



Judicialización del derecho a la salud por parte de usuarios de obras sociales

Carrera: Abogacía

Tutor: Pablo César Mortarotti

Alumna: Marcela Claudia Beatriz Varela

Legajo: VABG43824

A mi padre, que me guió con su ejemplo,
A mi madre, que es pilar y guía de mi vida
A mi familia, que me inspiran a seguir adelante

Resumen

El derecho a la salud es un derecho básico y fundamental de todo ser humano. Sin embargo, en muchísimos casos este derecho se presenta como restringido o menguado en la práctica, atento a que medicamentos y tratamientos son negados a una gran cantidad de personas por sus obras sociales y prepagas. Así, la judicialización de la salud concurre con el fin de promover la autorización y posterior cobertura de las prestaciones médico – asistenciales a los fines de que se garantice el derecho a la salud del paciente.

En el presente trabajo de investigación se analiza el presente derecho y cómo es protegido por nuestra legislación. Asimismo, se analiza el sistema de salud nacional y la jurisprudencia que ha tratado esta temática. Ello, a los fines de ahondar respecto de los límites al tratamiento de enfermedades por obras sociales que tiende a resultar violatorios de principios constitucionales del derecho al acceso a la salud.

Palabras claves: derecho a la salud – obras sociales – plan médico obligatorio – sistema de salud

Abstract

The right to health is a basic and fundamental right of every human being. However, in many cases this right is presented as restricted or diminished in practice, mindful that drugs and treatments are denied to a large number of people for their social and prepaid work. Thus, the judicialization of health attends with the purpose of promoting the authorization and subsequent coverage of medical - assistance services in order to ensure the right to health of the patient.

This research analyses this right and how it is protected by our legislation. Likewise, the national health system and the jurisprudence that has addressed this issue is analysed. This, in order to examine the limits to the treatment of diseases by social works tend to be violating constitutional principles of the right to access to health.

Keywords: right to health – health system – PMO – social care

Índice

Introducción	7
Capítulo 1: Derecho a la Salud. Aspectos Generales	11
Introducción.....	11
1.1. El Derecho a la Salud	12
1.1.1. Factores esenciales del Derecho a la Salud.....	12
1.1.2. Ideas habituales incorrectas de lo que es el Derecho a la Salud	14
1.2. Obligaciones del titular del derecho	15
1.3. Obligaciones del Estado	16
1.3.1. Obligaciones generales	16
1.3.1.1. Efectuación progresiva	17
1.3.2. Acogimiento de medidas para conseguir total efectividad del derecho a la salud.....	18
1.3.3. Obligación mínima fundamental.....	19
1.3.3.1. Tres tipos de obligaciones	19
1.4. Derecho a la Salud en el ámbito internacional	20
Conclusión.....	24
Capítulo 2: El sistema de salud nacional	26
Introducción.....	26
2.1. Sistema de Salud en Argentina	26
2.2. Medicina Prepaga	30
2.2.1. Posible contrato de adhesión.....	31
2.2.2. Aplicabilidad de las disposiciones legales del derecho al consumidor.....	32
2.3. Responsabilidad de la Empresa de Medicina Prepaga ante los consumidores en el supuesto de mala praxis	34
2.4. Obras Sociales	37
2.4.1. Ámbito de aplicación	37
2.5. Caracteres	38
2.5.1. Beneficiarios	38
2.5.2. Condiciones para el disfrute de los beneficios.....	38
2.5.3. Mejoras en las prestaciones durante los últimos años.....	39
2.5.4. Responsabilidad de las Obras Sociales por la mala prestación del servicio asistencial ...	40

