



**Defensoría del Pueblo de la Nación**  
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

**Resolución**

**Número:**

**Referencia:** RESOLUCIÓN N° 00083/23 - ACTUACIÓN N° 7390/23 - [REDACTED] - s/presuntos inconvenientes con la presunta falta de cobertura de servicios médicos asistenciales - EX-2023-00062866- -DPN-RNA#DPN - OBRA ASISTENCIAL MUTUAL DE MAR DEL PLATA (OAM).

---

Visto el estado de la Actuación N° 7390/23 caratulada: [REDACTED] s/presuntos inconvenientes con la presunta falta de cobertura de servicios médicos asistenciales", EX-2023-00062866- -DPN-RNA#DPN; y,

**CONSIDERANDO:**

Que, el 08/08/23 se presentó la Sra. [REDACTED] quien recurrió a esta INDH para denunciar a la Obra Asistencial Mutual de Mar del Plata (OAM) por la falta de cobertura integral -100%- de la mastectomía bilateral y extracción de ambos ganglios centinela con reconstrucción mamaria indicada por su médico tratante.

Que, tal como surge de la documentación presentada, la interesada presenta antecedentes familiares de cáncer de mama y por tal motivo decidió realizarse un estudio genético que arrojó como resultado que era portadora del gen Chek 2. En razón de ello y luego de una evaluación interdisciplinaria entre la médica genetista, la mastóloga y el médico ginecólogo indicaron que, en atención a las grandes chances de desarrollar cáncer de mama, la conducta terapéutica adecuada consistía en realizar una mastectomía bilateral y extracción de ambos ganglios centinela de manera preventiva, con la consiguiente reconstrucción mamaria.

Que, al presentar su caso ante la Mutual a fin de obtener las autorizaciones correspondientes recibió como respuesta que: "...habiendo analizado el caso de la paciente ... y realizado el ateneo entre los distintos Auditores de la Mutual es que se llega a la conclusión que si bien presenta antecedentes heredo familiares de cáncer ... y mutación genética en Gen Chek 2 y siendo la mastectomía profiláctica bilateral una cirugía para reducción del Riesgo del CA de mama, sin tener lesiones neoplásicas concretas, y sabiendo que existen exámenes intensivos de detección y aquellas con mayor riesgo la posibilidad de realizar quimioprofilaxis, es que se autoriza la Mastectomía Bilateral y Ganglio Centinela Bilateral + la Marcación del Ganglio Centinela Bilateral con Tc99. Junto con ello la internación de todo el procedimiento quirúrgico que por este tema se deba realizar, aunque queda fuera de cobertura y a cargo del afiliado los honorarios médicos de reconstrucción mamaria y los implantes mamaros solicitados...".

Que, frente al panorama descrito, tomando en consideración que no se encontraba dentro de las posibilidades económicas de la interesada afrontar con dinero propio los honorarios para realizarse la reconstrucción mamaria, y siendo que la intervención quirúrgica preventiva de cáncer de mama no puede llevarse a cabo hasta tanto la obra social reconozca también la cobertura de la reconstrucción mamaria, es

que la Sra. [REDACTED] se presentó ante esta INDH con el propósito de verificar si sus derechos como socia de la mutual estaban siendo vulnerados y, en su caso, que se arbitren los medios adecuados para su restablecimiento en tiempo oportuno.

Que, a partir de la denuncia efectuada por la interesada y luego de analizar la documentación aportada, el 20/08/23 esta Defensoría envió un pedido de informes a la Obra Asistencial Mutual de Mar del Plata mediante Nota NO-2023-00065139-DPN-SECGRAL#DPN a los fines de que informe si registraba dentro de su padrón de asociados a la Sra. [REDACTED], si se desprendía de sus antecedentes la solicitud de cobertura integral de reconstrucción mamaria post mastectomía, y los motivos por los que no estaba reconociendo su cobertura.

