

**Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales y Políticas
UNNE**

**XVIII Jornadas de
Comunicaciones
Científicas**

2022

Corrientes - Argentina





Dirección General

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – UNNE
Dr. Mario R. Villegas

Dirección Editorial

Secretaría de Ciencia y Transferencia
Dra. Lorena Gallardo

Coordinación editorial y compilación

Dra. Lorena Gallardo
Esp. Martín M. Chalup

Asistentes – Colaboradores

Lic. Agustina M. Bergadá
Abg. M. Benjamin Gamarra,
Mg. María Belén Mattos Castañeda
Abg. Lucía M. Sbardella

Comisión Evaluadora

Dr. Agustín Carlevaro
Dr. Daniel Denmon
Esp. Elena Di Nubila
Dr. Hernan Grbavac
Dra. Lorena Gallardo
Abg. M. Benjamin Gamarra
Dr. Mauricio Goldfarb

Fotografías

Nicolás Gómez

Edición

Secretaría de Ciencia y Transferencia
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas
Universidad Nacional del Nordeste
Salta 459 · C.P. 3400
Corrientes · Argentina

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE

XVIII Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE / compilación de Lorena Gallardo; Martín Miguel Chalup; coordinación general de Lorena Gallardo. - 1a edición especial - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-3619-82-3

1. Derecho Ambiental. 2. Derecho Administrativo. 3. Derecho. I. Gallardo, Lorena, comp. II. Chalup, Martín Miguel, comp.
CDD 340.07

LA DISFUNCIONALIDAD BUROCRÁTICA EN EL INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS Y LAS PRESTACIONES DE TECNOLOGÍA MÉDICA. ESTUDIO EXPLORATORIO

Rodríguez, Mario A; Tripaldi, María F.

marioaugustorod@gmail.com

RESUMEN

En esta comunicación se mostrarán los resultados y la interpretación de los datos obtenidos en un estudio exploratorio sobre diversos fallos de Cámaras de Apelaciones del fuero federal en litigios entre el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) y sus afiliados, en específico, el grupo de los adultos mayores, cuyas pretensiones versaron sobre la provisión de tecnología médica. Luego de esto se definirán determinadas variables para posteriores estudios más complejos desde la teoría tridimensional del derecho.

PALABRAS CLAVE

Adultos mayores, PAMI, burocracia

INTRODUCCIÓN

Al hablar de prestaciones de salud al grupo de los adultos mayores (un grupo especialmente vulnerable) pensamos rápidamente en el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, por sus siglas INSSJP o también conocido como PAMI. Podemos pensar que las prestaciones de esta obra social se realizan en perfecta armonía con las necesidades de salud de la sociedad. Sin embargo, existen disfuncionalidades a la hora de prestar el servicio que comprometen los derechos fundamentales de sus afiliados, en especial su vida y su salud ante la imposición de obstáculos burocráticos ante la premura de las circunstancias. Esta investigación resultará importante para poder diseñar mecanismos (sean administrativos o de índole judicial) que eviten daños irreparables a la vida y la salud de los adultos mayores que requieren con suma urgencia la provisión de ciertas tecnologías médicas de forma impostergable por parte del INSSJP. Este es un problema que presenta pocos antecedentes, que en general están vinculados a la burocracia de otras instituciones distintas a las obras sociales (como por ejemplo, del ámbito educativo). Esta comunicación se realiza en el marco del proyecto de investigación “Aspectos Jurídicos, Sociológicos y Valorativos de la Salud de Grupos Especialmente Vulnerables en Argentina”, con aval de su director Carlevaro Agustín Sebastian.