2.6. Derechos del Paciente.....	41
2.6.1. Derecho al trato digno.....	42
2.6.2. Derecho de información.....	42
2.6.3. Derecho de seguridad.....	43
2.7. Programa Médico Obligatorio	44
2.8. Comunicación y Promoción de la Salud.....	48
Conclusión.....	49
Capítulo 3: Jurisprudencia relevante respecto del Derecho a la Salud	51
Introducción.....	51
3.1. Caso “Waltuch de Nussenbaum, Elena C/ contra Medicus S.A s/ sumarísimo de salud” ...	51
3.1.1. La doctrina del caso concreto.....	53
3.2. Caso “S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quiro s/sumarísimo”	56
3.2.1. La doctrina del caso concreto.....	57
3.3. Caso “L. V. V. y otros c/ OSADEF y otro s/sumarísimo”	58
3.3.1. La doctrina del caso concreto.....	59
3.4. “J., D. E. y otro c/ Obra social de Empleados y Personal Jerárquico de la actividad del Neumático s/amparo”	61
3.4.1. La doctrina del caso concreto.....	62
3.5. “B. M. A. c/ Santa Salud S.A. s/amparo de salud”	64
3.5.1. La doctrina del caso concreto.....	65
Conclusión.....	66
Capítulo 4: Protección judicial del derecho a la salud.....	67
Introducción.....	67
4.1. Análisis de jurisprudencia entorno a la protección judicial del derecho a la salud	67
4.1.1. Amparo por razones de salud.....	71
4.2. El Incumplimiento de las normas constitucionales sobre el Derecho a la Salud.....	75
4.3. Promoción de la Salud Pública	76
4.4. El derecho a la salud como obligación estatal	77
Conclusión.....	78
Conclusiones finales	80
Bibliografía	83
Doctrina	83

Jurisprudencia..... 86

Legislación 88

Introducción

La salud es un bien preciado de la población, uno de los considerados fundamentales y de primera necesidad. Ese “estado de completo bienestar físico, mental y social” como define a la salud la declaración de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946), ratificada por nuestro país por Ley 13.211, implica que el derecho a tenerla aparezca como un derecho natural de la persona humana, derivado de su derecho a la vida.

El derecho a la salud es básico y fundamental para todas las personas. En muchísimos casos este derecho se presenta como restringido o menguado en la práctica para una gran cantidad de seres humanos. Ante esta problemática se deberán encontrar las vías adecuadas para una efectiva tutela del derecho a la salud de los seres humanos.

La judicialización de la salud concurre con el fin de promover la autorización y posterior cobertura de las prestaciones médico – asistenciales. Algunos de los motivos de la presentación judicial son por ejemplo: las solicitudes de medicamentos por marca comercial, prácticas y medicamentos que no respetan la evidencia científica, exigencias de coberturas fuera de normativas institucionales, solicitudes de medicamentos o prácticas en etapa experimental o pedidos de coberturas en el extranjero cuando pueden resolverse en el país.

En este escenario, ocurre que muchas obras sociales tanto nacionales como provinciales aducen no contar con los suficientes recursos para cubrir todo este tipo de demandas y, al fin y al cabo, la quiebra de dichas organizaciones atentaría contra el derecho a la salud de la población. Dicha judicialización ocurre por la ausencia de normas claras que establezcan obligaciones para las obras sociales y derechos para sus usuarios. El presente trabajo tiene por objetivo analizar sobre todo jurisprudencia y doctrina en la materia, así como la normativa aplicable para lograr establecer algunos criterios de reclamos válidos por falta de prestación del servicio que deberían ser atendidos por los legisladores a efecto de no cercenar el derecho a la salud y obligar a los pacientes a judicializar sus reclamos.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder si los límites al tratamiento de enfermedades por parte de obras sociales constituyen una violación del derecho al acceso a la salud.

Esto es debido a que el Plan médico obligatorio no se encuentra suficientemente actualizado y las disposiciones relativas a las obligaciones de las obras sociales tampoco se encuentran suficientemente detalladas. Existe una constante puja entre usuarios y empresas u obras sociales para los casos en que se requiera tratamientos y/o medicamentos por parte de los usuarios y las obras

sociales se niegan a otorgar la cobertura, obligando al usuario a judicializar la decisión, generando inseguridad jurídica en un derecho fundamental como es el derecho a la salud.

