

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



***JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD:
EL CASO DEL PMO***

ALUMNO: Miguel J. Pujol

CARRERA: Abogacía

LEGAJO: VABG3496

AÑO 2017

AGRADECIMIENTOS

"Sanar es una cuestión de tiempo, pero a veces también es cuestión de oportunidad."

Hipócrates

Este final es el derrotero de una vida profesional dedicado al trabajo en el área de administración en salud y de la necesidad de contar con una formación en derecho para tener un conocimiento más abarcativo de mi campo de acción. La meta lograda requirió de un conjunto de aprendizajes y afectos que facilitaron el trayecto.

El inicio de esta inquietud se dio cuando un entrañable amigo el Dr. Oscar Shuberoff me invitó a formar parte de su equipo de gestión como Director General de la Obra Social de la Universidad de Buenos Aires DOSUBA, a Oscar donde quieras que estés mi eterno agradecimiento.

En esos duros años de trabajo frente a DOSUBA conocí a una gran profesional del derecho y apasionada de su hacer, Silvia, mi mujer, escucharla me aportaba una visión del mundo complementaria, interesante, pero mi formación en ese área siguió siendo por años la materia pendiente. Gracias Silvia, por estar, por tu motivación y por hacerme partícipe de ese mundo.

A Jimena y Malena mis hijas que me han acompañado y sacrificado compañía para alentarme a que cumpla con el deseo de estudiar Derecho.

A la Lic. Virginia Chivetti, esposa de un gran amigo, gracias por recomendarme el cursado en esta Universidad.

La casa de altos estudios elegida y la modalidad a distancia me permitieron cumplir con mi trabajo y hacer la carrera. Agradezco a sus directivos, al excelente material de apoyo, a los profesores y tutores y en especial esta última etapa al Doctor Carlos Villanueva y por la dedicación y observaciones certeras que acompañaron este enriquecedor proceso.

RESUMEN

El derecho a la salud representa, por un lado un derecho fundamental y por otro un derecho de incidencia colectiva y estos dos se agrupan o anudan en el concepto de salud pública. Este último aparece como bien jurídico con tutela en el ámbito penal, administrativo, Contravencional, civil y constitucional.

La reforma de 1994 incorpora el derecho a la salud de manera expresa; el marco normativo ubica al derecho a la salud como un derecho social directamente operativo y exigible por las personas, incluso ante la omisión en su reglamentación legal, tanto respecto a los financiadores privados como al Estado, la acción de amparo, es un instrumento para canalizar judicialmente los derechos fundamentales.

El Programa Médico Obligatorio (PMO) fue conceptualizado, tanto por la Corte Suprema como por los reclamantes, como una norma de jerarquía inferior que debe ser interpretada y aplicada en consonancia con la norma superior constitucional, considerando el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

Este trabajo de investigación consiste en estudiar la regulación del PMO y los problemas jurídicos de la normativa que generan una serie de reclamos crecientes que conllevan a la judicialización de la salud; se indagarán las vías procesales y criterios jurídicos seguidos por la jurisprudencia respecto a la resolución de dichos reclamos.

Palabras claves: programa médico obligatorio, constitución nacional argentina, derecho de la salud, derecho a la salud, tratados internacionales con rango constitucional, acción de amparo, judicialización de la salud.

ABSTRACT

The right to health represents on the one hand a fundamental right and on the other, a right of collective incidence and these two group or knot with each other in the concept of public health. The latter appears as a legal right with guardianship in the criminal, administrative, contraventional, civil and constitutional environments.

The 1994 reform incorporates the right to health expressly: the legal framework places the right to health as a social right directly operational and demandable by individuals, even in the face of omission in their legal regulation, regarding both private financiers or The State, the remedy of protection, is an instrument to judicially channel fundamental rights.

The Mandatory Medical Program (PMO) was conceptualized, both by the Supreme Court and by the complainants, as a lower hierarchy rule that must be interpreted and applied in accordance with the higher constitutional norm, considering access to basic goods and services health conservation.

This research work consists in studying the regulation of the PMO and the legal problems of the regulations that generate a series of increasing demands that lead to the judicialization of health. The procedural channels and legal criteria followed by the jurisprudence regarding the resolution of said claims will be investigated.

Keywords: obligatory medical program, national constitution of Argentine Republic, health law, right to health, international treaties with constitutional rank, action of protection, judicialisation of health.

ÍNDICE

Introducción	Pág.8
---------------------------	-------

CAPÍTULO PRIMERO

EL SISTEMA DE SALUD EN ARGENTINA

Introducción	Pág.12
1.1 Antecedentes históricos del sistema de salud	Pág.12
1.2 Caracterización del sistema de salud en Argentina	Pág.15
1.3 Legislación Regulatoria	Pág.18
1.3.1 Obras Sociales	Pág.18
1.3.2 LEY 22.269	Pág.19
1.3.3 Ley 23.660 y 23.661	Pág.20
1.3.4 Ley 19.032	Pág.22
1.3.5 Seguro Nacional de Salud	Pág.23
1.3.6 Decreto 578/93	Pág.24
1.3.7 Decreto 939/2000	Pág.25
1.3.8 Ley 26.682	Pág.26
1.3.9 Decreto 492/1995	Pág.29
1.4 Conclusiones parciales	Pág.30

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO A LA SALUD: MARCO NORMATIVO

Introducción	Pág.31
2.1 El concepto de salud, salud pública y derecho a la salud	Pág.31
2.1.1 Salud Pública	Pág.32
2.1.2 Derecho a la salud	Pág.32
2.2 El derecho a la salud en el ordenamiento constitucional y en tratados Internacionales	Pág.34
2.2.1 El derecho a la salud en la Constitución Nacional Argentina	Pág.34
2.2.2 Tratados internacionales con jerarquía constitucional.	Pág.38

2.2.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos	Pág.38
2.2.2.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Decreto 9983/57).....	Pág.39
2.2.2.3 Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.....	Pág.40
2.2.2.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Pág.40
2.2.2.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos	Pág.41
2.2.2.6 Declaración de ALMA-ATA, Conferencia Internacional sobre atención primaria de salud.....	Pág.41
2.3 El Derecho a la Salud, su Instrumentación	Pág.43
2.3.1 El Servicio Público.....	Pág.43
2.3.2 El Amparo como recurso de cumplir con el derecho a la salud.....	Pág.44
2.4 Conclusiones parciales	Pág.45

CAPÍTULO TERCERO

EL PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO

Introducción.....	Pág.46
3.1 El Programa Médico Obligatorio.....	Pág.46
3.2 Incorporación de Prestaciones al PMO	Pág.48
3.3 Modificaciones al PMO	Pág.50
3.4 Normativa e instancias del Seguro de Salud.....	Pág.53
3.5 Problemas Jurídicos y Reclamos.....	Pág.56
3.6 Proyecto de Ley de Creación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (AGNET)	Pág.58
3.7 Conclusiones parciales.....	Pág.61

CAPÍTULO CUARTO

CONTROVERSIAS Y JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD

Introducción	Pág.64
--------------------	--------

4.1 Contexto	Pág.64
4.2 La judicialización estrategia individual o promotora de derechos	Pág.66
4.3 El poder judicial y el derecho a la salud.....	Pág.70
4.4 El soporte legal de la judicialización	Pág.72
4.5 Situación en otros países de la región.....	Pág.74
4.5.1 Brasil.....	Pág.75
4.5.2 Costa Rica.....	Pág.76
4.5.3 Colombia.....	Pág.78
4.5.4 Uruguay	Pág.81
4.6 Conclusiones parciales.....	Pág.82

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN EL CUMPLIMIENTO DEL PMO Y DEL DERECHO A LA SALUD

Introducción.....	Pág.84
5.1 Síntesis de fallos y criterios jurisprudenciales	Pág.84
5.2 Vías procesales, criterios jurídicos y normativa	Pág.106
5.3 Reclamos y causas que se judicializan	Pág.113
5.4 Conclusiones parciales.....	Pág.123
Conclusión Final	Pág.124
Abreviaturas	Pág.129
Bibliografía consultada	Pág.132

INTRODUCCIÓN

La salud constituye uno de los derechos básicos de las personas y su protección se encuentra consagrada en normas de orden interno de carácter constitucional como también de carácter internacional,

El sistema de salud está organizado a partir de tres sub-sistemas: el público (financiado y provisto por estructuras nacionales, provinciales y municipales), el privado (a través de entidades de medicina prepaga) y la seguridad social (financiado por obras sociales sindicales, provinciales y nacionales y dotado por efectores propios o del sector privado).

La misión fundamental del sistema es la de administrar salud aplicando, en su ámbito jurisdiccional la legislación vigente con el fin de resolver los casos en que les corresponda conocer, en el marco de las garantías que brindan los respectivos ordenamientos jurídicos instituidos constitucionalmente.

Con la creación del Programa Médico Obligatorio (PMO) se dispuso aprobar el régimen de Asistencia Obligatorio para todos los Agentes del Seguro involucrados en las leyes nros. 23.660 y 23.661 y aquellas Obras Sociales (OS) que adhieran al mismo.

Por Ley 24.754, del 2 de Enero de 1997, se hace extensiva la obligación a empresas de medicina prepaga de cubrir las mismas prestaciones obligatorias que cumplen las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24. 455, y sus respectivas reglamentaciones.

Mediante la Ley 26.682 se incorpora a las entidades de medicina prepaga bajo la órbita de la Superintendencia de Servicios de Salud, y por la Resolución 055/12 SSSALUD deberán inscribirse en el Registro Nacional de Entidades de Medicina Prepaga de la SSSALUD las entidades comprendidas en la ley indicada. A través del Decreto 1991/2011 PEN (D.N.U.) se incluye en la regulación de la Ley 26.682 a cooperativas, asociaciones civiles, mutuales, fundaciones y obras sociales que posean planes superadores.

En un contexto en que los conflictos sanitarios originados en virtud del avance del conocimiento científico como así también de los cambios sociales y culturales suscitados, se amplían las demandas de los pacientes con la aparición de nuevos tratamientos que permiten aumentar la expectativa de vida y mejorar su calidad e incrementar la demanda.

Además a partir de la Reforma Constitucional de 1994 comienza a incrementarse los reclamos judiciales en el ámbito del derecho de la salud, favorecidos por la incorporación del Art 42, que establece los derechos de los consumidores y usuarios en relación con la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz y a un trato equitativo y digno. En tanto que el art. 43 dispone la posibilidad de interponer acción expedita y rápida de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que lesione, restrinja, altere o con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Ante el interés que la temática suscita, nos proponemos indagar en las demandas vinculadas con el derecho a la salud y el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio. En principio se analizará cómo se encuentra regulado el Programa Médico Obligatorio, el tipo de demandas que se judicializan vinculadas con el derecho a la salud y el cumplimiento del PMO, y qué tipo de normas jurisprudencia y herramientas procesales recurren los tribunales para dictar sentencia.

Se analizará el marco normativo que utilizan los tribunales a la hora de fundar sus resoluciones y cuál es el papel que juega la regulación consagrada en los tratados de derechos humanos respecto al derecho a la salud.

El punto de partida del presente trabajo es el año 1994 cuando la Constitución Nacional incorpora el concepto de derecho a la salud en sus Arts. 41 y 42, pero principalmente con la intervención de tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Civiles y Políticos (PIDESC) en su artículo 12. Hasta que se realizó la reforma no se contemplaba expresamente el derecho a la vida y sus circunstancias, sólo el artículo 33 mencionaba de forma tácita a la salud. A través de la reforma, además, se hizo explícito el reconocimiento con la incorporación del Pacto de San José de Costa Rica, dentro del artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, ya que como se indicó anteriormente los tratados internacionales adquirieron carácter supralegal a nuestro régimen jurídico.

El otro hito temporal es el 29 de mayo de 1996 cuando se publica en el Boletín Oficial, la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social n° 247/96 por la que se aprueba el "Programa Médico Obligatorio" para los agentes de salud comprendidos en el Art.1° de la Ley 23.660.

Se analizará jurisprudencia seleccionada en virtud de la contundencia de los hechos involucrados y la claridad conceptual al momento de analizar el tema dado que se ha producido

un gran número de jurisprudencia en la materia, que coadyuva al cumplimiento de la normativa constitucional e internacional como se ejemplifica con los fallos seleccionados.

La metodología del trabajo se sustenta en un estudio de tipo exploratorio: el material seleccionado se someterá a una revisión documental analizando la legislación que regula al sector salud en relación con el Programa Médico Obligatorio y la normativa que regula el derecho a la salud, estableciendo un marco de ideas generales que permita identificar dimensiones y categorías de análisis, con el objeto de recopilar información sobre los avances en este campo de estudio.

La selección de fallos se regirá por criterio no probabilístico intencional atendiendo a que los mismos provienen de diversas jurisdicciones nacionales y provinciales y de subsistemas del sector. El tratamiento de las decisiones judiciales expresadas en los fallos y sentencias será analizado e interpretado sistematizadamente con el objeto de conocer las decisiones judiciales, el marco normativo, los criterios jurídicos y la jurisprudencia en que se sustentan.

El trabajo final de graduación está organizado en cinco capítulos. En el primero se presentan los antecedentes históricos, fundamentos y características del sistema de salud, sus subsistemas y la legislación regulatoria de los mismos. En el segundo capítulo se define el derecho a la salud, sus antecedentes históricos, sus características, su regulación normativa en el derecho vigente al marco normativo nacional y de los tratados internacionales al que la Argentina suscribe, para promover el acceso de la población a los servicios de salud en obras sociales, empresas de medicinas prepagas y hospitales públicos. En el capítulo tercero, la tarea consiste en identificar, describir y analizar la regulación respecto al Programa Médico Obligatorio. Las modificaciones e incorporación de prestaciones, la normativa que regula el Seguro Nacional de Salud, el Fondo Solidario de Retribución, la Administración de Programas Especiales, las Enfermedades Catastróficas, para avanzar sobre los problemas jurídicos y los reclamos relacionado con el PMO. En el capítulo cuarto, se trata el tema de las controversias que suscita la judicialización de la salud, el soporte legal y la situación en otros países de la región con el objeto de indagar en las mejores prácticas de abordaje. En el capítulo quinto, se analizarán Once (11) fallos elaborados a nivel federal (CSJN) y provincial (SCJBA) y provenientes de diversas jurisdicciones y de los subsistemas del sector salud. El tratamiento de los fallos y sentencias requerirá en un principio el establecimiento de categorías que permitirá establecer a posteriori una grilla para su análisis. Las decisiones judiciales plasmadas en los fallos serán categorizados, medidos, descritos, analizados e interpretados sistematizadamente, con el objeto de conocer el

marco normativo en que se sustentan y sopesar la relevancia de los tratados internacionales de derechos humanos referidos al derecho a la salud.

La finalidad del TFG será indagar en las normas y modificaciones del PMO como parte de la tarea propuesta y revisar doctrina y jurisprudencia que nos de sustento para avanzar en dicha dirección. Se espera contribuir en la comprensión de la dinámica del litigio en materia de derechos de la salud y sus consecuencias y coadyuvar a abordar el fenómeno de los juicios vinculados con la salud, de modo que cultiven su potencial constructivo y reduzcan al mínimo los aspectos que resultan problemáticos desde la perspectiva de este derecho de la sociedad en su conjunto.

CAPÍTULO PRIMERO:

EL SISTEMA DE SALUD EN ARGENTINA

I) Introducción

Antes de comenzar a desarrollar la temática que nos ocupa enunciamos que la salud constituye uno de los derechos básicos de las personas y su protección se encuentra consagrada en normas de orden interno de carácter constitucional como también de carácter internacional y, desde luego legal.

La misión fundamental del sistema es la de administrar salud aplicando, en su ámbito jurisdiccional la legislación vigente con el fin de resolver los casos en que les corresponda resolver, en el marco de las garantías que brinda los respectivos ordenamientos jurídicos instituidos constitucionalmente.

En este apartado describiremos la configuración del sector salud y los subsistemas que la componen diferenciando la población objetiva, financiamiento, recursos, y legislación regulatoria y sus modificaciones y aproximarnos a una primera consideración del sistema.

1.1. Antecedentes históricos del sistema de salud

Los antecedentes en el área de la salud surgen en nuestro país con la beneficencia pública, dirigida al socorro y cuidado de los expósitos, los pobres, indigentes y desvalidos, a través de establecimientos tales como casas de huérfanos y desamparados, asilos de menores y ancianos, casas cunas, hospitales, manicomios, institutos de ciegos y sordomudos, la que se ocupó de la salud. Las instituciones de beneficencia eran de carácter caritativo bajo la influencia y hasta la misma administración de instituciones religiosas católicas. Con un enfoque similar los hospitales cumplían funciones de asistencia y también asilaban a enfermos pobres.

En el siglo XIX es cuando la sanidad tiende a reemplazar a la beneficencia como en la mayoría de los países del continente, durante los dos últimos decenios del siglo XIX con la “Sanidad Pública”. Durante la década del 30 y 40 del siglo XX continuaría con la creación de nuevas instancias de gobierno en salud, que culminan con la creación del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

La incorporación de la seguridad y la previsión social, refleja una trascendente transformación de la política de Salud. La medicina estatal, que había nacido para evitar la introducción de enfermedades del exterior con la regulación de la cuarentena marítima,

evolució hasta constituir el ejemplo típico de la evoluci3n de las preocupaciones sanitarias. La medicina estatal que se iniciara con la Sanidad Marítima fue creciendo hasta transformarse en Sanidad Interna.

La Salud Pú blica en nuestro país siguió una marcha sinuosa alrededor de las determinantes fundamentales de decisiones políticas. Estas en un principio habían llevado a la Argentina a ser el primer país de América en organizaci3n sanitaria y desarrollo de la atenci3n hospitalaria. En 1880 el presidente Roca crea el Departamento Nacional de Higiene cuya ley orgánica, promulgada el 3 de octubre de 1891, coloca en su esfera de acci3n el estudio de las cuestiones relativas a la higiene y salud pú blica. Ese fue el principio de una estructura jurí dico-política que llevó a nuestro país durante muchos años, al más elevado nivel sanitario en el conjunto de los paí ses latinoamericanos.

Hasta los años `40 la medicina privada atendía a los sectores más favorecidos econó micamente, mientras que los hospitales del estado y de las entidades de beneficencia servían a los grupos econó micamente más débiles. La modalidad de servicios mutuales de origen inmigratorio brindaba asistencia a comunidades europeas y a sus descendientes (italiana, española, francesa, inglesa, judía, alemana), con establecimientos concentrados fundamentalmente en los grandes centros urbanos. Asimismo actuaban en el área de la salud algunos organismos mutuales de carácter gremial –aunque con muy limitada cobertura-, entre los cuales se destacaba el desarrollo pionero de los servicios para obreros y empleados ferroviarios. (PNUD. 2011).

A ellas se sumaban regí menes de protecci3n para grupos restringidos y así se configuraba, en conjunto, un sistema que dejaba total o parcialmente afuera a amplios sectores de la poblaci3n.

En 1943 Argentina reconoce la salud pú blica como problema de interés específico del Estado con la creaci3n de la Direcci3n Nacional de Salud Pú blica y Asistencia Social, que en 1949 se transformó en Ministerio.

En forma conjunta con la Secretarí a de Trabajo y Previsi3n Social que generó una política tendiente a generar el apoyo de los sectores populares al gobierno, mediante las mejoras en las condiciones de vida.

Con la llegada del peronismo al gobierno (1946) comienzan a producirse algunos hechos –en parte como producto de tendencias generales observables en el mundo con posterioridad a la

segunda gran guerra- que propenden a transformar, con bastante rapidez, la organización y funcionamiento del sistema argentino de servicios de salud.

La activa gestión de Ramón Carrillo orientó una notable expansión de la capacidad asistencial pública, factor principal de la duplicación del número de camas del país, que pasan de 66.300 en 1946 a 134.218 en 1954 (Dal Bo, 2010).

Para Carrillo la medicina debe orientar su acción:

No hacia los factores directos de la enfermedad, los gérmenes microbianos, sino hacia los indirectos, la miseria y la ignorancia, comprendiendo que esos componentes sociales: la mala vivienda, la alimentación inadecuada y los salarios bajos, tiene tanta o más trascendencia en el estado sanitario de un pueblo, que la constelación más virulenta de agentes biológicos (Carrillo, 1963, p. 20).

Este notable crecimiento involucró un significativo desarrollo de la jurisdicción nacional: Ministerio de Salud Pública, a partir de 1949, tras haber superado las etapas de Departamento Nacional de Higiene (1880-1944), Dirección Nacional de Salud Pública (1944-1946), y Secretaría de Salud Pública (1946-1949). Esta jurisdicción instala y administra centralizadamente sus establecimientos, paralelamente y con escasa relación a la similar actividad realizada por las provincias y principales municipios.

Quizás la contradicción más importante del proceso sanitario de la época fue la simultánea difusión de las Obras Sociales (OS), junto con la expansión de la actividad estatal y el auge final y muerte de la beneficencia.

Las OS reconocen antiguas raíces en la historia institucional de nuestro país. Desde las cofradías y gremios virreinales, pasando por agrupamientos como la Sociedad de Socorros Mutuos hasta los servicios sociales organizados por el gremio ferroviario ya en el siglo XX.

En los años posteriores se puede destacar las gestiones del Ministro Arturo Oñativia y durante la presidencia de Arturo Illia (1963-1966), quien pone en práctica una legislación para el control de los medicamentos Este es uno de los puntos críticos en la prestación en servicios médicos en el país y en el mundo. La iniciativa genera una fuerte resistencia en la industria farmacéutica. Con la caída del gobierno de Illia por medio de un golpe de estado también cayó la aludida legislación.

Durante los años 1966 a 1970 el Sistema de Atención Médica Privada representó el *súmmum* en el ejercicio de las profesiones liberales. La mayor expresión la constituyó el médico de familia que atendía en su propio consultorio, en los domicilios de sus pacientes y en los

sanatorios con Sistema Abierto y con prestaciones totalmente financiadas por los individuos que necesitaban atención.

En los servicios de salud, al cambio social fundado en la solidaridad grupal se suman los adelantos tecnológicos que dan lugar a una modificación estructural a mérito de dos factores fundamentales a) la alta especialización que reclama una medicina por equipos, b) el alto costo de la atención médica en constante crecimiento no solo por el factor inflacionario sino por la incorporación de nuevos instrumentales y equipos.

Comienzan a reunirse médicos de distintas especialidades para conformar las primeras pero informales empresas de medicina prepaga (de aquí en adelante EMP), con formas rudimentarias de comercialización y con la financiación de atención del adherente mediante el pago de una cuota mensual anticipada. “Estas empresas sumadas a los sanatorios privados que ante la capacidad ociosa de sus instalaciones dan nacimiento a los “prepagos sanatoriales (Ahuad, Paganelli, Palmeyro, 1999, p. 12).

Así surgen las entidades de “medicina prepaga” comúnmente llamadas prepagas, manteniéndose una constante señalada varias veces con anterioridad de falta de interrelación con los demás subsectores.

1.2. Caracterización del sistema de salud en Argentina

En la prestación de servicios de salud se advierte la configuración de un servicio público y que constituye una actividad a cargo del Estado, que admite para su ejercicio y cumplimiento de fines la participación de particulares. Lo cierto es que no puede considerarse superada la discusión entre establecer la salud como un derecho fundamental o un derecho prestacional, se estructura la salud como derecho de segunda generación, cuya finalidad no es el “estado de completo bienestar físico, psicológico y social”, sino la prestación del servicio de salud en condiciones de equidad, igualdad, eficiencia, universalidad, solidaridad, con acceso a servicios de protección, promoción y recuperación de la salud.

El Ministerio de Salud es la máxima autoridad nacional en materia de salud, compartiendo con otras instancias del gobierno nacional el área de programas sociales. Sin embargo, dada la estructura federal del país, los gobiernos provinciales poseen total autonomía en materia de políticas de salud pública y con la mayor parte de responsabilidades en la provisión de servicios, lo que hace que los lineamientos del nivel nacional tengan solamente un valor indicativo, estando la adhesión a los mismos condicionada a las coincidencias en el plano político

más general, En tanto que los municipios tienen a cargo la ejecución de programas y la administración de los servicios de su órbita (Cetrángolo, Devoto, 2002).

Estructuralmente el sistema de salud es un sistema mixto conformado en tres subsistemas: público, privado y el de seguridad social.

El subsistema público está integrado por las estructuras administrativas provinciales y nacionales de nivel ministerial, y una red de hospitales y centros de salud públicos que prestan atención gratuita a toda persona que lo demande, fundamentalmente a personas sin seguridad social y sin capacidad de pago. La modalidad de financiamiento es a través de recursos fiscales y pagos ocasionales de parte del sistema de seguridad social cuando atiende a sus afiliados y funciona bajo la coordinación de Ministerios y Secretarías de la Salud nacionales, provinciales o municipales.

El sector de seguridad social obligatorio está organizado en torno a las OS, que aseguran y prestan servicios a los trabajadores y sus familias según ramas de actividad. Además, cada provincia dispone de una OS que cubre a los empleados públicos de su jurisdicción. El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados/Programa de Asistencia Médica Integral (INSSJyP – PAMI) brinda cobertura a los jubilados del sistema nacional de previsión y sus familias.

Mosset Iturazpe y Lorenzetti (1991) entiende la seguridad social como el mecanismo establecido ante una situación potencial de riesgo y una situación corregible de siniestro, y atento a esta premisa la doctrina reconoce como principios de dicha seguridad social los siguientes: la subsidiaridad, en la cual el Estado no debe asumir tareas que excedan lo que personas o grupos sociales puedan realizar *motus proprio*; la solidaridad; en cuanto colaboración recíproca por causas equivalentes y en pos de satisfacer necesidades comunes; y la participación que alude a el protagonismo del trabajador y del empleador en la gestión social.

En Argentina existen tres tipos de instituciones de seguridad social: (1) las Obras Sociales Nacionales, alrededor de 270 instituciones organizadas por rama de actividad productiva, gerenciadas por los sindicatos de trabajadores, y coordinadas por una institución de carácter nacional (S.S.Salud-) (2) las Obras Sociales Provinciales, 24 instituciones a las que se encuentran afiliados los empleados públicos de cada provincia, y (3) el INSSJ concentrado en la cobertura de los jubilados y pensionados (Abeledo, 2010).

El sistema de Obras Sociales Nacionales se encuentra alimentado a partir de aportes

salariales y contribuciones patronales, y cuenta con un Fondo Solidario de Redistribución que busca reducir las inequidades al interior del subsistema mediante la asignación de fondos a Programas Especiales y de un Paquete Médico Obligatorio de servicios que ha sido sujeto a revisiones continuas.

La mayoría de las OS operan a través de contratos con prestadores privados y se financian con aportes y contribuciones de los trabajadores y patronales.

El subsistema privado está conformado por profesionales de la salud y establecimientos que atienden a demandantes individuales, a los beneficiarios de las OS y de los seguros privados. Este sector también incluye entidades de seguro voluntario llamadas Empresas de Medicina Prepaga que se financian sobre todo con primas que pagan las familias y/o las empresas.

El subsistema privado incluye: a) a los profesionales que prestan servicios independientes a pacientes particulares asociados a OS específicas o a sistemas privados de medicina prepagada; b) los establecimientos asistenciales, contratados también por las OS, y c) las entidades de seguro voluntario llamadas Empresas de Medicina Prepaga (EMP), que incluyen un subsector prestador de servicios agrupado en la confederación Argentina de Clínicas, Sanatorios y Hospitales Privados. Este subsistema comprende también a las llamadas cooperativas y mutuales de salud, que son entidades no lucrativas que ofrecen planes de salud pero no operan ni como OS ni como medicina prepagada.

El subsistema privado en salud es importante tanto desde el punto de vista sanitario como también el económico. Está conformado principalmente, por los prestadores de servicios médico asistenciales, los financiadores o empresas de seguros médicos, laboratorios de especialidades médicas, empresas de equipamiento e insumos médicos, farmacias y centros de diagnósticos además de las instituciones privadas responsables de la formación de los recursos humanos en las distintas especialidades médicas y no médicas que se desempeñan en el subsistema. Dentro del subsistema privado asegurador hay organizaciones y planes asistenciales de características muy diversas aunque, en términos generales y particularmente en las grandes ciudades, se orientan a la población de mayores ingresos.

Las aseguradoras privadas o empresas de medicina prepaga pueden ser sociedades comerciales, asociaciones civiles con o sin fin de lucro, fundaciones que actúan en la órbita de la Inspección General de Justicia (IGJ) y mutuales o cooperativas bajo la órbita del Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutual (INACYM). Estas empresas han sido reguladas a partir

de la sanción de la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga. Actualmente está vigente la Ley N° 24.754 que obliga a las prepagas a garantizar una cobertura igual a la vigente para las Obras Sociales El número según la SSS de estas entidades es el siguiente: 1) Empresa de Medicina Prepaga constituidas como sociedades Comerciales 207.- 2) como Cooperativas con objeto total o parcial "el prestar servicio de Salud" 26.- 3) Mutuales con las características antes indicada 201.- 4) Asociaciones Civiles, Idem anterior 44.- 5) Fundaciones, Idem anteriores 6.- 6) Obras Sociales con planes superadores 70.-

La Legislación, como vimos, establece que las Obras Sociales que ofrezcan servicios diferenciales, deben inscribirse en el registro de Entidades de Medicina Prepaga

Con una gran concentración en Capital Federal y Gran Buenos Aires. Relacionado con el subsistema privado prestador, se registran aproximadamente 10.000 establecimientos, con y sin internación, que representan algo más del 60% sobre el total sectorial. La mayoría de clínicas y sanatorios y los centros de diagnóstico son pequeñas y medianas empresas con fines de lucro, intensivas en recursos humanos especializados y, por lo tanto, generadoras de empleo (aproximadamente 390.000 puestos de los cuales 252.000 se encuentran en relación de dependencia formal). Es conveniente distinguir entre los pequeños establecimientos originados como ampliaciones Nacionales (PMOE), y las establecidas por la Ley N° 24.455, que las obliga a cubrir los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de los pacientes afectados HIV/SIDA y de los que dependen física o psíquicamente del uso de estupefacientes.

1.3. Legislación Regulatoria

1.3.1 Obras Sociales

Con la sanción de la Ley 18.610 que respeta el antecedente de la coexistencia de la entonces estructura mixta de sistemas sociales en la cual “*convivían*” obras sociales de la administración central del estado, organismos descentralizados, empresas del estado, paraestatales, de administración mixta y de las asociaciones profesionales de trabajadores (Comisión Nacional de Obras y Servicios Sociales Decreto Ley 17.230/67 para las primeras y Comisión Coordinadora de Servicios Sociales Sindicales, Decreto Ley 12.318/67 para las segundas), se caracterizó a las OS; se fijaron pautas mínimas de financiación con aportes y contribuciones a cargo de trabajadores y empleadores respectivamente. La ley creó el Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS) como órgano de contralor. A su cargo estaba la coordinación y planificación del régimen así como el control de la inversión de los recursos y del

funcionamiento técnico y administrativo. Toda organización con personería gremial que en la época de la sanción de la ley no otorgase servicios asistenciales, en el futuro lo debería hacer en forma directa o indirecta (mediante convenios) como condición para percibir los fondos puestos a su disposición. Se creó un fondo solidario de redistribución administrada por el INOS, que sería destinado a “...incrementar o mejorar la capacidad instalada que se destinare a las prestaciones o para la asistencia financiera de las Obras Sociales que por circunstancias especiales la requieran” (Art. 21, Ley 18.610.)

La ley creó el Registro Nacional de Obras Sociales. En la práctica muchas asociaciones profesionales demoraron la organización e implementación de sus servicios asistenciales de prestaciones de salud cobrando indebidamente los aportes y contribuciones de ley. También existió “*confusión*” entre los patrimonios y las administraciones – respectivas – de las OS y los Sindicatos, no obstante la separación normada en el artículo 8 de la ley. Por otro lado, las actividades de control del INOS no funcionaron adecuadamente ya que las desigualdades notorias en la capacidad de prestaciones, pese al fondo de redistribución, se hicieron evidentes entre las diferentes OS. Aún con los inconvenientes mencionados se consiguió que grandes sectores de trabajadores en relación de dependencia accedieran a la satisfacción de sus necesidades médicas, hasta poco antes inaccesibles. La ley clasifica las OS en:

1. Obras Sociales Estatales, art. 8 inciso A
2. Obras Sociales Gremiales o Sindicales, art. 8 inciso B
3. Obras Sociales de Personal de Dirección, art. 8 inciso C y art. 9
4. Obras Sociales de la Administración Mixta, art. 8 inciso A
5. Obras Sociales por Adhesión, art. 24.

1.3.2 LEY 22.269

Crea un nuevo régimen manteniendo al INOS en el ámbito de Ministerio de Bienestar Social, estatiza a todas las OS desapareciendo la distinción que hacía la Ley 18.610 entre las Obras Sociales Estatales, Paraestatales, de Administración Mixta y Sindicales. En lo formal reconocía el principio de participación de los representantes de los beneficiarios otorgándole dos puestos en los respectivos directorios. En la práctica jamás participaron ya que estos organismos estaban intervenidos. Esta ley disponía que dentro de un plazo de tres años de dictada se crearían Entes de OS que sustituirían de pleno derecho a los existentes. Dichos Entes nunca fueron creados. Podemos agregar que esta ley contuvo en sus disposiciones la filosofía imperante en el

autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”.

