución judicial” . Esto no significa dejar atrás el formato de las sentencias o resoluciones actuales, si no complementarlo con lenguaje claro.

En cuanto a la composición con equilibrio del género, esto no lo vimos en ninguna de las leyes analizadas, y creemos que es importante agregarlo por respeto a la Convención

Internacional Belem do Para, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Como es de público conocimiento, diversos órganos jurídicos en el corriente año pidieron al ministro de Relaciones Exteriores que se promuevan mujeres para el cargo de juezas en representación por Argentina en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en dicha Corte desde 1979 “de les 39 jueces que han formado parte de la Corte IDH, sólo cinco han sido mujeres” (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2020, segundo párrafo) lo que denota una exclusión sostenida en el tiempo. Y toda exclusión es una forma de violencia sistemática en los términos de las citadas convenciones.

Desde la Oficina de la Mujer de la CSJN crearon en el año 2010 el “Mapa de Género de la Justicia Argentina” (Oficina de la Mujer de la CSJN Argentina, 2021), la cual aporta información sobre la distribución por género en el sistema judicial, esta oficina emite informes cada año. En dichos informes relevan datos de todos los tribunales provinciales inclusive.

Y cuando hablamos de género no hablamos solo del género femenino, hablamos de género en el sentido que le da Ley 26.743 de Identidad de Género, y del derecho de cada persona a autopercebirse con su identidad propia. No mencionaremos colectivos determinados, porque cada clasificación es una construcción socio cultural que va modificándose a través del tiempo.

Auxiliares del Tribunal. Artículo 16. Serán considerados auxiliares todos aquellos estamentos que coadyuven a lograr los objetivos generales y específicos de esta Ley, entre ellos: personal de ejecución técnico y administrativo, profesionales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones representativas de las obras sociales provinciales, CPC, comunas, municipalidades. No se podrá practicar la política de tipo partidaria en esta sección porque eso iría en desmedro de los objetivos.

Motivos: La noción de auxiliares es propia y se conecta con el artículo 3 de este proyecto, sumado nuevamente a los principios del federalismo, de solidaridad entre comunidades, es necesario que los habitantes puedan aportar sus capacidades con el fin de cumplir con el cuidado de la salud de la mayor cantidad de personas. Tomamos a la mejora de la salud como un objetivo social.

Procedimiento. Artículo 18. El presidente del tribunal dictará reglas de procedimiento que complementen las disposiciones de esta ley, a fin de dar al proceso la mayor rapidez y eficacia. Dichas reglas serán obligatorias para el tribunal y las personas que actúen ante él, desde su publicación en el Boletín Oficial, y podrán ser modificadas por el presidente para ajustarlas a las necesidades que la práctica aconseje.

Motivos: este artículo fue extraído literalmente del art. 10 de la Ley 15.265 del Tribunal Fiscal de la Nación el que está bajo el título “De la organización y competencia de los tribunales

fiscales y actuación ante ellos”, pero a nosotros nos pareció adecuado colocarlo en nuestro capítulo del procedimiento. Lo trajimos a este proyecto porque denota el principio de la flexibilidad y de la tutela administrativa y judicial efectiva.

Artículo 19. Se receptorán los reclamos, mientras son analizados por los cuerpos técnicos especializados junto al abordaje de los auxiliares, se correrá traslado al reclamado, para que en el término de 5 días máximo dé respuesta. Al día siguiente de dicha respuesta se procederá a realizar una audiencia inmediata primaria con las partes para cumplir con la inmediatez del problema. En caso de llegar a un acuerdo, se emitirá una resolución de acuerdo. Sin perjuicio de ello, el tribunal administrativo podrá hacer un seguimiento del acuerdo, y solicitar informes posteriores.

En caso de que no haya acuerdo, en la misma audiencia se ofrecerán y producirán las pruebas pertinentes, y la defensa de cada parte, presentarán las pruebas y el tribunal tendrá 5 días para decidir sobre la cuestión de fondo. El tribunal podrá exigir informes o disponer medidas preventivas o para mejor proveer en caso de necesitarlo y de oficio.

Se tendrá el personal suficiente para llegar a tiempo con los pasos procedimentales.