En la actualidad son tristemente célebres los procesos judiciales que reclaman a obras sociales y empresas de medicina prepaga el cumplimiento de prestaciones de salud fundamental para la vida y dignidad de sus afiliados. Si bien, en principio, esta problemática es menos recurrente respecto al sistema público de salud, nos encontramos frente a un derecho constitucional por cuya tutela el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente. Es en este punto en el que entran en colisión la libertad contractual, la autonomía de la voluntad, y el Derecho a la Salud consagrado en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Resulta muy importante por lo tanto analizar las causas de la continua judicialización de las cuestiones ligadas al derecho al acceso a la salud, y qué aspectos del sistema y normativa brindan sustento para fundamentar esta alta litigiosidad.

El objetivo general del presente trabajo es analizar si los límites al tratamiento de enfermedades por parte de obras sociales constituyen una violación del derecho al acceso a la salud y, en todo caso, cuáles son exactamente esos límites y cómo se determinan. Mientras que los objetivos específicos consisten en: determinar si los límites al tratamiento de enfermedades vulneran derechos constitucionales con especial atención a la falta de actualización del plan médico obligatorio; analizar y reconstruir la legislación vigente respecto a la judicialización del acceso a la salud; analizar las posiciones doctrinarias sobre la judicialización del acceso a la salud; identificar los argumentos esgrimidos por obras sociales para negarse a brindar tratamientos; analizar los límites establecidos en la jurisprudencia a los reclamos por acceso a la salud en el caso de enfermedades no cubiertas en el plan médico obligatorio; analizar las implicancias del principio de libertad contractual en relación con la posible afectación del derecho a la salud y si la legislación de derechos del consumidor resulta aplicable en el caso de obras sociales.

La hipótesis por confirmar o descartar, será que los límites al tratamiento de enfermedades por obras sociales tienden a resultar violatorios de principios constitucionales del derecho al acceso a la salud.

Aunque el Plan Médico Obligatorio no cubra ciertos tratamientos, existe un deber de parte de las obras sociales de brindar tratamientos para garantizar el derecho al acceso a la salud, la instrumentación o cuestiones presupuestarias no deberían ser impedimento para hacerlo, sino resueltas por una vía que no limite los derechos del paciente.

El Capítulo I analizará los aspectos generales del Derecho a la Salud, las obligaciones del titular del Derecho, así como las del Estado. El Capítulo II tratará sobre las particularidades del sistema nacional de salud, la medicina prepaga, el ámbito de aplicación y los derechos del paciente que se han de respetar y proteger.

El Capítulo III versará sobre la jurisprudencia que ha tratado la temática bajo análisis en el presente trabajo de investigación. A la vez que el Capítulo IV abordará la jurisprudencia dictada respecto de la judicialización del Derecho a la Salud. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Respecto del marco metodológico, en este trabajo, se utilizará un tipo de investigación descriptiva, por lo que consistirá en el tipo de investigación. A través de este tipo de estudios, se establece un marco de ideas generales cuando no hay información previa, identificando dimensiones y categorías de análisis, a los fines de describir cualitativamente el fenómeno bajo estudio” (Vieytes, 2004).

Como estrategia metodológica se asumirá una cualitativa. La misma está orientada a la “exploración, descripción y entendimiento” de una situación (Sampieri, 2006, pág. 26). Por lo tanto, se obtendrán datos e información sobre el tópicico de estudio, sobre diferentes perspectivas y puntos de vista con el objetivo de entender la situación actual de la legislación y el plan médico obligatorio con sus límites e interpretaciones surgidas a partir de la jurisprudencia. Para realizar la presente investigación, la técnica será el análisis de datos y de documentos para poder contrastar las diversas posiciones y los cambios que hubo en términos de la doctrina, jurisprudencia y legislación a estudiar.