Por lo tanto inferimos del análisis del universo prestacional, que se produce un vigoroso incremento del ámbito privado, con fuertes presiones del sector empresario de la medicina como así también por las asociaciones de médicos, odontólogos, bioquímicos y farmacéuticos, que aglutinan a los profesionales y que además de cumplir funciones gremiales son las intermediarias entre relaciones comerciales de los profesionales con las OS. Se organizan en entidades de primer, segundo y tercer grado, es decir, a nivel de localidad en colegios o círculos (entidades de primer grado); a nivel provincial se organizan en federaciones (entidades de segundo grado) y a nivel nacional se organizan en confederación (entidades de tercer grado). Las asociaciones de primer y segundo grado son las que imponen la contratación masiva de sus matriculados. Actúan monopólicamente y perciben los pagos efectuados por las prestaciones brindadas para luego efectivizar los mismos en forma individual conforme a lo facturado por cada uno, previo descuento de fondos con destino al colegio o círculos o federaciones. Es de destacar que el accionar mencionado hace casi imposible la contratación individual de profesionales ya que aquellos que osan saltar la valla son sometidos a discriminaciones que, si bien no responden a ninguna norma, llegan a generarles una verdadera situación de parias en el ejercicio de su profesión, en la jurisdicción de la asociación profesional que le corresponda. En el orden nacional, idéntico comportamiento es llevado a cabo por los médicos anestesiólogos. Los inconvenientes mencionados precedentemente, si bien se han ido atemperando, persisten hasta nuestros días.

Dado que luego de la aparición del decreto 9/93 del Poder Ejecutivo Nacional que no permite la negociación colectiva de la cantidad y precio de las prestaciones, las organizaciones profesionales se transformaron con otra tipología jurídica y siguieron operando dentro de las prácticas establecidas (Tafari, 1997, p. 77.)

1.3.3 Ley 23.660 y 23.661

La sanción de las leyes 23.660 (1988) y 23.661 (1988), derogan la Ley de Obras Sociales, se crea el Sistema Nacional de Seguro de Salud, con el objeto de crear una red sanitaria nacional en la que prevaleciera un criterio de justicia distributiva.

El artículo 1º de la Ley 23.660, a través de sus incisos “a” a “h”, especifica los entes de Obras Sociales (OS) que quedan sometidos al régimen. Dicho artículo realiza una enumeración detallada de las OS comprendidas en el referido régimen, pero deja el camino abierto para que sean regidas por dicha normativa: “toda otra entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en

la enumeración precedente tenga como fin lo establecido por la presente ley” (art. 1º, inciso h).

La doctrina clasifica a las OS comprendidas, en dos subgrupos: OS de “autogestión administrativa”, OS de “cogestión administrativa”.

La ley establece que deberán destinar sus recursos prioritariamente a prestaciones de salud y asimismo brindar otras prestaciones sociales. En lo referente a las prestaciones de salud, formarán parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud –en calidad de agentes naturales del mismo- sujeto a las disposiciones y normativas que lo regulan. Deberán presentar obligatoria y periódicamente información sobre su actividad ante la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL); asimismo, destinar como mínimo el 80% de sus recursos brutos, deducidos los aportes al fondo solidario de redistribución, creado en jurisdicción del ANSSAL, a la atención de salud establecida por el seguro a sus beneficiarios, definiendo quienes quedan obligatoriamente incluidos en calidad de tales.

También la ley incorpora como principio en el artículo 12 inciso A: “las Obras Sociales Sindicales son patrimonio de los trabajadores que las componen”. Además, establece una normativa sobre organización y gobierno de los entes.

La Ley 23.661 en su artículo 1º crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud con los alcances de un seguro social, con el principio de pleno goce del derecho a la salud para todos sus habitantes, sin discriminaciones de ningún tipo. Declara que la organización será dentro del marco de una concepción integradora del sector salud, reafirmando la autoridad pública como conductora y propendiendo a una consolidación participativa para las sociedades intermedias. El objetivo fundamental del seguro es el de proveer prestaciones de salud “igualitarias, integrales y humanizadas” (art. 2º).

Se considera agente de seguro a las OS Nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación y a las OS de otras jurisdicciones que adhieran al sistema que se constituye. El seguro deberá adecuar sus acciones a las políticas del Ministerio de Salud y Acción Social, se promoverá a la descentralización progresiva en las jurisdicciones provinciales, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y el Territorio Nacional de Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Establece quiénes quedan excluidos como beneficiarios, entre ellos: los de las OS, los trabajadores autónomos, las personas sin cobertura por carecer de tareas remuneradas, el personal de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito podrán incorporarse mediante convenios de adhesión. Como así

también establece que los organismos que brinden cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación y sus jubilados, retirados y pensionados podrán incorporarse al seguro total o parcialmente bajo similares instrumentos (con posterioridad la Ley 23.890 exceptuó de las disposiciones a la Ley 23.660, a las OS correspondientes al Poder Judicial y de las Universidades Nacionales) Determina que las mutuales podrán integrarse al seguro como agente mediante convenio de adhesión, crea un fondo “solidario de redistribución” y fija su financiación y la forma de distribuirlo. Instala como mandato que la política de salud deberá “...articular y coordinar los servicios de salud de las obras sociales, de los establecimientos públicos y de los prestadores privados” art. 3º, segundo apartado, SNSS. Establece que los hospitales y demás centros asistenciales dependientes de la Ciudad de Buenos Aires y de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur se incorporarán al servicios en calidad de prestadores, que la Secretaría de Salud Pública de la Nación aprobará las modalidades, los nomencladores y valores retributivos para las contrataciones de prestaciones de salud, formando a tal efecto una comisión de concertación entre las partes. Como decíamos al principio del tema, estas dos leyes que en su conjunto pretendían instaurar un seguro de salud, cumplieron solo parcialmente el objetivo anunciado, ya que como efecto no deseado generaron mayor fragmentación del sistema al institucionalizar las excepciones y las no inclusiones de determinadas OS, como tampoco se logró coordinar a éstas con el hospital público.

En años posteriores se creó la Superintendencia de Servicios de Salud, un organismo descentralizado de la jurisdicción del Ministerio de Salud, en el que se fusionaron la ANSAL, la Dirección Nacional de OS (DINOS) y el Instituto Nacional de OS (INOS). Su denominación puede llevar a engaño ya que no controlaba todos los servicios de salud, sino a los agentes del seguro, llámese en la práctica OS.

La Ley 22.269 crea un nuevo régimen manteniendo al INOS en el ámbito de Ministerio de Bienestar Social, estatiza a todas las OS desapareciendo la distinción que hacía la Ley 18.610 entre las Obras Sociales Estatales, Paraestatales, de Administración Mixta y Sindicales. En lo formal reconocía el principio de participación de los representantes de los beneficiarios otorgándole dos puestos en los respectivos directorios.

1.3.4 LEY 19.032

Se crea el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), con la sanción y promulgación de la Ley 19.032 cuyo programa principal es el “Programa de Asistencia Médica Integral” o PAMI, con el objetivo fundamental de prestar a los

jubilados y pensionados los servicios médicos asistenciales destinados al fomento, protección y recuperación de la salud.

Su financiación proviene de varias fuentes: aportes de trabajadores en actividad, contribuciones de empleadores y el aporte de sus afiliados.

Los servicios del INSSJP se fueron ampliando progresivamente, primero a través de la extensión de la cobertura a otros beneficiarios y luego mediante la extensión de los servicios brindados.

En ese sentido a la población objetivo originaria, se le agregaron beneficiarios diversos como por ejemplo pensiones graciables, veteranos de guerra, madres con más de siete hijos, discapacitados o con enfermedades crónicas, personas de más de setenta años, etc.” (Tafari, 1997, p.73)

Es sumamente discutible si se sigue una racionalidad actuarial al agrupar a la población etárea de mayor riesgo en una sola organización, y además adicionarle la cobertura de sectores no contributivos. Esta situación es agravada por la inexistencia de cálculo actuarial en lo que respecta a la financiación del PAMI, tratándose simplemente de un sistema de reparto.

El funcionamiento de este organismo tuvo amplias repercusiones políticas traducidas en: intervenciones, normalizaciones, leyes de modificación de su estructura orgánica y denuncias de corrupción. Posee una estructura funcional desmesurada e irracional, por ejemplo, una plantilla de 14.000 agentes que se estima como excesiva, presenta fallas en su sistema de auditoría y en todos sus circuitos administrativos.

En 1995 PAMI fue incorporado al presupuesto y se autorizó a la ANSES a administrar sus recursos. En la práctica, el efecto fue generar una fuente transitoria de fondos para paliar el déficit.

1.3.5 Seguro Nacional de Salud

El seguro de salud y la Ley de Seguros, este producto es utilizado mayormente por las EMP y las OS excluidas de la Ley 23.660, para reasegurar sus riesgos (casos de alta complejidad y de alto costo y baja incidencia), siendo ínfimo el monto del giro de los seguros respecto de los gastos de los demás componentes del sector.

Según lo expresa el artículo 1° de la Ley 17.418: hay contratos de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización a resarcir un daño o cumplir con la prestación convenida si ocurre el evento previsto.

El producto de seguros de salud de carácter indemnizatorio no ha tenido existencia en el mercado argentino, fundamentalmente porque el consumidor local busca cobertura y no un reembolso de sus gastos, el que por otra parte es percibido como contingente, agrega un riesgo que el mismo no está dispuesto a correr. En otros países como EEUU el seguro de salud está descendiendo como modelo. Para este tipo de modalidad es casi imposible controlar el gasto médico, ya que no poseen una relación con el prestador; por lo tanto, tiene debilitado su poder de negociación.

1.3.6 Decreto 578/93

El hospital público es la expresión institucional máxima de este subsistema y ha visto incrementada su participación en el mercado como consecuencia de las recurrentes crisis que ha soportado el país. La actividad rectora que ejercía el Ministerio de Salud sobre el subsistema público ha ido deteriorándose gradualmente conforme se ha producido el traspaso de los efectores de este sector a las provincias y municipios. Significativo es el caso de la transferencia a la Ciudad de Buenos Aires de todos los hospitales nacionales que funcionaban en su ámbito (con excepción de los psiquiátricos). Totalizando un número de 33 dependientes del Gobierno de la Ciudad. Funcionando con una característica asistémica, ya que existen reiteraciones de servicios así como de equipamiento y grado de complejidad.

En los últimos años ha habido una tendencia al alejamiento del área sanatorial y un énfasis en la atención primaria.

El decreto 578/93 establece un nuevo marco de funcionamiento para los hospitales públicos, estableciendo la obligatoriedad del pago de sus servicios en el caso de todas aquellas personas que tengan cobertura de OS, prepagos, mutuales y seguros con capacidad de pago. Se establece asimismo la descentralización de los hospitales y la integración de redes de servicios. A los fines de mejorar la administración interna se autoriza la utilización de los recursos percibidos por la venta de servicios para recrear una estructura de incentivos que permita el reconocimiento de la productividad y eficiencia del personal.

Si bien este decreto prevé que los hospitales sigan percibiendo los aportes presupuestarios, sugiere ir reemplazando el financiamiento a la oferta por un subsidio de demanda, dejando abierta de este modo la creación de seguros públicos de salud.

El régimen de autogestión ha sido observado críticamente por diferentes sectores de opinión, desde los detractores decididos del hospital público hasta los defensores a ultranza del

mismo.

En nuestra opinión, la falta de éxito del proyecto se debió, en gran medida, a la carencia de cultura organizacional para la producción de ingresos propios, la falta de vocación de dedicación exclusiva por parte de los profesionales y la ausencia de una remuneración acorde impiden que profesional realice su jornada completa en el establecimiento; como así también la ausencia de una administración eficiente, en la cual no se consigue registrar las prestaciones, los materiales descartables, medicamentos, etc. a fin de confeccionar la factura final a ser cobrada a la OS o EMP a la cual pertenece el paciente tratado.

Es dable aclarar que, lo anteriormente expresado no es homogéneo en todos los hospitales, hay casos en los que se ha logrado mejorar el flujo informativo y generar una facturación que ha contribuido significativamente a los ingresos.

En otros países la idea de transformar entidades asistenciales en empresas públicas, permitir la elección libre de prestadores públicos y trabajar con presupuestos flexibles para premiar a establecimientos que operan eficientemente, ha requerido mucho más tiempo que el originalmente pensado y una tecnología de gestión que no existe en todos los casos en la Argentina.

El hecho de convertir un establecimiento asistencial en una empresa pública requiere pautas de integración vertical y horizontal con distintos niveles de atención, que no han sido dadas por la autoridad ministerial. Asimismo, como la mayoría de los hospitales son provinciales mientras los centros primarios son municipales, los problemas de integración sistémica han sido grandes.

1.3.7 Decreto 939/2000

Luego de siete años de vigencia del Régimen de Hospitales Públicos se crea el Régimen de Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada (HPGD), que en términos generales no difiere de lo anteriormente instituido, aunque se reconoce en los considerandos del decreto “que luego de transcurridos siete (7) años de la implementación del Régimen del Hospital Público de Autogestión se han observado una serie de dificultades que es necesario corregir”¹ Se establece un registro que reemplaza al anterior, se declara que todas las jurisdicciones (nacional, provincial

¹ Decreto 939/2000 del 19 de octubre de 2000, B.O. 24 de octubre del 2000).

y municipal) podrán inscribir a todos los hospitales públicos de su dependencia que cumplan con la normativa; también podrán hacerlo por sí las instituciones descentralizadas que cuenten con personería jurídica. Los HPGD deberán garantizar la gratuidad de acceso. Actuarán de acuerdo con las normas vigentes en cada jurisdicción; podrán realizar convenios con las entidades de la seguridad social, cobrar a terceros pagadores los servicios que brinde a usuarios de OS, mutuales, EMP, seguro de accidente, de medicina laboral y similares. También, integrar redes de servicios con otros establecimientos asistenciales públicos y o privados, y a representantes comunitarios bajo la forma de consejos locales de salud; administrar los ingresos propios; crear: a) un fondo de desarrollo de acciones y o programas de promoción de la salud y prevención, b) un fondo para inversiones, funcionamiento y mantenimiento del hospital, y c) un fondo para la distribución mensual entre todo el personal del hospital. Asimismo se faculta al HPGD para que cuando no exista convenio previo, pueda facturar al agente del Sistema Nacional de Seguro de Salud las prestaciones que brinde, de acuerdo con los valores que fije el Ministerio de Salud. Así también, luego de transcurrido el plazo de sesenta días corridos de la fecha de la factura y cuando ésta no fuera cancelada, el HPGD podrá reclamar el pago a la Superintendencia de Servicios de Salud, la que procederá automáticamente, al débito de lo facturado de la cuenta del agente.

Esta nueva configuración de HPGD continuó con los inconvenientes operativos antes enunciados. A ello debemos sumar la reticencia de los agentes del seguro nacional de salud a que sus beneficiarios se atiendan en los hospitales ya que los valores fijados en los nomencladores de aquellos, si bien en algunos casos son inferiores a los de la actividad privada, en la factura final resultan más onerosos (por las prolongadas estadías, tratamientos experimentales).

Este encarecimiento se acrecienta para el prestador cuando se trata de hospitales-escuela universitarios, que por su característica asistencial docente prolongan el tiempo de estadía, así como la complejidad de los tratamientos.

1.3.8 Ley 26.682

El subsistema de la medicina prepaga se ha desarrollado desde sus comienzos sin un marco jurídico específico. Las empresas que realizan esta actividad se organizaron en sus inicios como sociedades de hecho, fuera de todo régimen de control específico que no fuera el de la legislación general y común. Esta forma jurídica ha dado paso, con el desarrollo del negocio, a la constitución de sociedades de derecho. Dentro de este último grupo que representa la gran mayoría de empresas relevantes en el mercado podemos encontrar sociedades comerciales, asociaciones civiles con y sin fines de lucro y fundaciones que actúan en la órbita de la

Inspección General de Justicia (IGJ), y por otro lado las mutuales y cooperativas en la órbita del Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutual (INACYM). Estos organismos desde ya, no controlan aspectos relacionados con la actividad, siendo el ámbito de su incumbencia el control relacionado con el funcionamiento asociativo.

Dentro de este contexto el marco normativo esta conformado por la Ley General de Sociedades, Ley 19.550 modificado por el C.C.C.N, Ley 20.321 de Mutuales, Ley 20.337 de Cooperativas y reglamentaciones emitidas por la IGJ y el INACYM.

Económicamente tienen una gran similitud con las OS.

Se basan en un pago prospectivo, voluntario en las EMP. Igualmente difieren del antiguo modelo, que en la actualidad tiene escasa magnitud, en la que el paciente va al médico y le paga su honorario.

Según la SSS, las empresas de medicina prepagas son:

Aquellas entidades que ofrecen servicios de cobertura de atención de salud humana, de contratación y pago voluntario, asumiendo el riesgo económico y asistencial como contrapartida de pago y suscribiéndose un contrato escrito de prestaciones médicas entre la entidad y usuario²

Observando la actividad económicamente, podemos decir que se basa en el ahorro de los pacientes y funciona con la captación de fondos de un grupo de personas.

Es función del estado intervenir, a fin de garantizar el interés público comprometido. Ello debe hacerse mediante tres controles fundamentales: 1) el de solvencia de las empresas que captan fondos, con el objetivo de evitar fraudes; 2) la supervisión de los contratos que se celebran con los consumidores para evitar cláusulas abusivas, y 3) la fiscalización de la actividad misma, en sus aspectos sanitarios, para integrarlas a lo que debería ser un sistema.

Así también el interés público habilita a los jueces para profundizar el análisis del cumplimiento de las obligaciones que asume la empresa en tales asuntos. En ese sentido la Cámara Nacional Civil, Sala D, ha fallado en el caso “Cerqueti Albino c/Cruz Azul S.A.”³.

La organización empresarial de servicios sociales incluida la atención de la salud de

² Superintendencia de Servicios de Salud, 1999, (vol. I, p. 19-20.)

³ CNCid., Sala D, “Cerqueti Albino c/Cruz Azul S.A.”, JA, 1979-IV-663.

las personas, crea la necesidad de una activa vigilancia y contralor por parte del poder público. Las relaciones que derivan de este tipo de contratación colectiva rebalsan el ámbito del derecho privado y se proyectan con fuerza creciente en la satisfacción de necesidades comunitarias que comprometen el orden público y social.

Jurídicamente, lo esencial es que la empresa asume el deber de prestación de asistencia médica, pudiendo llevarla a cabo por sí o por otros; no es *intuitio personae*. Económicamente, lo primordial es que es una intermediaria, capaz de reunir los recursos suficientes para organizar un sistema de prestación médica para una masa de personas; el pago del precio es generalmente anticipado y en forma periódica.

Se puede verificar una diferencia de poder de negociación cuando hay una empresa y un consumidor; sin embargo, una OS puede contratar a una EMP para prestar servicios a sus afiliados o una empresa para sus dependientes, y así desaparece el desequilibrio. En la generalidad de los casos es un contrato por adhesión a cláusulas generales que predispone la EMP y a las que adhiere la otra parte. En el primero de los casos se puede hablar de una suerte de privatización de hecho del sistema de seguridad social.

Es un contrato de cambio, no asociativo, bilateral, consensual, oneroso, conmutativo, es de forma libre, aunque para algunos actos médicos concretos, se requiere autorización expresa.

La ley que establecía un marco normativo a las prestaciones de la medicina prepaga fue dictada en 1996 y tiene que ver con el cumplimiento del PMO, de las Prestaciones Médicas Obligatorias. Desde distintos sectores se coincidía en la necesidad de regulación legal de las empresas de medicina prepaga. La Cámara de Diputados aprobó en el año 2008, por unanimidad de 188 diputados presentes con una sola abstención, el proyecto de ley regulatorio de las empresas de medicina prepaga. El proyecto con media sanción de Diputados permaneció en el Senado durante los años 2009 y 2010 sin tratamiento, hasta que a fines del año 2010 fue aprobado por la Cámara Alta, con cambios, los que finalmente fueron aprobados por la Cámara de Diputados, el 4 de Mayo de 2011.

La promulgación de la Ley 26.682 en mayo de 2011 establece el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes 23.660 y 23.661. Por decreto 1992/2011 en su artículo 1 se incluye a las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los

usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa. En todas aquellas actividades que resulten ajenas a dicho objeto continuarán rigiéndose por los respectivos regímenes que las regulan. Dicha norma resulta de cuestionada conveniencia puesto que regula a diferentes sujetos, unos con fines de lucro y otros no.

1.3.9 Decreto 492/1995

En el año 1995, este Decreto, proveniente del Poder Ejecutivo Nacional, estableció en su artículo 1° que los beneficiarios de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1 de la Ley N. 23.660, tendrían derecho a recibir las prestaciones médico asistenciales que se establecerían en un programa médico asistencial que sería aprobado por el Ministerio de Salud y Acción Social.

El "Programa Médico Obligatorio" (PMO) resultaba de imperativa aplicación a todos los agentes comprendidos en aquel artículo de la ley. En el decreto mencionado, también se contemplaba la creación de la "Comisión Técnica del PMO" con participación de la Administración Nacional del Seguro de Salud, la que resultaría encargada de formular el programa y de dictar las normas reglamentarias para su ejecución. Dicha reglamentación contendría las prestaciones contenidas en el PMO.

Como forzosa consecuencia de la tarea desarrollada por la Comisión, el 29 de mayo de 1996 se publica en el Boletín Oficial, la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social n° 247/96 por la que se aprueba el "Programa Médico Obligatorio" para los agentes de salud comprendidos en el Art.1° de la Ley 23.660, el cual describe las prestaciones mínimas y obligatorias para los Agentes del Seguro de Salud, que entrarían en vigencia a los 180 días de su publicación.

Esta resolución que aprueba dicho Programa, se erige en el contenido mínimo de prestaciones médico asistenciales que los agentes del seguro de salud deben prestar a sus beneficiarios, ya sea mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, y que se refieren a prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico. Dicha norma establece que no podrán establecerse períodos de carencia ni co-seguros o co-pagos, fuera de lo expresamente indicado en el PMO. Dicho programa es el plan de salud básico al cual deben atenerse todas las aseguradoras.

La Ley 24.754, del 2 de Enero de 1997, hace extensiva la obligación a las empresas de medicina prepaga de cubrir las mismas prestaciones obligatorias que cumplen las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24. 455, y sus respectivas reglamentaciones.

1.4 Conclusiones parciales

El sistema de salud en Argentina se puede caracterizar como un sistema mixto con un subsistema público que atiende a un 40 % de la población que no posee cobertura, un subsistema de seguridad social que cubre al 50 por ciento de la población administrado por sindicatos, gobiernos provinciales y por el INSSJP y el resto de la población es atendido por el subsistema privado (Abeledo, 2010).

La ausencia de una Ley Federal de Salud, permite eludir la coordinación entre los diferentes subsistemas, como así también la articulación de los programas y recursos en materia asistencial y establecer quien debe hacerse cargo de las prestaciones, máxime si ellas no están incluidas en el PMO.

Esta situación afecta el principio de igualdad y el derecho al acceso a las prestaciones de Salud a todos los habitantes de la Argentina.

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO A LA SALUD: MARCO NORMATIVO

Introducción

En este apartado se revisará la normativa nacional e internacional a la que Argentina suscribe con el objeto de cumplir con el derecho a la salud. En esta instancia el trabajo se orienta al análisis de los tratados internacionales de derechos humanos precedentes a la reforma de la Constitución Nacional de 1994. En principio se indaga sobre el derecho a la salud en el ordenamiento jurídico internacional y nacional y se estudia el marco normativo que utilizan los tribunales para fundamentar sus resoluciones.

2.1 El concepto de salud, salud pública y derecho a la salud

La idea de salud ha evolucionado para ser considerado desde “la ausencia de enfermedad” hacia el concepto de bienestar físico psíquico y social. La Organización Mundial de la Salud (1948) define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Esta definición produce una nueva visión de la concepción creadora de lo social y mental; supera el criterio físico y somático que se aplicó hasta ese momento, genera una transformación en el sub-sistema médico: modifica el criterio puramente organicista y fisiológico utilizado para definir la vida, reconociendo como persona sana a aquel que se encuentra en estado de bienestar, es decir, en mente, espíritu, sus relaciones interpersonales y con la sociedad.

Es esclarecedora, la posición de Ortega y Gasset (1957) quien al responder a la pregunta “¿qué es nuestra vida, mi vida?”, señala:

Sería inocente y una incongruencia responder a esta pregunta con definiciones de la biología y hablar de células, de funciones somáticas, de digestión, de sistema nervioso, etc. Todas estas cosas son realidades hipotéticas construidas con buen fundamento, pero construidas por la ciencia biológica cuando la estudio o me dedico a sus investigaciones. Mi vida no es lo que pasa en mis células como no es lo que pasa en mis astros, en esos puntitos de oro que veo en mi mundo nocturno. Mi cuerpo mismo no es más que un detalle del mundo que encuentro en mí -detalle que por muchos motivos me es de excepcional importancia -, pero que no le quita el carácter de ser tan sólo un ingrediente entre innumerables que hallo en el mundo ante mí. Los biólogos usan la palabra vida para designar los fenómenos de los seres orgánicos, pero lo orgánico es tan sólo una clase de cosas que se encuentran en la vida junto a otra clase

de cosas llamadas inorgánicas, por lo cual el biólogo encuentra la vida orgánica dentro de su propia vida, como un detalle de ella: es una de sus ocupaciones vitales y nada más.

2.1.1 Salud Pública

Sobre la base de lo expuesto estamos en condiciones de proponer una idea de Salud Pública como la ciencia y el arte de impedir las enfermedades, prolongar la vida, fomentar la salud y la eficiencia mediante el esfuerzo organizado de la comunidad para: a) el saneamiento del medio; b) el control de las infecciones transmisibles; c) la educación de los individuos en higiene personal; d) la organización de los servicios médicos y paramédicos para el diagnóstico precoz y el tratamiento preventivo de las enfermedades; e) el desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuado para la conservación de la salud, organizando estos beneficios de tal modo que cada ciudadano se encuentre en condiciones de gozar de su derecho natural a la salud y a la longevidad.

La Salud Pública requiere de una actividad multiprofesional; una programática racional destinada a convertir en hechos los objetivos tratados según un orden lógico de prioridades y una justicia distributiva; un conjunto de estructuras y condiciones administrativas, legales y financieras que aseguren la efectividad y continuidad de las acciones, y una evaluación permanente de los resultados y los métodos empleados.

Para la Salud Pública el objetivo central es la promoción de la salud y la disminución de la morbilidad de las poblaciones. La administración en Salud Pública se rige por los mismos principios generales que orientan el funcionamiento de cualquier actividad creada para realizar una tarea determinada, los profesionales de la salud cualquiera sea el nivel en que laboren deben conocer y aplicar los principios administrativos para el éxito de sus planes y programas (Álvarez, 2002, p. 42).

2.1.2 Derecho a la salud

El art. 33 de la C.N, incorporada al texto constitucional a través de la reforma del año 1860 estipula los denominados derechos implícitos o derechos no enumerados al señalar que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Este artículo expone la existencia de determinados derechos que no estaban reconocidos en la literalidad del texto constitucional. Con el advenimiento del auge del derecho internacional de los derechos humanos, se produjo un profundo y detallado reconocimiento de derechos y principios en los textos de los tratados internacionales y con

ello al reconocimiento manifiesto en el texto constitucional de los denominados derechos “colectivos” o de “tercera generación” como a la paz, al medio ambiente sano, derecho de usuarios y consumidores.

En tanto que el derecho a la salud es parte fundante de los derechos humanos y conlleva al derecho de disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental (OMS, 1948). El derecho a la salud es un derecho inclusivo y contempla un conjunto de factores que contribuyen a una vida sana como el agua potable, alimentos, nutrición y vivienda, condiciones de trabajo y ambiente saludable, educación e información relacionada con la salud, igualdad de trato.

El derecho a la salud contempla algunas libertades, como la de poder decidir sobre su cuerpo y algunos derechos como el de protección de la salud, prevención y tratamiento, acceso a medicamentos, salud materno infantil y reproductiva, acceso igualitario y en tiempo a servicios básicos de salud.

Cuando existen malas condiciones de higiene en la vivienda, insalubridad en los trabajos, insuficiente alimentación, sin educación ni defensas, las enfermedades transmisibles se esparcen fácilmente en la población. A esta situación se la conoce como el síndrome de la pobreza; siendo ésta un valor central en un círculo en que la insuficiencia fisiológica, malas condiciones sanitarias, bajos niveles de capacitación y educación, baja capacidad de ahorro y el cuadro de actitudes de la pobreza constituyen los obstáculos básicos para incrementar la productividad y hacer posible un aumento de la riqueza capaz de modificar esta situación Horwitz, (1959).

En el amparo presentado por Kersich, J. C y otros c/ Aguas Bonaerenses⁴ en la que vecinos de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires, reclamaban el acceso al agua potable, debido a que el agua que la empresa les proveía contenía niveles de arsénico que ponían en riesgo la salud de la población, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó a la demandada a suministrar agua potable a los particulares y a las entidades educativas y asistenciales para satisfacer las necesidades básicas de consumo e higiene personal. Sostuvo la Corte que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más rápidas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales. Destacó que en el caso, indudablemente, está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la

⁴ Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo

vida de una gran cantidad de personas que se ve amenazado por el obrar de la empresa Aguas Bonaerenses S.A.

Hernández (2003) enuncia que el derecho a la salud tiene una naturaleza mixta y compleja puesto que posee características de derechos individuales y civiles como de derechos sociales. El derecho de protección y de prestaciones que es una obligación impostergable del estado de inversión prioritaria ligado a prestaciones esenciales. Es un derecho universal indivisible de los otros derechos humanos. Es un derecho de incidencia colectiva, por su naturaleza individual y social. Luego de la reforma de la CN de 1994 tiene el carácter de derecho colectivo o de incidencia colectiva, “con una mayor garantía a través del amparo respectivo que puede ser planteado ante los jueces con una legitimación procesal notablemente más amplia que la correspondiente a un derecho individual.

Bidart Campos (2002) sostiene que el derecho a la salud y a la alimentación son derechos de primera generación. Por otra parte Humberto Quiroga Lavié (1995) expone que en las clases de generación de derechos debe incluirse no solamente una tercera generación de derechos sociales del trabajador, sino también los derechos de cuarta generación, que son los que tiene la población a obtener prestaciones del Estado, cuando la ley o situaciones de necesidad lo justifiquen.

2.2. El derecho a la salud en el ordenamiento constitucional y en tratados internacionales

2.2.1 El derecho a la salud en la Constitución Nacional Argentina

En la Constitución de 1853 y 1860 se trata la salud dentro de los denominados “derechos implícitos” o “derechos no enumerados del artículo 33 de la CN” “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. El derecho a la salud era un derecho individual anexo al derecho a la vida.

La reforma de 1994 incorpora el derecho a la salud de manera expresa y reconoce derechos humanos para que sean efectivos y no ilusorios y su reglamentación debe obrar con el objeto de otorgarle el contenido que corresponda. A continuación se enuncian los artículos que reglamentan este derecho.

El Artículo 41 dispone que: todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

El artículo 42 instaure derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

El artículo 43 establece el amparo, hábeas corpus y hábeas data estableciendo que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Esta acción se podrá interponer contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el

defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización y todas las personas podrán interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos.

La acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Por consiguiente, el proceso de amparo, es un instrumento para canalizar judicialmente los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la salud, tanto en sus vertientes de amparo individual o clásico, como en el del amparo colectivo y más allá de las múltiples posibilidades que existen para reclamar por el derecho a la salud, el que más se utiliza para canalizar las pretensiones en esta materia es el amparo, que ofrece de forma integral el propósito de brindar cobertura para el cumplimiento de los derechos fundamentales.

La tipología de amparos refiere a tres situaciones: amparos judiciales que tienen por objeto exigir las prestaciones fuera del PMO, prácticas a efectuarse por prestadores fuera de la cartilla, drogas no aprobadas por ANMAT, sea para dicha patología o drogas que no están en el país. Los amparos por reclamos por responsabilidad profesional médica. Los que median ante conflictos éticos que terminan resolviéndose en el ámbito de la justicia, como el aborto no punible, las transfusiones en Testigos de Jehová entre otros.

El artículo 75 inc.22 es el que internacionaliza el derecho a la salud y se reconoce con jerarquía constitucional asignando tal calidad a los tratados que enumera.

Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Esta norma reconoce la fuente externa del derecho humano a la salud y que adhiere a la internacionalización de los derechos humanos, establece la jerarquía constitucional del PIDESC y se estipula el derecho a la salud referido a las obligaciones que deben asumir los estados.

Sin embargo hay que aclarar que dicho Pacto no obliga al Estado a hacerse cargo de toda la cobertura sino que regula la condición de acceso a los servicios de salud, teniendo en cuenta si fuese necesario su capacidad contributiva, para cumplir con la meta de equidad que caracteriza al derecho social (PIDESC, 1966).

El inc. 23 del artículo 75, establece entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y las personas con discapacidad.

En esta lógica el Congreso debe legislar y promover 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, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los

privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

La Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”⁵ (Sabsay (2012)).

La Corte Suprema ha consolidado una interpretación constitucional robusta sobre los Derechos Fundamentales, que supera y deja atrás definitivamente las interpretaciones libertarias (cada uno está librado a su suerte, y el estado no tiene obligaciones de garantizar la dignidad de los más vulnerables) y autoritarias (el gobierno decide discrecionalmente sus prioridades y la asignación de recursos, sin otro límite que el de su voluntad o poder políticos), y ha dejado en claro la supremacía de la Constitución y los Derechos Humanos por sobre la discreción de los gobernantes, así como la adopción de principios igualitarios y solidarios como núcleo de los derechos constitucionales.⁶

2.2.2 Tratados internacionales con jerarquía constitucional

A continuación se exponen los tratados internacionales que hacen mención al derecho a la salud y que en la Constitución Nacional del año 1994 se le otorga jerarquía constitucional

2.2.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos⁷

El Preámbulo de dicha Declaración considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

⁵ Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, (CSJN).

⁶ Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” (CSJN).

⁷ Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Considera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión y promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad y que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso,

El artículo 3 establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y el artículo 25 agrega 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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Por otra parte dispone que la maternidad y la infancia tengan derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

2.2.2.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Decreto 9983/57)⁸

La Declaración enuncia que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del

⁸ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

2.2.2.3 Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

En su artículo 7 establece que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial. El artículo 11 determina que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

2.2.2.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹

En el artículo 12 establece:¹⁰

1. 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.
2. 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:
 - a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidérmicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

¹⁰ fallada el 12/3/2002

Este artículo establece las medidas que los Estados parte de este Pacto deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deben figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidérmicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

2.2.2.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹

El Preámbulo considera que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables y reconoce que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana y que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Entiende que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.