Que, en respuesta al pedido de informes, el 06/09/23, la Mutual respondió en los siguientes términos: "...la Sra. [REDACTED] es asociada a O.A.M. La señora ha solicitado la cobertura de reconstrucción mamaria e implantes en esta ocasión. Si bien la paciente presenta antecedentes heredo familiares de cáncer y mutación genética en GEN CHEK 2; y siendo la mastectomía profiláctica bilateral una cirugía para reducción de riesgo de cáncer de mama, sin tener lesiones neoplásicas concretas y sabiendo que existen exámenes intensivos de detección y aquellas con mayor riesgo la posibilidad de realizar quimioprolaxis, la Mutual ha autorizado la mastectomía bilateral más la marcación bilateral de ganglio centinela con TC99 junto con ello la internación de todo procedimiento quirúrgico por este tema se deba realizar. Queda fuera de la cobertura y a cargo del afiliado los honorarios médicos de la reconstrucción mamaria y los implantes médicos solicitados ... La Mutual autoriza como cobertura de salud la Mastectomía en caso de diagnóstico confirmado de tumores neoplásicos, por ende, la práctica autorizada a la asociada es de carácter excepcional, tratándose de una terapia preventiva y conociendo que existen otros procedimientos...".

Que, luego de verificados los extremos denunciados por la interesada y corroborada la negativa de la mutual a brindar la cobertura total -100%- de la reconstrucción mamaria post cirugía neoplásica, es que esta Defensoría debe expedirse sin más dilación, pues se advierte como cierto e inminente que se podría perder la oportunidad de realizar en un mismo acto quirúrgico tanto la mastectomía preventiva como la reconstrucción mamaria.

Que, no obstante ello y previo a todo, corresponde hacer algunas aclaraciones pertinentes acerca de los alcances de la problemática planteada y de los derechos afectados, los que permitirán determinar la forma en la que esta INDH se pronunciará en lo sucesivo.

Que, en el año 1973 se sancionó la Ley N° 20.321 que fijó en su art. 2º la identidad y los principios del mutualismo, indicando que: "...Son asociaciones mutuales las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material o espiritual mediante una contribución voluntaria...".

Que, como se observa de su norma de creación, el mutualismo es un sistema solidario fundado en la asociación de personas que comparten objetivos de ayuda recíproca cuyo fin principal es atender las necesidades inmediatas de las personas que depositan su confianza y su voluntad de ayudarse entre sí.

Que, específicamente en cuanto a las prestaciones que éstas asociaciones mutuales deben brindar, del art. 4º de la norma anteriormente aludida se desprende que son aquellas que "...mediante la contribución o ahorro de sus asociados o cualquier otro recurso lícito, tiene por objeto la satisfacción de necesidades de los socios ya sea mediante asistencia médica, farmacéutica, otorgamiento de subsidios..., como así también cualquiera otra que tenga por objeto alcanzarles bienestar material y espiritual...".

Que, sobre el particular la doctrina señala que "...Las disposiciones fundamentales de la Ley de Mutualidades y las Resoluciones del INAES no pueden ser desconocidas por la voluntad de los particulares, y por haberse dictado a fin de tutelar un interés general, revisten el carácter de normas de orden público..." (Farrés Cavagnaro, J. y Farrés P. "Mutuales Ley 20.321 Comentada, anotada y concordada". Ed. Jurídicas Cuyo, pág. 18)

Que, asimismo, debe quedar claramente establecido que las prestaciones de carácter mutual en los términos del artículo 4º de la Ley N° 20.321 no están comprendidas "dentro de la teoría clásica del contrato, con el

estricto alcance que para ella formula el Código Civil, y que las prestaciones soportadas en común hacen del riesgo un siniestro a cubrirse solidariamente" (Farrés Cavagnaro, J. y Farrés P. "Mutuales Ley 20.321 Comentada, anotada y concordada". págs. 77 y 79).

Que, en línea con lo anterior, el art. 1º de la Resolución INAES N° 820/05 estableció que las entidades inscriptas en el Registro Nacional de Mutualidades deben brindar servicios de atención a la salud a sus asociados para satisfacer sus necesidades integrales o parciales relacionadas a la asistencia médica y/o farmacéutica y/o odontológica.