Respecto de las fuentes, se utilizarán las de índole primaria, secundaria y terciarias. Respecto de las primarias, se tomará como referencia principalmente la legislación mencionada, la Constitución Nacional y sus Tratados con rango constitucional; también fallos y sentencias de diferentes tribunales, en especial de la Corte Suprema de Justicia, cámaras y juzgados nacionales y provinciales. De las secundarias, se seleccionarán como fuentes secundarias textos que fijen posiciones doctrinarias sobre el tema tratado, también comentarios a fallos y artículos de revistas especializadas en derecho. Mientras que las terciarias, consistirán en consultas específicas de libros o manuales que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia.

Al ser un trabajo de índole jurídico, no refiere a cuestiones particulares o sociológicas, la legislación y jurisprudencia. En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto que las mismas nos permitirán

interpretar los fallos y la situación de la legislación a analizarse. Por análisis documental Sampieri (2006, p. 63) se refiere a que: “el análisis documental es una operación intelectual que da lugar a un subproducto o documento secundario que actúa como intermediario o instrumento de búsqueda obligado entre el documento original y el usuario que solicita información”.

Este trabajo tomará como centro de análisis la situación jurídica a partir de la sanción del Código Civil y Comercial y la reforma de la Constitución de 1994. En cuanto a los niveles de análisis, la investigación tomará como referencia la jurisprudencia nacional, y la legislación nacional.

Capítulo 1: Derecho a la Salud. Aspectos Generales

Introducción

Los últimos años luego de la reforma constitucional de 1994 ha demostrado un gran e importante activismo en materia de protección del derecho a la salud. La intención del presente capítulo es mostrar el panorama completo que sobre la materia se verifica en la República Argentina, determinando de esta manera en qué consiste el derecho a la salud según lo que aportan las convenciones y tratados internacionales, las obligaciones establecidas para los Estados que ratificaron tales instrumentos, así como las que poseen los titulares de este derecho.

Todo observado desde una óptica internacional pues hasta la reforma constitucional del año 1994, la carta magna escaseaba de una referencia manifiesta correspondiente al reconocimiento del derecho a la salud como derecho subjetivo de carácter constitucional. El artículo 14 establece apenas el mandato encaminando al estado de conceder “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”¹, y la fijación de un “seguro social obligatorio”. No obstante, a no establecer de manera expresa la protección a la salud, la disposición responde a un aspecto contributivo de la seguridad social.

De cara a esta ausencia, únicamente quedaba el poco fiable camino de establecer la existencia de un derecho a la salud determinado de modo implícito en el artículo 33 de la Carta Magna. Sin embargo, en la reforma de 1994 se le abre paso a la protección del derecho a la salud por medio del artículo 75 inc. 22, pues con la jerarquización constitucional de los tratados y convenios internacionales ratificados por Argentina se incorporan todos aquellos que tratan sobre la materia, ya sea de manera directa como indirecta.

En consecuencia, con la elaboración de este capítulo conoceremos exactamente el conjunto de disposiciones más relevantes concernientes al derecho a la salud, establecidos en los instrumentos internacionales, pero con más énfasis en lo consagrado por Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya que en él es donde se fija con más precisión y extensión el tema. Asimismo, se determinarán los aspectos esenciales de este derecho y para descartar dudas, los que no pueden fijarse como configuradores del mismo.

¹ Artículo 14 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

1.1. El Derecho a la Salud

El derecho a la salud es estimado como derecho esencial para la vida de todos los individuos y se vincula en gran medida con los derechos humanos. Es por esta razón que en la República Argentina, el mismo se encuentra garantizado por la propia carta magna desde la reforma efectuada en 1994, la cual incorporó y dio rango constitucional a todos los pactos y convenciones que lo consagran a nivel internacional.