2.2.2.6 Declaración de ALMA-ATA, Conferencia Internacional sobre atención primaria de salud.¹²

La Conferencia reitera firmemente que la salud, estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.

Afirma que la desigualdad existente en el estado de salud da la población, especialmente entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como dentro de cada país, es política, social y económicamente inaceptable y, por tanto, motivo de preocupación común para todos los países y el desarrollo económico y social, basado en un Nuevo Orden Económico Internacional, es de importancia fundamental para lograr el grado máximo de salud para todos y para reducir el foso que separa, en el plano de la salud, a los países en

¹¹ Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966)

¹² Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978

desarrollo de los países desarrollados. La promoción y protección de la salud del pueblo es indispensable para un desarrollo económico y social sostenido y contribuye a mejorar la calidad de la vida y a alcanzar la paz mundial.

Señala con énfasis que el pueblo tiene el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud y establece obligaciones para los gobiernos de cuidar la salud de sus pueblos, obligación que sólo puede cumplirse mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

Fijando que uno de los principales objetivos sociales de los gobiernos, de las organizaciones internacionales y de la comunidad mundial en el curso de los próximos decenios debe ser el de que todos los pueblos del mundo alcancen en el año 2000 un nivel de salud que les permita llevar una vida social y económicamente productiva. La atención primaria de salud es la clave para alcanzar esa meta como parte del desarrollo, conforme al espíritu de la justicia social.

En este tratado es fundante la relevancia que asume la atención primaria que forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria.

Dicha Declaración exhortó a todos los gobiernos a que pusieran sus máximos esfuerzos para lograr "Salud para Todos en el año 2000". Se plantea la necesidad de garantizar la "Salud para todos en el año 2000". Durante el año 1978, en la reunión llevada a cabo en Alma Ata, quedó establecido que para el logro de esta meta era necesaria una estrategia específica, distinta a las utilizadas hasta entonces. Esta estrategia se definió como Atención Primaria de la Salud (APS), estrategia a la que adhirió el Estado argentino.

Esta propuesta, más allá de las particularidades nacionales, surge y es aceptada universalmente en función de un diagnóstico global que alertaba sobre la gran desigualdad existente en la condición de la salud de las personas, especialmente entre los países desarrollados y en desarrollo, pero también dentro de cada nación,

El reconocimiento universal de la salud como derecho y objetivo social, y el convencimiento de que a la misma debe llegarse de forma contextualizada, es decir, considerando las condiciones concretas de existencia de cada región, los organismos sanitarios internacionales proponen la estrategia de APS como el instrumento idóneo para transformar los sistemas de salud y mejorar las condiciones de salud en general.

El máximo tribunal ha “hecho un avance enorme en el reconocimiento expreso del derecho a la salud en el marco del sistema constitucional argentino”.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo alguno de taxatividad, pueden computarse la ampliación del plafón de derechos explícitos (v.gr.,art.37 y los citados arts.41 y 42, CN); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas data -aunque sin emplear formalmente tal denominación- y hábeas corpus (contenidos en el art 43); el diseño de un nuevo prototipo de principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal (art. 16) con la igualdad material (arts. 37 y 75, inc. 2º, 19 y 23), y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75 inc. 22, párr. 2), que hacen que la antigua figura de "pirámide" , en la que si vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de "trapezio", en cuyo plano más elevado comparte espacios, en constante interacción, la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía" (Bazán, 2013, p. 19).

2.3. El Derecho a la Salud, su Instrumentación

2.3.1 El Servicio Público

Ante la elocuencia de los imperativos jurídicos reseñados, se observa en la idea del servicio público, el encuadre técnico apropiado para la regulación de las prestaciones a cargo del Estado o de particulares destinados a la protección de la salud, y, con mayor precisión todavía, tal encuadre se advierte dentro de la denominada noción objetiva del servicio público, basada en la naturaleza material de la actividad.

Por noción objetiva se entiende que el servicio público refiere a una parte de la actividad administrativa del Estado quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares, tanto a través de la figura de la concesión como por otros medios jurídicos (Cassagne, 1998, p. 420).

La noción objetiva del servicio público, expresa el criterio prevaleciente en la doctrina nacional. Dromi señala claramente al tratar los servicios públicos, que:

a las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso,

autorización o habilitación, pero siempre bajo la fiscalización estatal..., comprendiendo en tales alcances a la provisión de los denominados servicios públicos domiciliarios (agua, luz, gas, teléfonos) como a la prestación de servicios de educación, salud, transportes y seguridad (Dromi, 2001, p. 693).

Este autor agrega que los servicios públicos forman parte de las funciones públicas; de tal modo que salvo las funciones esenciales del Estado, intransferibles e indelegables (que limitan en la legislativa y la de gobierno), la distinción entre funciones públicas y servicios públicos es meramente doctrinaria. El servicio público es

“...un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de derecho administrativo, común a todo el quehacer de la función pública. (Dromi, 2001 p. 695),

En la prestación de servicios de salud se advierte –como se dijo al comienzo- la configuración de un servicio público en los términos de la noción objetiva explicada, constituye entonces una actividad a cargo del Estado, que admite para su ejercicio y cumplimiento de fines la participación de particulares.

2.3.2 El Amparo como recurso de efectivización al derecho a la salud

El proceso de amparo es un instrumento para canalizar judicialmente los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la salud, tanto en sus vertientes de amparo individual o clásico, como en el del amparo colectivo.

Autores como Gloppen sostienen que la comprensión más sutil de la dinámica del litigio en materia de derechos de la salud y sus consecuencias ayuda a profesionales (jueces, abogados, activistas, encargados de formular políticas, administradores de los recursos sanitarios y médicos) a abordar el fenómeno de los juicios vinculados con la salud, de modo que cultiven su potencial constructivo y reduzcan al mínimo los aspectos que resultan problemáticos desde la perspectiva de este derecho de la sociedad en su conjunto, (Gloppen, Mindy, Roserman, 2013).

En tanto que dichas autoras consideran que las obligaciones de los Estados en cuanto a temas de salud, son progresivas; se reconoce que los recursos disponibles son escasos. Sin embargo, los Estados tienen la obligación de tomar medidas concretas que garanticen el derecho a la salud y esas medidas deben tomarse de modo no discriminatorio.

En algunos casos los financiadores de salud eluden algunas patologías por su alto costo aludiendo que tienen temor a desfinanciarse. Por esta razón el enfermo queda muchas

veces indefenso. Estas situaciones deben recibir una pronta respuesta por parte del sistema de salud, más allá de quién sea el responsable de prestar el servicio.

La intervención judicial en casos que atienden a derechos de la salud y sociales pueden ser totalmente justificables siempre que se desarrollen en determinadas circunstancias y de modos específicos.

A pesar que hay muchos actos que los jueces no tienen la potestad de realizar dada su legitimidad democrática, también hay muchos otros que debe llevar a cabo a fin de honrar sus obligaciones constitucionales. Considero que esta conclusión desafía las concepciones tradicionales de la revisión judicial, la democracia y la separación de poderes , así como las nociones ambiguas y poco atractivas de circunspección judicial y activismo judicial (Gargarella, 2013, p. 283-284).

2.4 Conclusiones parciales

Por lo antedicho podemos interpretar que el derecho a la salud en el marco del derecho constitucional argentino actúa como derecho de defensa y derecho de prestación.

Por otra parte este derecho tiene una doble legitimidad interna y externa y dispone para garantizar la validez del mismo con tribunales nacionales e internacionales.

Las modificaciones que precedieron a la Reforma Constitucional de 1994 otorgaron al derecho a la salud a un rango constitucional sobresaliente en cuanto se reconoce de manera explícita este derecho humano fundamental,

Desde dicha reforma la cobertura del amparo individual o clásico se ha visto significativamente incrementada ya que bajo su tutela quedan los derechos y garantías emergentes de la Constitución, tratados internacionales y leyes. Este derecho es articulable contra cualquier tipo de discriminación y en lo relativo a los derechos que resguardan el ambiente, el consumidor, a la competencia, y al usuario. Así como a los derechos de incidencia colectiva en general. El análisis de los fallos seleccionados abona esa teoría.

Desde la normativa se puede sostener que a partir de reforma de 1994 se observa la constitucionalización del derecho a la salud, así como la intención de reglamentar el sistema de salud integral, en vista de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la suscripción de los tratados y pactos enunciados. Por otra parte se observa que el más alto tribunal en la materia ha generado valiosa jurisprudencia y que la misma va afirmando la posibilidad de cumplimiento de la normativa en estudio.

CAPÍTULO TERCERO

EL PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO

I. Introducción

En este apartado se revisará la regulación del Programa Médico Obligatorio, sus objetivos, alcances y niveles. La incorporación de prestaciones y servicios desde sus orígenes a la actualidad, las modificaciones sustantivas y los organismos e instancias creadas en función de la supervisión, fiscalización y control de los agentes que integran el sistema de salud. Así como el aseguramiento, cobertura y reintegro y las políticas que se impulsan para optimizar los recursos y gastos en salud.

3.1. El Programa Médico Obligatorio

El Programa Médico Obligatorio (PMO) es un programa médico asistencial que consiste en brindar asistencia a los beneficiarios del sistema de seguros de salud.

Constituye un paquete básico de prestaciones que deben brindar a sus beneficiarios tanto las O S como las empresas, sin periodos de carencia, pudiendo así el beneficiario o afiliado tener garantizado un piso mínimo de acceso a la salud. Este “piso”, incluye atención primaria, cobertura materno-infantil, odontología y cobertura de enfermedades oncológicas entre otras.

El PMO creado en mayo de 1996 dispuso aprobar el Régimen de Asistencia Obligatoria para todos los Agentes del Seguro involucrados en las leyes nros. 23.660 y 23.661 y aquellas Obras Sociales que adhieran al mismo. La creación del Programa Médico Obligatorio (PMO) estableció prestaciones obligatorias.

En el año 1995, un Decreto Nacional, n° 492, proveniente del Poder Ejecutivo Nacional, estableció en su artículo 1° que los beneficiarios de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1 de la Ley N. 23.660, tendrían derecho a recibir las prestaciones médico asistenciales que se establecerían en un programa médico asistencial que sería aprobado por el Ministerio de Salud y Acción Social.

El "Programa Médico Obligatorio" (PMO) contemplaba la creación de la "Comisión Técnica y contaba con la Administración Nacional del Seguro de Salud, la que resultaría

encargada de formular el programa y de dictar las normas reglamentarias para su ejecución. Dicha reglamentación estipulaba las prestaciones contenidas en el PMO.

Como forzosa consecuencia de la tarea desarrollada por la Comisión, el 29 de mayo de 1996 se publica en el Boletín Oficial, la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social n° 247/96 por la que se aprueba el "Programa Médico Obligatorio" para los agentes de salud comprendidos en el Art.1° de la Ley 23.660, el cual describe las prestaciones mínimas y obligatorias para los Agentes del Seguro de Salud, que entrarían en vigencia a los 180 días de su publicación.

Esta resolución establece las prestaciones médico asistenciales mínimas que los agentes del seguro de salud deben prestar a sus beneficiarios, mediante servicios propios o a través de efectores contratados. Dicha norma dispone que no regirán períodos de carencia ni co-seguros o co-pagos, fuera de lo expresamente indicado en el PMO.

Finalmente la Ley 24.754, del 2 de Enero de 1997, hace extensiva la obligación a las empresas de medicina prepaga de cubrir las mismas prestaciones obligatorias que cumplen las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24. 455, y sus respectivas reglamentaciones.

El mencionado Programa establece las prestaciones básicas y que abarca desde actividades de prevención como de efectivo tratamiento en diferentes áreas médicas como ser: maternidad, oncología, tratamientos traumatológicos, odontológicos, etc. También enuncia el porcentaje de cobertura de los medicamentos.

En resumen, podemos decir que las principales características son las de constituir un "piso" prestacional mínimo para todos los agentes del seguro de salud involucrados como prestadores, de carácter obligatorio, que proscribiera todo régimen de períodos de carencias y de exclusión de dolencias preexistentes.

Abarca tres niveles de atención:

Primaria: que incluye un plan materno infantil, el embarazo, parto y prestación médica y medicamentosa hasta el año de vida; un programa de enfermedades oncológicas y uno de odontología preventiva, entendiendo a la misma no sólo como la cobertura para el primer nivel de atención, sino y fundamentalmente como una estrategia de organización de los servicios sanitarios. Por tanto se sostienen los principios de privilegiar la preservación de la

salud antes que las acciones curativas, y por tanto reforzar los programas de prevención y cuidado de la salud.

Secundaria: incluye internación en psiquiatría y psicología, odontología incluyendo ortodoncia, laboratorio e imágenes, prótesis y órtesis con cobertura en un 100%, y un 100% de cobertura de tratamientos de rehabilitación, psicomotriz, motriz y sensorial y hemodiálisis;

Terciaria: comprende tratamientos de alta complejidad en injertos, trasplantes, grandes quemaduras y cirugía cardiovascular especial, diabetes y SIDA.; prevé la existencia de subsidios a través de la Administración de Programas Especiales [APE].

3.2. Incorporación de Prestaciones al PMO

A partir que las descritas son prestaciones mínimas, distintas resoluciones se han generado para tratar aquellas que no habían sido específicamente contempladas e incorporadas al PMO, y que las EMP y las OS tienen la obligación de prestar a sus afiliados.

Estas incluyen tratamientos para el sida, lucha y prevención de alcoholismo, detección y atención de la hipoacusia, implantes cocleares, atención de epilepsia, salud sexual y procreación responsable y cobertura a pacientes celíacos.

HIV/SIDA: Mediante la Ley 24.455 se incorpora a las prestaciones obligatorias de las obras sociales cobertura médica, asistencia psicológica y farmacológica a los enfermos del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y drogodependientes. Las obras sociales y asociaciones de obras sociales del sistema nacional incluido en la Ley 23.660 (obras sociales), admitido del fondo de redistribución de la Ley 23.661 (Sistema Nacional de Salud), deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura mencionada, así como tratamientos de desintoxicación y rehabilitación.

La Resolución 625/97 MSAS (19/09/97) aprueba los programas de cobertura HIV/SIDA y de prevención del SIDA, previstos en la Ley 24.455 y su decreto reglamentario 580/95. Los mismos deberán ser cumplidos por todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional de Seguro de Salud incluidas en la Ley 23.660, beneficiarias del Fondo de Redistribución de la Ley 23.661 y las empresas o entidades prestadoras de servicios de medicina prepaga

Mediante la Resolución 528/96 MSyAS (27/11/96) se anexiona al PMO la obligatoriedad por parte de las obras sociales de participar en los programas de prevención

del SIDA. Asimismo se aprueba la incorporación al mencionado programa la diálisis peritoneal continua ambulatoria (DPCA).

Drogadicción: La Resolución 362/97 MSAS y 154/97 SPPDLN (11/06/97) aprueba el Programa Terapéutico Básico para el tratamiento de la Drogadicción. El mismo deberá ser cumplimentado por todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional de Seguro de Salud incluidas en la Ley 23.660 y las empresas o entidades prestadoras de servicios de medicina prepaga

Alcoholismo: Por Ley 24.788 se prohíbe en todo el territorio nacional, la venta de todo tipo de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años de edad. Se declara de interés nacional la lucha contra el consumo excesivo de alcohol. Se crea el Programa Nacional de Prevención y Lucha contra el Consumo Excesivo de Alcohol y el reconocimiento para el tratamiento de enfermos alcohólicos por parte de las obras sociales incluidas en la Ley 23.660, beneficiarias del Fondo de Redistribución de la Ley 23.661 (Seguro Nacional de Salud) y las entidades de medicina prepaga.

Diabetes: Por Resolución 301/99 se crea el Programa Nacional de Diabetes (PRONADIA), se aprueba el Programa y las normas de provisión de medicamentos e insumos, que pasa a integrar las prestaciones del PMO. Se aprueba la norma complementaria aclaratoria de las disposiciones contenidas en la Resolución 247/96 MSyAS, en relación con la inclusión de la insulina entre los medicamentos que deben ser suministrados en el marco del Programa Médico Obligatorio.

Hipoacusia: La Ley 25.415 crea el Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia, cuyo objetivo es brindar el derecho a que a todo niño recién nacido, antes del tercer mes de vida, se examine tempranamente su capacidad auditiva y se le brinde tratamiento si lo necesitase. Se establece la obligatoriedad de la realización de los estudios que establezcan las normas emanadas por autoridad de aplicación conforme al avance de la ciencia y la tecnología para la detección temprana de la Hipoacusia. Las obras sociales y asociaciones de obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente las prestaciones establecidas en esta ley, las que quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio dispuesto por resolución 939/2000 del Ministerio de Salud, incluyendo la provisión de audífonos y prótesis auditivas así como su rehabilitación.

Dentro de los objetivos adicionales del programa, el Ministerio de Salud invita a las provincias y a los municipios a adherir a la presente Ley. Sanción: 04/04/2001.

Anticonceptivos: Tendrán cobertura del 100% para los beneficiarios, a cargo del Agente del Seguro de Salud, los medicamentos de uso anticonceptivo incluidos en los Anexos III y IV y que se encuentran explícitamente comprendidos en la norma de aplicación emergente de la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable x Anticonceptivos intrauterinos, dispositivos de cobre. La cobertura estará a cargo de los Agentes del Seguro al 100%. La cobertura estará a cargo de los Agentes del Seguro al 100%” (...), prestaciones que deberán brindar las obras sociales y las entidades de medicina prepaga, durante el nacimiento. Se establece que dichas entidades deberán brindar obligatoriamente las prestaciones establecidas en la presente ley, las que quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio, a toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el posparto. Derechos de la persona recién nacida; derechos de los padres de una persona recién nacida en situación de riesgo. Será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación en el ámbito de su competencia; y en las provincias y la Ciudad de Buenos Aires sus respectivas autoridades sanitarias. Se sancionará el incumplimiento por parte de las obras sociales y entidades de medicina prepaga, como así también a los profesionales de la salud y sus colaboradores de las instituciones en que estos presten servicios”.

Enfermedad celíaca: La Ley 26.588 (2009) declara de interés nacional la atención médica, la investigación clínica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad celíaca. El Decreto 528/2011 reglamenta dicha norma y se incorpora la PMO análisis para la detección de la celiaquía a través del marcador sérico IgA y la biopsia del duodeno proximal. Por Decreto 754/15 las obras sociales y empresas de medicina prepaga deben brindar cobertura a las personas celíacas en concepto de harinas, premezclas y sus derivados.

3.3. Modificaciones al PMO

El PMO y sus alcances han sido modificados por múltiples normas, tales como las resoluciones nros. 939/2000 y 201/2002 del Ministerio de Salud o la nro. 1991/2005 del Ministerio de Salud, en razón de las diferentes políticas sociales y de salud implementada por las autoridades políticas nacionales.

Desde su origen (creado por Decreto 492/95) hasta la actualidad ha sufrido distintas modificaciones y ha ido incorporando nuevas drogas, tratamientos y tecnologías, tal como se enuncia en el apartado precedente.

En el Anexo II del PMO (Resolución N° 939/00) establece que los Agentes del Seguro de Salud deben garantizar la cobertura y acceso a todas las prestaciones consideradas de alto costo allí mencionadas y que sean necesarias para el diagnóstico y tratamiento de patologías de baja incidencia y que posean alto impacto económico y social; asimismo, el objetivo es que los beneficiarios conozcan dichas prestaciones.

Según Res 435/01 se aprobaron Protocolos Nacionales para garantizar la calidad de la atención médica. Los mismos consistían en establecer las drogas para cada etapa del tratamiento.

Esta resolución, creada para estandarizar la toma de decisiones, tuvo graves errores o fallas ya que recomendaba dosis incorrectas, no tenía en cuenta recomendaciones internacionales, proponía tratamientos ineficaces y obsoletos. Además este protocolo fue presentado ante la Comunidad Científica como definitivo habiendo sido elaborado por un grupo cerrado y sin más consenso que el de este grupo reducido.

De la resolución antes mencionada, surge que queda excluido de la cobertura todo aquello que dicho protocolo no contempla, limitando, restringiendo y negando tratamientos, dejando en evidencia que la función del programa no se centra en la calidad sino en normas que sirven para eliminar prestaciones y prácticas de las Obras Sociales o empresas

Finalmente, y ante la enorme cantidad de observaciones por parte de asociaciones y expertos se lo dio de baja.

Una importante modificación del PMO a los fines nombrados establece la creación de una comisión asesora, mediante Res. 939/00.

Dicha Resolución expresa en sus considerandos:

La experiencia acumulada desde su implementación permite advertir la necesidad de efectuar correcciones y ajustar su contenido no solo orientado a dar mayores precisiones, sino también a señalar prioridades claras vinculadas con la prevención y la racional utilización de los recursos del sistema” y que “resulta necesario redefinir el modelo asistencial, detallar las acciones de prevención a llevar a cabo, precisar el menú de prestaciones incluidas y reformular el régimen de coseguros a cargo de los beneficiarios” (considerandos 2 y 7); razón por la que se decide modificar integralmente el PMO con el

objeto de definir con mayor claridad las prácticas incluidas, formulando un catálogo de prestaciones resultado de la revisión sistemática del Nomenclador Nacional (considerandos 26 y 27)

Según surge en el considerando 8 de la misma Res las prácticas incluidas en el PMO deben revisarse en forma periódica con el fin de que quede garantizada la actualización del programa

Debe quedar garantizado el mecanismo para la actualización del PMO en virtud del carácter dinámico del conocimiento científico, estableciendo una metodología de análisis para la incorporación de tecnologías que asegure la probada eficacia de todo procedimiento diagnóstico o terapéutico a financiar por la Seguridad Social. (Considerando 8).

A partir del 2000 se sucedieron algunos intentos de incrementar el componente redistributivo de las contribuciones sobre el salario que financian las OS, mediante el aumento de los porcentajes que se destina al Fondo de .Retribución Solidario Estas medidas fueron suspendidas en marzo de 2001. Pero en el año 2002 la emergencia sanitaria dispuesta volvió a incrementar esos porcentajes, como así también se dictó un Programa Médico Obligatorio de Emergencia.

El Decreto 486/2001 declara la Emergencia Sanitaria Nacional a efectos de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud. Se faculta al Ministerio de Salud para instrumentar las políticas respectivas como para dictar las normas aclaratorias y complementarias para su ejecución.

La Resolución 201/2002 MS aprueba el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1º de la Ley 23.660.

Mediante la Resolución 1991/2005 del Ministerio de Salud de la Nación una comisión de expertos recomendó la reforma estructural del PMO, dicha Resolución indicaba elevar un nuevo modelo de atención sanitaria del PMO que fue elevada al Consejo Nacional Consultivo de Salud. Dicho Consejo consideró que no disponían de los elementos y la información necesaria para tratar nuevas definiciones y tratamientos. En el año 2007 la Resolución 1714/2007 definía de forma unilateral el PMO válido, aclarando que vista las recomendaciones del Consejo que requería un estudio de costos por parte de docentes de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, convocados por la Superintendencia de Seguros de Salud.

En el año 2016 se impulsó una revisión integral del PMO cuyo fin es la incorporación de nuevas coberturas ya establecidas por diferentes leyes y eliminar aquellos tratamientos que

no tengan un resultado efectivo o hayan perdido relevancia. Dicha reforma prevé estar lista para fin de año (Pleger, 2016).

A partir del año 2006 y habiendo transcurrido 15 (quince) años sin modificaciones al PMO, se dio inicio a una revisión que quedó en manos, previa licitación, de los técnicos del instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS) y de la Universidad ISalud (Pleger, 2016). El estado de avance de esta actualización aun no se ha publicitado.

En tanto que el Superintendente de Salud Luis Scervino (2016) declara: La idea es trabajar en el concepto de medicina basado en la evidencia. Se va a revisar todo, se incorporarán algunas coberturas obligatorias fijadas por Leyes del Congreso y se revisarán otras que ya no resulten importantes.

Además indicó que la apuesta oficial se completará con la creación de una agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias, un nuevo organismo de carácter autárquico que resolverá las futuras incorporaciones de tratamientos y prestaciones incluidas en el PMO.

El objetivo del Ministerio de Salud y la SSSalud es que la nueva agencia también actúe como “Auxiliar” de la justicia en los casos de recursos de amparo en los que se reclama la cobertura de prestaciones no incluidas en el PMO. La reforma tiene pensado la incorporación de un observatorio de precios de medicamentos y prestaciones que será un paso previo para la conformación de un “pool de compras de medicamentos”, un monopolio de demanda en manos del Estado para poder obtener una sustancial rebaja en los precios de los mismos y poder garantizar tratamientos a los 23 millones de beneficiarios del sistema de salud (Peger, 2016).

3.4. Normativa e instancias del Seguro de Salud

La Ley 22.269 crea un nuevo régimen manteniendo al INOS en el ámbito de Ministerio de Bienestar Social, estatiza a todas las OS desapareciendo la distinción que hacía la Ley 18.610 entre las Obras Sociales Estatales, Paraestatales, de Administración Mixta y Sindicales. En lo formal reconocía el principio de participación de los representantes de los beneficiarios otorgándole dos puestos en los respectivos directorios.

Se crea el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), cuyo programa principal es el “Programa de Asistencia Médica Integral” o PAMI,

con el objetivo fundamental de prestar a los jubilados y pensionados los servicios médicos asistenciales destinados al fomento, protección y recuperación de la salud. .

Los servicios del INSSJP se fueron ampliando progresivamente, primero a través de la extensión de la cobertura a otros beneficiarios y luego mediante la extensión de los servicios brindados.

En 1995 PAMI fue incorporado al presupuesto y se autorizó a la ANSES a administrar sus recursos. En la práctica, el efecto fue generar una fuente transitoria de fondos para paliar el déficit.

Dentro del subsector público se crea el Régimen de Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada (HPGD), que en términos generales no difiere de lo anteriormente instituido, aunque se reconoce en los considerandos del decreto corregir.

El Seguro de Salud y la Ley de Seguros, este producto es utilizado mayormente por las EMP y las OS excluidas de la Ley 23.660, para reasegurar sus riesgos (casos de alta complejidad y de alto costo y baja incidencia), siendo ínfimo el monto del giro de los seguros respecto de los gastos de los demás componentes del sector.

El Sistema Nacional de Seguro de Salud y sus alcances se crea mediante La Ley 23.661, para procurar el derecho pleno a la Salud a todos los habitantes del país.

En el artículo 1 la Ley 23.660 enumera los agentes comprendidos en el sistema del Seguro de Salud y habilita la incorporación de agentes de otra naturaleza que tengan como fin lo establecido en dicha ley.

En el artículo 6 de la Ley 23.661 enumera los organismos que no se encuentran comprendidos (personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito, los organismos que brinden cobertura asistencial al personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y el Organismo que brinde cobertura asistencial al Personal del Poder legislativo de la Nación y a sus jubilados, retirados y pensionados).

La superintendencia de Servicios de Salud (SSS) es el ente que regula y controla a los actores del sector desde 1996. Es un organismo descentralizado de la Administración Pública, en jurisdicción del Ministerio de Salud y Acción Social, con personería jurídica y autarquía administrativa, económica y financiera y es el encargado de la supervisión, fiscalización y control de los agentes que integran el sistema de salud.

Es quien se encarga de supervisar y controlar a los prestadores de salud y ha establecido un mecanismo de reclamos frente a la falta de prestaciones de los agentes de salud. Es obligatorio que los centros de atención de las Obras Sociales tengan carteles en donde adviertan a los usuarios de la salud que tienen derecho a recurrir a tales procedimientos en caso de ver vulnerados sus derechos. Desde el año 2007, mediante decreto 1547/07 se crea dentro de la Superintendencia de Servicios de Salud, el cargo de “Defensor del Beneficiario”, cuyo fin es asistir y representar judicialmente a los beneficiarios del sistema de Salud.

El Fondo Solidario de Redistribución fue creado por el Art 22 de la Ley 23.661 para garantizar las prestaciones previstas por el Sistema Nacional de Seguro Social. Dicho fondo garantiza a las obras sociales nacionales un ingreso mínimo por afiliado según sexo y edad.

La Administración de Programas Especiales (APE) fue absorbida por la SSS por decreto 1198/12 PEN dándole la facultad a la Gerencia General de dicho organismo a autorizar el reintegro de las prestaciones ya brindadas para las Obras Sociales.

La APE otorga subsidios por alta complejidad, discapacidad, drogodependencia, HIV-SIDA, medicamentos, trasplantes, hemofilia, programas de prevención médico asistencial y patologías de alto costo y baja incidencia.

La Administración de Prestaciones Especiales (APE) otorga a las obras sociales nacionales subsidios por gastos catastróficos. Sin embargo, la solicitud y asignación no se encuentran bien reglamentadas, y una parte significativa de las prestaciones y de los medicamentos de alto costo es cubierta por vía de excepción. La necesidad de mayor eficacia, transparencia y equidad en el sistema encuentra una respuesta parcial en estos mecanismos, que deben ser ampliados progresivamente hasta incorporar a toda la población. Para ello, es clave la acción conjunta de los tres ejes de la estrategia pública del sistema: Ministerio de Salud, Superintendencia de Servicios de Salud y PAMI. En el punto 8.7 de la Res.939/00 estipula que, sin perjuicio de lo establecido por la citada norma, todas las prácticas contempladas en la Res.001/98 de la Administración de Programas Especiales continúan con su modalidad de financiamiento a través del Fondo Solidario de Redistribución. (Bürgin Drago, 2013).

Enfermedades catastróficas y el sistema único de reintegros, la Resolución 1.200/12 SSSALUD instituyó el Sistema Único de Reintegros (SUR) para la implementación y administración de los fondos destinados a apoyar financieramente a los Agentes del Seguro

para el reconocimiento de las prestaciones médicas de baja incidencia y alto impacto económico y las de tratamiento prolongado. Esta resolución ha sido objeto de crítica por parte de las Obras Sociales. La misma ha sido dejada en suspenso a través de la Res.1310/12 SSS. Esta resolución invita a la presentación de propuestas por escrito respecto a la modificación de la Resolución 1200/12 SSS. (Bürgin Drago, 2013).

3.5. Problemas jurídicos y reclamos

El sistema de salud argentino se encuentra fragmentado en tres subsistemas: El público, privado y el de la obras sociales. Esto genera problemas de coordinación, con superposiciones e ineficacia en el aprovechamiento de los recursos y aumento de la inequidad. Por otro lado existe una gran fragmentación dentro de cada uno de los subsistemas, relacionada con jurisdicciones y la incidencia de diferentes niveles económico. La fragmentación genera además zonas grises que son las que suelen promover demandas judiciales.

El PMO es un conjunto integral de prestaciones, con muy pocas definiciones en torno a límites y exclusiones, y donde la filosofía central es que todo lo que no está expresamente excluido se entiende que está incluido (Colina 2007).

El PMO fue conceptualizado, tanto por la Corte como por los reclamantes, como una norma de jerarquía inferior que debe ser interpretada y aplicada en consonancia con la norma superior constitucional, considerando el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud. Este marco normativo ubica al derecho a la salud como un derecho social directamente operativo y exigible por las personas incluso ante la omisión en su reglamentación legal, tanto respecto a los financiadores privados como al Estado.

Es dable recordar que con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 se incorporó el derecho a la salud y se otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales que hacen mención a éste. En esa inteligencia, la incorporación de la acción de amparo a la Carta Magna permitió que las controversias generadas acerca de la implementación del PMO y del incremento de los litigios en el campo de los derechos sociales y que pudieran ser resueltas en un proceso judicial gratuito y expedito para que los ciudadanos que posean cobertura de una obra social o servicio de medicina prepaga puedan ver satisfecho su derecho a la salud cuando consideren que éste no es garantizado por aquellas. "La Corte también ha sostenido que ese derecho crea deberes negativos y positivos

y los ha aplicado horizontalmente a todos los agentes de salud contributivos" (Bergallo, 2013, p.63).

Hacia fines del siglo XX el énfasis se concentró en lo social, no en el intervencionismo económico, salvo en materia de control de monopolios defensa de la competencia Ejemplos de este tipo de acción del Estado en materia social son no solamente sus obligaciones clásicas en materia de salud, educación, justicia para todos, seguridad igualitaria y no discriminatoria, sino también seguro de desempleo, sistemas de previsión y seguridad social, vivienda..(Gordillo, 2009, p. 41).

Las mentadas controversias se han generado en virtud del avance del conocimiento científico como así también de los cambios sociales y culturales suscitados en los últimos años que han ido ampliando las necesidades de los pacientes; por otra parte, los prestadores del servicio de salud han sido críticos a la extensión de la cobertura por cuanto entienden que genera un abuso del derecho de aquellos y pone en peligro el funcionamiento del servicio que prestan por cuestiones financieras.

La Reforma del 94 eleva el derecho a salud al rango de Derecho Humano fundamental al incorporar una serie de Tratados Internacionales, siendo el Estado Nacional garante del derecho a la salud.

Si bien los derechos de los consumidores y usuarios del sistema de salud quedan protegidos al incorporarse los mismos en el art. 42 de la Constitución Nacional, esta incorporación también va a traer una asimetría en cuanto al acceso a ciertas práctica o tratamientos ya que, si bien los jueces suelen fallar a favor de los amparistas, sólo pueden acceder a esta práctica quienes tengan los recursos para hacerlo.

El Dr. Vasallo enuncia que el Congreso además aprueba nuevas leyes que incluyen más cobertura al PMO con la promesa que se va a cubrir todo y al final los únicos que terminan accediendo a los servicios son los que están más cerca o los que tienen mejores contactos, entonces termina incumpliendo uno de los fines principales: el de la igualdad (...) surge así la judicialización, porque no solo los políticos hacen barrabasadas en el Congreso, también las hicieron cuando reformaron la Constitución del `94 incorporando con rango constitucional algunos pactos internacionales que dispararon una cantidad de amparos por prestaciones que en algunos casos son ridículas (...). (Vasallo (1) (s/f)).