Las notificaciones se realizarán por medios fehacientes y en su caso podrán realizarse por las vías comunicacionales actuales electrónicas.

Los plazos mencionados se reducirán a 3 días en el caso de que la persona reclamante sea una persona vulnerable: con discapacidad, ancianidad, embarazadas, niños, o con interseccionalidad.

También se reducirán los plazos a 3 días en caso de que la negación a otorgar los medicamentos o prestaciones reclamadas sea porque no está incluida en el Programa Médico Obligatorio.

Motivos: En las leyes analizadas, más allá de que el fin era ver la estructura, tienen procedimientos con muchas vueltas y con plazos de más de 30 días, por eso esta parte fue elaborada sin prestar atención a los antecedentes de tribunales administrativos analizados.

Los integrantes especialistas en determinadas ramas de la salud que mencionamos en el largo de este proyecto deben intervenir en los casos, para desde ya intentar analizar el foco de la cuestión, verificar si hay alguna interseccionalidad de vulnerabilidad.

Esto quizás nos recuerde al abordaje que tienen las personas que llegan a la Dirección de Asistencia a la Víctima del Delito, donde en general van derivados para la atención psicológica, pero esta Dirección posee un cuerpo de profesionales entre ellos, psicólogos, trabajadores sociales, abogados, que abordan el caso de manera transversal e inmediata, es un lugar de contención que es efectivo. Hay que conocer bien el problema en todas sus facetas, y solo así

podrá ser abordado, y alivianar los efectos del problema central. Dicha dirección es un claro ejemplo de que el trabajar con equipos multidisciplinarios funciona bien.

Tenemos el contacto de las personas que trabajan en dicha dirección, que no cabe mencionar en esta tesis, para proteger su identidad, pero conocemos como trabajan allí y la respuesta que las víctimas han tenido.

Otro caso que se implementó en el año 2018 en las Unidades Judiciales, fueron las designaciones de orientadores que tenían formación en Trabajo Social o Psicología. Cuando una persona llegaba al lugar, era atendida en primer lugar por esta orientación, y si el problema radicaba o comprendía un aspecto fuera de lo penal, se lo derivaba al ámbito correcto con un nombre y lugar, una red de apoyo que realmente le era útil a la persona.

Otro lugar donde hay un gran equipo multidisciplinario y que trabaja en red con otros entes, es el de la Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial de Córdoba, el que se encuentra en Tribunal I, fue creada en 1999 con la principal función donde “aborda casos de especial afectación a derechos fundamentales, tales como derecho a la identidad, promoción del modelo social de la discapacidad, problemáticas habitacionales y la salud integral”, y entre sus funciones justamente está la de “desarrollar, mediante el trabajo institucional y en red, actuaciones destinadas a satisfacer derechos humanos conculcados” . Hemos conocido a las personas que integran esta Oficina, hay abogados, trabajadoras sociales, entre otros, más las conexiones en red.

Desde dicha Oficina se han impulsado diversos proyectos de investigación – acción llamados AJUV, con diversas etapas: personas con discapacidad, personas migrantes, medio ambiente, etc.... De los que surgen los Protocolos de Actuación como formación obligatoria para el sistema judicial, aprobados por medio de Acordada del TSJ.

En el tema del acuerdo que decimos en el artículo, no figura en otras leyes, pero lo agregamos porque pensamos en las alternativas de resolución de conflictos y en la posibilidad de acuerdos. En el proceso judicial esto sería como cuando alguien se allana a la demanda.

Los plazos y las audiencias, la producción de la prueba, los medios de notificación y el plazo del PMP, fueron elaborados según nuestra discreción, ya que las leyes analizadas tienen plazos muy largos y tampoco hacen diferencias de trato razonables, como medida positiva hacia las personas con discapacidad, por ejemplo. Recordemos que el fin de la creación de este tribunal es dar una alternativa a las personas para que no acudan necesariamente a la acción de amparo, por ende, el plazo y el desenvolvimiento del procedimiento es muy importante.

Esto último tiene relación con el caso Poblete c/ Chile, del año 2018 de la Corte IDH, que en la página 34 de este trabajo mencionamos, y el caso Riveros, 2018 del TSJ, sobre la atención

diferenciada que deben tener las personas en situación de vulnerabilidad.