1.1.1. Factores esenciales del Derecho a la Salud

El derecho a la salud es considerado como un derecho inclusivo. Habitualmente se asocia el derecho a la salud con el derecho a tener acceso a la atención sanitario o a la elaboración de centros hospitalarios. Esto es cierto, sin embargo no es todo. El derecho a la salud va un poco más allá. Engloba un gran conjunto de elementos que pueden fácilmente ayudar a que las personas tengan una vida saludable (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano el cual se halla comisionado para efectuar un seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², los llama “factores determinantes básicos de la salud”. Estos son los siguientes:

- Condiciones apropiadas y agua potable;
- Alimentos idóneos para el consumo humano;
- Vivienda y nutrición apropiadas;
- Condiciones de trabajo y medio ambiente saludable;
- Información y educación sobre asuntos vinculados con la salud;
- Igualdad de género.

El derecho a la salud es contentivo de ciertas libertades. Entre ellas se comprende el derecho de todas las personas a no ser obligadas a recibir algún tipo de tratamiento médico sin el consentimiento del propio individuo (vgra. Experimentos y estudios médicos o esterilización impuesta), y a no ser objeto de tratos o castigos crueles, degradantes o inhumanos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004).

El derecho a la salud incluye ciertos derechos. Entre esos derechos comprende:

² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley Nro. 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 1986.

- El derecho a un régimen de protección a la salud que otorgue a todas las personas circunstancias para gozar del más efectivo y buen nivel de salud;
- El derecho a la prevención y al control de enfermedades, así como la batalla en contra de ellas;
- El acceso a medicamentos de uso fundamental;
- El acceso en el momento que se necesite a los servicios de salud básicos;
- La participación de la ciudadanía en el proceso de tomas de decisiones en asuntos vinculados con la salud a nivel nacional y local.

Deben proporcionarse servicios, bienes y centros de salud a todas las personas por igual. El principio de no discriminación es un derecho humano y se considera como decisivo para el goce del derecho al más alto nivel posible de salud (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004). Todos los servicios, bienes y centros de salud deben encontrarse disponibles, de fácil acceso y de alta calidad:

- Cada país debe poseer una cantidad suficiente de centros, bienes y servicios de salud, así como establecimientos de atención pública.
- Deben ser físicamente de fácil acceso (deberán encontrarse al alcance geográfico de toda la ciudadanía, sobretodo de niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, individuos con discapacidad y otras personas vulnerables) y además, desde una perspectiva económica (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004).

En este sentido, la accesibilidad también incluye el derecho de solicitar, recibir y difundir datos vinculados con la salud en modo accesible (sin discriminación alguna), pero sin transgredir el derecho de que la información de índole personal relacionadas a la salud, sean manejadas con pactos de confidencialidad.

Los centros, bienes y servicios de salud igualmente deben brindar respeto hacia la ética médica, así como sensibilidad para con los requerimientos de género. Ser culturalmente adecuados. Es decir, en otras palabras, deben ser “aceptables desde el punto de vista médico y cultural” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 4).

En conclusión, deber ser adecuados desde una perspectiva científica y médica y de un buen nivel de calidad. Para lograr esto, se necesita: personal médico competente, medicamentos, equipo

hospitalario en buenas condiciones y científicamente aprobados, agua potable y entornos sanitarios apropiados.

1.1.2. Ideas habituales incorrectas de lo que es el Derecho a la Salud

En este sentido, resulta importante aclarar que el derecho a la salud no es igual al derecho a estar sano. Un error bastante habitual es pensar que el país debe garantizar buena salud. No obstante, esa “buena salud” varía de ciertos aspectos que quedan fuera de la vigilancia directa de la nación. “Control directo de los Estados, por ejemplo la estructura biológica y la situación socioeconómica de las personas” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 5).

El derecho a la salud refiere al derecho a gozar de ciertos bienes, servicios, instalaciones y condiciones importantes y obligatorias para su efectividad. Es por ello que detallarlo como el derecho al nivel más alto posible de salud puede ser más preciso que como un derecho absoluto a estar sano.