La combinación de reglas entre el PMO y los mecanismos de cobertura derivan en un marco institucional en donde las personas son sujetos de un "derecho prestacional" amplio y superpuesto. En teoría a) todos tienen derecho a ser atendidos en el hospital público, en su condición de ciudadanos b) la mitad de la población tiene derecho a ser atendida, además de en el hospital público, en las obras

sociales en su condición de cotizante a la seguridad social un 10% de la población tiene derecho a ser atendida, además de en hospital público y en obras sociales, cuando derivan aportes, en las empresas de medicina prepaga (Colina, 2007, p. 8).

A pesar de la claridad del texto normativo, existe en numerosos casos un conocimiento errado, que lleva a pensar a los beneficiarios que las prestaciones detalladas conforman la máxima aspiración de lo que ellos pueden esperar de su empresa de medicina prepaga. En los servicios de salud, el cambio social fundado en la solidaridad grupal se suman los adelantos tecnológicos que dan lugar a una modificación estructural a mérito de dos factores fundamentales a) la alta especialización que reclama una medicina por equipos, b) el alto costo de la atención médica en constante crecimiento no solo por el factor inflacionario sino por la incorporación de nuevos instrumentales y equipos.

Sin embargo el PMO recibe críticas por no incorporar tecnologías apropiadas para garantizar la calidad de atención, poniendo en riesgo el derecho del paciente de recibir tratamientos apropiados, esto se debe a dos fenómenos uno relacionado con el avance del conocimiento y tecnologías aplicadas a la salud y otro político puesto que le PMO lleva doce años sin actualizarse.

Sin embargo el PMO no es la excusa jurídicamente válida para no prestar el servicio de salud sino por el contrario, es el marco de referencia a partir del cual se debe cumplir con la Constitución Nacional (Art. 75, 22 CN. y 7, 9 y 21 CP. Santa Fe) en lo que se refiere al derecho a la vida y a la salud.

La jurisprudencia avala dicha norma, véase B. J. G. c/ OSPLAD s/ sumarísimo de salud (Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal). En el capítulo siguiente se analiza jurisprudencia vinculada por el cumplimiento del PMO y del derecho a la salud.

3.6. Proyecto de Ley de Creación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (AGNET)

Con fecha 12 de julio de 2016 se presenta ante la Honorable Congreso de la Nación un proyecto de Ley para la creación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud

Las administraciones públicas responsables de las políticas de salud de diferentes países han impulsado la creación de organismos técnicos, cuyas decisiones están basadas en

información objetiva, para determinar la manera más eficiente “Para promover la salud, prevenir, diagnosticar, o tratar enfermedades o para la rehabilitación o cuidados a largo plazo. Esto incluye medicamentos, dispositivos, productos médicos e instrumentales, técnicas y procedimientos clínicos, quirúrgicos y de cualquier otra naturaleza de acuerdo con criterios de eficacia, efectividad, seguridad y costo efectividad en beneficio del interés comunitario.”(Proyecto de Ley de creación de AGNET julio, 2016)

Dicho Proyecto de Ley presentado por el Dr Jorge Daniel Lemus (Ministro de Salud) y el Lic. Marcos Peña (Jefe de Gabinete) tiene como fin que el Ministerio de Salud, como órgano ejecutor de las políticas sanitarias del Gobierno Nacional, establezca las prioridades en la utilización de las tecnologías sanitarias para una mejora sustancial para toda la población en cuanto a la salud y la calidad de vida de todos los ciudadanos, continuando con las tecnologías sanitarias existentes que representen una mejora en la salud, cuya eficiencia y seguridad estén demostradas, e incluso potenciar estas tecnologías, caso contrario excluirlas con el fin de una eficiente asignación del gasto en materia de salud a futuro.

La Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud, dependiente del Ministerio de Salud, como organismo descentralizado será el encargado de unificar y potenciar los recursos para la investigación, analizar la utilidad para la aplicación de las tecnologías sanitarias para establecer las prioridades en su utilización basándose en una valoración clínica, ética, económica y social y, tendrá entre sus funciones, coordinar, elaborar y difundir informes de evaluación de tecnologías sanitarias y de guías de prácticas clínicas, así como de disponer la introducción, uso y monitoreo de las tecnologías sanitarias o su exclusión cuando no cuenten con una adecuada evidencia científica y pudiera representar un lesivo o inútil para la mejora de la salud.

Será un órgano determinante en la toma de decisiones tanto de los beneficiarios del sistema de salud así como también de los financiadores, gestores y prestadores de servicios,

La creación de la AGNET está basada en recomendaciones de organismos internacionales como la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud para los procesos de incorporación de tecnologías sanitarias, por lo cual la creación de dicha agencia tiene como fin un sistema de salud más equitativo y en lineamiento con las organizaciones internaciones para una cobertura universal de salud.

Este proyecto de Ley también prevé estar en línea con las tecnologías sanitarias de los países miembros del Mercosur.

Del art 1° surge la creación de la AGNET “como organismo descentralizado en el ámbito del Ministerio de Salud, con autarquía económica, financiera, personería jurídica propia y capacidad de actuación en el ámbito del derecho público y privado”

Del artículo 2 se establecen las incumbencias de la AGNET cuyo objetivo es “La realización de estudios y evaluaciones de medicamentos, productos médicos e instrumentos, técnicas y procedimientos clínicos, quirúrgicos y de cualquier otra naturaleza que sean utilizadas para prevenir, tratar o rehabilitar la salud, a fin de determinar la oportunidad y modo de su incorporación, uso apropiado o exclusión del Programa Médico Obligatorio (PMO), la canasta básica de prestaciones que se determine para el sector público o los que en el futuro los reemplacen. Dichos estudios y evoluciones se caracterizarán de acuerdo con criterios de efectividad, eficiencia, equidad y teniendo en cuenta su valoración ética, económica y social”

En el artículo 4° quedan estipuladas las funciones del organismo, primando siempre el análisis científico y objetivo para la evaluación de tecnologías sanitarias y difundir las recomendaciones y protocolos de las mismas, optimizar la metodología a la hora de la evaluación considerando el impacto económico y social para la cobertura obligatoria.

Del artículo 5° establece las facultades, como producir informes técnicos para la incorporación o exclusión de tecnologías sanitarias, realizar un seguimiento de los resultados de las tecnologías incluidas en el PMO e impulsar la creación de redes de información y capacitación para la evaluación de tecnologías de salud.

El artículo 6° se refiere al acceso público a los informes que la AGNET emita.

En cuanto al artículo 7°, se dispone que la AGNET “será órgano de consulta en los procesos judiciales de toda clase en los que se discutan cuestiones de índole sanitaria relativas a las temáticas previstas en el art 2°

La AGNET estará a cargo de un Directorio compuesto por 5 miembros (Presidente, Vicepresidente y tres Directores) designados por el Ejecutivo Nacional. Dichos miembros serán de prestigio profesional en la materia y con probada idoneidad para poder desempeñar dicho cargo. La duración del cargo será de seis años pudiendo ser reelegidos por un periodo de igual duración.

La Ley también prevé un Consejo Asesor (art. 16) compuesto por 9 miembros “en representación de instituciones académicas, científicas, entidades representantes de productores de tecnologías, de las agremiaciones médicas, de las Organizaciones no gubernamentales, del Consejo de Obras y Servicios Sociales Provinciales de la República Argentina y profesionales con reconocida trayectoria e idoneidad en la materia” y la función de dicho consejo será la de asesorar al Directorio y proponer las evaluaciones de tecnologías de salud que considere pertinente. (Art. 17).

3.7. Conclusiones parciales

Nuestro sistema de salud también encuentra un problema grave en cuanto su constitución fragmentada y sin un marco jurídico homogéneo, permite la falta de coordinación, dejando un vacío estructural en cuanto a quién debe hacerse cargo de las prestaciones, sobre todo de las que no están incluidas en el PMO (Florio, 2014).

De cada 10 argentinos, 4 sólo acceden a los servicios públicos de Salud, otros 4 tienen cobertura de obras sociales nacionales (OSN), 1 de obras sociales provinciales (OSP) y otro de empresas de medicina prepaga. El Programa Médico Obligatorio (PMO), que define el elenco de prestaciones a ser cubiertos rige sobre obras sociales nacionales y prepagas, es decir, involucra solo a la mitad de los argentinos. Pero además, la respuesta ante los riesgos catastróficos no es definida con precisión dentro del PMO. La Administración de Programas Especiales (APE), que en 2009 destinó \$571,8 millones para subsidiar gastos catastróficos en OSN, lo hace por vía de excepción. En conclusión, las formas de cobertura y financiación son muy heterogéneas y generan grandes desigualdades entre los argentinos (...)” (Tobar, 2011).

Las modificaciones al PMO fueron resueltas de manera parcial y dispersas como se enuncia en el texto precedente y introducidas a nivel Ministerial y por varias Leyes. Es interesante destacar que los criterios adoptados para la elaboración de las prestaciones incluidas en el PMO y en sus modificaciones no se explican en ningún documento público, tampoco un análisis de costos ni una evolución técnica de las prestaciones que se incluían como obligatorias.

Por lo tanto el PMO requiere discutirse de forma integral y responsable para poder pasar así de Decreto a Ley. En este debate amplio debe estar involucrado el conjunto de la sociedad. Dentro de esta discusión es importante que el Poder Judicial actúe de manera

responsable y los medios de comunicación deben estar muy bien informados para comunicar, ya que su rol es también fundamental.

Relacionado con las prestaciones a cubrir el texto del PMO se encarga de despejar dudas acerca de si las prestaciones enumeradas en el anexo de la resolución lo son con carácter taxativo o, por el contrario, meramente enunciativas, cuando dice que "deberán cubrir como mínimo las mismas prestaciones obligatorias". Sin embargo existen en numerosos casos que llevan a pensar a los beneficiarios que las prestaciones detalladas conforman la máxima aspiración de lo que ellos pueden esperar de su empresa de medicina prepaga.

Las prácticas no incluidas en el PMO deben ser garantizadas por el Estado. Esto rige para las Obras Sociales Nacionales y para las prepagas. Las provincias, por otro lado, se niegan a conformar un paquete básico de prestaciones.

En cuanto a la medicina prepaga, que aplica el PMO al igual que las O.S., debería verse la posibilidad de que puedan ofrecer planes parciales de prestaciones ya que estamos hablando de contrataciones voluntarias y de negociaciones de contratos privados.

En cuanto a las enfermedades de alto costo debería establecerse la mejor forma para afrontarlas, mediante el reintegro o directamente el Estado brindar la respuesta efectiva para disminuir la judicialización.

Podemos afirmar que la Argentina como integrante de la O.M.S. y la O.P.S., da un paso significativo con el proyecto de creación de una agencia evaluadora de la tecnología sanitaria. Prueba de ello es que la mayoría de los países integrantes han ido creando su agencia, como por ejemplo el NICE de Inglaterra, con fundamento en la "Medicina basada en la evidencia". Concepto éste que ha ido imponiéndose en el mundo y que para nuestro tema es de suma importancia, ha sido receptado en el proyecto: en el Art. 2° en las incumbencias del ente a crearse (estudios, evaluaciones de medicamentos, técnicas y procedimientos clínicos y quirúrgicos), a fin de determinar la oportunidad y modo de su incorporación, uso apropiado o exclusión del PMO y en su Art. 7° mediante el cual se otorga la facultad de consulta en los procesos judiciales de toda clase en los que se discutan cuestiones de índole sanitaria relativas a las temáticas previstas en el art 2° lo que supondrá una información altamente calificada en la elaboración del PMO y como órgano auxiliar de la justicia.

Su conformación en directorio y órganos tales como el Consejo Asesor y el de Evaluación, destacándose en este último la representación de la Defensoría del Pueblo de la Nación, órgano independiente instituido en el Congreso de la Nación que actúa con autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

Creemos que este ente coadyuvará firmemente en la consolidación del Derecho a la Salud y el Derecho de la Salud.

CAPÍTULO CUARTO

CONTROVERSIAS Y JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD

I) Introducción

En este apartado se abordará el tema de la judicialización de la salud en Colombia, Brasil, Costa Rica y Uruguay y los problemas jurídicos en la normativa que genera la judicialización de los reclamos por interpretación y o vacíos de PMO y por el derecho a la salud. Se analizarán las vías procesales y criterios jurídicos seguidos por la jurisprudencia respecto a la resolución de estos casos. Se espera contribuir en la comprensión de la dinámica del litigio en materia de derechos de la salud

4.1. Contexto

El derecho a la salud presenta, por un lado el derecho fundamental y por otro el derecho de incidencia colectiva y estos dos se agrupan o anudan en el concepto de salud pública. Este último aparece como bien jurídico con tutela en el ámbito penal, administrativo, Contravencional, civil y constitucional.

Los reclamos de cobertura de prestaciones de salud se amparan mayoritariamente en el derecho constitucional a la salud, respaldado por leyes, decretos y tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Argentina.

Más allá de las múltiples posibilidades que existen para reclamar por el derecho a la salud, el que más se utiliza para canalizar las pretensiones en esta materia es el amparo.

El proceso de amparo, es un instrumento para canalizar judicialmente los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la salud, tanto en sus vertientes de amparo individual o clásico, como en el del amparo colectivo. Desde la reforma de la Constitución, la cobertura del amparo individual o clásico se ha visto significativamente incrementada, ya que bajo su tutela quedan los derechos y garantías emergentes de la Constitución, tratados internacionales y leyes. En cuanto al colectivo, este es articulable contra cualquier tipo de discriminación y en lo relativo a los derechos que resguardan el ambiente, el consumidor, a la competencia, y al usuario. Así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

El hábeas data, se presenta a priori como un instrumento procesal a favor del derecho de autodeterminación informativa. Es una acción jurisdiccional, normalmente constitucional, que puede ejercer cualquier persona física o jurídica, que estuviera incluida en un registro o

banco de datos de todo tipo, ya sea en instituciones públicas o privadas, en registros informáticos o no, a fin de que le sea suministrada la información existente sobre su persona, y de solicitar la eliminación o corrección si fuera falsa o estuviera desactualizado.

Por su parte el hábeas corpus concentra su potencialidad en defender el derecho a la salud en personas privadas de su libertad.

El dispositivo normativo que regula la materia fue sancionado el 4 de octubre de 2000 y lleva el número 25.326, bajo el citado título de la ley de protección de datos personales (observada por el Poder Ejecutivo por medio del decr. 995/00 (Bazán, 2013).

El derecho a la salud presenta, por un lado el derecho fundamental y por el otro el derecho de incidencia colectiva y estos dos se agrupan o anudan en el concepto de salud pública. Este último aparece como bien jurídico con tutela en el ámbito penal, administrativo, contravencional, civil y constitucional.

La concepción que el Derecho se basa en la idea de igualdad, tal vez requiera replantearlo en nivelación de las posibles desigualdades que pudiesen existir entre ellas para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.

Las reformas en el campo de la salud se propusieron como objetivo alcanzar la equidad, garantizando el acceso a los sectores más desfavorecidos. El reconocimiento del derecho a la salud como derecho fundamental de raigambre constitucional permitió interponer acciones de amparo y procesos sumarísimos y habilitando en ciertos casos la llegada a la CSJN.

La Jurisprudencia ha habilitado además que el derecho a la salud impone al Estado deberes negativos y también obligaciones positivas, lo que autoriza a interponer acciones judiciales para exigir al Estado ciertas prestaciones y la definición de políticas en ese campo. A razón de ello, la organización del sistema de salud y la propia normativa sanitaria sancionada por el propio Congreso de la Nación y de los propios órganos Administrativos, como el Ministerio de Salud de la Nación constituye una de las formas de llevar a cabo esas obligaciones constitucionales. Por ende la inobservancia por parte de la Administración de esas leyes faculta a los damnificados a reclamar judicialmente su cumplimiento (Menossi, Olmo, 2015).

Sin embargo se considera necesario indagar sobre las normas, jurisprudencia y doctrina para preservar el derecho constitucional a la salud sin que ello torne inviable los servicios que prestan los agentes de salud.

Las lecturas previas remiten a pensar que estamos ante una situación que requiere del estudio de la normativa y jurisprudencia del derecho interno del país, sin afectar los tratados internacionales que regulan el Derecho a la Salud.

4.2. La judicialización Estrategia individual o promotora de derechos

Las nuevas constituciones de los años 90 en la región consagran numerosos derechos y han convertido a los tribunales de justicia en un espacio de transformación social significativo.

El derecho a la salud es muy amplio y es responsabilidad del Estado regular el sistema de salud, pero también es importante preguntarse de qué forma debe hacerlo. ¿Debe prestar servicios en forma directa o sólo financiar y regular para que otros operadores sean quienes brinden salud?

La judicialización de la salud no surge solamente por la posibilidad de acceder a la justicia en forma rápida y expedita. La conformación de nuestro sistema sanitario, sumamente fragmentado y sin un marco jurídico homogéneo, permite la falta de coordinación, dejando un vacío estructural en cuanto a quién debe hacerse cargo de las prestaciones, sobre todo de las que no están incluidas específicamente en el PMO.

Por lo tanto podemos considerar que la judicialización de la salud es entonces la alternativa que encuentran los usuarios del sistema de salud al ver vulnerados sus derechos de acceso a la misma por parte de los prestadores del sistema. Es la vía para exigir el cumplimiento de ese derecho humano adquirido por la reforma de la Constitución de 1994.

Las opiniones sobre este fenómeno se dividen algunos están a favor de este desarrollo por considerar que resguarda el derecho constitucional a la salud y fortalece el sistema público de atención. Otros opinan que el incremento de litigios puede provocar un aumento exponencial de los costos de la atención de salud y que va en contra de consolidar un sistema público, a través de la implementación de planes sanitarios y el establecimiento racional de prioridades.

El incremento de la cantidad de gobiernos elegidos democráticamente a partir de 1990 y de constituciones nuevas que consagran numerosos derechos, han convertido a los tribunales de justicia en un espacio de transformación social significativo. (Gloppen, Mindy, Roserman, 2013).

Aizenberg y Díaz (2014) afirman que el modelo de salud argentino, desarticulado y carente de coordinación da lugar a un modelo de sociedad litigiosa, lo que profundiza la inequidad y la falta de acceso a la salud de los sectores más vulnerables, quienes no tienen acceso a la información o a poder dirimir los problemas en la justicia.

La judicialización de la salud se produce por diferentes motivos. Las causas que merecen más atención son las patologías o prácticas no contempladas en el PMO o que sí están incorporadas pero son objeto de constantes procesos judiciales y esto pone en riesgo la vida del paciente (Bürgin Drago, 2013).

La inclusión del derecho a la salud en los países de América Latina, mediante la reforma de sus constituciones o mediante leyes, no hizo que la misma sea equitativa sino que brinda un marco jurídico institucional mediante el cual todos tienen derecho a la salud.

La judicialización de la política social refiere a una amplia participación del sistema de justicia en la resolución de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales. Se advierte un creciente incremento de estándares jurisprudenciales sobre derechos sociales y la consolidación de la justicia como una instancia de contralor del aparato administrativo del Estado en las áreas sociales. Los procesos de litigación por los derechos de la salud y las diferentes posturas acerca de si esto es positivo o negativo para la promoción del derecho a la salud. Brasil, Colombia, Costa Rica y Argentina son un claro ejemplo respecto a esta proliferación de litigios (Gloppen, Roserman, 2013).

La creciente utilización de los procedimientos judiciales para intervenir e incidir en las disputas políticas ha dado lugar a una creciente literatura sobre judicialización de la política. En los últimos tiempos, de diferentes modos y en múltiples regiones se registra un creciente proceso de judicialización de la política. Argentina no parece estar exenta del mismo. El fenómeno engloba manifestaciones muy diversas, 1) la creciente intervención de las Cortes y de los jueces en la redefinición de políticas públicas que ya habían sido decididas por agencias políticas como las legislaturas o los ejecutivos, 2) la utilización de los procedimientos judiciales ordinarios para la petición y resolución de demandas sociales y políticas y 3) la aparición de reglas y procedimientos cuasi judiciales en ámbitos de negociación y decisión no judiciales (Smulovitz., 2001, p.5).

Autores como Gloppen sostienen que la comprensión más sutil de la dinámica del litigio en materia de derechos de la salud y sus consecuencias ayuda a profesionales (jueces, abogados, activistas, encargados de formular políticas, administradores de los recursos sanitarios y médicos) a abordar el fenómeno de los juicios vinculados con la salud, de modo que cultiven su potencial constructivo y reduzcan al mínimo los aspectos que resultan

problemáticos desde la perspectiva de este derecho de la sociedad en su conjunto y que las obligaciones de los Estados en cuanto a temas de salud, son progresivas; se reconoce que los recursos disponibles son escasos. Sin embargo, los Estados tienen la obligación de tomar medidas concretas que garanticen el derecho a la salud y esas medidas deben tomarse de modo no discriminatorio.

En algunos casos los financiadores de salud eluden algunas patologías por su alto costo, aludiendo que tienen temor a desfinanciarse. Por esta razón el enfermo queda muchas veces indefenso. Estas situaciones deben recibir una pronta respuesta por parte del sistema de salud, más allá de quién sea el responsable de prestar el servicio.

Se inician causas judiciales porque al parecer no existe una reglamentación precisa sobre como operar y esto afecta al sistema de salud y al paciente.

La judicialización ha mostrado ser, también, una efectiva estrategia defensiva. El estado de proceso perpetuo que caracteriza a algunos de los conflictos sometidos a litigio, habilita a los demandantes y coloca a los jueces en el lugar de constantes y legítimos observadores de conductas públicas y en partes interesadas y autorizadas para volver visibles a las mismas. En este trámite el silencio se transforma en sospecha, sospecha que induce y en algunos casos fuerza a los agentes públicos a hacer pública la explicación de sus conductas (Smulovitz., 2001, p.18).

Cuando un caso llega a los tribunales de justicia, estos se ven obligados a dar una sentencia y a asumir una posición en el corto, mediano o largo plazo. De esta forma no puede ocultar el problema y es el poder que mayor importancia adquiere en las decisiones sanitarias. Sin embargo la judicialización de los problemas sanitarios trae muchos efectos colaterales. En primer lugar va en contra de la justicia distributiva ya que los que más acceso tienen a la justicia, más acceso tendrán a la salud y los recursos se destinarán a algunos pocos pacientes. En segundo lugar se pierde eficiencia y en tercer lugar, no siempre la judicialización es efectiva ya que los jueces no pueden o no saben evaluar las evidencias científicas (Tobar, 2013).

La falta de identificación de los efectos de conjunto por parte de los tribunales; las reformas políticas asistemáticas o con efecto "curita"; el hecho que políticos, sindicatos y la comunidad de la salud no reconozcan las deficiencias sistémicas ni generen un debate acerca de ellas y la ausencia de un movimiento social interesado en el derecho a la salud, son variables que deben observarse empíricamente, medirse y evaluarse para arribar a conclusiones más definitivas respecto a las ventajas e inconvenientes del rol desempeñado por los tribunales en la judicialización de la salud en la Argentina (Bergallo, 2013, p. 94-95).

Los conflictos de derecho a la salud que terminan resolviéndose en la justicia han ido en aumento. Que sea el ámbito judicial el que se encargue de resolver dichos conflictos es blanco de numerosas críticas como que “los jueces no deberían intervenir en cuestiones presupuestarias” ya que eso es competencia del poder legislativo. Tampoco los jueces disponen de equipos técnicos para expedirse y además lo hacen caso por caso, en forma individual impidiendo un panorama global y amplio (Gargarella, 2013).

El principal desafío hoy es la judicialización de la salud, todos los conflictos (mala praxis, falta de prestaciones, denegación de medicamentos etc.) terminan resolviéndose por vía judicial cuando lo más apropiado sería que estos conflictos se resuelvan en el ámbito sanitario.

Hablamos de un sector sumamente dinámico, con avances constantes, muy complejos y sumamente costosos. No se trata sólo de medicamentos o terapias amplias, estamos frente a innovaciones muy específicas y concretas a las cuales el usuario del sistema de salud quiere acceder. Los avances científicos y las nuevas tecnologías y tratamientos han cambiado (aumentado) la expectativa de vida, esto sumado a que la pirámide poblacional está en proceso de inversión (menos cantidad de nacimientos y mayor esperanza de vida) y a un aumento sustancial de enfermedades degenerativas y oncológicas, crece un gran desafío para que el sistema de salud proporcione prestaciones ágiles y de calidad.

Si bien la utilización de los procesos judiciales para resolver demandas sociales y políticas va en aumento, no está claro que los mismos afecten el ejercicio del *accountability* de los funcionarios y las políticas, pero deja en manos de los jueces el cumplimiento de los juramentos pasados y los convierte en “guardianes de promesas”

Por lo tanto no debe analizarse sólo los resultados punitivos o las sentencias ya que la capacidad de control está dada por la visibilidad de los casos y por la amenaza masiva del uso de este recurso.

En las últimas décadas se exploró el potencial del activismo judicial para la transformación de ciertas estructuras de la sociedad a través de herramientas legales. Los grupos de excluidos del acceso a la justicia han comenzado a plantear sus demandas que pasan a ser resueltas en el ámbito de la justicia. Esta nueva dimensión del derecho en términos de exigibilidad y no solo de garante, no debe pensarse como una instancia

desvinculada de la obligatoriedad de los poderes ejecutivos y legislativos, en el diseño e implantación de políticas sociales (Abramovich y Pautussi, 2009).

4.3. El Poder Judicial y el derecho a la Salud

Es materia de controversias la intervención del poder judicial para resolver sobre la aplicación de los derechos sociales, en opinión de ciertos expertos esto significa interferir en las tareas reservadas para el poder legislativo y la objeción por la falta de legitimidad de la justicia para intervenir en políticas públicas.

Para Gargarella (2013) dichas posiciones pierden su fuerza ya que nos encontramos ante una división de poderes que no es estricta y que sirve para poner frenos y contrapesos al interactuar de aquellos entre sí. Por lo tanto lo que se plantea y debemos analizar es qué alcance y qué límite debería tener dicha intervención. La intervención judicial en ciertos casos en derecho a la salud y derechos sociales en general, es totalmente justificable, más aun bajo ciertas circunstancias y con mayor razón cuando se tiene que honrar o defender los derechos constitucionales. Sin embargo el desafío es revisar y rever los conceptos tradicionales en los que la justicia interviene en materia de salud.

Un remedio adecuado para reducir la frustración de los propósitos legislativos a través de la interpretación judicial, puede ser un mayor realismo de los legisladores en el reconocimiento de las imperfecciones de las leyes que sancionan para resolver unívocamente todos los casos futuros; después de lo cual no deberían limitarse a prescribir a los jueces el empleo de meras técnicas formales de interpretación, que, como en el caso de la analogía, por lo común pueden servir para justificar soluciones dispares. En cambio, tal vez los legisladores podrían tener mayor eficacia en la concreción de sus propósitos, si formularan reglas materiales de interpretación que indicaran la preferibilidad de las soluciones que tuvieran determinadas consecuencias sociales o que promovieran ciertos objetivos o valores. Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no sólo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales. (Nino, C, 1978, p.101).

La demanda judicial permite que un tercero pueda legítimamente observar y evaluar una conducta pública. Cuando a partir de este acto, se introduce un observador externo, los funcionarios públicos se ven forzados a justificar su conducta, lo cual produce un efecto de control aún en aquellos casos en los cuales el proceso no deriva en sanciones penales (Smulovitz, 2001).

De los tres poderes, es el Judicial el que no puede postergar decisiones y el que adquiere mayor protagonismo en la toma de decisiones a nivel sanitario. El Congreso puede

postergar la discusión de una ley que contemple un marco de salud y el ejecutivo continuar sin una política sobre cómo producir salud, pero el poder judicial debe actuar en forma expedita ante los reclamos de los amparistas (Fioro, 2014).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es instancia máxima de nuestro sistema judicial y última palabra en materia de justicia, a la cual llegan causas de toda la Nación. Sus fallos pueden fijar precedente en la materia en todos los tribunales del país. Su intervención puede darse por medio del recurso extraordinario (tras haber transitado las instancias previas) o en casos que corresponda a su competencia originaria (cuando la Provincia es parte en la causa de conformidad con la CN quedan inhabilitados los tribunales provinciales, razón por la cual la Corte actúa como un tribunal en primera instancia).

La Corte también ha sostenido que ese derecho crea deberes negativos y positivos y los ha aplicado horizontalmente a todos los agentes de seguro de salud contributivos. Por ejemplo, entre los deberes negativos se incluyen protecciones contra la terminación unilateral de servicios de atención de salud por parte de diferentes aseguradoras y las obligaciones positivas abarcan el deber del Estado de garantizar el acceso al tratamiento. Es más, en varios casos contra agentes de seguro salud públicos (provinciales) y contributivos, la Corte ha puesto de relieve el rol que le cabe al gobierno federal como garante subsidiario. (Bergallo, 2013, p.63).

Aizenberg y Diaz. (2014) afirman que el sistema judicial está colapsado, carente de herramientas técnicas para expedirse de forma correcta y, además, presionado por los tiempos urgentes de los amparos.

La efectividad del sistema dependerá en gran medida del esfuerzo, voluntad de servicio, coraje e independencia de los integrantes del Poder Judicial, pero también de su número. Si el Poder Legislativo no decuplica como mínimo en forma inmediata el número de jueces, es demasiado probable que al verse éstos superados por el número de peticiones, terminen cercenando en la práctica la eficacia de la norma constitucional. Si ello llega a suceder, será una responsabilidad política del Poder Judicial, pero compartida con el Poder Legislativo y los partidos políticos cuyo acuerdo llevó al texto constitucional: Éste de nada sirve si no hay jueces en cantidad y con medios suficientes, o si los jueces no están con el coraje suficiente para ejercer su función de control del poder político a veces hegemónico” (Gordillo, pag. 29).

En otro orden, la judicialización de la salud provoca que las organizaciones de la salud soporten los costos de las mismas y que, a raíz de dichas acciones judiciales, se vean perjudicadas en su objetivo de proteger y dar amparo a sus beneficiarios (Aizenberg, Diaz, 2015).

En las acciones pendientes deberíamos garantizar que las normas no sean producto de voces reducidas sino de un debate colectivo y es el tribunal el ámbito propicio para lograrlo, ya que los jueces pueden participar en los procesos en los cuales se crean las normas, dándole un marco compatible para su aplicación con el principio de igualdad (Gargarella, 2013).

4.4. El soporte legal de la judicialización

En 1994, una nueva convención constitucional introdujo nuevas instituciones, derechos y principios que habrían de reformular las protecciones textuales de los derechos sociales, en particular, el derecho a la salud. El nuevo texto contenía varias referencias a la justicia social y a la igualdad, que configuraron un Estado Social de Derecho. (Abramovich, 2009).

Muchas de las herramientas procesales y las reglas de legitimación procesal ofrecieron un marco propicio para el incremento del acceso a los tribunales como vía de presentación de demandas vinculadas con el derecho a la salud.

La mayoría de los casos individuales acudieron al recurso de amparo para la resolución de la disputa y en ciertos casos colectivos, grupos acudieron al amparo colectivo instituido en 1994. Además, la disponibilidad de medidas cautelares para las cuales los tribunales han flexibilizado los requisitos, que respecto del Estado Nacional fijó la Ley N° 26.854, también constituyó una herramienta de importancia en relación con la judicialización de la salud. Asimismo muchos factores pueden haber intervenido en la profundización de la función de los tribunales: su independencia y la percepción pública de esa independencia.

Esos factores incluyen la reforma constitucional de 1994 de los procesos para el nombramiento de funcionarios de la justicia, el establecimiento de nuevos requisitos para nombrar jueces de la Corte Suprema y jueces federales y el subsiguiente nombramiento de cuatro prestigiosos ministros

Desde la normativa se puede sostener que a partir de la mencionada reforma de 1994 se observa la constitucionalización del derecho a la salud, así como la intención de reglamentar el sistema de salud integral, en vista de la suscripción, aprobación y ratificación de tratados internacionales, pactos y otros instrumentos de Derechos Humanos asumidos por el Estado. Por otra parte se observa que los tribunales en la materia han generado valiosa jurisprudencia.

La Cámara resalta que el derecho a la vida es un bien esencial en sí mismo, garantizado tanto por la Constitución de la Nación como por diversos tratados de derechos humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Art. 12.1-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Arts. 4.1 y 5.1-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 6.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - Art. 1-; Declaración Universal de Derechos Humanos -Art. 3-; Convención de los Derechos del Niño -Art. 24, apartado 1; Ley 23.849-; Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna; (Fallos: 329:1226 y 2552; 326:4931; 325:292; 323:1339).

En la tarea de revisión documental se encontraron escasos datos cuantitativos relacionados con la temática en estudio, una de las excepciones es el estudio que se cita¹³.

Esa investigación se realizó como parte de la tesis de doctorado de uno de los autores (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario), enfocado en ahondar en los motivos de los reclamos, qué actores involucran, las características del reclamo y los fundamentos, así como la resolución judicial.

Se analizó el litigio por prestaciones de salud tramitados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se estudiaron sentencias de la CSJN sobre acceso a prestaciones de salud presentadas por personas jurídicas o físicas, individuales o colectivas entre los años 1994 y 2013. Los reclamos por falta de prestaciones involucran al Estado, obras sociales y/o empresas de medicina prepaga. El método de búsqueda fue mediante el sitio de Internet de la Corte Suprema de Justicia que tiene informatizada sus sentencias a partir del año 1994.

El criterio utilizado para la búsqueda de fallos fue a partir de términos clave como “obras sociales”, “medicina prepaga”, “programa médico obligatorio”, “medicamentos”, “discapacidad” Fertilización asistida”, “discapacidad” “derechos de incidencia colectiva”. Además del sitio de la CSJN se utilizó para el análisis el boletín de Jurisprudencia sobre derecho a la Salud publicado por la Corte Suprema, el primer Tratado de Derecho a la Salud y la base de datos de sentencias de la Revista La Ley.

La razón por la cual sólo se analizaron los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es por la falta de información en otras instancias de las presentaciones judiciales.