Que, obrando en los registros de la Mutual la historia clínica de la interesada que confirma la grave patología que la Sra. [REDACTED] puede desarrollar de manera inminente producto de los antecedentes directos que han ocurrido en su núcleo familiar, no se comprenden los motivos por los que la Asociación ha dejado por fuera de la cobertura la reconstrucción mamaria.

Que, las mujeres que deben someterse a mastectomías bilaterales producto de la confirmación de un diagnóstico neoplásico o, como en el caso, producto de una estrategia terapéutica preventiva, no sólo deben enfrentarse a los temores propios de la enfermedad y el proceso quirúrgico al que se someterán. También, deben enfrentarse a la aceptación de que una parte de su cuerpo será mutilada.

Que, lo dicho precedentemente no es menor pues, en una mujer, los senos son una parte de su cuerpo sumamente importante asociada no sólo a la alimentación y nutrición para sus hijos durante la lactancia, sino también en sus funciones sexuales propias y características del género femenino.

Que, a partir de las comunicaciones telefónicas que se han mantenido con la Sra. [REDACTED], se ha podido advertir que su salud mental se encuentra gravemente afectada producto de saber que en un futuro próximo la mastectomía provocará la mutilación de sus senos.

Que, tal como fuera informado, la interesada refiere que su autoestima ha disminuido considerablemente a partir de proyectar que su imagen corporal se modificará y que ello traerá como consecuencia la vergüenza frente a la propia desnudez y con ello una afectación en la sexualidad y su vínculo con su compañero sexual.

Que, además de lo anterior, ha manifestado que la falta de sus senos ocasionará una degradación corporal y una pérdida en la femineidad, que resultan trascendentales en su identidad como mujer.

Que, lo dicho precedentemente no debe ser pasado por alto pues, existiendo la oportunidad y posibilidad de que en el mismo acto quirúrgico la interesada pueda ser sometida a una mastectomía bilateral con la reconstrucción de ambos senos, no se advierten motivos suficientes para negar la práctica reconstructiva y con ello afectar severamente su calidad de vida y dignidad.

Que, tal como lo ha manifestado, no quedan dudas de que la falta de reconstrucción mamaria afectará severamente su salud mental pudiendo, quizás, presentar conductas inhibitorias y vergonzosas frente a la mirada de su propio entorno o, incluso, frente a la mirada de extraños, afectando de manera negativa su vida relacional, social, laboral, máxime tomando en consideración que se trata de una mujer joven de 54 años de edad.

Que, además de lo dicho, no debe pasarse por alto que en 2007 se dictó la Ley N° 26.872 cuyo art. 1º reza: "...Todos los establecimientos de salud públicos y las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, 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 prepagas y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales independientemente de la figura jurídica que tuvieren, deben incluir la cobertura de la cirugía reconstructiva como consecuencia de una mastectomía por patología mamaria, así como la provisión de las prótesis necesarias...".

Que, de los fundamentos del proyecto que finalmente culminó con la sanción de la ley anteriormente aludida se desprende que el cáncer de mama afecta cada año a un millón de mujeres en el mundo, representa un tercio de cánceres que afectan a la mujer y es la segunda causa de muerte entre ellas.

Que, la Argentina está entre los países con alta incidencia: alrededor 30.000 casos por año, cada vez a mujeres más jóvenes.

Que, aproximadamente el 40% de las pacientes portadoras de cáncer de mama son sometidas a mastectomía. Dentro de este grupo, un alto porcentaje de mujeres son menores de 65 años, con enfermedades regionalmente controladas y sobrevividas prolongadas, las que se ven mutiladas por el tratamiento quirúrgico al que son sometidas. La tendencia en el tratamiento multidisciplinar del cáncer de mama es conservadora ya que trata de salvar la glándula mamaria siempre que esto sea posible, minimizando los efectos físicos y psíquicos del diagnóstico de esta terrible enfermedad. Sin embargo, en determinados casos debido al tamaño o tipo de tumor, esto no es posible y se hace necesario recurrir a la mastectomía o extirpación completa de la mama.