MÉTODOS

Se realizó un estudio exploratorio por medio de la técnica de observación documental, analizando la jurisprudencia de 11 fallos de Cámara de Apelaciones del fuero Federal de distintas jurisdicciones del país, observando especialmente las expresiones de agravios del PAMI y los fundamentos de los Jueces de Alzada, por medio de un muestreo no probabilístico de casos que versaron sobre prestaciones de provisión de tecnología médica a pacientes pertenecientes al grupo de adultos mayores (personas mayores de 60 años de edad) en procesos de amparo y medidas cautelares innovativas, a fin de definir inicialmente las variables en la investigación sobre tecnología médica y los grupos especialmente vulnerables desde el punto de vista de la teoría tridimensional del derecho (variables en la dimensión normativa, sociológica y axiológica del fenómeno). Esto fue complementado con una exhaustiva revisión de bibliografía especializada. Denominamos grupos especialmente vulnerables a las características de una persona o grupo desde el punto de vista de su capacidad para anticipar, sobrevivir, resistir y recuperarse del impacto de una amenaza natural, en el que confluyen el riesgo probable de ocurrencia de un peligro que surge de la relación a priori entre la amenaza y la vulnerabilidad frente a una situación sanitaria especial, entendida esta última como una situación en que una persona, sin padecer una enfermedad, necesita de una particular atención sanitaria, predominantemente preventiva o de control, ya sea por el contexto de su vida personal/laboral (espacio y

tiempo en el que se desarrolla) o a causa de un proceso biológico (como la gravidez) o condición física (discapacidad, como la infertilidad). Se entenderá tecnología médica en una concepción amplia que incluirá cualquier conjunto estructurado por una racionalidad práctica gobernada por un objetivo más o menos consciente, ensambles híbridos de conocimientos, instrumentos, personas, sistemas de juicio, edificios y espacios, sustentados en el nivel programático por ciertos presupuestos y supuestos respecto de los seres humanos (Wyngaard et al., 2020, p. 92). En ese conjunto incluiremos los insumos e implantes médicos. Por último, para definir las variables de esta investigación, se recurrirá a la teoría tridimensional del derecho, por lo que se extraerán variables desde los hechos (perspectiva fáctica), las normas (perspectiva normativa) y los valores (perspectiva axiológica).

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los argumentos del PAMI en sus expresiones de agravios se centraron en el cumplimiento de ritos tales como: 1) agotamiento de la vía administrativa previa (conf. autos “Scarvaglionne Alicia Ester c/ INSSyP – Delegación P. Libres s/ amparo – medida cautelar”///Cámara Federal de Apelaciones, Corrientes, 09/04/2012; “F., M. S. c/ PAMI s/ amparo ley 16.986”///Cámara Federal de Apelaciones, Córdoba, 26/10/2016); 2) que el prestador sea de los que figura en la nómina de la cartilla del organismo (conf. autos “Peter Verónica Alejandra en nombre de su padre Adolfo Hector contra PAMI sobre amparo”///Cámara Federal de Paraná, Entre Ríos, 30/05/2013); 3) exigencia de documentación adicional (conf. autos Ingiulla, J. A. c/ PAMI-INSSJP s/ prestaciones médicas”///Cámara Federal de La Plata, Buenos Aires, 11/04/2019); 4) realización de procedimientos previos (ej: llamado a licitación) (conf. autos “Di Marco Ercilia María c/ Inst. Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/inc. de apelación” causa N° 1227/2013///Cámara Federal, Buenos Aires, 27/05/2013); 5) tratamiento no estandarizado o experimental (conf. autos Ingiulla, J. A. c/ PAMI-INSSJP s/ prestaciones médicas”///Cámara Federal de La Plata, Buenos Aires, 11/04/2019; Roberts, Sara Justa c/ INSSJP s/Amparo///Cámara Federal de San Martín, Buenos Aires, 31/05/2013); 6) adecuar el pedido a los insumos nomenclados de origen nacional (conf. autos López, Luis Edmundo (e/r de su madre Segunda Margarita Bravo) c/ INSSJP s/ Amparo- Incidente”///Cámara Federal de San Martín, Buenos Aires, 21/03/2013; “Presta, Liliana Lidia (E/R De Lidia Cristiano Mattiazzi c/ INSSJP s/prestaciones quirúrgicas”///Cámara Federal de San Martin, Buenos Aires, 10/10/2013).