Artículo 20. Si vencido el término acordado, no compareciere el reclamado, se pasará el expediente a los vocales para que dicten la respectiva decisión. Siempre y cuando toda la información haya sido analizada por el equipo técnico especializado acorde al caso. La demora de los Vocales o del Presidente en expedirse, constituirá falta grave si fuere reiterada y podrá determinar su enjuiciamiento y separación.

Motivos: en las diversas leyes, cuando generalmente dicen tener relatores que proyecten el fallo, no me parece necesario colocar dicho actor en este tramo, porque queremos que los vocales tengan la libertad de razonar de acuerdo a sus competencias sobre el caso, que el contacto con la resolución sea inmediato.

La segunda parte del artículo fue tomada del art. 30 de la Ley n° 10869, Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires, nos pareció adecuado que brinde una pauta clara de lo que constituye una “falta grave” que muchas veces eso no se describe en las normas.

Artículo 21. Las recepciones de los reclamos podrán hacerse en día hábil o inhábil los 365 días del año, las audiencias se realizarán en día hábil y en horarios diurnos en lo posible.

Motivos: una afectación a la salud se puede dar a cualquier hora y la negación de la atención al mismo también, por eso es necesario que dicho tribunal posea una mesa permanente o una atención que funcione 24 horas para que pueda dar ingreso a los reclamos que no pueden esperar al día y hora hábil.

Por analogía, podemos utilizar la práctica de las Unidades Judiciales que funcionan las 24 horas y los 365 días del año, a donde una persona que sufre un delito realiza una denuncia, o por ejemplo cuando personal policial encuentra a una persona que posee pedido de paradero insertado por un Juzgado Civil para internación civil por presunción de problemas psiquiátricos lo lleva a la Unidad Judicial también. El pedido de paradero es insertado en la Central de Policía, que funciona podríamos decir como un ayudante del Juzgado Civil en el caso de esos paraderos, porque estamos hablando de una persona que posee problemas de salud psiquiátricos de manera que puede causarse daño a sí mismo o a otros y que voluntariamente no accede al tratamiento o nosocomio adecuado para su tratamiento.

La razón de ser de las Unidades Judiciales surge por los grados de inseguridad existentes y porque el delito común ocurre en general a cualquier hora y en cualquier lugar. Tal como Shakespeare (1594) dijo: “la Noche sombría, madre de la Inquietud y del Terror, extiende sobre el mundo sus lóbregas tinieblas” (verso 115).

Decisiones. Artículo 23. Las decisiones del Tribunal tendrán fuerza ejecutoria. Hará cosa juzgada, en sede administrativa, salvo que las especiales circunstancias del caso ameriten que

esa calidad perjudicaría derechos fundamentales de salud.

Motivos: Las decisiones de este tribunal como bien dijimos debe tener fuerza ejecutoria, claro que esto es posible porque habrá un control judicial suficiente posterior en caso de ser necesario. Recordemos que este control comprende el “reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios” (CSJN, Fallos 247: 646, Fernández Arias).

En cuanto al efecto de fuerza ejecutoria lo encontramos también en art. 55 capítulo VII sección “cumplimiento de fallo”, del Tribunal de Cuentas de Buenos Aires, Ley N° 10.869, que continúa diciendo que se ejecutará con juicio de apremio, y en el art. 71 capítulo XII, sección “cumplimiento de los fallos”, de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de Rio Gallegos, Ley N° 500, donde agregan que se ejecutará por juicio ejecutivo y hablan ya de depósitos bancarios, etc. En el art. 76 dice que solo podrá recurrirse por el recurso de revisión ante el mismo tribunal, podría reprocharse que hay una violación constitucional en ese régimen, pero no es el centro de estudio en nuestro caso.

En el art. 94 del Tribunal Administrativo de la Navegación encontramos que las sentencias tienen autoridad de cosa juzgada administrativa y no pueden ser impugnadas por ningún tipo de recurso administrativo.

La cosa juzgada administrativa significa que no puede revisarse nuevamente el caso en sede administrativa ni modificar los hechos, en otras palabras “rige para el procedimiento administrativo; significa que determinados actos no pueden ser revocados por la propia administración y frente a los cuales ésta debe solicitar la declaración de nulidad al órgano judicial” (Sumario de Fallo: Municipalidad de Santa Rosa c/ Jorge Horacio Ayerza, Oscar Alberto Sayago y Jorge Oscar Suarez s/ Demanda Contencioso Administrativa (acción de lesividad) 4/6/2007). (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina, 2007, primer párrafo).