¹³ Gotlieb, V. Yavich, N y Báscolo, E. (2016). Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina En *Cad. Saúde Pública*, 4.6. Doi: 10.1590/0102-311X00121114

Fueron identificadas 125 sentencias: 84 captadas en el sitio de la Corte, 13 en el Boletín de Jurisprudencia sobre derecho a la salud, 26 en el cuadro de jurisprudencia del tratado de derecho a la salud y 2 en la base de datos de la Revista La Ley (<http://www.laleyonline.com.ar>, accedido el 21/Ene/2014).

Entre 1994 y 1997 no se identificaron sentencias. A continuación se describen los datos relativos a la categoría “magnitud del litigio por acceso a la atención de la salud tramitado ante la Corte”. Las primeras sentencias fueron las dictadas en 1998 (3 sentencias). Durante esos 15 años (1998 a 2013) se dictaron en promedio 8 sentencias por año. Entre 2003 y 2006 se dictaron el 48% de las sentencias. Excluidos estos años de alta actividad, entre 1998 y 2013 los mínimos y máximos anuales de producción de sentencias fueron de 3 y 11 respectivamente.

El 87% de los casos fueron promovidos como amparos, proceso con rango constitucional caracterizado como expedito y rápido, previsto para la tutela de derechos vulnerados por actos u omisiones públicos o privados. Las reclamaciones fueron promovidas por personas físicas individuales en el 88% de los casos, la mitad personas con discapacidad, con una adscripción a la seguridad social y la medicina prepaga en un 64% de los casos

Los datos indican que el 87% de las reclamaciones promovidas a través de los litigios gira en torno a la reclamación de cobertura prestacional, y que una cuarta parte de las mismas reclamaba la cobertura de prestaciones del PMO (20 litigios), 6 de las 20 reclamaciones fueron promovidas por o contra entidades de medicina prepaga que discutieron la obligatoriedad del cumplimiento del PMO por esas entidades del sector de seguros privados. Los otros 14 litigios fueron promovidos contra obras sociales (12 casos), el Ministerio de Salud de la Nación (1 caso) y una entidad de medicina prepaga (1 caso). En estos casos se discutió la interpretación de las prestaciones de salud cubiertas y excluidas por el PMO.

En cuanto a los litigios por cobertura del PMO la Corte equiparó las prestaciones que deben prestar las empresas de medicina prepaga con las de la seguridad social o mutuales, también se estableció el concepto dinámico del plan médico obligatorio. Las sentencias no fijaron un fuerte precedente para la interpretación del mismo y si bien se propuso fijar normas claras para la cobertura del PMO, fue sólo propuesto por la minoría y no aceptado por la mayoría.

4.5. Situación en otros países de la región

Lo que se denomina "judicialización de la salud" ha alcanzado en toda América Latina proporciones preocupantes. Cada año los departamentos de salud deben dar respuesta a miles de juicios en los que individuos reclaman algún tipo de bien sobre la base del derecho a la salud. En gran parte, estos juicios se resolvieron a favor del demandante debido a una interpretación expansiva de ese derecho. Según esta postura, se trata de un derecho individual a obtener cualquier procedimiento, equipo o insumo que la persona pueda demostrar necesidad, sin importar cuál sea el costo de ese bien. El gran éxito de los juicios por parte de los demandantes ha producido una onda expansiva en la región.

4.5.1 Brasil

Un elevado número de personas recurren a la justicia en forma individual para solucionar problemas de acceso a la salud que le son negados por las vías convencionales. Dichas demandas se basan, mayormente, en la obtención de medicamentos. Las acciones colectivas prácticamente no existen, por lo que el alcance de los fallos es individual y sólo soluciona el problema particular de la persona que recurre al tribunal para dirimir su carencia por falta de prestaciones. Es en los estratos con poder adquisitivo más elevado en donde se concentra la mayor cantidad de reclamos de salud, y cada demanda puede incluir hasta cuatro prestaciones diferentes (medicamentos, cirugías, consultas y exámenes para diagnóstico etc.). También, según surge de tres estudios distintos realizados entre 2009 y 2011, una concentración de demandas interpuestas ante la justicia por un grupo reducido de abogados para la obtención de medicamentos recetados no contemplados dentro del plan obligatorio, a su vez, por un número pequeño de médicos a pesar de que el plan incluía el otorgamiento de medicamentos similares con seguridad y eficiencia comprobada para los tratamientos en conflicto.

Este accionar individual deja de lado la posibilidad de soluciones colectivas para poder beneficiar al conjunto de la población. Para encontrar una solución ante esta problemática, se instó en el año 2009 a que el Supremo Tribunal Federal convoque a Audiencia Pública con el fin de poder acercar una solución equitativa. Las Audiencias Públicas se incorporaron en 2006, con la reforma constitucional, con el fin de proporcionar a los jueces información adicional y calificada sobre la situación. Para las audiencias se convocó a cincuenta expositores en representación de distintos sectores como universidades, gobierno, etc.

Brasil reconoce el derecho a la salud en su Constitución de manera muy detallada. La forma de abordar el derecho a la salud es compleja. Es en el art, 6 donde se agrupan los derechos sociales que incluye educación, alimentación, vivienda, salud, trabajo etc. Y son las esferas gubernamentales en conjunto (federal, estatal y municipal) las responsables de hacer cumplir las obligaciones que la Constitución impone en materia de salud, que también incluye el financiamiento de Sistema Único de Salud (SUS). Esta responsabilidad compartida y fragmentada, genera inconvenientes al momento de los reclamos ya que, tanto las acciones particulares o colectivas, son realizadas por parte de quienes reclaman, en el ámbito gubernamental que crean conveniente, permitiendo que dichas acciones puedan realizarse por una doble vía, es decir, en más de una de sus esferas gubernamentales en simultáneo. El derecho a la Salud en Brasil está establecido por la Ley 12.401/2011 (antes 8080), de ahí surge cómo se implementa el derecho a la salud que debe ser integral.

Si bien en Brasil, como se mencionó anteriormente, los reclamos son mayormente por medicamentos, la falta de infraestructura hospitalaria y el colapso de la misma, hacen que también existan reclamos directos para la obtención de camas, obligando a los médicos o a los diferentes centro de salud a proveer camas a pacientes que permanecen dentro de las instituciones pero sin acceso a las mismas (permaneciendo en camillas durante parte del tratamiento). El hecho de que el mobiliario sea limitado y que, mediante orden judicial, se intime a proveer a un paciente un lugar estable y acondicionado acorde a las necesidades, pone a los médicos y a los responsables de asignar las ubicaciones en una situación compleja, ya que la obligación judicial de otorgar un lugar implica sacar del mismo a quien lo está utilizando en ese momento. Es por eso que también los prestadores deberían incluir la contratación de camas en entidades privadas ante el colapso del sistema como se hace, por ejemplo, en Uruguay.

En cuanto a los litigios, para hacer cumplir los fallos se desvían fondos de otros programas de salud, por lo que sería superador encontrar una solución que no consista en disminuir recursos de otros programas con el fin de solventar la judicialización de la salud.

4.5.2 Costa Rica

La particularidad es que todos los hospitales e instalaciones de atención de salud son administrados por La Caja Costarricense de Seguro Social, institución del Estado que aporta casi la totalidad de los recursos (más de un 90%) para el financiamiento del sector de la Salud. Dichos ingresos se solventan mediante los aportes obligatorios de sus contribuyentes

(Costa Rica cuenta con el PBI per cápita más alto de Centroamérica) El manejo de la caja es independiente del Estado, lo que permite un funcionamiento menos permeable a los manejos gubernamentales. Para hacer esta independencia financiera más significativa, el art. 177 de la Constitución apela a que el Poder Ejecutivo sea el responsable de asumir cualquier déficit presupuestario, incluida la partida del Presupuesto Nacional necesaria para el año siguiente.

A pesar de lo expuesto, Costa Rica no está exento de los litigios inherentes a la salud, sobre todo en los últimos tiempos.

En 1989 se dispuso la creación de una Sala Constitucional (denominada SALA IV) compuesta por siete miembros que se sumaría a las tres salas ya existentes de la Corte Suprema. Esta adquirió un gran peso en la vida política costarricense y en uno de los tribunales más enérgicos de América Latina. La Constitución vigente de Costa Rica le otorga a la Corte Suprema igual jerarquía que a los poderes Ejecutivo y Legislativo de gobierno, como también autonomía política y financiera. La Sala IV puede declarar por el voto de la mayoría absoluta la inconstitucionalidad de las disposiciones de cualquier índole. Es decir, una mayoría simple puede declarar inconstitucional una ley. Además, se eliminaron casi todas las barreras que antes debían superarse para obtener acceso a la Corte.

Si bien la Sala IV dio claras señales desde un principio, de que resguardaría los derechos constitucionales del pueblo sin demoras, la inexistencia de un derecho constitucional a la salud, sumada a algunos reclamos interpuestos en una etapa temprana que no obtuvieron resultados favorables, tornaron a la Corte en una vía poco propicia para la reivindicación del derecho a la salud. No obstante, una vez que la Corte lo hubo construido como un derecho fundamental- y una vez que se mostró con claridad que la Caja daba cumplimiento efectivo a los fallos del tribunal superior-, la estructura de oportunidad legal se fue volviendo más obvia. Otro factor que propicia la presentación de casos vinculados con los derechos de la salud en la Sala IV es la celeridad con la que la Corte pronuncia sentencia. Cuando se entabla una demanda de este tipo, se le da prioridad de manera automática sobre todos los casos pendientes (con la excepción de los hábeas corpus). (Doryan Garron, 2008, p. 170).

Hoy todo ciudadano costarricense tiene la posibilidad de presentarse ante la Sala IV, cualquiera de los 365 días del año, durante las 24 horas de día, sin gasto de representación o sin necesidad de abonar costas, el peticionante no tiene por qué entender o conocer sobre la cuestión del derecho en el cual se basa su reclamo y su presentación puede realizarse en cualquier tipo de papel y en cualquier idioma, algo sumamente inclusivo en la actualidad pero impensado hasta mediados la década del 90. En los primeros años de dicha década la Asociación de Lucha contra el SIDA, presentó una demanda con el fin de que se le proveyera

a una persona seropositiva un medicamento antirretroviral, la azidotimidina, la Caja se negó a proporcionar tal medicamento argumentando que el mismo no se encontraba dentro de la Lista Oficial de Medicamentos (LOM) y que además de que su costo era demasiado elevado, el mismo no constituía una cura para el VIH/SIDA. En 1997 la Corte volvió a tratar la cuestión de los medicamentos antirretrovirales en un caso similar. Pero en este caso la Sala IV revocó la decisión y ordenó proveer los medicamentos requeridos.

4.5.3 Colombia

Es un país con niveles históricos de desigualdad social y de desarrollo. Durante las décadas de 1980 y 1990 adoptó políticas económicas de corte neoliberal, encuadradas en lo que se denominó Consenso de Washington, que dieron como resultado una gran flexibilización laboral, con graves consecuencias en las pretensiones universales de atención de salud, así como otros derechos sociales. Las reformas legislativas acontecidas durante este periodo se dieron de manera rápida y sin un debate claro que contemplara los intereses o necesidades de la ciudadanía. Colombia contaba con un sistema de salud dividido, acorde a los aportes de los contribuyentes, es decir, quienes contaban con un trabajo formal y bien remunerado (el doble del salario mínimo) contaban con el POS-C (Plan Obligatorio de Salud Contributivo), mientras que para quienes no contaban con un trabajo formal o cuyas remuneraciones no alcanzaran la suma de dos salarios mínimos, la salud estaba brindada por el POS-S (Plan Obligatorio de Salud Subsidiado) La diferencia de esta división era casi matemática, ya que POS-S equivalía a la mitad de capacitación y brindaba la mitad de los beneficios que proveía el POS-C

La Ley 100 de 1993 introduce una reforma general en el sector de la salud que, entre otras cosas, unificaría el sistema de salud dividido en el POS-C y el POS-S. Si bien no se alcanzó la cobertura universal exigida por la Ley 100, el gasto en salud y el aseguramiento, han aumentado de manera sostenida. El sistema se financia a través de aportes deducidos del salario así como un subsidio cruzado del régimen contributivo al régimen subsidiado y también con gasto público. Que el sistema de salud dependa de los aportes salariales en un país con niveles tan elevados de trabajo informal y alta flexibilización ponen al sistema de salud colombiano en una situación de extrema complejidad.

La Ley 100 había fijado como meta la unificación de los dos regímenes para 2001. Antes de 2008, la Corte pronunció sentencias que, si bien aceptaron la diferenciación de regímenes sobre la base de la capacidad a pagar, instaron al gobierno a formular un plan orientado a lograr la unificación en un marco

de tiempo especificado, en consonancia con los objetivos que ese mismo gobierno había manifestado.
(Parra-Vera y Gianella, 2009, p. 145)

La aprobación de la Ley 100 que consagró un modelo de atención administrada, suscitó fuertes polémicas ya que su aprobación fue de forma apresurada, impulsada exclusivamente por tecnócratas, sin un debido debate público que incluyera a la población y fue implementada por decreto. Esto mismo sucedió en 2007 con la Ley 1122, que se debatió literalmente solo unos minutos antes de su aprobación, anulando toda posibilidad de proponer cambios, reclamos o alternativas por vías políticas y legislativas. Lo anterior sumado al conflicto armado que ha sacudido a este país por más de cincuenta años, y la represión contra los que disidentes, han dejado a Colombia sin la posibilidad de poder manifestar o movilizarse para reclamar políticas de salud.

La Corte Suprema desde 1991 recibió más de un millar de reclamos, y emitió sentencias sobre las responsabilidades del Estado a respetar, proteger y realizar el derecho a la salud. Esto tiene que ver con la nueva estructura de oportunidad legal. Además de incorporar derechos económicos y sociales, la nueva Constitución consagró innovaciones estructurales. Entre las más sobresalientes en materia de salud, se encuentra el establecimiento de la Corte como tribunal especializado que supervisa una “jurisdicción constitucional” en la que quedan incluidos todos los jueces colombianos, la aplicación de la revisión judicial de constitucionalidad a casos específicos mediante la tutela, la extensión de revisiones abstractas de la legislación, recurso de opiniones expertas y fuentes de prueba externas, entre otras.

En relación con el sistema de salud en particular, las acciones de la Corte evolucionaron en respuesta a las deficiencias de los procesos de formulación de políticas en Colombia y a la evidente falta de capacidad institucional del gobierno para diseñar, implementar y monitorear políticas” (Ely Yamin, 2013, p. 129).

La Corte Suprema colombiana ha demostrado de forma activa su preocupación en temas muy diversos. El rol del tribunal supremo ha adquirido notoriedad por sus propuestas novedosas, así como también por impulsar cambios que superan lo “políticamente correcto”, desafiando instituciones poderosas y cuestionando discursos dominantes de la sociedad colombiana. En cuanto a la salud ha procurado dar soluciones innovadoras y de mayor alcance, instando a abrir el proceso del Ejecutivo al escrutinio público para poder alcanzar deliberaciones democráticas más profundas e inclusivas. Actualmente cuentan con una de las

más amplias jurisprudencias en favor del demandante en cuanto a fallos relacionados con la salud.

El 90% de los reclamos judiciales en Colombia se deben al incumplimiento del derecho garantizado por la Constitución de acceder a los mejores niveles posibles de salud. Si bien es para destacar el rol activo de los tribunales de justicia para resolver los problemas que ocasionan la falta de prestaciones, e incluso de ir más allá proponiendo que el legislativo se involucre para dar soluciones estructurales a este gran problema.

También hay que destacar un incremento en los últimos años en la facturación de medicamentos de alto costo de más de un 847% entre 2005 y 2010. (Machado, Moncada Escobar, 2012).

Las intervenciones judiciales para solucionar conflictos de salud han dado soluciones para quienes buscan por medio de esta vía las carencias que resultan de los sistemas propios de salud de cada país. Sin embargo los tribunales dan respuestas sin evaluar las cuestiones económicas.

En este mismo país, otro trabajo halló que en más de 50% de los litigios el costo de la acción judicial resultó ser mayor al costo de los servicios demandados, y que en promedio el sistema judicial gastó 50% del costo del servicio negado por las entidades promotoras de salud (Nieto, 2011)

En Colombia la resolución de conflictos por prestaciones de salud, incluso por vía judicial lento, dejando al paciente en un estado de sufrimiento y vulnerabilidad prolongada.

Los gastos generados por el altísimo número de demandas en Colombia representan un gasto anual del 0.5% de su PBI. (Entre 2003 y 2009)

En Brasil se destina a la salud el 3,5% de su PBI y se considera que el presupuesto para tal fin ha alcanzado su tope. En principio los jueces deberían reconocer limitaciones en los recursos ya que los reclamos individuales por prestaciones específicas dejan de lado un criterio justo de asignación que busca la equidad. Es necesario que la justicia exija a las autoridades de la salud prioridades claras para que la posibilidad de acudir a la justicia para dirimir problemas sea utilizado por los particulares en casos excepcionales. En Costa Rica la constante indiferencia de la Sala IV a los problemas presupuestarios, cobró gran notoriedad en el caso de 22 pacientes con cáncer de mamas. El costo de los medicamentos representaría el 1% del presupuesto total de la Caja (administra el presupuesto de salud).

La Corte desestimó las quejas de dicha institución declarando que los pacientes no deben pagar por los malos manejos y la mala planificación en la asignación de recursos. Un caso muy particular fue el de una niña con la enfermedad de Gaucher tipo 1. La Sala IV dictó sentencia en 1997 para otorgarle un tratamiento de medicamentos antirretrovirales de un costo aproximado de. 175 mil dólares. Argumentó que la niña necesitaba los medicamentos para vivir y que la Caja estaba obligada a otorgárselos. Esta tendencia a ignorar lo económico por parte de las autoridades judiciales, lleva también a que muchos médicos abusen de esta postura, para imponer los medicamentos de sus propias empresas. Ni la Corte ni la Caja llevan un registro de los demandantes, por lo que se hace difícil prevenir algunos abusos.

Igualmente es difícil determinar quiénes pierden y quiénes ganan con la judicialización de la salud, ya que se ha demostrado que los más pobres, más allá de poder acceder a la justicia, son los que menos acuden a esta metodología para acceder a este derecho.

4.5.4 Uruguay

Dispone un sistema de salud financiado mediante aportes de las empresas, trabajadores y del Estado, como sucede en muchos países de la región. Los aportes están sujetos al nivel de ingreso de cada trabajador y en el caso de que los ingresos no permitan llegar al mínimo de aporte, es el Estado quien solventa dicha carencia. El Banco de Previsión Social (BPS) es el encargado de recaudar las cotizaciones sociales y las cargas obligatorias para la cobertura de salud. A su vez es el organismo encargado de pagar mensualmente la cuota a los prestadores por cada beneficiario. El pago que brinda el BPS por cada individuo contempla un cálculo de riesgo que se ajusta periódicamente acorde a las características de la población, tomando como parámetro para hacerlo el sexo y la franja etaria. Esto está establecido en el PMO y generalmente se aplica en las prepagas sindicales. El BPS también administra el Fondo Nacional de Salud (FONASA).

Uruguay cuenta con un Fondo Nacional de Recursos (FNR), institución creada en el año 2007 con el fin de organizar y atender los problemas de alta complejidad. El objetivo del fondo es formar (a largo plazo) un fondo único, público y obligatorio con financiación de diversas fuentes para poder afrontar de forma eficiente aquellos tratamientos, enfermedades o prácticas complejas.

En Uruguay el sistema público se brinda a través de la Administración de Servicios del Estado (ASSE) mediante la Red de Servicios de Primera Atención en centros de salud, policlínicas y consultorios médicos de área y dispone de una por Departamento, con la particularidad de que se encuentra mejor organizada y desarrollada en el departamento de Montevideo. La ASSE también ofrece atención especializada en los consultorios externos de sus hospitales y atención hospitalaria mediante derivación o por emergencia y en el caso de picos de demanda, la ASSE adquiere, mediante compra, servicios en el sector privado para sus usuarios.

Los usuarios del seguro social FONASA pueden elegir entre IAMC (Instituciones de asistencia Médica Colectiva), ASSE o seguro integral, siendo IAMC la más solicitada ya que presta servicios en establecimientos en los cuales se concentra en un mismo lugar atención ambulatoria, especializada, servicios de internación, ambulancias, etc.

La atención terciaria (alto costo) está dada para todos los usuarios del sistema de salud, tanto del sistema público como privado, en los Institutos de Medicina Altamente Especializada y su financiamiento está dado por el Fondo Nacional de Recursos.

En Uruguay el presupuesto destinado a salud presenta una tendencia decreciente, al igual que los gastos de medicina prepaga.

Se estima que los gastos en prepagas disminuyeron un 15% entre 2005-2008, reflejando una migración del sector privado hacia el SNIS (Sistema Nacional Integrado de Salud). En cuanto al mercado de seguros privados voluntarios es muy pequeño sólo el 1% o el 2% de la población cuenta con estos seguros privados que están en manos de 8 (ocho) empresas con fines de lucro y ofrecen un régimen libre de contratación, cuya cuota no está regulada por el Estado. Los trabajadores del sector privado de salud determinan sus propios salarios mediante los denominados Consejos de Salarios, con participación tripartita: trabajadores, empresas y el Estado. Las tres partes se reúnen cada dos años y acuerdan los salarios y condiciones laborales.

Un gran número de hospitales públicos en Uruguay dispone de un bono contribución ante una práctica, sin embargo dicho bono no es obligatorio y, en caso de que el paciente no cuente con recursos, no será privado del derecho a ser atendido en dicha institución.

4.6. Conclusiones parciales

La judicialización de la salud responde a diversas causas, en primer lugar las reformas constitucionales de los años 90 en la región generaron una ampliación de derechos y proveyeron mecanismos procesales que facilitaron el acceso a la justicia de forma expedita. Por otra parte el avance tecnológico en el campo médico genera nuevas prácticas en principio de altos costos que por la democratización de la información en un mundo interconectado genera nuevas expectativas en la población en la búsqueda de tratamientos para paliar sus problemas de salud.

Estudiando casos como el de Colombia, Brasil, Costa Rica y Uruguay, se encuentran varios factores en común que han llevado a la justicia a ocupar un lugar preponderante, al momento de reclamar algún medicamento o tratamiento, vinculado con el derecho a la salud, que el sistema público o privado se niega a otorgar. Esta tendencia a judicializar la salud es relativamente nueva en Latinoamérica. La cantidad de litigios aumentó notablemente con las distintas reformas constitucionales, como la de 1991 en Colombia, la de 1988 en Brasil y la creación de la Sala IV de la Corte en 1989 en Costa Rica. Todas estas reformas o vías de acceso a la justicia le han dado a la población la posibilidad de iniciar acciones legales de forma rápida, fácil y económica.

Se puede suponer que la judicialización exacerbada es la consecuencia de un sistema de salud público insuficiente y ha contribuido al aumento de desigualdades entre los demandantes y los no demandantes, se puede pensar que la vía de solución no está en las acciones individuales y su judicialización sino en políticas de salud que generen las condiciones necesarias para que las personas no transiten trayectorias que conlleven a la marginación y exclusión.

CAPITULO QUINTO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN EL CUMPLIMIENTO DEL PMO Y DEL DERECHO A LA SALUD

I) Introducción

En este capítulo se analizarán 11 (once) fallos de la reciente jurisprudencia elaborada a nivel federal (CSJN), provincial (SCJBA) y de diversas jurisdicciones, provenientes de los subsistemas del sector. El objeto es analizar y evaluar los criterios jurisprudenciales respecto a las vías procesales y condiciones sustanciales de procedencia en relación con los reclamos de particulares por incumplimiento de las exigencias del PMO y del derecho a la salud y la normativa aplicada. Se espera contribuir en la comprensión de la dinámica del litigio en materia de derechos de la salud.

5.1. Síntesis de fallos y criterios jurisprudenciales

-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “Barilá José c/ Galeno Argentina S.A s/ Incidente de Apelación de medida”, 08/02/2011.

Magistrados: María Susana Najurieta, Francisco de las Carreras, Martín Diego Farrell.

La resolución apelada hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la demandada que otorgue la cobertura total del 100% del tratamiento de IMRT indicado por el médico tratante. La demandada se agravió señalando que el tratamiento pretendido no está incluido en el PMO y que, por lo tanto, no se acreditó la verosimilitud en el derecho invocado

La Cámara sostuvo que el art. 28 de la Ley 23.661 establece que los agentes del seguro de salud deberán desarrollar obligatoriamente un programa de prestaciones de salud (confr. fs. 1; esta Sala, doct. causa 7841 del 7-2-2001, entre muchas otras. Por su parte, la Ley 24.754 determina en su único artículo que las empresas de medicina prepaga se encuentran obligadas a dar la misma cobertura que las obras sociales (confr. esta Sala, causas 5475/03 del 14-8-03 y 15.768/03 del 5-8-04).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional reafirma el derecho a la preservación de la salud (art. 75, inc. 22, Ley Suprema),

Por otra parte y fundamentalmente considera que la concesión cautelar del tratamiento peticionado es la solución que, de acuerdo con lo indicado por el médico tratante, mejor se

corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende —que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema de la Nación, Fallos: 302:1284)—, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; cfr. esta Sala, causas 22.354/95 del 2/6/95, 53.078/95 del 18/4/96, 1251/97 del 18/12/97, 436/99 del 8/6/99, 7208/98 del 4/11/99, 53/01 del 15/2/01 y 2038/03 del 10/7/03, entre otras; en igual sentido, C.S. Mendoza, Sala I, del 1/3/93 y C. Fed. La Plata, Sala 3, del 8/5/200, ED del 5/9/2000); por lo menos, hasta que se dicte la sentencia definitiva.

Finalmente, entiende que no puede perderse de vista que el Programa Médico Obligatorio (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar. Por otra parte el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. esta Sala, doct. causas 630/03 del 15-4-03 y 14/2006 del 27-4-06, entre otras), y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (cfr. esta Sala, causas 8545 del 6-11-01, 630/03 del 15-4-03 y 14/2006 del 27-4-06).

Corte Suprema de Justicia de la Nación "Reynoso, Nilda Noemí c/ INSSJP s/ amparo". CSJN 16/05/2006.

Magistrados: Enrique S. Petracchi, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan C. Maqueda, Eugenio Zaffaroni, Ricardo L. Lorenzetti; Carmen M. Argibay.

La Corte por amplia mayoría resolvió revocar la sentencia recurrida por la actora mediante recurso extraordinario y hacer lugar a la demanda, incluso en el rubro costas. Tal fallo se adoptó con remisión al dictamen del Procurador Fiscal interviniente (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; en disidencia parcial se pronunció la jueza Argibay).

La Sala Civil de la Cámara Federal de Mar del Plata, había confirmado la sentencia del juez de primera instancia en cuanto ordenó al INSSJP proveer al amparista de insulina humana 100v, cintas reactivas y jeringas descartables; la Cámara había revocado parcialmente el fallo de grado en cuanto a la cobertura total de: (i) el medicamento “Ampliacartil”, por entender que correspondía hacerlo en un 40%, de acuerdo con el PMOE

(Res. M.S. N° 201/02, Anexo I, punto 7.1), y (ii) de pañales descartables, por considerar que no le corresponde tal cobertura, al no estar vigente a esa fecha la Resolución N° 235/01 aprobatoria del “Programa de provisión de Higiénicos Absorbentes Descartables”, en atención al estado de emergencia sanitaria nacional declarado por el Decreto N° 486/02 y no existir normativa alguna en el PMO.

En el dictamen del Procurador Fiscal se manifiesta que la amparista, actuó mediante representación del Ministerio Público de la Defensa, y que consta en la causa su condición de anciana de 75 años de edad, que se desplaza en sillas de ruedas, presenta demencia senil e incontinencia de esfínteres, diabetes tipo 1, con estado avanzado y complicaciones derivadas de ello; también se señaló que se inició a su respecto juicio de insania y curatela, que tiene escasos recursos económicos por percibir pensión mínima, no cuenta con otros recursos, y tiene solamente la ayuda de su hija que percibe el ingreso del programa Jefe de Hogar (v. punto III, párrafo tercero y quinto).

La sentencia de la Cámara fue recurrida por la actora mediante recurso extraordinario y atacada por la causal de arbitrariedad, en lo que respecta a la revocación que dispusiera respecto del fallo de primera instancia (v. punto II).

En el dictamen fiscal se sostiene que la Corte tiene dicho (i) que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la CN, y que la persona humana es inviolable y constituye un valor fundamental, pues el hombre es eje y centro del sistema jurídico y fin en sí mismo –cita doctrina de *Fallos*: 323:3229– (v. punto III, párrafo primero).

También que la doctrina del Alto Tribunal justifica la solución que propone al caso, dado que la Corte señaló (ii) que el derecho a la vida más que un derecho no enumerado en el artículo 33 CN tiene carácter implícito, ya que es presupuesto necesario del ejercicio de los derechos reconocidos expresamente; (iii) que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal –especialmente cuando se trata de enfermedades graves–, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida –doctrina de *Fallos*: 323:1339–, y (iv) que normativamente el derecho a la salud está reconocido en los tratados internacionales que cuentan con rango constitucional de acuerdo con el artículo 75, inc. 22, CN, entre ellos: art. 12, inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 de los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José

de Costa Rica–; art. 6, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos extensivo no solo a la salud individual sino también colectiva (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la CSJN en el fallo “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo – medida cautelar, de fecha 18-12-03 [v. *Fallos*: 326:4931]) (v. punto III, párrafo octavo).

En base a tales fundamentos y a las circunstancias personales, de salud y económicas concernientes a la amparista y las constancias de la causa, reseñadas más arriba, el procurador Fiscal entendió (v. punto III):

(i) que si bien el PMO cubre sólo el 40% del “Ampliactil” y no contempla cobertura de pañales descartables, tales especificaciones resultan complementarias y subsidiarias y deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud (art. 1º, Dto. N° 486/02) (v. párrafo segundo);

(ii) que el INSSJP está obligado a asegurar a sus beneficiarios las prestaciones médicas esenciales (art. 1º, inc. d, Dto. cit.) (v. párrafo segundo);

(iii) que, de conformidad con los certificados médicos agregados a la causa, los medicamentos son absolutamente indispensables para la amparista, al igual que los pañales descartables por carecer ella de autosuficiencia y, dadas su senilidad e incontinencia, por ser única forma de continuar con una vida mínimamente digna (v. párrafo cuarto).

Por ello, en el citado dictamen se concluye que el INSSJP debe proporcionar a la amparista el 100% del medicamento “Ampliactil” –hace constar que el demandado no intentó demostrar la existencia de otro medicamento alternativo o genérico de menor costo, igual calidad y que produzca los mismos efectos que el indicado–, y los pañales descartables que necesite; se advierte que ello no importa anticipar opinión para otros supuestos en que no concurren las circunstancias de extrema necesidad que se presentan en el caso (v. párrafos sexto y séptimo).

Como antes se mencionó el voto mayoritario de los jueces de la Corte remitieron al dictamen del Procurador Fiscal.

Con relación a la disidencia parcial de la jueza Argibay interesa destacar dos criterios relevantes:

(i) que el INSSJP, como toda obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto

distributivo, y por recibir fondos estatales debe aplicar en la regla de distribución el dato referido a la carencia total de recursos propios e imposibilidad de trabajar de sus afiliados (v. Considerando 10, párrafo tercero), razón por la cual la cobertura no puede ser igual para todos, deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si éstas son nulas deberá financiar el 100% del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial (v. mismo considerando, párrafo cuarto);

(ii) que el razonamiento expuesto en el punto (i) no alcanza a aquellas prestaciones que están fuera de la cobertura a cargo del INSSJP, de acuerdo con la Ley N° 19.032, con lo cual se aparta del dictamen del Procurador Fiscal y de los votos de la mayoría del tribunal (v. Considerando 11, primer párrafo) y, en consecuencia, excluye de la cobertura a los higiénicos descartables (pañales); en este punto confirma la sentencia de la Cámara y dispone las costas por su orden (v. considerado 11, segundo párrafo).

Por todo lo expuesto, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, y, en ejercicio de la facultad otorgada a esta Corte por el Artículo 16 de la Ley N° 48, se revoca la sentencia apelada en lo que se refiere al medicamento "Ampliactil" o su equivalente, cuyo costo deberá ser cubierto en un 100% por la demandada (considerando 10). En lo concerniente a los higiénicos descartables, no alcanzados por la cobertura que ofrece el INSSJP, se confirma la sentencia de la alzada (considerando 11); costas por su orden.

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sánchez Elvira Norma c/ Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y Otros s/ amparo”, 15/05/2007

Magistrados: Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Haighton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi, Juan C. Maqueda, Carmen M. Argibay.

En este caso, el juez de primer instancia de Mar del Plata (Juzgado N° 2) había hecho lugar al amparo en todos sus términos, de manera que había ordenado al INSSJP la cobertura total de los medicamentos *Nozinan*, *Valcote*, *Rivotril* y *Nervosal* los que fueran prescritos a la actora por resultar indispensables para el tratamiento de su padecimiento de *retraso mental leve a moderado* y *trastorno efectivo bipolar con reacciones depresivas periódicas*, dado que aquella no podía procurárselos por sus propios medios, al percibir un importe muy bajo de jubilación, además de estar imposibilitada de trabajar y encontrarse a cargo económicamente de su madre (v. Considerandos 1° , primer párrafo, y 4° , segundo párrafo, del voto de la jueza Argibay).

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia de grado en cuanto a la cobertura total del medicamento *Nozinan*, pero revocó parcialmente el fallo en cuanto a la cobertura de los restantes tres medicamentos por entender que la obra social solamente debía hacerse cargo del porcentaje establecido para cada uno de ellos en el PMOE (para el medicamento *Valcote* determinó su cobertura al 70%, y para *Rivotril* y *Nervosal* dispuso la cobertura del 40%), tras lo cual ordenó al Estado Nacional otorgar subsidiariamente la cobertura hasta el 100% de los costos de los medicamentos requeridos (v. Considerandos 2º, último párrafo, y 4º, tercer párrafo, del voto de la jueza Argibay).