Que, la mastectomía se presenta en las mujeres con un significativo impacto psicológico, con sentimientos de mutilación, alteración de la imagen corporal, pérdida de feminidad, alteraciones de la vida afectiva, ansiedad, depresión, desesperanza, sentimientos de culpa, vergüenza, temor y abandono. Conlleva un trauma que afecta y modifica la relación de la mujer con su familia, su pareja y su entorno.

Que, la reconstrucción mamaria permite recuperar la armonía corporal perdida y restaurar el bienestar emocional de la paciente. Sus objetivos son obtener volumen y forma similar a una mama, corregir la depresión infraclavicular y axilar y colocar a la mujer en una mejor posición psicológica para enfrentar su enfermedad. La reconstrucción no tiene impacto negativo sobre la evolución de la enfermedad, no dificulta el diagnóstico de recidivas locales ni interfiere en los tratamientos adyuvantes. Algunos estudios demuestran que las pacientes con reconstrucción obtuvieron mejores sobrevividas, adjudicándose esto a la mejor evolución psicológica.

Que, la reconstrucción mamaria puede ser realizada en el mismo momento de la mastectomía (inmediata) o en una segunda etapa (diferida). La primera tiene una serie de ventajas con respecto a la diferida: menos procedimientos quirúrgicos para llegar al resultado final; cirugías más sencillas y rápidas; menores costos; atenúa el impacto psicológico que produce la mastectomía. En cambio, la diferida conviene en aquellos casos donde existen condiciones que aumentan la morbilidad del procedimiento o cuando localmente la enfermedad se encuentra avanzada, requiriendo tratamientos radiantes o quimioterapia en esquemas de mayor agresividad. Asimismo, según las técnicas de reconstrucción mamaria se pueden dividir según utilicen tejidos autólogos (de la propia paciente) o implantes protésicos (prótesis y expansores tisulares).

Que, esta actitud displicente y contraria al espíritu de la norma que regula la actividad de las mutuales en materia de asistencia médica -art. 4° Ley N° 20.321-, se muestra manifiestamente arbitraria en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y, por tal motivo, admite poner en funcionamiento la protección que ha creado nuestra norma fundamental a través de su art. 86.

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

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

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

Que, en la problemática que aquí se plantea se encuentra comprometida la salud e integridad física de una mujer, que posee reconocimiento en la Constitución Nacional y los pertinentes Tratados Internacionales de

Derechos Humanos incorporados a ella, de modo que la presente cuestión debe ser analizada y resuelta teniendo en cuenta tanto el derecho interno como el derecho convencional.

Que, en ese sentido, cabe resaltar que la Organización Panamericana de la Salud en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud definió: “la salud es un estado completo de bienestar físico, mental, y social”.

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

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

Que, adicionalmente, cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: “...Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad...”.

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

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

Que, por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su art. 25.1 que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Que, cabe recordar, también lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, respecto del derecho a la salud como presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida: “...el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional...” (Fallos: 302:1284; 310:1112).

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

Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que

deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Conf. Fallos 321:1684; 323: 1339, 324:3569).

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

Que, cabe a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los habitantes y, en su calidad de colaboradora del Estado, proceder a formalizar los señalamientos necesarios, de modo que las autoridades puedan corregir las situaciones disfuncionales que se advirtieren.

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

Por ello;

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

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- RECOMENDAR a la OBRA ASISTENCIAL MUTUAL DE MAR DEL PLATA que cumpla con lo establecido en la Ley N° 26.872 y garantice la cobertura integral -100%- de la reconstrucción mamaria con cobertura de las prótesis indicadas por el equipo médico tratante en favor de la Sra. [REDACTED] a la mayor brevedad posible y en la frecuencia que requiera la extensión del tratamiento.

ARTÍCULO 2º.- Poner en conocimiento de la presente Resolución al INSTITUTO NACIONAL DE ASOCIATIVISMO Y ECONOMÍA SOCIAL a los fines que estime corresponder.

ARTÍCULO 3º.- Regístrese, notifíquese, comuníquese a la interesada y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00083/23.-