Se observó también la conducta de los Tribunales de Alzada, que en ninguno de los casos otorgó razón a los argumentos esgrimidos por la accionada y en todos ellos confirma la resolución del a quo en relación a la concesión de las medidas cautelares o de las pretensiones de amparo. Las fundamentaciones de las Cámaras en directa relación a los agravios expresados por el PAMI anteriormente mencionados (y no centradas en cuestiones meramente procesales) fueron, en síntesis, las siguientes: 1) los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos por cuestiones de estricto apego normativo (conf. autos Lipari, Nélida c/ PAMI s/ Acción de Amparo///Cámara Federal de La Plata, Buenos Aires, 26/03/2013); 2) la legislación permite la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan al cuerpo de profesionales de la entidad siempre que sea imprescindible por las características de la patología (conf. autos “Peter Verónica Alejandra en nombre de su padre Adolfo Hector contra PAMI sobre amparo”///Cámara Federal de Paraná, Entre Ríos, 30/05/2013); 3) si bien es encomiable contar con un sistema de licitaciones públicas, no puede privilegiarse un determinado sistema de adquisición de bienes sobre la necesidad concreta de un paciente (conf. autos “Di Marco Ercilia María c/ Inst. Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/inc. de apelación” causa N° 1227/2013///Cámara Federal, Buenos Aires, 27/05/2013); 4) el instituto tiene el deber de otorgar las prestaciones que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios [art. 2º, ley 19.032; arts. 163, 5), 377, 386, CPCC] (conf. autos López, Luis Edmundo (e/r de su madre Segunda Margarita Bravo) c/ INSSJP s/ Amparo- Incidente”///Cámara Federal de San Martín, Buenos Aires, 21/03/2013; “Presta, Liliana Lidia (E/R De Lidia Cristiano Mattiazzi c/ INSSJP s/prestaciones quirúrgicas”///Cámara Federal de San Martin, Buenos Aires, 10/10/2013; Roberts, Sara Justa c/ INSSJP s/Amparo///Cámara Federal de San Martín, Buenos Aires, 31/05/2013); 5) los profesionales encargados del abordaje clínico del actor poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que habrá de utilizarse para afrontar la enfermedad, limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente. El control que realiza el PAMI no le permite imponer prescripción alguna en contraposición a la elegida por esos profesionales (conf. autos Ingiulla, J. A. c/ PAMI-INSSJP s/ prestaciones médicas”///Cámara Federal de La Plata, Buenos Aires, 11/04/2019). Cabe destacar la opinión

de la Cámara Federal de La Plata que fundamenta su decisión de manera amplia basándose en el derecho a la vida, la salud y una asistencia médica adecuada a partir de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: “a fin de llegar a una solución justa debo valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, surgiendo así el derecho a la vida, a la salud y a una asistencia médica adecuada...el derecho a la vida (a la vida misma y a una buena calidad de vida) y por consiguiente a una buena calidad de atención médica, tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de otros bienes. La contracara de este derecho consiste en una obligación activamente en un dar o en un hacer algo positivo (habilitar las prestaciones a favor de la salud, por ejemplo), que es universal además porque la misma obligación activa existe frente a toda la sociedad; c) se impone considerar que en la presente causa se encuentran en juego los derechos de la persona, entre ellos el derecho a la vida (arts. 1, 2 y 4 CADH; art. 75 inc. 22 CN) y, en consecuencia, el derecho a la salud, reconocido en documentos internacionales ratificados por nuestro país (art. 75 inc. 22 de la CN y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25. 1; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29 c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” (conf. autos “García, José A. c/ INSSJYP s/ incidente de apelación”//Cámara Federal de La Plata, Buenos Aires, 25/02/2014).