El fallo de Cámara fue recurrido vía recurso extraordinario por la actora y el Estado Nacional; ante su denegación la actora acudió en queja a la CSJN (v. Considerando 3º del voto de la jueza Argibay).

La Corte resolvió por mayoría de sus integrantes que las cuestiones planteadas en la causa eran sustancialmente análogas a las resueltas en la causa “Reynoso, Nilda Noemí c/I.N.S.S.J.P. s/amparo”, decida el 16 de mayo de 2006, –Fallos: 329:1638, tratada en este informe–, razón por la cual se remitió en lo pertinente a las consideraciones allí expuestas. La Corte resolvió así declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada, con costas, y la devolución de los autos al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto en esta causa. El voto de la jueza Argibay también concluyó en remitir a lo expuesto por ella en los Considerandos 8º, 9º y 10 de su voto en la misma causa “Reynoso”.

En definitiva, con tal pronunciamiento la mayoría de la Corte indicó que debía reconocerse a la amparista el derecho a recibir de parte del INSSJP demandado, la cobertura total de los medicamentos requeridos (v. causa “Reynoso”, punto III del dictamen del Procurador Fiscal al cual remitió el voto de la mayoría del Tribunal). La jueza Argibay, por su parte, concluyó en reconocer en forma expresa, luego de la remisión a su voto en la citada causa “Reynoso”, la cobertura del costo de todos los medicamentos en un 100% (v. último párrafo de su voto).

En el voto de la jueza Argibay, en forma previa a efectuar la remisión a lo expuesto en los Considerandos 8º, 9º y 10 de su voto en la mencionada causa “Reynoso”, se destacó “el derecho de la actora a obtener un trato especial y recibir una cobertura total de sus gastos médicos, en razón de carecer de recursos económicos para afrontar[los] siquiera

parcialmente... los que eran necesarios para preservar su salud” (v. Considerando 4º, segundo párrafo, del voto referido).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal,"G.N.N. C/ OSDE S/ Incidente de medida cautelar". 10/12/2015

Magistrados: Ricardo Víctor Guarinoni, Alfredo Silverio Gusman, Graciela Medina.

En la causa “G.N.N.” la Cámara se expidió haciendo lugar a la medida cautelar y ordena a la empresa de medicina prepaga a reafiliar a quien se asoció sin declarar que padecía HIV, pues la falta de cobertura pondría en serio peligro el estado de salud de la amparista.

En ese orden hacer lugar a la medida cautelar interpuesta, en tanto se verifican los requisitos procesales, pues la amparista se encontraba afiliada a la prestadora de salud demandada, padecía H.I.V. y el tratamiento era necesario de modo imperioso.

El Tribunal decide analizar aquellas argumentaciones que resulten adecuadas con el contexto cautelar en el que fue dictada la resolución recurrida (confr. Corte Suprema, Fallos: 278:271; 291:390, entre otros), y no aquellos que se vinculan con los aspectos sustanciales del proceso que se resolverán al estudiar el fondo del asunto.

Con la salvedad que la coincidencia entre el objeto de la medida cautelar y el de la acción no es un argumento que por sí mismo sea válido a los efectos de obtener la revocación de lo decidido por el a quo.

Al considera que las medidas cautelares innovativas justifican una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, por alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. C.S.J.N., Fallos 316:1833; 319:1069; entre otros), también lo es que la propia Corte Suprema ha sostenido “que no se puede descartar la aplicación de una medida cautelar por temor a incurrir en prejuzgamiento cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, añadiendo que estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo del litigio, porque su objetivo es evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva” (conf. C.S.J.N., Fallos: 320:1633).

Destaca que fundabilidad de la pretensión cautelar “no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino del análisis de

su mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado. Ello permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada”(confr. C.S., Fallos: 314:711), mediante una limitada y razonable aproximación al tema de fondo, concorde con el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares (confr. esta Sala, causa 19.392/95 del 30.5.95, entre otras).

Entiende que no son atendibles los argumentos esgrimidos por el apelante para cuestionar la verosimilitud del derecho del accionante, referidas al supuesto falseamiento de datos en la solicitud de ingreso por parte de la actora, denunciada por la demandada, como así también la consecuente valorización pretendida por la empresa demandada, el tribunal juzgó que “son cuestiones que exceden el limitado marco de conocimiento de las medidas cautelares y deberán dilucidarse durante el transcurso del proceso” y con relación al peligro en la demora, la Sala concluyó que en el presente caso se configuraba “por la incertidumbre que apareja para el presentante la posible falta de asistencia y cobertura de las prestaciones requeridas”.

Interpreta que la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (confr. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Comentado”, t.I, pág. 742).

En la resolución, los jueces interpretan que “es conveniente proceder a lo solicitado, pues la falta de cobertura pondría en serio peligro el estado de salud de la amparista, de modo de no alterar la situación hasta que se decida la cuestión de fondo”, (en sentido concordante esta Sala, causas nro. 9751/07 del 5.10.07; 5062/2011 del 30.11.11, entre otras), alertando sobre los peligros en la demora y las consecuencias que derivan de ese criterio, y de uno de los parámetros más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema que integra (conf. Fallos: 320:1962), toda vez que lleva a la pérdida de un derecho esencial (conf. Fallos: 303:579) (Conf. esta cámara Sala I, causas nro. 7.837/11 de 24.11.2011; Sala III, causas nros. 4.336/08 del 17.7.08 y 4.212/09 del 28.5.09, entre otras). }

Atendiendo a que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles, ello no supone que puedan desentenderse del compromiso social con sus usuarios, que involucra la preservación de la salud de ellos (conf. Fallos, CSJN:”Etcheverry Roberto c/ Omint SA” del 13.3.01, 324:677).

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Duich Dusan Federico c/ CEMIC Centro Médico de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quino s/ Amparo”, 29/04/2014

Magistrados: Carlos Fait, Enrique Petracchi, Eugenio Zafaroni.

El fallo de la Corte remitió a las consideraciones expuestas en el dictamen del Procurador Fiscal, y resolvió declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto por la actora, dejar sin efecto la sentencia apelada, con imposición de costas por su orden, y devolver los autos al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto en esta causa.

En el caso, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la decisión del juez de primera instancia y desestimó la acción de amparo que había hecho lugar a la prestación requerida a la entidad demandada: cirugía con *endoprótesis* (técnica *endovascular*) a fin de resolver una afección de *aneurisma de aorta abdominal* concurrente con una serie de comorbilidades significativas y configurativas de una situación de paciente de riesgo, prescrita por dos médicos pertenecientes a la entidad demandada, por tratarse de una técnica quirúrgica no invasiva y por ello adecuada a casos de pacientes con factores de riesgo. El mayor costo de la práctica hacía de ella una prestación más onerosa que la intervención quirúrgica aplicable a pacientes con buen estado general. (v. dictamen citado, puntos I y II).

La Cámara había hecho especial consideración de dos circunstancias: (i) que la normativa reglamentaria (Resolución Ministerial N° 1991/2005, y su similar anterior N° 201/02) no contemplaba el procedimiento requerido dentro del PMO; y (ii) que el informe de la Superintendencia de Servicios de Salud había señalado que tal Programa no lo incluía, pero que sí comprendía “el tratamiento quirúrgico del aneurisma de aorta abdominal y la cirugía de las normas viscerales de la aorta abdominal y troncos ilíacos”, y que las nombradas intervenciones constituían “arbitrios distintos” de la *endoprótesis*, con “importantes diferencias desde los ángulos médico y económico”, al tiempo que aclaró que el último procedimiento [la *endoprótesis*] resulta “más oneroso” y “menos invasivo”, por lo cual “puede llevarse a cabo tanto en pacientes con buen estado general como en otros que, como el actor, presentan factores de riesgo”; en el informe se afirmó que “no es posible confundir una cirugía con otra”, ni admitir que al contemplar el PMO “el tratamiento quirúrgico de aneurisma de aorta abdominal... haya también comprendido la técnica endovascular con

colocación de prótesis”, por ser ésta una práctica de aparición reciente que “mal puede considerarse alcanzada por un nomenclador dictado con anterioridad.” (v. dictamen citado, punto II, párrafos segundo y tercero).

La Procuradora Fiscal criticó el fallo de la Cámara al entender que “el enfoque restrictivo que subyace en la sentencia, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura -y por añadidura someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte-, desnaturaliza el régimen propio de la salud (uno de cuyos estándares es... proporcionar el ‘mejor nivel de calidad disponible’) dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal.” (v. dictamen citado, punto VII, cuarto párrafo).

La representante del Ministerio Público consideró también que la Corte (en *Fallos*: 325:677), había determinado “...que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales...” (v. dictamen citado, punto VI, cuarto párrafo).

Especialmente sostuvo que la fórmula expresada en la normativa (“tratamiento quirúrgico del aneurisma de aorta abdominal”), “no podía decantar en la elección de la cirugía a cielo abierto –que tampoco está designada en el catálogo–, en franco desmedro del enfermo, más si éste porta una afección que supone riesgo de vida.” (v. dictamen citado, punto VII, párrafo quinto). Con ese alcance consideró que debe interpretarse el parágrafo 8.3.3. del Anexo I de la Resolución Ministerial en cuestión “en tanto establece la cobertura integral de las prótesis e implantes de colocación interna permanente” (v. dictamen citado, punto VII, párrafo sexto). También descalificó “la invocación de mayores costos que ocasionaría la práctica demandada” por entender que “carecen de virtualidad determinante para la denegación de la prestación debida” (v. dictamen citado, punto VII, párrafo séptimo).

Previamente a lo expuesto, y en cuanto a las consideraciones jurídicas de fondo a fin de “interpretar el régimen de la salud”, la representante del Ministerio Público entendió innecesario extenderse al respecto pues tanto la Procuración General como la Corte Suprema

se habían expedido en numerosos casos “acerca de los lineamientos propios del área” –que citó expresamente–, a los cuales se remitió (v. dictamen citado, punto IV, primer párrafo).

No obstante, estimó necesario hacer mención explícita de una serie de consideraciones relevantes con relación a la cuestión planteada, entre las cuales señaló: (a) que la interpretación armónica del plexo normativo en materia de protección de la salud es la que mejor representa la voluntad del legislador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; (b) que el ser humano es la razón de ser de todo el sistema jurídico, la persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual el resto tiene siempre un carácter instrumental; (c) que en el estatuto legal de la salud se ha tomado como parámetro el mejor nivel de calidad disponible –conf. art. 2º, Ley N° 23.661–; (d) que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer –y preexistente derecho de la persona humana–, reconocido y garantizado tanto por la Constitución Nacional como por diversos tratados de derechos humanos [con cita de las disposiciones de algunos de los enumerados en el art. 75, inc. 22, CN]; (e) que las especificaciones que emanan del PMO resultan complementarias y subsidiarias respecto de las pautas que conforman las bases del régimen de la salud; y (f) que el argumento relativo a costos exige una demostración del desequilibrio que se generaría con el otorgamiento de la cobertura integral (v. dictamen citado, punto IV, segundo párrafo y su desarrollo).

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "A. A. A. contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ Amparo", 19/02/2015

Magistrados: Juan Carlos Hitters, Héctor Negri, Eduardo j. Pettigiani, Eduardo N. de Lazzari.

La Suprema Corte trató el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la actora y resolvió: (i) declarar nulo de oficio, en lo atinente al porcentual a cargo de la empresa accionada, el fallo dictado por la Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, que confirmó la sentencia de primera instancia que había admitido la acción de amparo con el fin de obtener la provisión de la droga *Revlimid lenalidomida* necesaria para el tratamiento de la grave enfermedad conocida como de *Rendu-Osle-Weber* o *telangectasia hemorrágica hereditaria*, “con la salvedad hecha respecto del nivel de cobertura a cargo de la demandada”; y (ii) ordenó a Medicus S.A. –tras asumir competencia positiva en función de los particulares intereses

comprometidos– la provisión de la droga requerida por el actor con una cobertura del 100% bajo las mismas indicaciones que diera el juez de primera instancia, es decir dispuso su concesión por plazos de tres meses, previa evaluación de su continuidad de conformidad a los resultados documentados en que se compruebe el beneficio en su provisión (v. “Sentencia”, “Antecedentes” del “Acuerdo”, puntos I y IV del voto sobre la primera cuestión planteada del juez de Lázzari, con la concurrencia de los jueces Hitters, Negri y Pettigiani, y puntos 7, 8 y 10 del voto sobre la segunda cuestión planteada del juez de Lázzari, con la concurrencia de los mismos restantes magistrados del tribunal).

Señaló la Suprema Corte que la Sala I de la mencionada Cámara confirmó la resolución de primera instancia, al haber entendido que si el tratamiento médico se mostraba razonablemente apropiado para que el actor preservara su vida, aquél le era debido por los agentes del sistema “tanto porque la normativa sobre la materia es esencialmente tutelar, como por la mutabilidad que requieren los servicios de la salud en su adecuación a la permanente evolución científica y técnica”; no obstante, en cuanto al “nivel de cobertura”, decidió que, por estar porcentualmente establecido en el “marco regulatorio del sistema”, “...no cabe disponer que corresponda en un 100% a la accionada” (v. punto III.2, del voto del juez de Lázzari a la primera cuestión planteada).

La Suprema Corte advirtió configurado un “supuesto excepcional que autoriza a la anulación oficiosa” del fallo, habida cuenta que en el aspecto señalado se encontraba “huérfano de todo fundamento legal y de motivación” y que, además, había omitido “...determinar el preciso alcance de la decisión” (v. punto III.2 citado). En efecto la Corte, puso de manifiesto que el fallo recurrido adolecía de dos vicios invalidantes:

(i) la falta de fundamentación con la que se dispuso la reducción del nivel de cobertura, cuestión que no fue “resuelta de manera ‘expresa, positiva y precisa’ por la Cámara (conf. art. 163, C.P.C.C.)”, pues “no determinó cuál debía ser, entonces, dicho porcentual y tampoco explicó por qué no correspondía el 100% de la referida prestación.” –el subrayado corresponde al original– (v. punto III.2 citado, letra “a”);

(ii) la referencia genérica al “marco regulatorio del sistema”, “sin otra explicación ni indicación de las concretas normas positivas que [lo] integrarían..., y como lógica derivación de este yerro, [observó] la ausencia de toda mención al marco convencional y legal aplicable al régimen de salud, circunstancias que impiden revisar la correcta aplicación del derecho.” (v. punto III.2, citado, letra “b”).

Sobre lo dicho en el punto (ii), la Suprema Corte señaló que la cuestión litigiosa se encontraba “regida por una multiplicidad de normas” (estipulaciones convenidas contractualmente, leyes que rigen la materia vinculadas a obras sociales y empresas de medicina prepaga –Leyes Nros. 23.660, 23.661, 24.455, 24.754, 24.901, 26.682– y sus respectivas reglamentaciones, leyes especiales que determinan múltiples prestaciones –entre ellas, la Ley N° 26.689 de enfermedades poco frecuentes–, y Resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación, 201. 310. 1862 y 1993, situación que “imponía individualizar con mayor rigor la normativa aplicable bajo la operatividad del derecho a la salud” [citó normas de fuente internacional. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,], “...máxime cuando –como en el caso– la decisión adoptada resultó adversa a la finalidad tuitiva del sistema.” (v. punto III.2 citado, letra “b”).

Con ello, al tratar la segunda cuestión planteada, la Suprema Corte consideró necesario asumir la competencia positiva, obviando el reenvío, en aplicación del “compromiso constitucional de la tutela judicial efectiva (art. 15 Const. prov.)” (v. punto 1 del voto del juez de Lázari) y, en consecuencia, con la extensa fundamentación desplegada durante la consideración de aquella cuestión, dictó la resolución del asunto como fue mencionado al comienzo de este resumen.

Este fallo da origen a un Proyecto de Ley con trámite parlamentario 2931/2013.

Corte Suprema de Justicia de la Nación “T.M.C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”, 05/04/2016

Magistrados: Ricardo L. Lorenzetti, Juan C. Maqueda y Elena Highton de Nolasco.

Se trata de un caso análogo al referido en la causa “S., D. c/CEMIC” que tuvo, con los mismos jueces firmantes, igual resolución. La Corte hizo lugar al recurso de queja interpuesto por la demandada, declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia atacada, con fundamento en su arbitrariedad, y ordenó dictar un nuevo fallo con arreglo a su pronunciamiento. En este caso también la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, había confirmado la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo promovida en nombre de una mujer discapacitada, por su hija y

curadora, y condenó a la entidad a la que se hallaba adherida la accionante, también mediante un “plan cerrado”, a proveer la cobertura integral de ciertas prestaciones consistentes en acompañante domiciliario e internación en la institución Residencia Marsella, mediante el pago de los aranceles fijados por ésta (v. Considerando 1°).

La alzada entendió que dicha institución se adecuaba a las necesidades de la peticionaria dada “su incapacidad para decodificar solicitudes verbales”, lo que se desaconsejaba cambios en su rutina de relación con el entorno, y señaló: (i) que la demandada no contaba en su cartilla con instituciones de la naturaleza requerida, ni había puesto a disposición de la actora alguna entidad contratada a esos efectos; (ii) que la Ley N° 24.901 imponía la cobertura total de las prestaciones previstas en dicho régimen a las obras sociales, con la finalidad de cubrir los requerimientos básicos esenciales de las personas con discapacidad; (iii) que la Ley N° 23.661 requería a los agentes del seguro de salud incluir entre sus prestaciones las que exigiera la rehabilitación de aquéllas; y (iv) que el P.M.O. no constituía una limitación para tales agentes, sino que consistía en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima exigible a las obras sociales (v. también Considerando 1°).

De manera similar la causa análoga precedentemente citada, la recurrente planteó la arbitrariedad de la sentencia, por (i) apartarse de las constancias de la causa relevantes para la solución del litigio y de lo dispuesto en el contrato que vincula a las partes, así como porque (ii) resultaba violatoria del principio de legalidad, y (iii) desconocía el derecho de propiedad de la demandada, pues aquélla la condenaba a cubrir prestaciones distintas a las que no se encontraba obligada, dado que el cuidado necesitado por la persona “no... [requería] ser brindado por personal médico o con especialidad alguna”, y que CEMIC no contaba con prestadores destinados a brindar servicios de internación geriátrica (v. Considerando 2°).

Como en la anterior causa citada, la Corte atendió los agravios planteados por la recurrente –por excepción a la regla que excluye de la instancia extraordinaria a las materias de hecho, prueba y derecho común– al haber incurrido el tribunal *a quo* en un tratamiento inadecuado de la controversia, por: (i) omitir pronunciarse de acuerdo con las constancias de la causa y las normas aplicables, y (ii) haber decidido en base a afirmaciones dogmáticas que le dan fundamento solo aparente (v. Considerando 3° y sus citas). También en este caso, la Corte señaló que la sentencia no consideró la modalidad contratada de “plan cerrado” –hecho conducente para modificar el resultado del proceso– (v. Considerando 4°), y que el fallo se apoyó en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional “desvinculadas de

la concreta situación fáctica... [de la causa]”, al punto de haber soslayado que en el informe de la residencia se expresó que se brindaba a la actora “el servicio de alojamiento, alimentación e higiene” (v. Considerando 5°). Aquí también, la Corte agregó, con base en el precedente CSJ 85/2011 (47-L) “L., E.S. c/ CEMIC s/amparo”, de fecha 20-5-14 y sus citas, que “la alzada no solo prescindió inequívocamente de examinar el régimen aplicable para empresas como la demandada, sino que, además, omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación de cobertura de las prestaciones pretendidas...” (v. Considerando 6°). Asimismo, concluyó –tras señalar que en esta clase de asuntos “no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias...” a fin de que “los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles...” (v. Considerado 7°)–, que “los defectos de fundamentación afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la recurrente (Ley 48, art. 15), justificando la invalidación del pronunciamiento a fin de que la cuestión sea nuevamente considerada y decidida mediante un fallo constitucionalmente sostenible.” (v. Considerando 8°).

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo” 24 -05-05

Magistrados: Enrique S. Petracchi, Augusto C. Belluscio, Carlos Fayt, Antonio Boggiano, Juan C. Maqueda, Eugenio R. Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco, Ricardo L. Lorenzetti, Carmen M. Argibay.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación por mayoría, y la concurrencia del voto conjunto de dos de sus ministros, resolvió en el caso–en el que conoció en virtud de su competencia originaria [art. 117 CN], tras haberse declarado incompetente el juez de primera instancia– hacer lugar a la acción de amparo promovida por la actora, una mujer discapacitada visual y motora afectada por la enfermedad *esclerosis múltiple*, contra la provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional a fin de obtener bajo cobertura plena la mediación necesaria, *Acetato de Glatiramer – Coplimero (Copaxone)*, para enfrentar dicho mal, en razón de carecer aquélla de recursos económicos para adquirirla; en la fase inicial de las actuaciones la Corte había hecho lugar a la medida cautelar solicitada por la actora.

Al dictar resolución definitiva, en el aspecto procesal la Corte señaló, en base a reiterada doctrina propia, que el “amparo es un proceso excepcional... [que] exige para su apertura la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los

procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita... [cuyo] objeto es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental” (v. Considerando 1° del voto de la mayoría). Con ello, entendió procedente la acción de amparo por encontrarse reunidos los extremos requeridos por la Ley N° 16.986, pues se acreditó la “gravedad del caso” y la “falta de protección de la amparista al tiempo de iniciar el trámite”, lo que revelaba la “inacción de las demandadas”, como así también la naturaleza del mal que aquejaba a la actora, el que requería continuar con el tratamiento prescripto de manera prolongada; por otra parte, puntualizó el tribunal que el derecho de la amparista a recibir la droga no había sido cuestionado por las demandadas y que éstas lo habían consentido con el suministro provisional que en su momento habían hecho del medicamento (v. Considerando 2° del voto de la mayoría).

En lo que refiere a los aspectos jurídicos de fondo, la Corte se expidió mediante una serie de consideraciones concernientes al derecho a la salud y a la condición de discapacidad de la accionante, como también a las responsabilidades estatales derivadas de la legislación protectoria.

Como en anteriores pronunciamientos, la Corte subrayó que “el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22,...” CN) (v. Considerando 3° del voto de la mayoría).

En consecuencia, al igual que en otras oportunidades, señaló la “...obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud 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...” (v. Considerando 3° del voto de la mayoría).

Entendió en materia de tal responsabilidad estatal que los compromisos internacionales explícitos asumidos por el Estado Nacional con el objeto de promover y facilitar las prestaciones de salud no solamente obligan a aquél sino que “...dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.” (v. Considerando 4°, primer párrafo, del voto de la mayoría).

En ese sentido, valoró que por el artículo 1° de la Ley N° 23.661 se creó un sistema nacional de salud con los alcances de un “seguro social” con el fin de “procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”, y organizado con una “concepción integradora del sector sanitario”, que pone en cabeza de la autoridad pública la “conducción general del sistema”, cuyo objetivo—en los términos del artículo 2° de dicha ley—es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible... eliminando toda forma de discriminación...” (v. Considerando 4°, segundo párrafo, del voto de la mayoría).

El rol del Ministerio de Salud, por medio de la Secretaría de Salud, al ser la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y lleva a cabo la política de medicamentos, hace que le corresponda la articulación y coordinación de los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la Ley N° 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal , estructura pluralista, y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” —añadió cita de los artículos 3°, 4°, 7°, 15, 28 y 36 de la ley citada y de *Fallos*:323:3229, que refiere a la causa “Campodónico de Beviacqua”, resuelta en el año 2000. En ese contexto, la Corte tuvo presente el hecho de estar contemplada en el PMO la cobertura del 100% de la medicación para tratar la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años, lo que se debe articular por medio del agente del seguro con apoyo financiero del “Fondo Solidario de Redistribución” según las normas que dicte la “Administración de Programas Especiales” [APE].

Más adelante, estimó conveniente resaltar “...la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud por medio del Ministerio de Salud para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios.”.

La Corte también consideró en la conformación del régimen legal y reglamentario, en el orden nacional, las expresas previsiones de la Ley N° 22.431, por la que se instituyó el sistema de protección integral para las personas con discapacidad, de la Ley N° 24.901 de

organización del sistema de prestaciones básicas para tales personas, y de la reglamentación de la última norma legal que fuera aprobada por el Decreto N° 1193/98.

Sobre la normativa de orden provincial, puso de resalto las disposiciones protectorias de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que garantizan el derecho a la vida, el ejercicio de los derechos constitucionales a las personas con discapacidad, el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, y plasman la condición del medicamento como bien social integrante del derecho a la salud.

En el mismo orden normativo, la Corte destacó las disposiciones de protección especial que confiere la Ley provincial N° 10.592 por la que se estableció un régimen jurídico básico integral para las personas discapacitadas, en el que se impuso el deber de actuación de oficio del Ministerio de Salud para el cumplimiento de la ley y el deber de otorgar subsidios a los “discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales” (v. Considerando 7° del voto de la mayoría).

Seguidamente, el Alto Tribunal desestimó el criterio esgrimido por la Provincia acerca de que “la esclerosis múltiple no es una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y [que] por lo tanto la droga prescrita no debe ser provista por las autoridades locales”, pues, al privar a la amparista “...de la atención sanitaria que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza, se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes.” (v. Considerando 8° del voto de la mayoría).

En base a la legislación referida, la Corte declaró la responsabilidad directa que le cabe a la provincia demandada “frente a la situación que compromete la vida y la salud de sus habitantes”, pues consideró que las autoridades locales tienen el “deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con urgencia y continuidad, sin desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional –mediante el Ministerio de Salud–, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista”, tras lo cual afirmó que de no ser así, las leyes sancionadas en la materia serían “enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad” (v. Considerando 9°, párrafos primero y segundo).

En su conclusión, y con respecto a la aludida “responsabilidad subsidiaria” del Estado Nacional, reconoció que la autoridad nacional, ante la reticencia inicial de la Provincia, había ajustado su conducta a los principios constitucionales y a las leyes dictadas en su consecuencia al haber dispuesto la provisión de la medicación por seis meses para atender una situación de urgencia y extrema necesidad en orden al tratamiento prescripto, pero consideró reprochable la posterior interrupción de la entrega de la medicación y la falta de respuesta al requerimiento de su renovación, pues puso en “riesgo grave” el “derecho a la vida y a la salud” de la actora (v. Considerando 10).

Corte Suprema de Justicia de la Nación “S.D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”, 15/03/2016

Magistrados: Ricardo L Lorenzetti, Juan C. Maqueda y Elena Highton de Nolasco

En la causa mencionada, la Corte hizo lugar al recurso de queja interpuesto por la demandada, declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia apelada, y ordenó dictar un nuevo fallo con arreglo a su pronunciamiento. El decisorio revocado de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal había confirmado la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo iniciada en nombre de la hija incapaz del accionante y condenó a la demandada, a la que aquella se encontraba afiliada mediante un “plan cerrado”, a proveer la cobertura integral de ciertas prestaciones consistentes en el acceso a un centro educativo terapéutico especial –en jornada completa– en el Instituto Fundación Tobías, tratamiento de equinoterapia e hidroterapia, tratamiento de terapia relacional, medicación *Divalprotato de sodio* y *Risperidona*, y transporte especial hacia el centro educativo y centros de tratamiento (v. Considerando 1°).

La Sala consideró la naturaleza de los derechos a la salud y a la integridad física, la cobertura que la Ley N° 24.901 imponía a las obras sociales a fin de cubrir los requerimientos básicos esenciales de las personas con discapacidad, así como la obligación derivada de la Ley N° 23.661 de incluir entre las prestaciones a cargo de los agentes del seguro de salud las que exigiera la rehabilitación de aquéllas (v. mismo Considerando).

En el recurso interpuesto la demandada invocó como cuestión federal la doctrina de la Corte en materia de sentencias arbitrarias, con fundamento en que el fallo recurrido (i) se apartó de las constancias de la causa relevantes para la solución del litigio y de lo dispuesto por el contrato que vincula a las partes, así como aquél (ii) resultaba violatorio del principio de legalidad, y lesivo de su derecho de propiedad, al obligarla a cubrir prestaciones a las que

no se encuentra obligada, indicadas y brindadas por profesionales ajenos a CEMIC (v. Considerando 2°).

Como antes se mencionó la Corte atendió los agravios planteados por la recurrente – por excepción a la regla que excluye de la instancia extraordinaria a las materias de hecho, prueba y derecho común– al haber incurrido el tribunal *a quo* en un tratamiento inadecuado de la controversia por: (i) omitir pronunciarse de acuerdo con las constancias de la causa y las normas aplicables, y (ii) haber decidido en base a afirmaciones dogmáticas que le dan fundamento solo aparente (v. Considerando 3°). En concreto la Corte señaló que la sentencia no consideró la modalidad contratada de “plan cerrado” –hecho conducente para modificar el resultado del proceso– (v. Considerando 4°), y que el fallo se apoyó en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional “desvinculadas de la concreta situación fáctica... [de la causa], y de las disposiciones normativas y contractuales...” regulatorias de la cuestión, pues se soslayó el informe de la Superintendencia de Servicios de Salud en el que se precisa que los agentes del seguro de salud comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 23.660 “...no se hallan constreñidos a otorgar aquellas prestaciones que hayan sido indicadas por profesionales ajenos a su cartilla” (v. Considerando 5°). A ello agregó, con base en el precedente CSJ 85/2011 (47-L) “L., E.S. c/ CEMIC s/amparo”, de fecha 20-5-14 y sus citas, que “la alzada no solo prescindió inequívocamente de examinar el régimen aplicable para empresas como la demandada, sino que, además, omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación de cobertura de las prestaciones pretendidas...” (v. Considerando 6°). En definitiva, concluyó –tras señalar que en esta clase de asuntos “no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias...” a fin de que “los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles...” (v. Considerado 7°) –, que “los defectos de fundamentación afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la recurrente (Ley 48, art. 15), justificando la invalidación del pronunciamiento...” (v. Considerando 8°). La decisión fue adoptada por el voto conjunto de los tres jueces entonces integrantes del Alto Tribunal.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal “Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud”, 24/11/2016

Magistrados: María Susana Najurieta, Ricardo V. Guaroni, Francisco de las Carreras.

En la causa “Calusio” el tribunal se expidió en una acción de amparo –con medida cautelar–, promovida a fin de obtener la cobertura integral y total, a cargo de la entidad

demandada, de la internación en la institución geriátrica El Palmar, como así también de variada mediación para atender la afección de salud de una mujer, representada en las actuaciones por su hermano, que cuenta con 85 años de edad, padece parkinson avanzado con cuadriplejía espástica, a la que se le expidiera un certificado de discapacidad (v. Considerando 4, segundo párrafo).

En el pronunciamiento de primera instancia el juez interviniente ordenó la cobertura total de la medicación requerida, y declaró abstracta la cuestión en cuanto a la cobertura del instituto geriátrico en atención al ofrecimiento efectuado en la causa por la entidad demandada. El fallo fue apelado por la accionada fundamentalmente por entender que no corresponde a las entidades de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones básicas para las personas con discapacidad comprendidas en la Ley N° 24.901 y su normativa concordante y complementaria, pues la cobertura, a su entender, se limitara al PMO; también el agravio consistió en la declaración de cuestión abstracta de la pretensión de cobertura del geriátrico, en lugar de decidirse su rechazo, y en la imposición de costas decidida en la causa.

A su turno, la mencionada Sala confirmó la resolución apelada en cuanto fue materia de agravio. Las consideraciones centrales tenidas en cuenta por el tribunal (v. Considerando 6) pueden reseñarse del modo que sigue:

i) El PMO fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar (Resoluciones M.S. Nros. 201/02 y 1991/05), no constituye una limitación para los agentes de seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales, y contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional;

ii) Con la Ley N° 26.682 las empresas de medicina prepaga deben cubrir con carácter obligatorio y como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial el PMO y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previsto en la Ley N° 24.901 y sus modificatorias, lo cual resulta concordante con lo que ya disponía el artículo 1° de la Ley N° 24.754 que equiparó la cobertura médico asistencial a cargo de las entidades de medicina prepaga, como mínimo, a la cobertura prestacional en cabeza de las obras sociales, de conformidad con lo dispuesto por las Leyes Nros. 23.660, 23.661 y 24.455.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de La Plata, “M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad”, 06/12/2016

El tribunal hizo lugar a la medida cautelar y ordenó a la entidad demandada la cobertura del valor de la cuota del Complejo Educativo El Jacarandá (Jardín), durante todo el período escolar, sin limitación temporal, y mientras dure la discapacidad del menor (trastorno del lenguaje expresivo) acreditada con la certificación respectiva, pues las repercusiones negativas en su salud psico-física justifica la necesidad de adoptar una solución urgente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso como asimismo, el cumplimiento de la medida cautelar (v. Considerandos I y VIII).

La Sala tuvo en consideración la naturaleza de los derechos comprometidos y la urgencia invocada, por medio de una serie de razones (v. Considerandos V a VIII) que, aún en el marco de la provisionalidad que importa un pronunciamiento cautelar, pueden agruparse, por una parte, en conceptos de carácter general relativos al derecho a la salud, y, por otra parte, en otros de tipo especial concerniente a la condición de discapacidad acreditada:

(a) derecho a la salud: (a.1) de acuerdo con la doctrina de la CSJN 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) (v. Considerando V);

(a.2) la CSJN 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, 310:112) (v. Considerando V);

(a.3) a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía internacional (art. 75, inc. 22) la CSJN ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (*Fallos*: 321:1684 y 323:1339) (v. Considerando V);

(a.4) la aplicación de la Ley N° 23.661 que instituyó el sistema nacional de seguro salud a efectos de garantizar el pleno goce del derecho a la salud de todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica, cuyo objetivo fundamental es proveer al otorgamiento de prestaciones de salud, igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación; dicho sistema, tiene a la autoridad pública en el papel de conductor general –art. 1°–, y considera agentes del seguro de salud a las obras sociales cualquiera sea su denominación, a las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al mencionado sistema –art. 2°– (v. Considerando VI).