Nosotros decidimos ser flexibles en esto y agregamos “salvo que las especiales circunstancias del caso ameriten que esa calidad perjudicaría derechos fundamentales de salud” porque el centro de estos casos debe ser la salud de la persona, y si ocurre una mejor solución, una retractación del ente administrativo de salud que de repente en vez de seguir negando una prestación o medicación, ofrezca el acceso y que la decisión del tribunal haya sido desfavorable al paciente, la flexibilidad en ese caso allanaría el camino.

Artículo 24. En dichas decisiones podrá aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que haya declarado la inconstitucionalidad de normas involucradas, o interpretaciones que se hayan dado con el régimen de salud en los diversos tribunales de

Córdoba.

Motivos: este artículo lo creamos porque luego de analizar el punto IV. “Análisis de jurisprudencia de la provincia de Córdoba y de la CSJN” de este proyecto, pudimos comprobar el caso del PMO, que la gran cantidad de jurisprudencia existente sobre el tema del PMO desactualizado es tan uniforme que no parece necesario que el Poder Judicial se expida sobre ello.

Artículo 25. Podrá tener efecto erga omnes siempre que concurrieren las características subjetivas, objetivas y de hecho en el caso.

Motivos: no encontramos este tema en ninguna de las leyes analizadas, lo agregamos porque sabemos las ventajas que trae esta característica de las sentencias erga omnes o con efecto hacia todos, por el hecho de que una misma decisión pueda ser útil a muchas personas en igual situación.

Los requisitos para esta temática la tratamos en otra investigación, a la que remitimos por razones de brevedad, donde la idea fue traspolar el análisis que la CSJN tuvo del caso Halabi, 2009, a las pensiones no contributivas para personas extranjeras en cuanto al requisito inconstitucional que exige el decreto 432/97 de una residencia mínima de 20 años (artículo 1 inciso e). Recordemos los requisitos:

En el considerando 13 trata los requisitos que habilitan un amparo por estos derechos de incidencia colectiva de la tercera categoría:

1) verificación de una causa fáctica común: esto es “la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales”;

2) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho: es decir, “la pretensión debe estar enfocada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar” (...); en otras palabras, la causa o controversia se relaciona con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho;

3) constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. En otras palabras, cuando el “interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda”. Sin embargo, procederá también este tipo de acciones cuando “pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”, porque “cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos”.

En este tercer párrafo del considerando 13 la Corte hace jugar los artículos 41, 42 y 43 de la CN, fijando una línea de interpretación sobre lo que es un derecho de interés estatal: “la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto” (Moreno, 2018, p. 57).

Control Judicial Suficiente. Artículo 26. Las resoluciones definitivas del Tribunal Administrativo especializado en Salud, podrán ser recurridas ante las Cámaras contencioso administrativo, para el control judicial suficiente, el que comprenderá la posibilidad de revisar hechos, prueba, producir nueva prueba, con un control de juridicidad, constitucionalidad y convencionalidad de todo el procedimiento.

Si recurre el reclamado, será con efecto devolutivo, si recurre el reclamante, será con efecto suspensivo y con previa medida cautelar a favor en caso de que haya existido jurisprudencia por casos similares con resolución favorable al mismo.

Esto para evitar entorpecimiento en el procedimiento y dilatación irrazonable. En su caso, se dará aviso a los organismos respectivos de Ética en caso de verificar que alguna parte usare los recursos solo con el fin de entorpecer las soluciones atento a la temática sensible que se trata. También este Tribunal Administrativo podrá aplicar multas y dichos fondos serán destinados a los fondos de salud pública.

Artículo 30. Se invita a las demás provincias del territorio argentino a extender la creación de tribunales administrativos especializados en salud en sus jurisdicciones.

Verificamos que es posible en la Provincia de Córdoba crear tribunales administrativos especiales sobre el acceso al derecho a la salud y que dicha creación va de la mano del principio de la tutela administrativa y judicial efectiva, en concordancia con el art. 75 inciso 23 CN sobre las medidas positivas y como alternativa eficaz al amparo judicial.