Ahora pasaremos a discutir los resultados obtenidos: se observan conductas relacionadas con el actuar burocrático. Definimos burocracia como un tipo de organización racional centrada en la eficiencia. Macionis aclara que “Las organizaciones verdaderamente racionales, que se centraban principalmente en la eficiencia, aparecieron únicamente en los últimos siglos. El tipo organizacional que Weber llamó burocracia cobró importancia, junto con el capitalismo, como una expresión de racionalidad” (Macionis et al., 2011, p. 102). Según Max Weber la burocracia, como un tipo de dominación legal, posee los siguientes elementos: 1) un ejercicio continuado, sujeto a la ley; 2) competencia de los funcionarios; 3) principio de jerarquía; 4) reglas (técnicas o normas) según las cuales hay que proceder; 5) separación entre el cuadro administrativo y los medios de administración y producción; 6) no existe apropiación de los cargos por quien los ejerce; 7) rige el principio de “atenerse al expediente” cuyas actuaciones se documentan por escrito (Weber, 2002/1922). Ritzer sostiene que Weber describió las burocracias en términos típico-ideales. Aunque era muy consciente de sus fallos, retrató la burocracia de una forma altamente positiva (Ritzer, 1993, p. 267). Giddens menciona que el término “ideal” no se refiere a lo más deseable sino a “...la forma pura de organización burocrática. Un tipo ideal es una descripción abstracta, construida mediante la acentuación de ciertas características de los casos reales con el fin de destacar con precisión sus peculiaridades más esenciales” (Giddens, 2000/1986, p. 373). Cabe preguntarse entonces ¿por qué en casos de urgencia y con riesgo de daño irreparable a la vida y salud de las personas la burocracia administrativa puede operar con más rigor que nunca y sin contemplaciones? Robert Merton trató el fenómeno de la disfuncionalidad burocrática para referirse a una incapacidad adiestrada o preparada de los burócratas. En sus palabras:

Las inadecuaciones de orientación que incluyen la incapacidad preparada se derivan, claramente, de fuentes estructurales. Podemos recapitular brevemente este proceso: i) una burocracia eficiente exige confiabilidad de respuestas y estricta devoción a las regulaciones; ii) esa devoción a las reglas hace que se conviertan en absolutas; ya no se las concibe como relativas a un conjunto de propósitos; iii) esto obstaculiza la rápida adaptación en condiciones especiales que no fueron claramente previstas por quienes redactaron las reglas generales, y iv) de este modo, los elementos mismos que llevan a la eficiencia en general producen inefficiencia en ejemplos específicos. Los miembros del grupo que no se han apartado de los significados que las reglas tienen para ellos rara vez se dan cuenta de esta inadecuación. Con el tiempo, estas reglas se vuelven simbólicas y no estrictamente utilitarias (Shafritz et al., 1999/1978, p. 231).

Entonces, desde la dimensión sociológica se puede conjutar indicios de una disfuncionalidad burocrática existente en el PAMI al momento de cumplir con las prestaciones médicas, que no escatiman de rigor en aquéllos casos en los que se deben atender con suma urgencia las apremiantes necesidades de salud en grupos como los adultos mayores, en el ámbito de las tecnologías médicas. En la dimensión normativa se aprecia la reiterada corrección de aquélla disfuncionalidad por parte de la jurisprudencia del fuero federal (juzgados competentes para entender en los litigios contra el PAMI), en específico, la de las Cámaras de Apelaciones, que invocan en sus fundamentos distintos instrumentos normativos de Derechos Humanos de

rango constitucional, la Constitución Nacional y diversos instrumentos legales. Cabe indicar que la CN en su art. 75 inc. 23 establece que el Congreso deberá legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la misma Constitución y los instrumentos internacionales, en particular a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. En opinión de Zarini se trata de "...una expresión de solidaridad social frente a los derechos, fortaleciendo la igualdad real, el pleno goce y disfrute de los derechos humanos de toda la población y, particularmente, de las personas que especifica al final del primer párrafo" (Zarini, 2017, p. 302). Gelli sostiene que "Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos" (Gelli, 2004, p. 597). Desde el punto de vista axiológico, se pueden observar dos perspectivas: la valoración de los jueces en la ponderación de los derechos involucrados, que hacen prevalecer los derechos de la vida y la salud por sobre las formalidades administrativas; y la valoración que hace la entidad PAMI, al preferir el cumplimiento de formalidades administrativas antes que priorizar la salud (e incluso la vida) de los solicitantes de las prestaciones de tecnología médica en casos sumamente delicados y especiales. Se debe considerar una cuestión básica que bien apunta Nino "La primera aproximación a la cuestión del conflicto de derechos sugiere una solución obvia: el prevalecimiento del derecho de mayor jerarquía sobre el otro" (Nino, 1989, p. 305). Hay que recordar que los tratados internacionales de DDHH en nuestro país tienen jerarquía constitucional gracias a su recepción en el art. 75 inc. 22 de la CN. Bidart Campos al respecto sostenía con respecto a los derechos que:

...su formulación escrita en la normativa constitucional los sustrae de toda discusión: el hecho de quedar contenidos en una declaración dentro de la Constitución les confiere la máxima jerarquía en el orden normativo, porque esa Constitución es suprema y encabeza el sistema, dejando en relación obligatoria de subordinación al resto de la normativa infraconstitucional (Bidart Campos, 1989, págs. 324-325).

Por lo tanto, inicialmente (aunque puede ampliarse luego) las variables que se identifican en este caso son:

- 1) Dimensión sociológica: a) la resistencia de la obra social a brindar prestaciones de tecnología médica a sus afiliados; b) exigencia al afiliado del cumplimiento de formalidades administrativas.
- 2) Dimensión normativa: a) amplitud de la protección normativa de los instrumentos de DDHH con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional (en los casos de prestaciones de las obras sociales a sus afiliados pertenecientes a grupos especialmente vulnerables y relativos a tecnología médica); b) amplitud de la protección normativa de las leyes (en los casos de prestaciones de las obras sociales a sus afiliados pertenecientes a grupos especialmente vulnerables y relativos a tecnología médica); c) limitaciones de las prácticas burocráticas conforme a la protección normativa de los instrumentos mencionados en a y b del punto 2.
- 3) Dimensión axiológica: a) jerarquía del derecho a la salud y el derecho a la vida en conflictos normativos referidos a prestaciones de las obras sociales a sus afiliados pertenecientes a grupos vulnerables y relativos a tecnología médica; b) justicia de las exigencias administrativas de las obras sociales.

A partir de aquí se podrán elaborar distintos estudios tomando como base teórica sociológica el funcionalismo de Robert Merton y su teoría de la disfuncionalidad burocrática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bidart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. (1a edición). Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM.
- Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina*. Comentada y Concordada. (2a edición). Editorial La Ley.
- Giddens, A. (2000). *Sociología*. (Trad. Teresa Albero, Jesús Alborés, Ana Balbás, José Antonio Olmeda, José Antonio Pérez Alvajar y Miguel Requena). Alianza. (Trabajo original publicado en 1986).
- Macionis, J. J. y Plummer, K. (2011). *Sociología*. (4a edición). Editorial Pearson Educación.
- Nino, S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. (2a edición). Astrea.
- Ritzer, G. (1993). *Teoría Sociológica Clásica*. (Trad. María Teresa Casado Rodríguez). Editorial McGraw-Hill. (Trabajo original publicado en 1991).
- Shafritz, J. M. y HYDE, A. C. (1999) *Clásicos de la Administración Pública*. (Trad. María Antonia Neira Bigorra). Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1978).

- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad*. (Trad. José Medina Echavarria, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora). Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1922).
- Wyngaard, A. M., Monzón, J. E., Carlevaro, A. S., Monzón Battilana, P., Monzón, M. V. (2020). *Derecho y Tecnología Médica: derecho sociedad y tecnología médica: Aproximaciones*. (1a edición). Ediciones D.
- Zarini, H.J. (2017). *Constitución Argentina Comentada y concordada*. (1a edición). Astrea.

FILIACIÓN

AUTOR 1 Estudiante de grado - Trabajo libre de cátedra - *Solo si es becario*

AUTOR 2 Becario de investigación de grado - PEI-FD 2021/001 - SGCyY - UNNE