(b) condición de discapacidad: (b.1) resulta aplicable el régimen de protección de la Ley N° 24.901, en tanto como expresó la CSJN “ello obliga también a asegurarle [a la persona con discapacidad] los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de la obra social a los que esté afiliad[a]... y se ha dejado a cargo de las obras sociales la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2)’ (Fallos: 323:3329, en cita, del dictamen del señor Procurador Fiscal)” (v. Considerando VII);

(b.2) la situación de discapacidad del menor –con su acreditación, la de su afiliación a OSDE, y la recomendación médica– y la repercusión en la salud psico-física de aquél, “justifica la necesidad de adoptar una solución urgente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso como asimismo, el cumplimiento de la medida cautelar” (v. Considerando VIII).

5.2. Vías Procesales, Criterios Jurídicos y Normativa

En esta etapa se analizaron las decisiones judiciales que emanan de las sentencias, la normativa y jurisprudencia invocada para fundar sus resoluciones, y que lugar ocupan los tratados internacionales que Argentina suscribe en materia de derechos humanos. De este material surgieron las categorías a utilizar en la etapa final de la investigación.

Caso	Fecha	Instancias Intervinientes	Prestación Requerida	Prestador	Normativa Nacional	Tratados Internacionales	Tipo de Fallo
Barilá José c/ Galeno	8-02-11.	Primera instancia	Tratamiento de	Galeno Argentina	Ley 23.661	Declaración Universal de los	Hace lugar a la medida

Argentina S.A s/ Incidente de Apelación medida		Cámara nacional de apelaciones en lo civil y comercial federal	Radioterapia de Intensidad Modulada (IMRT) por cáncer de próstata	SA	Ley 24.754 Res. 201/02 Res 1991/05 Art 75. Inc. 22 de la CN.	Derechos Humanos. Art 25, inc 1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art 2, inc 2.	cautelar. Cobertura 100% Martín Diego Farrell - Francisco de las Carreras -María Susana Najurieta.
Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo	16 -05- 06.	Primera instancia Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata CSJN	Insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables "Ampliacetil" (100%) pañales No favorable en primera instancia. Sólo 40% dto	INSSJP	Res 235/01 Decreto 486/02 Res. 201/2002 Art. 17 de la ley de amparo Arts 356, de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Ley 23.660 Ley 23.661 Ley 23.753 Ley N° 24.754 Decreto 1.271/98 Decreto 486/02 Decreto 576/1993 Ley 19.032 (Artículo 14.3 de la Ley N° 48). Ley del Sistema Nacional de Seguro de Salud, ley específica sobre diabetes, su decreto	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	INSSJP debe proporcionar a la actora el 100 % de Ampliacetil y los pañales descartables que necesite, se debe declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. También opina que es improcedente las costas del 20% a la actora. Costas a la demandada en este nuevo fallo Enrique Santiago Petracchi - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Ricardo Luis Lorenzetti - Carmen M. Argibay (en disidencia parcial)

					reglamentario Constitución Nacional.		
Sánchez Elvira Norma c/ Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y Otros/ amparo	15-05-07	Primera Instancia Cámara Corte Suprema de Justicia de la Nación.	Nozinan, Valcote, Rivotril y Nervosal	I.N.S.S.J.P Estado Nacional	Arts 33 y 75 inciso 22 de la CN. Art 2 de la Ley 19.032 Ley 19.032 (artículo 14.3 de la Ley 48). Ley 19.032 (artículo 14.3 de la Ley 48). Res 201/02 MS Res 310/04 Art 16 de la Ley 48	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Declaración Universal de Derechos Humanos Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.	Se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado se resuelve que el costo de todos los medicamentos sea cubierto en un 100% Ricardo Luis Lorenzetti- Elena I Highton de Nolasco- Enrique Petracchi. Juan Carlos Maqueda. Carmen M, Argibay.
G.N. N. c/ OSDE s/Incidente de medida cautelar	10-12-15	Primera instancia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.	La prepaga debe reafiliarse a quien se asoció sin declarar que padecía HIV,	OSDE	Art 75, inc. 22 de la Constitución Nacional Arts 68 y 69 del CPCCN	Art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 12, inc. 2, ap. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar a la empresa de medicina prepaga a reafiliarse a quien se asoció sin declarar que padecía HIV, pues la falta de cobertura pondría en serio peligro el estado de salud de la amparista, Ricardo Víctor Guarinoni- Alfredo Silverio Gusman- Graciela

							Medina.
Duich Dusan Federico c/ CEMIC Centro Médico de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quino s/ Amparo	29-04-14	Primera Instancia Cámara Corte Suprema	cirugía con endoprótesis Por paciente de riesgo.	CEMIC	Res. 1991/2005 Res. 201/2002, Art 14, inc. 3', de la ley 48 Art 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional. Art. 2 de la Ley 23.661, Art, 28 de la Ley 23.661 Ley 24.754, Ley 23.313	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Declaración Universal de Derechos Humanos Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia recurrida Carlos Fayt Enrique Petracchi Eugenio Zaffaroni
A. A. A. c/ Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica. Amparo	19-02- 15	Primera instancia. Cámara. Suprema Corte de la Provincial de Buenos Aires.	Provisión de la droga revlimid lenalidomida (enfermedad telangectasia hemorrágica hereditaria)	Medicus S.A.	Res 201/2002 Res 310/2004 Res 1862/2011 y 1993/2001 Art 163, C.P.C.C.). Arts 278, 279 y concs., C.P.C.C.). Arts 740 y 742, C.C Arts 15 de la Constitución	Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Proporcionar a la actora el 100% del costo del medicamento Juan Carlos Hitters- Héctor Negri- Eduardo Julio Pettigiani- Eduardo Néstor de Lázari.

					Provincial Art. 171 de la Constitución Provincial CN Leyes 23.660, 23.661, 24.455, 24.754, 24.901, 26.682, 26.689 14.239, 22.964, 23.611, Decreto 183/2014 Decreto 486/2002 Proyecto de ley con trámite parlamentario 2931/2013	Declaración Universal de Derechos Humanos Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	
T.M.C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo	05-04-16	Primera instancia Cámara CSJN	Proveer la cobertura integral de las prestaciones, consistentes en acompañante domiciliario e internación en la institución Residencia Marsella, mediante el pago de los aranceles fijados por esta	Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno	Ley 23.661 Ley 24.901 Art 15 Ley 48 CN Art 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada por haber un contrato cerrado de prestaciones médicas, por lo que no corresponde. Con costas. Ricardo Luis Lorenzetti- Elena I. Highton de Nolasco- Juan Carlos Maqueda
Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires,	24 -05-05	El juez federal interviniente se declara Incompetente,	Acetato de Glatiramer - Copolimero (Copaxone)	Provincia de Buenos Aires y el Estado	Arts 42 y 75, inc. 22 Constitución Nacional	Nombra sólo una vez y en conjunto tratados	Se hace lugar a la acción de amparo deducida contra la Provincia de Buenos Aires y el

Provincia de y otros s/ amparo		<p>el Tribunal resuelve que la causa es de su competencia originaria y hace lugar a la medida cautelar solicitada</p> <p>Estado Nacional solicita el rechazo del amparo y falla</p> <p>Suprema Corte Provincial</p>	Por esclerosis múltiple	Nacional	<p>Ley Fundamental</p> <p>Art 8° de la ley 16.986</p> <p>Ley Nacional 23.660. Ley 23.661</p> <p>Ley 25.453</p> <p>Leyes 22.431</p> <p>24.901</p> <p>Res. del Ministerio de Salud 939/2000</p> <p>Res 1/01</p> <p>Decreto 1193/98</p> <p>Decreto 486/02</p> <p>Constitución de la Provincia de Buenos Aires.</p> <p>Ley Provincial 10.592</p>	internaciones	<p>Estado Nacional.</p> <p>Enrique Santiago Petracchi- Augusto Cesar Belluscio- Carlos S. Fayt- Antonio Boggiano- Juan Carlos Maqueda- E. Raúl Zaffaroni- Elena I. Highton de Nolasco- Ricardo Luis Lorenzetti- Carmen M. Argibay.</p>
Salvarredi Dolores el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo	15-03-16	<p>Primera instancia</p> <p>Cámara</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación.</p>	<p>Acceso a un centro educativo terapéutico especial -en jornada completa- en el instituto Fundación Tobías, tratamiento de equinoterapia e hidroterapia, tratamiento de terapia relacional, medicación Divalproato de sodio y Risperidona, y transporte especial desde</p>	Cemic (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno)	<p>Ley 24.901</p> <p>Ley 23.661</p> <p>Art 1 Ley 23.660</p> <p>Art 15 Ley 48</p> <p>Art 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación</p> <p>CN</p>	Convención Americana sobre Derechos Humanos	<p>Deja sin efecto la sentencia apelada. Ordenó nuevo Fallo. Ricardo Luis Lorenzetti- Elena I. Highton de Nolasco- Juan Carlos Maqueda</p>

			el domicilio hacia el establecimiento o educativo y centros de tratamiento				
Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud.	24-11-16	Primera instancia Cámara.	Cobertura de internación en la institución geriátrica El Palmar; medicación Madopar 250, Madopar dispersable 100, Proxetina, Quetiapina, Donepecilo, Alprazolam, Anemidoc Ferrum y Atorvastatina	Cemic	Art 7 de la Ley 26.682 Decreto 987/03 Res 1714/07 Ley 24.901, arts 1,2, 11,13,15, 16, 17, 18, 19,23,33, 34, 36, 37,38 Art 28 Ley 23.661 Res 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud Ley 24.754 art 1. leyes 23.660, 23.661 y 24.455	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Confirma la resolución apelada. Costas a la demandada. María Susana Najurieta-Ricardo V. Guarinoni Francisco de las Carreras-
M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad	6-12-16	Primera instancia Cámara de Apelaciones Federal de La Plata	Cubrir el valor de la cuota del Jardín de Infantes El Jacarandá donde el niño concurre actualmente de lunes a viernes, por todo el período escolar, sin limitación temporal y mientras dure la discapacidad que acredita el	Osde	Art 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Art. 75, inc 22, de la Ley Suprema Ley 23.661 art 1 y 2 Ley 24.901 Ley 23.660, art 1 y 2.	No cita.	Confirmar la sentencia apelada. Camporeid, Carlos. Lemos Arias, Roberto. Reboredo, Julio

			certificado de Discapacidad acompañado - al menos hasta que se dicte sentencia firme				
--	--	--	---	--	--	--	--

5.3 Reclamos y causas que se judicializan

El objetivo es clasificar a los distintos fallos y estudiar los fundamentos y la jurisprudencia mencionada en ellos.

En los fallos seleccionados, ciertos casos presentan la particularidad de que el objeto del reclamo consiste en una prestación médica (tratamiento, medicación, práctica accesorio o aparatología) que no se encuentra prevista en una ley especial o especificada en el Programa Médico Obligatorio (PMO).

Las sentencias emanadas permiten observar el marco normativo al que recurrieron los jueces para sentar su decisión.

A continuación se clasificaron los fallos seleccionados en cinco ítems permite y estudiar los fundamentos y la jurisprudencia mencionada en dichos fallos.

Tratados y Pactos sobre Derechos Humanos: los jueces sustentan sus sentencias en el artículo 75 inc.22 que es el que internacionaliza el derecho a la salud y se reconoce con jerarquía constitucional asignando tal calidad a los tratados que enumera.

(Barilá José c/ Galeno Argentina S.A s/ Incidente de Apelación medida): Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art 25, inc 1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art 2, inc 2.

(Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(Sánchez Elvira Norma c/ Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y Otros/ amparo) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre , Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

(A.A.A. contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ Amparo): Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(T.M.C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo): Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(G. N. N. c/ OSDE s/ incidente de medida cautelar) Art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 12, inc. 2, ap. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(Duich Dusan Federico c/ CEMIC Centro Médico de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Amparo) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo.) Nombra sólo una vez y en conjunto tratados internacionales. *Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.*

(Salvarredi Dolores c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo): Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud): Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Leyes especiales de atención integral: en cuanto a la interpretación utilizada para fundar la obligación de cobertura de la prestación, cuando la normativa o el *PMO* no proporciona una previsión detallada de la prestación se referencia en las disposiciones de la propia ley aplicable.

(Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo): Ley 23.753, ley específica sobre diabetes, su decreto reglamentario.

A A. A. contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica. s/Amparo): Leyes 24.455, 24.754, 24.901, 26.682, 26.689 14.239, 22.964, Decreto 183/2014, Proyecto de ley con trámite parlamentario 2931/2013.

(T.M.C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo): Ley 24.901.

(Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo): Leyes 22.431, 24.901.

(M.G.I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad): Ley 24.901.

(Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud): Leyes 24.901, 26.657.

Salvarredi Dolores c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo: Ley 24.901.

A partir de las leyes específicas se intensifica la protección dispensada a niños, personas con discapacidad, etc.

Leyes que reglamentan el derecho constitucional a la salud: las leyes que establecen un sistema de prestaciones básicas de atención integral, *constituyen reglamentaciones del derecho constitucional a la salud* –por ellas “plasmadas”- y, como tal, *no puede ser restringida irrazonablemente por una normativa infralegal o la interpretación de los prestadores o las empresas de medicina a la hora de brindar la cobertura en carácter de obligadas.*

(Barilá José c/ Galeno Argentina S.A s/ Incidente de Apelación medida) art. 28 de la ley 23.661 la ley 24.754 Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud.

(Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo):Res 235/01, Decreto 486/02, Res. 201/2002 , Art. 17 de la ley de amparo, Arts 356, de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 23.660 , Ley 23.661 , Ley N° 24.754, Decreto 1.271/98 , Decreto 486/02, Decreto 576/1993, Ley 19.032 (Artículo 14.3 de la Ley N° 48)., Ley del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

(Sánchez Elvira Norma c/ Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y Otros/ amparo.):Art 2 de la Ley 19.032, artículo 14.3 de la Ley 48)., res 201/02 MS, es 310/04, Art 16 de la Ley 48.

(Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo): Ley Nacional 23.660, Ley 23.661, Res. del Ministerio de Salud 939/2000, Res 1/01 del Ministerio de Salud, Decreto 1193/98, Decreto 486/02, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Ley Provincial 10.592.

(Duich Dusan Federico c/ CEMIC Centro Médico de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Amparo): Res. 1991/2005, Res. 201/2002, Art 14, inc. 3', de la ley 48, Art 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional., Art. 2 de la Ley 23.661, Art, 28 de la Ley 23.661, Ley 24.754, Ley 23.313.

(A. A. A. contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ Amparo): Res 201/2002, Res 310/2004, Res 1862/2011 y 1993/2001, Arts 15 de la Constitución Provincial, Art. 171 de la Constitución Provincial Leyes 23.660, 23.661, Decreto 486/2002.

(T.M. C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo):Ley 23.661, Art 15 Ley 48.

(Salvarredi Dolores cl Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo): Ley 23.661, Art 1 Ley 23.660, Art 15 Ley 48.

(Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud): Art 7 de la Ley 26.682, Decreto 987/03, Res 1714/07, Res 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud, Ley 24.754 art 1., leyes 23.660, 23.661 y 24.455.

(M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad): Ley 23.661 art 1 y 2, Ley 23.660, art 1 y 2.

Indicación del médico tratante: en los amparos de salud los jueces priorizan la prescripción de sus médicos tratantes, o lo dispuesto por un especialista en salud respecto de la práctica o tratamiento solicitado.

(Barilá José c/ Galeno Argentina S.A s/ Incidente de Apelación medida) *La resolución apelada hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la demandada que otorgue la cobertura total del 100% del tratamiento de IMRT indicado por el médico tratante.*

G. N. N. c/ OSDE s/ incidente de medida cautelar) *En mayo de 2013 sin declarar que padecía de HIV y que, en el año 2.014, en ocasión de solicitar nuevas autorizaciones para estudios médicos se le requirió, por intermedio de su médica tratante, completar un formulario donde la accionante puso de manifiesto que su afección databa del año 2.007.*

(Duich Dusan Federico c/ CEMIC Centro Médico de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quino s/ Amparo) *el procedimiento quirúrgico que se requiere en autos -de características menos invasivas que la cirugía convencional, aceptado y regulado por la autoridad sanitaria nacional, de utilización frecuente en nuestro medio, y rescripto por dos especialistas que pertenecen a la estructura del CEMIC-, fue calificado, sin controversia, como necesario para la salud del paciente.*

(A. A. A. contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica. s/Amparo): El doctor Jorge Milone (Jefe del Área de Hematología del Hospital Italiano de La Plata sostiene que habiendo cumplido el primer ciclo de tratamiento con el tratamiento indicado, el paciente presentó tolerancia absoluta y sin ser transfundido, cuando hasta entonces se requería transfusiones en forma semanal.

(T.M. C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo: *En ese contexto, ponderaron los informes médicos en cuanto a que la dolencia de la accionante se encuentra en estado avanzado, que necesita cuidado permanente con internación y que la residencia que la alberga se adecua a las exigencias de su enfermedad. Valoraron, igualmente, lo dictaminado por el perito médico en orden a la imposibilidad que presenta la Sra. M.D.M.R. para responder a las órdenes simples, así como el efecto adverso que le produciría un cambio en la rutina de relación con su entorno. Y (...) en virtud del cual no pueden desatenderse los requerimientos de la afiliada, que padece el mal de Alzheimer y cuya derivación a una residencia geriátrica fue prescripta por profesionales médicos.*

(Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo):*la amparista adjunta y acredita prescripción médica que para su tratamiento.*

(Salvarredi Dolores c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo) Quien prescribe el tratamiento es un médico ajeno a la prestadora de medicina (CEMIC), de la sentencia surge: *Cabe destacar que todas estas terapias y medicaciones han sido indicadas por su médico neurólogo tratante -el Dr. Massaro- (fs. 9/10 y 244/246) Y avaladas por el dictamen del perito médico designado.*

(Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud): *Cabe agregar que a fs. 169 y ante el tiempo transcurrido desde la emisión de la prescripción médica, se le hizo saber al*

amparista que debería acompañar un nuevo certificado médico actualizado, lo que fue cumplido a fs. 170 de esta causa.

(M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad): *En tal sentido, la médica de cabecera del niño señala: "que se recomienda asistencia en horario completo; y por las características del Jardín y de J.C.M. se recomienda Complejo Educativo El Jacarandá.*

Atención en centros de salud especializados: la jurisprudencia ha respondido a las demandas que tienen por objeto la prestación del servicio en determinados centros de salud o establecimientos educativos especializados, cuando ellos son indicados por parte del médico tratante y que acreditan antecedentes de idoneidad en esa área.

(T.M. C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo): *internación en la institución Residencia Marsella. Luego, la irreversibilidad de una dolencia no puede constituir una pauta exegética válida para determinar si corresponde brindar la cobertura de servicios de salud a una persona con discapacidad. Lo que resulta determinante en tal sentido, son las necesidades de la persona afectada, evaluadas por un profesional, y la vinculación de la prestación requerida con la discapacidad (v. informe de la autoridad de aplicación, fs. 134/135). No es ocioso enfatizar aquí que se trata concretamente de amparar necesidades inescindiblemente ligadas al tratamiento de una persona vulnerable, por su edad y patología, a quién asiste el derecho a disfrutar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación fundada en la edad o el ingreso económico (cfr. Fallos: 334: 1869). Finalmente, la eximición de responsabilidad basada en las cláusulas contractuales, como pretende CEMIC, sujeta a la voluntad unilateral de la predisponente incluir en su cartilla las prestaciones legales, con lo que la afiliada nunca podría acudir a los prestadores institucionales ni a los externos, aunque la entidad en cuestión no aporte una solución coherente con su postura; vgr., solventar un espacio para el tratamiento no ambulatorio de pacientes con Alzheimer (doctrina de Fallos: 327:2413; 332:1394; entre otros).*

(Salvarredi Dolores c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo): *centro educativo terapéutico especial -en jornada completa- en el instituto Fundación Tobías. "Cambiaso Pères de Nealón, Celia María Ana y otros el Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas" (Fallos: 330:3725), "Hill, Federico Alejandro y otros cl CEMIC Centro de Educación Médica e Investig. y otro si amparo" (S.e.*

H. 267, L. XLIII) Y "Argüelles de Iriondo, Florencia cl Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas" (S.C. A. 407, L. XLI).

(Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud): internación en la institución geriátrica El Palmar. . *Por último, no es ocioso destacar que el Alto Tribunal ha sostenido que "...los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos"* (cfr. Corte Suprema, in re "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional", del 15/6/04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122).

(M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad): Jardín de infantes Jacarandá (no es un centro especializado, es una escuela privada de jornada completa que la médica de cabecera señala conveniente y recomienda para su paciente con discapacidad. *Sentado lo expuesto, corresponde destacar que este Tribunal ya ha resuelto que cuando se está ante esta particular clase de padecimientos en la salud, no resulta antojadiza la pretensión de los actores de requerir a la demandada la cobertura del establecimiento educativo elegido, sino mas bien fundada en los mejores beneficios que éste puede brindar en la formación escolar e integral del niño. (conf. ésta Sala en Expte. FLP 57037978/CA1 "P.M.R. Y OTROS c/ OSDE s/ AMPARO LEY 16.986", fallo del 7 de abril de 2016.*

La situación de peligro inminente: el estado del paciente en la situación de espera para el acceso a un medicamento o para la prestación o terapia prescrita. Intenta evitar el agravamiento de las condiciones de vida de la paciente, en el tratamiento de la enfermedad que padece.

(Barilá José c/ Galeno Argentina S.A s/ Incidente de Apelación medida):*cabe concluir que el mantenimiento de la medida precautoria decretada no ocasiona un grave perjuicio a la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida del paciente, en el tratamiento de la grave enfermedad que padece.*

(G. N. N. c/ OSDE s/ incidente de medida cautelar):*Es por ello que frente a esta situación es conveniente proceder a lo solicitado, pues la falta de cobertura pondría en serio peligro el estado de salud de la amparista, de modo de no alterar la situación hasta que se*

decida la cuestión de fondo (en sentido concordante esta Sala, causas nro. 9751/07 del 5.10.07; 5062/2011 del 30.11.11, entre otras).

(Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo). Solicita, asimismo, el dictado de una medida cautelar con el objeto de que las demandadas arbitren los medios necesarios para la provisión del medicamento en cuestión, que resulta imprescindible para su vida, ya que debe ser administrado sin interrupción para evitar así los brotes de la enfermedad.

De los once fallos analizados los magistrados citan la Constitución Nacional en sus artículos e incisos inherentes al derecho a la salud, siendo el derecho a la vida el primero que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional a través de la incorporación de diversos instrumentos internacionales, otorgándole el rango de derecho humano a las personas a acceder a la más amplia atención de su salud que sea posible de acuerdo con los recursos disponibles

Todos los casos llegan a instancia judicial luego de que el tratamiento solicitado ante las prestadoras correspondientes (Obras sociales, Prepagas, Estado) les fuera negado. Las presentaciones fueron realizadas tanto en juzgados federales nacionales, o provinciales mediante amparo para su pronta resolución.

De los once fallos, nueve resultaron a favor de los amparistas y en los otros dos la Corte Suprema de Justicia devolvió los autos al tribunal de origen para que se dicte un nuevo fallo.

En el caso “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo” el máximo tribunal obliga al I.N.S.S.J.P a hacerse cargo del 100% de lo reclamado (Insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables "Ampliactil" y pañales descartables) a pesar de que la instancia anterior sólo obligaba a la demandada a hacer cumplimiento efectivo del otorgamiento solicitado mediante lo convenido por el PMOE (40% de descuento) En la instancia máxima se tuvo en cuenta la situación económica de la demandante, una jubilada sin más recursos que su jubilación mínima. El fallo fue en disidencia parcial por parte de la doctora Argibay que de sus considerandos surge textual dos cosas a destacar 1) “De este modo, la solución que propone implica que, o bien el Instituto a otorgar una cobertura más amplia de los gastos debe proporcionar a todos sus afiliados un porcentaje, a mi modo de ver igual al que necesita el que menos recursos propios tenga, o bien que el Instituto debe ofrecer

coberturas diferenciales según sea la condición económica del afiliado. Los términos del dictamen parecieran seguir este segundo camino” 2)”El aporte de dinero público al INSSJP le obliga a seguir una lógica distributiva más intensa, en el sentido indicado, pues lo contrario implica concentrar la ayuda en el sector de beneficiarios con capacidad económica bastante para soportar el porcentaje del costo sanitario no alcanzado por la cobertura, pero no llegaría a los sectores cuya posibilidad de acceder a dicha asistencia depende completamente del financiamiento del INSSJP. En efecto, aquellos jubilados que, por su carencia o severa limitación de recursos propios, se ven impedidos de afrontar el tramo no cubierto de sus gastos sanitarios lisa y llanamente no demandarán el medicamento o prestación médica de que se trate y, por ende, el INSSJP tampoco tendrá necesidad de aportar el porcentaje que le corresponde. De este modo, el INSSJP concentrará financiamiento en los jubilados con cierta capacidad económica propia y, silenciosamente, abandonará a los que carecen de ella y tampoco están ya en condiciones de trabajar para procurársela. El caudal de fondos que el INSSJP destina a las coberturas parciales de gastos sanitarios estaría dirigido en mayor medida al grupo de jubilados que cuentan con medios económicos suficientes para autofinanciarse, pero excluiría a quienes, como la actora, carecen de recursos propios. Creo que semejante clasificación entre jubilados con recursos y sin ellos, constituye un doble fracaso en cumplir con el artículo 2° de la ley 19.032: no es equitativa en sus efectos, pues introduce una discriminación vinculada a la condición económica, y no es eficaz porque no asegura un acceso efectivo”.

De los onces casos citados los magistrados tratan y fundamentan sus fallos acorde a las diferentes resoluciones, decretos, leyes y tratados internacionales, salvo en los autos “M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad “la cámara recurre a normas jurídicas en sus fundamentos sin mencionar ninguno de los tratados internacionales. Caso parecido se da en “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo “que si bien hace referencia sólo una vez y en conjunto a tratados internacionales no cita ninguno en forma particular.

La particularidad del caso “A. A. A. c/ Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ Amparo, es que incorpora en su fallo el tratamiento de un proyecto de ley sobre la enfermedad que padece el amparista “existe también un proyecto de ley con trámite parlamentario -S-2931/2013- que incorpora al Plan Médico Obligatorio de la República Argentina (P.M.O.), la cobertura de todas las prestaciones, diagnósticos y tratamientos

correspondientes a la enfermedad de Rendu-Osler-Weber o Telangiectasia hemorrágica hereditaria, como prestación básica garantizada, con una cobertura del cien por ciento (100%)” . También en este proceso el tribunal se involucra de manera diferencial al resto de los casos analizados al interesarse por los resultados médicos del tratamiento en conflicto, que es poco frecuente y no está contemplado por PMO. En su fallo se recurre a un médico especialista, doctor Jorge Milone. Jefe del Área de Hematología del Hospital Italiano de La Plata, quien fundamenta los motivos por los cuales se descartan otros tratamientos e indica que la droga en cuestión, lenalidomida (Revlimid 10 mg/día), tuvo una buena respuesta en el primer ciclo de tratamiento ya que el paciente presentó tolerancia absoluta y no fue transfundido, cuando hasta entonces se transfundía en forma semanal

Todos los casos en los cuales las solicitudes fueron medicamentos o tratamientos por enfermedades graves como cáncer, HIV o enfermedades poco frecuentes que requerían de una solución rápida para no incurrir en un daño irreparable fueron resueltos en forma positiva en instancia judicial.

En los dos casos que no tuvieron fallo favorable para el demandante, la CSJ argumenta que lo solicitado está fuera del alcance por tratarse de un contrato privado, en el marco de un plan cerrado que ofrece prestaciones dentro de las instituciones y centros de salud que la demandada posee a tal efecto y con los médicos con los que cuenta dentro de su cartilla o planta. Sin embargo las dos solicitudes por vía judicial pretendían que la prestadora (en ambos casos CEMIC) se hiciera cargo del pago de sendas cuotas en instituciones privadas. En los autos “T.M. C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo” 05-04-2016, se dirime en el tribunal la cobertura integral de las prestaciones consistentes en acompañante domiciliario e internación en la institución Residencia Marsella, mediante el pago de los aranceles fijados por ésta. En tanto “Salvarredi Dolores c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo” 15-03-2016, se solicitó acceso a un centro educativo terapéutico especial -en jornada completa- en el instituto Fundación Tobías, que incluye tratamiento de equinoterapia e hidroterapia, tratamiento de terapia relacional, medicación Divalproato de sodio y Risperidona, y transporte especial desde el domicilio hacia el establecimiento educativo y centros de tratamiento.

Un caso favorable de los analizados es “M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad” 6-12-2016, donde se trató en cámara la cobertura del importe total de la cuota

del Jardín de Infantes donde el niño concurre actualmente de lunes a viernes, por todo el período escolar, sin limitación temporal y mientras dure la discapacidad que acredita el certificado de Discapacidad.

También en el caso “Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud” 24-11-2016, la cámara resuelve que le corresponde a la prestadora afrontar la cobertura de internación en la institución geriátrica El Palmar; así como también la medicación Madopar 250, Madopar dispersable 100, Proxetina, Quetiapina, Donepecilo, Alprazolam, Anemidoc Ferrum y Atorvastatina.

5.4. Conclusiones Parciales

La reciente jurisprudencia elaborada a nivel federal (CSJN), y también provincial (SCJBA), suma a la cuestión señalada otros condicionantes de carácter procesal, y aun propios del ejercicio de la función jurisdiccional, que en las respectivas causas judiciales deben cumplirse para el adecuado examen de la cuestión sometida a proceso y, en su caso, la procedencia de la acción por la que se pretende la satisfacción del derecho esgrimido.

En tal sentido de los fallos más arriba reseñados, se desprenden importantes directivas judiciales que expresan criterios de racionalidad y rigor jurídico que deben prevalecer en el estudio y consideración de este tipo de controversias.

Conclusión Final

El Estado Nacional está obligado a garantizar el derecho a la salud y dicha obligación reside en prestar a los ciudadanos el servicio de salud directamente y en controlar la forma en que las asociaciones obras sociales, mutuales, cooperativas y empresas de medicina prepaga cumplan con las prestaciones. La norma y cláusulas contractuales de dichas entidades son interpretadas en pos de garantizar el goce efectivo de los derechos a la vida, a un nivel de vida adecuado y a la salud y conforme los principios pro homine y contra stipulatorem.

Los derechos a la salud, comprendidos dentro de los derechos humanos son universales, estos derechos garantizan contenidos mínimos como piso prestacional a partir del cual se va desarrollando progresivamente el más alto nivel de satisfacción de los mismos.

El PMO abarca a los agentes del seguro de salud que enumera el art. 1 Ley 23.660. La Ley 26.682 incorpora a las entidades de medicina prepaga bajo la órbita de la Superintendencia de Servicios de Salud. Por Resolución 055/12 SSS deberá inscribirse en el Registro Nacional de Entidades de Medicina Prepaga de la SSS las entidades comprendidas en la ley indicada. A través del Decreto 1991/2011 PEN se incluye en la regulación de la Ley 26.682 a cooperativas, asociaciones civiles, mutuales y fundaciones que posean planes superadores.

El PMO regula la cobertura solo a las personas que poseen un aseguramiento en salud mediante medicina prepaga y/o Obras Sociales. Si se quisiera imponer el PMO en el sistema público, probablemente se aplique a través de un amparo que obligue al Estado a cubrirlo.

Desde la normativa se puede sostener que a partir de reforma de 1994 se observa la constitucionalización del derecho a la salud, así como la intención de reglamentar el sistema de salud integral, en vista de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la suscripción de los tratados y pactos enunciados.

Por consiguiente, la incorporación de la acción de amparo a la Carta Magna permitió que las controversias generadas acerca de la implementación del PMO y del incremento de los litigios en el campo de los derechos sociales y que pudieran ser resueltas en un proceso judicial gratuito y expedito para que los ciudadanos que posean cobertura de una obra social

o servicio de medicina prepaga puedan ver satisfecho su derecho a la salud cuando consideren que éste no es garantizado por aquellas.

La Corte también ha sostenido que ese derecho crea deberes negativos y positivos y los ha aplicado horizontalmente a todos los agentes de salud contributivos (Bergallo, 2013, p.63).

Con la intervención de los tribunales se asegura el acceso a ciertas prestaciones que sirve para restaurar derechos vulnerados por omisión de obras sociales, empresas de medicina prepaga o autoridades públicas.

En este estudio exploratorio se encontraron una gran cantidad de normas sobre la protección del derecho a la salud y una vasta jurisprudencia, comenzando por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se ha expedido ante los procesos de amparos y donde el derecho a la salud ha sido el centro de atención.

De los once fallos analizados los magistrados citan la Constitución Nacional en sus artículos e incisos inherentes al derecho a la salud, siendo el derecho a la vida el primero que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional a través de la incorporación de diversos instrumentos internacionales, otorgándole el rango de derecho humano a las personas a acceder a la más amplia atención de su salud que sea posible de acuerdo con los recursos disponibles

Los casos estudiados llegan a instancia judicial luego de que el tratamiento solicitado ante las prestadoras correspondientes (Obras sociales, Prepagas, Estado) les fuera negado. Las presentaciones fueron realizadas tanto en juzgados federales nacionales, o provinciales mediante amparo para su pronta resolución.

Se puede suponer que la judicialización exacerbada es la consecuencia de un sistema de salud público insuficiente y ha contribuido al aumento de desigualdades entre los demandantes y los no demandantes, y que la vía de solución no está en las acciones individuales y su judicialización sino en políticas de salud que generen las condiciones necesarias para que las personas no transiten trayectorias que conlleven a la marginación y exclusión.

El sistema requiere dar soluciones integrales y homogéneas en especial para las prestaciones altamente costosas como las cardiovasculares, cerebrovasculares y oncológicas que el PMO no cubre en su totalidad nos proponemos indagar la posibilidad que a través del Estado se cubran estas demandas, tal como el Caso de Chile con la Cobertura Adicional de

Enfermedades Catastróficas (AEC) o como el Uruguay con el Fondo Nacional de Recursos, proponiendo la creación de un Ente Nacional cuya finalidad sea la de reglamentar la subvenciones de los beneficiarios en forma directa y que las obras sociales, mutuales y empresas de medicina prepaga proporcionen a sus afiliados las prestaciones correspondientes a estas patologías.