Las ventajas que trae unificar un procedimiento especializado son incalculables.

La historia nos demuestra que el esfuerzo conjunto ha logrado dar respuesta a las necesidades de una sociedad, pero esa respuesta no ha sido del todo eficaz, sino no tendríamos el nivel de judicialización actual.

En los casos jurisprudenciales revisados parece ser que la medida cautelar se asimila con la pretensión de la acción de amparo, lo cual termina desvirtuando el fin de cada herramienta procesal. Los actores parecen buscar la medida cautelar urgente a través de la acción de amparo.

Pero es el Estado el que debe estar en primera fila interesado en velar y proteger por la salud de sus habitantes, porque “el derecho a la preservación de la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar

ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales ...” (Voto del juez Vázquez). Fallos 324:754, Hospital Británico de Buenos Aires c/ EN, 2001.

Tenemos un marco normativo nacional e internacional basado en principios fundamentales de derecho en favor del ser humano. Del desarrollo del presente trabajo percibimos que en los fallos judiciales los jueces han realizado intentos constantes y reiterados de convocar al Estado para cumplir con dicho marco normativo. Cada vez que evocaron las “medidas positivas, alternativas” y demás sinónimos, vimos cómo han interpelado al Estado en su conjunto para que reúna esfuerzos en pos de la protección del derecho a la salud y de la “protección reforzada” en especial de las personas en situaciones vulnerables.

En ningún caso los jueces dijeron que hay que crear un tribunal administrativo especializado, tampoco lo negaron, claro si hay control suficiente es posible. En ningún caso dijeron que la única vía aceptable para abordar los casos de urgencia en salud es la acción de amparo, al contrario, decidieron en base a la acción de amparo porque no tenían otra herramienta. O mejor dicho los actores tuvieron que acudir a la justicia por medio de la acción de amparo porque no tuvieron otra vía más eficaz.

La Corte IDH también se pronunció respecto a las garantías judiciales y su implementación tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, basándose en el principio de la tutela administrativa y judicial efectiva, pero esta Corte también tiene sus limitaciones: debe resolver los casos interpretando los tratados internacionales.

El art. 75 inciso 22 y 23 de la CN y la doctrina jurídica y judicial estudiada solo abren una puerta y está en nuestras manos proponer justamente alternativas, soluciones, herramientas, medidas positivas, para dar acceso a esos principios fundamentales.

Las medidas positivas no solo se consideran por el especial derecho fundamental a la salud, sino también por la protección reforzada que merecen las personas con discapacidad, como vimos en el caso “Riveros c/ Córdoba, 2018”, donde el TSJ dijo “se propone la primacía del ‘mejor derecho’, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional”.

Cabe aclarar que hemos tenido algunos obstáculos para el acceso a la información por tratarse de datos sensibles, lo cual impidió a su vez obtener acabadamente la duración de cada proceso en el marco del relevamiento de fallos para conocer el universo posible de casos.

Cuando analizamos las diversas leyes de tribunales administrativos especiales fue solo para recordar la estructura posible de dichos tribunales, de todas maneras, no pudimos evitar reprochar o criticar la falta de mención de principios, de cuestiones de género, atención

diferenciada a los colectivos vulnerables. De todas maneras, con lo que pudimos investigar, logramos esbozar un proyecto con lineamientos principales de lo desarrollado en la Tesis.

Por último, a partir de todo este desarrollo nos vemos motivados para una futura investigación ampliar las ramas de estudio para indagar en la posibilidad de que el tribunal administrativo tenga competencia más amplia, o quizás en la posibilidad de crear tribunales administrativos nacionales.

Esperamos que nuestro humilde aporte sea favorable para seguir evolucionando como una sociedad más igualitaria, justa y flexible. Una tesis quizás no cambie el mundo, ni cambie la realidad de aquellas personas que están padeciendo estas falencias del sistema, pero es nuestro deber como personas estudiosas del derecho poder hacer lo posible para construir los puentes de humanidad, sin esa formalidad estricta que guía al derecho y que muchas veces pierde de eje lo que es importante preservar: al Ser viviente.