Entre las políticas a impulsar en el área se destaca el Proyecto de creación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud que actuará como “Auxiliar” de la justicia en los casos de recursos de amparo en los que se reclama la cobertura de prestaciones no incluidas en el PMO.

Del análisis de los fallos reseñados, se desprenden importantes directivas judiciales que expresan criterios de racionalidad y rigor jurídico que deben prevalecer en el estudio y consideración de este tipo de controversias. En materia jurisprudencial existe una extensa jurisprudencia que afirma y ratifica los principios establecido en el PMO.

Se puede coincidir con Duizeide cuando expone:

La realidad de nuestros días nos enfrenta a la difícil situación de observar una salud prácticamente judicializada, en donde los amparos están a la orden del día. En ese aspecto, y en materia de salud propiamente dicha, el amparo sigue siendo la herramienta a utilizar para tratar de garantizar y restituir este derecho afectado, lo que en casi todos los casos sucede cuando el agente del seguro de salud se niega a reconocer la cobertura del PMO, desconociendo ese piso mínimo del cual hemos hecho mención. (Duizeide, 2016, p.6)

Empero, debe advertirse que tal circunstancia no convierte por sí misma, y de manera inexorable, el amparo judicial en un trámite sumarísimo de declaración de derechos y de convalidación automática de pretensiones prestacionales de salud, y menos aún que ellas deban quedar, por efecto de una resolución judicial, en la condición de situaciones jurídicas definitivas o consolidadas, pues así como pueden variar las necesidades asistenciales de la persona afectada (a veces mal denominada “paciente”), también pueden hacerlo y es frecuente que así ocurra, las respuestas a los tratamientos médicos, medidas terapéuticas u otras de protección o resguardo indicadas por los profesionales del área salud.

Esta visión, aun cuando comparte una mirada de progreso humano como la que, por ejemplo, expresa Mendizabal en el sentido de que:

Toda vez que nos encontremos a dos posibles interpretaciones del derecho a la salud: una restrictiva y otra integradora, debe aplicarse el principio pro homine, o sea la interpretación integradora”, decree de

una comprensión necesariamente binaria y de base teórica sobre las soluciones posibles a las controversias en derecho de salud, especialmente en materia de amparo, pues es dable entender que, además de la aludida oposición de términos en tensión, debe predicarse la existencia de adecuados moderadores de interpretación jurídica basados no solamente en la consideración del tipo o categoría “formal” de ciertos derechos, sino también de todos los hechos y circunstancias que definen la relación jurídica que puede existir, o no, y en el primer caso tener características singulares que la diferencian de otras semejantes, entre las partes ligadas por el proceso judicial, como así también debe considerar la naturaleza fluyente y susceptible de experimentar cambios tanto de las necesidades cuanto de la atención sanitarias. (Mendizabal, 2016, p.3)

Lo expuesto en este modesto trabajo descriptivo permite concluir que como resultado a la respuesta o resolución del “caso” de salud judicializado no es necesariamente una elección entre el simple reconocimiento de derechos, concebidos normativamente en términos generales, o la admisión de la inexistencia de un deber prestacional a cargo de la entidad demandada. Así, el “caso” judicial se decide mediante una norma individual y concreta (la resolución o sentencia dictada por el magistrado o el tribunal) ajustada debidamente a la “realidad” de la causa, en principio acotada estrictamente a ella, y temporalmente sujeta a las características cambiantes de la materia sobre la recayere el acto jurisdiccional, circunstancias que impondrán, a su vez, cargas relacionadas con medidas posteriores de seguimiento, verificación y adecuación de lo decidido. Ello, permite divisar también una concepción que ve en el proceso judicial una verdadera última ratio en lugar de una vía corriente y estandarizada para el tratamiento de las controversias en materia sanitaria.

Se sostiene también que además del adecuado análisis de la problemática jurídica, la seria consideración de un nuevo modelo de abordaje, gestión y resolución de conflictos en torno al otorgamiento y cumplimiento de las prestaciones médico asistencial a cargo de los agentes públicos y privados del seguro de salud.

Antes de finalizar se dirá que se han cumplido los objetivos generales planteados al momento de diseñar esta investigación pues se ha examinado exhaustivamente el marco normativo del PMO y sus modificaciones, las leyes que reglamentan el derecho constitucional a la salud y las leyes especiales de atención integral, los tratados y pactos internacionales que Argentina suscribe, de ese análisis se puede afirmar que la judicilización de la salud obedece fundamentalmente a la negación de las obras sociales y empresas de medicina prepagas a

considerar al PMO como el piso mínimo de prestaciones y a entender al derecho a la salud como básico y esencial de las personas.

En tanto que del estudio de las sentencias se resalta que en los asuntos relacionados con la tutela del derecho a la salud que pesa sobre los tribunales judiciales de la República, por lo que es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que los fallos cuentan con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes.

ABREVIATURAS.

AEC: Adicional de Enfermedades Catastróficas.

AGNET: Agencia Nacional de Evaluación de Tecnología de Salud.

ANMAT: Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.

ANSES: Administración Nacional de Seguridad Social.

ANSSAL: Administración Nacional del Seguro de Salud.

APE: Administración de Programas Especiales.

APS: Atención Primaria de la Salud.

ASSE: Administración de Servicios del Estado.

BPS: Banco de Previsión Social.

CEMIC: Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas.

CN: Constitución Nacional.

CPCC: Código Procesal, Civil y Comercial.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

DINOS: Dirección Nacional de Obras Sociales.

DNU: Decreto de necesidades y urgencia.

DPCA: Diálisis Peritoneal Continua Ambulatoria.

EMP: Empresa de Medicina Prepaga.

FNR: Fondo Nacional de Recursos.

FONASA: Fondo Nacional de Salud.

HIV: (Ingles) Sida

HPGD: Hospital Público de Gestión Descentralizada.

IECS: Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria.

IGJ: Inspección General de Justicia.

IMAC: Instituciones de Asistencia Médica Colectiva.

IMRT: Radioterapia de Intensidad Modulada.

INACYM: Instituto Nacional de Acción Corporativa y Mutual.

INOS: Instituto Nacional de Obras Sociales.

INSSJyP: Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados.

LOM: Lista Oficial de Medicamento.

MSyAS: Ministerio de Salud y Acción Social.

NICE: The National Institute for Health and Care Excellence (Siglas en Ingles)

O.S: Obra Social.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

OPS: Oficinas Panamericanas de la Salud.

OSN: Obras Sociales Nacionales.

OSP: Obras Sociales Provinciales.

P.M.O: Programa Médico Obligatorio.

PAMI: Programa de Atención Medica Integral.

PEN: Poder Ejecutivo de la Nación.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Sociales, Civiles y Políticos.

PMOE: Programa Medico Obligatorio de Emergencia.

PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

POS-C: Plan Obligatorio de Salud Contributivo.

POS-S: Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

PRONADIA: Programa Nacional de Diabetes.

S.S.S.: Superintendencia de Servicios de Salud.

SCJBA: Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires.

SIDA: Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida.

SNIS: Sistema Nacional Integrado de Salud.

SNSS: Sistema Nacional del Seguro de Salud.

SUS: Sistema Único de Salud.

TFG: Trabajo Final de Graduación.

BIBLIOGRAFÍA

1 Doctrina

- Abeledo, A (2009, Mayo 23) La salud en el país: cuánto se gasta y quién la paga. En Key Market. Recuperado de <http://www.keymarket.com.ar/medicina-prepaga.htm>
- Abramovic, V. y Pautussi, L. (2009), *La revisión judicial de las políticas sociales: Estudios de casos*. Argentina: Editores del Puerto.
- Agud, A., Paganelli, A., Palmeyro, A. (1999). *Medicina prepaga. Historia y futuro*. Argentina: ISALUD.
- Aizenberg, M. y Diaz, A. (2014) La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud: hora de innovar. *En Infojus*. Recuperado de: <file:///C:/Users/window/Downloads/CF150061F1.PDF>
- Alvarez Alba, Rafael, (1999). *Salud y Medicina Preventiva.*, 3ª edición, México D.F: Editorial El Manual Moderno.
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. (s,f). *Principios básicos sobre los derechos sociales, protección de comunidades vulnerables, vivienda y políticas habitacionales en la Ciudad de Buenos Aires*. Recuperado de: [file:///C:/Users/dsa/Downloads/ACIJ-DOCUMENTO-P%20C3%9ABLICO-abril2012%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/dsa/Downloads/ACIJ-DOCUMENTO-P%20C3%9ABLICO-abril2012%20(1).pdf)
- Audiencia Pública Gestión 2016. Superintendencia de Servicios de Salud. Recuperado de: <http://www.sssalud.gov.ar/?page=contenido&id=5138>
- Barquin, Manuel, (1992). *Dirección de hospitales*, 16ª Ed. México: Editorial Interamericana MacGraw-Hill.
- Bazan, V. (2015). *Derecho a la salud y justicia constitucional*. Argentina: Editorial Astrea.
- Bidart Campos, G. J. *Estudios de previsión social y derecho civil*. Argentina: La Ley
- Belló, M. y Becerril-Montekio, V. M. (2001). Sistema de salud de Argentina. En *Artículo de revisión*. Recuperado de: [file:///C:/Users/dsa/Downloads/06%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/dsa/Downloads/06%20(1).pdf)
- Bergallo P, (2013); Argentina: los tribunales y el derecho a la Salud, *La lucha por los problemas de la salud*, (pp. 59-95), 1ª Ed. Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.
- Blanco Respreto. J. H, y Maya Mejía, J. M. (2005). (Eds.): *Fundamentos de Salud Pública*, Tomo 1. Colombia. Editorial CIB.
- Botta, Mirta, (1951). *Tesis, monografías e informes*. Argentina: Editorial Biblos, 1951.
- Bürgin Drago, M. T., (2013). *El Amparo Judicial Como Instrumento de Ampliación del PMO. El Estado Nacional Como Garante de la Salud*. Argentina: Ediciones Fundación Güemes.

- Canda, F. O. (2012) Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. En *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: FDA.
- Carrillo, R. (1963). *Teoría del Hospital*, Obras Completas. Argentina: Editorial Eudeba, T I.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo*. 6ª Ed. Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, T II.
- Castillo, V. F. (s,f) Derecho a la salud. Recientes evoluciones de la jurisprudencia constitucional. En *Conferencia derecho a la salud*. Recuperado de <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/15a58c118023d3a6?projector=1>
- Cetrangolo, O., Devoto, F. (2012) Organización de la salud en Argentina y equidad.: *Una reflexión sobre las reformas de los años noventa e impacto de la crisis actual*. Toronto 2002. Mimeo.
- Colina, J. (2017) Inequidad en el sistema de salud argentino: El PMO y las reglas de cobertura. En *Enfoques sobre la medicina prepaga*. Recuperado de <http://www.ademp.com.ar/archivos/enfoques/Enfoque5.pdf>
- Corella, J. M. (1996). *La gestión de los servicios de salud*. Argentina: Editorial Díaz de los Santos.
- Cortesi, M. C. (2012) La judicialización: ¿única vía para resolver los conflictos en salud? En <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar>. Recuperados de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/2012/12/1a-judicializacion-unica-alternativa.html>
- Cuervo, J. L. y otros, (1994.) *Gestión de Hospitales*. España: Editorial Vicens Vives.
- Dal Bo, A. (2000). *Hospitales de reforma: crónicas para evitar el olvido*. Argentina: Editorial Bilbos.
- del Llano Señaris, J. y otros. (2001). *Gestión Sanitaria*. España: Editorial Masson.
- Dromi, R (2001). *Derecho Administrativo*. 9ª Argentina: Editorial Ediciones Ciudad Argentina.
- Duizeide, S. G. (2016). *Programa médico obligatorio. Garantía mínima de derecho a la salud*.
- El sistema de salud argentino y su trayectoria de largo plazo: logros alcanzados y desafíos futuros (2011) *Programa Naciones Unidas para el Desarrollo*. Recuperado de: <file:///C:/Users/dsa/Downloads/El%20sistema%20de%20salud%20argentino%20-%20pnud%20ops%20cepal.pdf>
- Errasti, F. (1997). *Principios de Gestión Sanitaria*. Argentina: Editorial Díaz de Santos.
- Florío, M. L (2014). *Judicialización de la Salud. Prestaciones no incluidas en el PMO*. Argentina: Hospital Alemán.
- Gargarella, R., (2013). Justicia dialógica de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida.

En Yamin, E. A. y Siri, G. (Eds.). *La lucha por los problemas de la salud*. (1°Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.

- Galbraith, J. K., (1994). *Historia de la Economía*. Argentina: Editorial Ariel S.A.
- Garay O. E. (2003). *Derechos Fundamentales de los Pacientes*. 1°Ed. Argentina: Editorial Ad-Hoc.
- González García, G. (1999). *Los hospitales argentinos ante el siglo XXI*. Argentina: Editorial Isalud.
- González García, G. (1994). *Remedios Políticos para Medicamentos*. Argentina: Editorial Isalud.
- Gordillo, A. (2009) Tratado de derecho administrativo y obras selectas, (9na Edición) Tomo 2, "*La defensa del usuario y del administrado*", Argentina: F.D.A.
- Gotlieb, V., Yavich, N. y Báscolo, E. (2016). Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina En *Cad. Saúde Pública*, 4.6. Doi: 10.1590/0102-311X00121114
- Gregorini Clusellas, E. (2013). *Medicina Prepaga: el Contrato y las Prestaciones de Salud*. Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Hall, A. D. (1962) *A methodology for systems engineering*. Princeton, Estado Unidos.
- Hocsman, H. S. (15/07/2008). El Plan Médico Obligatorio es el mínimo en materia de prestaciones médicas. En *iProfesional*. Recuperado de: <http://www.iprofesional.com/notas/69062-El-Plan-Mdico-Obligatorio-es-el-mnimo-en-materia-de-prestaciones-mdicas>
- Johnson, R. A. y otros. (1970). *Teoría, integración y administración de sistemas*. México: Editorial Limusa Wiley.
- Lifschitz, E. (2016/01/2011). Una equidad que supere la judicialización de la salud. De *Clarín*. Recuperado de: http://www.clarin.com/opinion/agencia_de_evaluacion_de_tecnologias_sanitarias-obras_sociales-prepagas-salud_publica_0_BkFeNB0_Dme.html
- Malagón-Londoño, G., Galán Morera, R. y Pontón Laverde, G. (2003). *Auditoría en Salud Para una gestión eficiente*. Colombia: Editorial Médica Panamericana.
- Mazzáfero, V. E. y otros. (1994). *Medicina en Salud Pública*, 2ª Ed, Argentina: Editorial El Ateneo.
- Mazzáfero, Vicente Enrique, (1982). *Epidemiología y Salud Pública*. Argentina: Editorial El Ateneo.
- Mendizabal, G. A. (2016). "*Interpretación Judicial restrictiva del PMO vs. Derecho a la Salud*" La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP, 05/10/2016, 220, AR/DOC/2973/2016
- Meslad, I. R y Mata Ferraz, O. L- Evaluación del impacto de la litigación en el centro de los derechos de la salud. Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India, Sudáfrica. En *La lucha por los derechos de la salud*. (1°Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.

- Mosset, Iturraspe y Lorenzetti (1991) *Contratos médicos*. Argentina: Ediciones La Rocca.
- Motta Ferraz, O. L. (2013). Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto social de la judicialización de la salud. En *La lucha por los derechos de la salud*. (1° Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.
- Neri, A. (1983). *Salud y Política Social*, 2ª Ed. Argentina: Editorial Hachette.
- Nino, C. S. (1978). *Notas de introducción al Derecho 4 La ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, 1 ° Ed. Argentina: Editorial Astrea.
- Organización Mundial de la Salud. (2008). El derecho a la Salud: Folleto Informativo N° 31, Estados Unidos New York, Printed at United Nation, Geneva.
- Ortega y Gasset, J. (1957) ¿Qué es filosofía? (1928–1929, curso publicado póstumamente en 1957).
- Paiz, A. (1995). *Auditoría Médica*. Argentina: Editorial La Rocca.
- Pastori, H. (2002). *Análisis económico de la salud*. Argentina: Editorial Errepar.
- Peger, E (2016, Mayo 12) El Gobierno apura cambios al PMO que deben cubrir obras sociales y prepagas. En *El Cronista*. Recuperado de: <http://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-apura-cambios-al-PMO-que-deben-cubrir-obras-sociales-y-prepagas-20160512-0050.html>
- Programa Naciones Unidas Para el Desarrollo. (2001). *El programa de salud argentino y su trayectoria a largo plazo: logros alcanzados y desafíos futuros*. Argentina: PNUD
- Proyecto de ley para la creación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud AGNET (2016)
- Quiroga Lavié, H. (1995) *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Colombia: Temis.
- Roseman, M., y Golppen, S., (2013). *Litigación del derecho a la salud. ¿Son actores transnacionales los que mueven los hilos?* En Ely, A. y Siro G (Eds.). *La lucha por los problemas de la salud*, (1°Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.
- Sabsay, D. A. (2012) El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En *pensar en derecho*. Recuperado de: <file:///C:/Users/dsa/Downloads/el-acceso-a-la-vivienda-digna-en-un-fallo-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion.pdf>
- Sánchez de León, A. (2011). *Más Salud, Más derechos: el desafío de la Argentina que viene*. (1° Ed.). La Plata, Argentina: Salud Pública2. Educación para la Salud 1.
- Sonis Abraan y colaboradores, (1990). *Atención en Salud*. Tomo 2, Buenos Aires, Argentina: Editorial El Ateneo.
- Sonis, Abraam y otros. (1990). *Actividades y técnicas de salud pública*, 5ª Ed., Buenos Aires:

Editorial El Ateneo.

- Stiglitz, J. E. (2023). *Los felices 90*. Argentina: Editorial Taurus.
- Tafani, R. (1997) *Reforma al sector salud en Argentina*, Chile: Conjunto Cepal/GTS
- Tobar, F. y otros. (2002). *El gasto en salud en la Argentina y su método de cálculo*, Argentina: Editorial Isalud.
- Tobar, F., Prólogo. En Bürgin Drago, T. *El Amparo Judicial Como Instrumento de Ampliación del PMO. El Estado Nacional Como Garante de la Salud*. Argentina: Ediciones Fundación Güemes.
- Varo, J. (1994) *Gestión estratégica de la calidad en servicios de salud*. España: Editorial Díaz de Santos.
- Vázquez Vialard, A. (dir) (1982). *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tº I, Argentina: Editorial Astrea.
- Vázquez Vialard, A. (1986). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Argentina: Editorial Astrea.
- Von, Bertalanffy. (1951) *General System Theory: a New Approach*. Unity of Science, Human Biology.
- Wilson B, M (2015) Costa Rica: litigación en derechos vinculados con la salud. Causas y consecuencias. En *La lucha por los derechos de la salud*. (1º Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.
- Yamin, E. A., (2013). Poder, sufrimiento y los tribunales. Reflexiones acerca de la promoción de los derechos de la salud por vía de la judicialización. En Yamin E. A. y Gloppen, S. (Eds.). *La lucha por los problemas de la salud*, (1º Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.
- Yamin, E.A. y Gloppen, S. (comp) S. (2013). *La lucha por los problemas de la salud*, (1º Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.
- Yamin, E.A., Parra-Vera, O. y Gianella, C. (2013) Colombia: la protección judicial del derecho a la salud. ¿Una promesa difícil de cumplir? *La lucha por los problemas de la salud*, (1º Ed.). Argentina: Grupo Editor Siglo XXI.
- Smulovitz, C., (2001). *Judicialización y Accountability Social en Argentina*, Trabajo presentado en el XXII International Conference de la Latin American Studies Association. Washington D.C. Recuperado de <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/SmulovitzCatalina.pdf>
- Vasallo, C., (2013). Prólogo. En *El Amparo Judicial Como Instrumento de Ampliación del PMO*. El Estado Nacional Como Garante de la Salud (pp.15-17). Argentina: Ediciones Fundación Güemes.
- Vasallo, C. (s, f). El Congreso carece de capacidad de análisis de las leyes que aprueba. En

2 Legislación

- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, 10/12/1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9° Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948. Decreto 9983/57.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 22/11/1969. Ley 23.054.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General de la ONU, 16/12/1966. Ley 23.313.
- Declaración de Almá-Atá, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Kazajistán, del 6 al 12 de septiembre de 1978.
- Constitución de la Nación Argentina, Convención Nacional Constituyente, Provincia de Santa Fe, 22/08/1994.
- Código Civil y Comercial del al Nación.
- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Ley 24754 - 23/11/1996 - Establece que las EMP deberán brindar como mínimo las prestaciones mínimas (PMO).

Listado de normas del Programa Médico Obligatorio

- Resolución MSAL y Acción Social 247/96 – 17/05/96.
- Ley 24754 - 23/11/1996.
- Resolución MSAL y Acción Social 528/96 – 27/11/1996.
- Resolución MSAL y Acción Social 633/96 - 18/02/96 y Decreto 504/98 - 12/05/98. Resolución ANSAL 420/97 - 20/03/97.
- Resolución MSAL 356/97 - 23/06/1997.
- Resolución MSAL 157/98 - 13/03/1998.
- Resolución MSAL 791/99.
- Resolución MSAL 939/2000 – 24/10/00.

- Resolución MSAL 201/2002 - 09/04/02 – Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE).
- Resolución MSAL 487/02.
- Resolución MSAL 310/04.
- Resolución MSAL 758/04 - 26/07/2004.
- Resolución MSAL 752/05 - 04/07/2005.
- Resolución MSAL 1747/05 - 02/12/2005 - Incorpora modificaciones en los Anexos III y IV de la Res. MSAL 201/02, 310/04 y 758/04.
- Resolución SSSalud 621/06 - 14/09.
- Resolución MSAL 232/07 - 09/03/2007.
- Resolución MSAL 1714/07 - 17/12/2007.
- Resolución MSAL 458 /09 – 14/10/09.
- Resolución SSSalud 1025/09 - 15/10/2009.
- Resolución MSAL 1083/09 - 29/12/2009.
- Resolución MSAL 275/10 - 16/02/10.
- Resolución MSAL 1230/08 - 28/10/08.
- Ley 23.753 - 29/09/1989.
- Decreto 1271/98 - 23/10/1998 - Reglamenta Ley 23.753.
- Resolución MSAL 301/99 - 16/04/1999.
- Resolución MSAL 542/99 – 26/07/1999.
- Resolución MSAL 695/09 – 19/11/2009.
- Decreto 580/95 - 01/10/1995 - Reglamentación de la Ley 24.455.
- Resolución ANSAL 574/96 - 07/03/96.
- Resolución MSAL y Acción Social 528/96 – 27/11/1996.
- Ley 24788 - 31/03/1997.
- Res. Conjunta 361/97 y 153/97 MSAL y SEDRONAR - 23/07/1997.
- Res. Conjunta 362/97 y 154/97 MSAL y SEDRONAR - 23/07/1997.
- Decreto 149/09 - 03/03/2009.
- Decreto 53/09 - 27/01/2009.

- Ley 25649 – 18/09/2002.
- Decreto 1855/02 - 19/09/2002.
- Resolución MSAL 758/04 - 26/07/2004.
- Resolución MSAL 82/05 - 31/01/2005.
- Resolución MSAL 752/05 - 04/07/2005.
- Resolución MSAL 1747/05 - 02/12/2005.
- Resolución MSAL 1991/05 - 28/12/2005.
- Resolución SSSalud 621/06 - 14/09/2006.
- Resolución MSAL 232/07 - 09/03/2007.
- Resolución MSAL1418/07 - 23/10/2007.
- Resolución MSAL 435/11 – 5/04/11.
- Resolución SSSalud 594/11 – 27/06/2011.
- Resolución SSSalud 362/2012 – 08/05/2012.
- Ley 25929.
- Decreto 1231/04 - 25/08/2004.
- Ley 26130 – Decreto 1110/06 - 29/08/2006.
- Ley 26.150 – Decreto 1489/06 - 23/10/2006.
- Resolución MSAL 232/07 - 09/03/2007.
- Resolución MSAL 1209/10 - 19/07/10.
- Resolución APE 20658/10 - 30/08/10.
- Resolución MSAL 1613/2010 - 23/09/10.
- Ley 26682 - 16/05/2011.
- Decreto 588/11 – 17/08/2011.
- Resolución MSAL 1276/11 – 26/08/2011.
- Decreto 1991/11 – 1º/12/2011.
- Ley 26682.
- Decreto 1993/11 – 29/11/2011.

- Resolución 1319/11 – 12/12/2011.
- Resolución SSSalud 55/12.
- Resolución SSSalud 93/2012 – 31/01/2012.
- Resolución general 3270/12.
- Resolución SSSalud 174/12 – 13/03/2012.
- Resolución SSSalud 419/12 – 24/05/2012.
- Resolución SSSalud 471/12 – 6/06/2012.
- Resolución SSSalud 470/12 – 6/06/2012.
- Resolución SSSalud 560/12 – 29/06/12.

Trastornos Alimentarios

- Ley 26396 - 03/09/2008.
- Resolución MSAL 742/09 - 01/06/2009.
- Resolución MSAL 11/09 - 01/09/2009.
- Ley 26.588 - 02/12/2009.
- Resolución MSAL1102/11 - 02/02/11.
- Decreto 528/2011 - 04/05/11.
- Discapacidad
- Ley 22431 - 16/03/1981.
- Decreto 762/97 - 11/08/1997.
- Ley 24.901 - 05/11/1997 - Sistema de Prestaciones Básicas.
- Decreto 1193/98 - 14/10/1998 - Reglamentación Ley 2490.
- Resolución APE 400/99 y sus modificatorias - 16/02/1999.
- Resolución MSAL 44/04 - 12/10/2004.

Asistencia Domiciliaria

- Resolución MSAL 675/09 - 12/05/2009.
- Resolución MSAL 57/10 - 13/01/2010.
- Resolución APE 1915/10 - 15/02/2010.

- Resolución MSAL 1209/10 - 19/07/2010.
- Ley 26.657 – 2/12/2010.
- Resolución MSAL 2299/11 - 05/01/2011.
- Resolución APE 1650/11 - 08/02/2011.
- Resolución APE 5876/11 - 11/04/2011.
- Decreto 1093/11 - 21/07/2011.
- Resolución SSSalud 1511/12 – 16/11/2012.

Reintegros (S.U.R)

- Resolución APE 154/2002 – 12/03/2012.
- Resolución SSSalud 1200/12 – 21/09/2012.
- Resolución SSSalud 1310/12 – 19/10/2012.
- Resolución SSSalud 1511/12 – 16/11/2012.
- Resolución SSSalud 1561/12 – 30/11/2012.

Régimen de Débito Automático Recupero de Costos en la Opción de Cambio

- Resolución MSAL y Acción Social 633/96 - 18/02/96 y Decreto 504/98 - 12/05/98 - Art. 12.
- Resolución ANSAL 420/97 - 20/03/97.

Régimen de Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada

- Decreto 1424/97 – 30/12/97.
- Resolución MSAL 267/03 – 29/04/03.
- Resolución MSAL 1262/06 – 24/08/06.
- Resolución MSAL 1070/09 – 26/06/09.
- Resolución MSAL 298/11 – 07/03/11.

Régimen de Recupero de Costos por Débito Automático para los Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada

- Decreto 578/93 – 07/04/93.
- Resolución MSAL 487/02 - 21/08/02.
- Resolución MSAL 1230/08 - 28/10/08.
- Resolución MSAL 226/09 – 06/03/09.

- Resolución MSAL 760/09 – 27/05/09.
- Resolución MSAL 689/2009 – 18/05/2009.
- Resolución MSAL 2207/2010 – 14/12/2010.
- Resolución MSAL 254/11 – 01/03/11.
- Resolución MSAL 1080/11 – 19/07/11.
- Resolución MSAL 1081/11 – 19/07/11.
- Decreto 317/05 – 12/04/2005.
- Resolución SSSalud 83/2007 - 07/02/2007.
- Resolución SSSalud 76/98 – 14/07/1998.
- Decreto 317/05 – 12/04/2005.
- Resolución SSSalud 615/11 – 08/07/2011.
- Ley 23.660 – 5/01/1989.
- Decreto 576/93 - 07/04/1993.
- Resolución SSSalud 194/02 – 11/06/2002.
- Resolución SSSalud 554/05 – 26/09/2005.
- Resolución SSSalud 139/11 – 23/02/2011.

Obligaciones de los Agentes del Seguro Frente a las Referidas a lo Económico- Financiero

- Resolución ANSAL 330/91 – 9/10/1991.
- Resolución SSSalud 744/04 y 98/06.
- Resolución SSSalud 1430/10 – 15/12/2010.

Fondo Solidario de Redistribución

- Decreto 1609/12 – 5/09/2012.
- Resolución SSSalud 1227/12 – 10/10/2012.
- Resolución SSSalud 1/2013 – 15/01/2013.
- Resolución Conjunta 705/12, 1047/12 y 1941/12.
- Decreto 488/2011 – 26/04/2011.

3 Bibliografía metodológica

- Ander-Egg, E. (1980). *Técnicas de Investigación Social*. 15^a edición, Argentina: El Cid Editor.
- Baquero de la Calle Rivadeneira, J. y Gil Blanco, E. (2015). *Metodología de la Investigación Jurídica*, Ecuador: Universidad de los Hemisferios.
- Goode, W. y Hatt P. (1982). *Métodos de Investigación Social*. 12^a edición, México: Editorial Trillas.
- Porta, L. y Silva, M. (2003.) *La investigación cualitativa: El Análisis de Contenido en la investigación educativa*. Recuperado de: <http://anthropostudio.com/wp-content/uploads/2015/04/PORTA-Luis-y-SILVA-Miriam-2003.-La-investigaci%C3%B3n-cualitativa.-El-An%C3%A1lisis-de-Contenido-en-la-investigaci%C3%B3n-educativa..pdf>
- Sampieri, R. H., Fernández, C.C., y Baptista, P.L. (2003). *Metodología de la investigación*. 4^a edición, México: Mc Graw Hill Interamericana.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La Metodología en la Investigación Jurídica: Características Peculiares y Pautas Generales para investigar en el Derecho: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14), 317-358.
- Selltiz, C. (1980). *Métodos de investigación en las relaciones sociales*. España: Pie de Imprenta.
- Sorokin, Lazarfield y otros. (1982). *La investigación Social*. 2^a edición, Argentina: Centro Editor América Latina.
- Zárate Pérez, A. (2013). ¿Qué metodología usar para la elaboración de monografías del nivel maestrías: *Revista para la docencia jurídica universitaria*, (7), 1-19.

4 Jurisprudencia

- Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela.” C. P. J. y A. M. C.c/OMINT y/o CS SALUD S.A. s/ amparo” 23/08/2016.
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata “B. V. F. R. c/ Galeno Argentina S.A. s/ amparo Ley 16.986” 27/09/2016.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “Barilá
- José c/ Galeno Argentina S.A s/ Incidente de Apelación medida”, 08/02/2011.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal “Calusio Arnaldo c/ CEMIC s/ Amparo de salud”, 24/11/2016.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal “Cerqueti Albino c/ Cruz Azul S.A”
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, "G.N.N. C/ OSDE S/ Incidente de medida cautelar". 10/12/2015.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “M. G. I. y otro c/ OSDE s/ Ley de discapacidad”, 06/12/2016.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “Campodónico de Beviacqua c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, Buenos Aires, 24/ 10/ 2000.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “Duich Dusan Federico c/ CEMIC Centro Médico de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quino s/ Amparo”, 29/04/2014.
- Juzgado Nacional Civil y Comercial Federal “Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo” 02/12/2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo” 24 -05-05.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “Q.C.S. y O c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” 24/04/2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación "Reynoso, Nilda Noemí c/ INSSJP s/ amparo". CSJN 16/05/2006.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “Sánchez Elvira Norma c/ Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y Otros s/ amparo”, 15/05/2007
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “S.D. c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”, 15/03/2016.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación “T.M.C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”,05/04/2016.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "A. A. A. contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ Amparo", 19/02/2015.
- Cámara del Trabajo, Sec. 1 Bariloche, "Vega Pablo Darío c/ PAMI s/ Acción de Amparo" 2013/03/15.
- Poder Judicial de la Nación Cámara Federal de Paraná, " Rodríguez Raquel Liliana C/ Obra Social Automóvil Club Argentino, FPA 7390/2013, Paraná, 30/07/2014.
- Poder Judicial de la Nación Cámara Federal de Córdoba- - "Barcos Rosa Edit y otro c/ DIBPFA Obra Social del Personal de la FAA - s/Daños y perjuicios", 06/01/2010.

**ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO
FINAL DE GRADUACIÓN**

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO
O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a lo fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

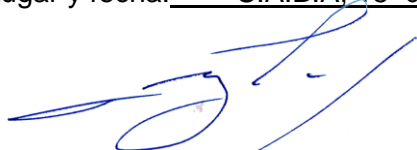
<p>Autor – tesista (apellido/s y nombre/s completos)</p>	<p style="text-align: center;">Miguel Jaime Pujol</p>
<p>DNI (del autor-tesista)</p>	<p style="text-align: center;">4.536.916</p>
<p>Título y Subtítulo (completos de la Tesis)</p>	<p style="text-align: center;">Judicialización de la Salud: el caso del PMO</p>
<p>Correo electrónico (del autor-tesista)</p>	<p style="text-align: center;">mpujol@primsa.com.ar</p>
<p>Unidad Académica (donde se presentó la obra)</p>	<p style="text-align: center;">Universidad Siglo 21</p>
<p>Datos de edición: Lugar, editor, fecha el ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</p>	<p style="text-align: center;">No corresponde</p>

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis (Marcar SI/NO) ⁽¹⁾	SI
Publicación parcial (Informar que capítulos se publicarán)	Completo

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: C.A.B.A, 15 de Junio de 2017



Firma autor-tesista

Miguel Jaime Pujol

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____ Certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

(1) Advertencia: se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.