El derecho a la salud de ningún modo puede ser considerado únicamente como un objetivo programático a largo plazo. Pese a que la salud deba ser necesariamente un factor de esa naturaleza tangible, no quiere decir que no provengan de él obligaciones directas para los países. “En efecto, éstos deben hacer todo lo posible, dentro de los límites de los recursos disponibles, para hacer efectivo el derecho a la salud, y adoptar medidas en ese sentido sin demora” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 5). No obstante a las restricciones de recursos, ciertas obligaciones tienen un efecto inmediato, “por ejemplo garantizar el derecho a la salud sin discriminatoria alguna y elaborar leyes y planes de acción específicos u otras medidas análogas a efecto de la plena realización de este derecho, como con cualquier otro derecho humano” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 5). Los países también tienen la obligación de resguardar y por lo tanto garantizar un nivel mínimo de acceso a los dispositivos materiales fundamentales del derecho a la salud (vgra. Provisión de medicamentos básicos y la prestación de servicios materno infantil).

Los problemas de carácter económico NO exoneran al Estado de la obligación de acoger programas que garanticen el goce pleno del derecho a la salud. Habitualmente se asevera que, cuando no pueden aceptárselos, los países no se hallan obligados a acoger ninguna medida garantizadora o pueden tardar en el cumplimiento de sus obligaciones. Cuando se estudia el goce efectivo de ese derecho en un país determinado, siempre se considera la disponibilidad de recurso en esa oportunidad y el ámbito en que se desenvuelve. No obstante, ningún país puede justificar la falta de cumplimiento de

sus deberes por escasez de recursos. Los países deben resguardar el derecho a la salud lo más que puedan con arreglo a los recursos que manejan, hasta si los mismos son pocos. Es verdad que las medidas pueden variar según el ámbito particular. Sin embargo, todos los países deben tratar de cumplir sus obligaciones de respeto, protección y elaboración (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004).

1.2. Obligaciones del titular del derecho

En este sentido es importante referir los deberes que acarrea el Derecho a la Salud. Efectivamente, el derecho a la salud no únicamente acarrea para su titular, un abanico de facultades de índole legal en beneficio de la debida defensa del mismo, sino que además implica un gran número de obligaciones las cuales son definidas por Soria y Carignani (2015, p. 3) como:

(...) el conjunto de conductas que, con fundamento en el principio de solidaridad, debe observar toda persona respecto de su propia integridad física o psicológica, a fin de evitar infringirse daños de cualquier tipo o de agravar cuadros lesivos ya existentes (auto provocados o no), por cuanto la no observancia de dichas conductas, en aquellos casos en que las consecuencias de dichos actos no son asumidas por el sujeto, deberán ser afrontadas por los sistemas de salud vigentes con o sin desmedro de la capacidad de debida atención hacia el resto de los usuarios.

De lo dicho por los autores, se considera importante analizar las cuestiones más sobresalientes del concepto anterior. Entonces, se dice “conjunto de conductas”, puesto que esta obligación obtiene particularidades dinámicas, activas y pasivas, además de permanentes a ser vistas por el titular o por terceros que, sin ser los titulares en sí, poseen la obligación de ciudad por la protección de individuos a su cargo (tutela, patria potestad, entre otros). Esta obligación no se termina solo con el aspecto médico, pues se piensa que debe hallarse presente en toda actuación del sujeto, significando en comportamientos que se interpreten en un hacer (verificarse controles cada cierto tiempo; ejercitarse, toma de medicamentos recetados, entre otros) o en un no hacer, comprendiendo en este sentido, comportamientos omisivos.

Se basó principalmente en el “principio de solidaridad” el cual se considera funcional en que los dos hagan contribuciones para el mantenimiento de los sistemas de salud. Esto debería encaminar a los individuos a tratar de no incidir en comportamientos que, de no haberselos cometido, traen una innecesaria acción a esos regímenes. Obviamente, esa obligación reposa sobre “personas físicas” y lo es con relación a su integridad tanto física como psicológica, pues “la integridad de terceros incursiona ya en el deber de respeto que, con carácter de erga omnes, pesa sobre el resto de las personas” (Soria y Carignani, 2015, p. 3). Tratando de producirse daños sin importar su alcance, con autonomía de si los

perjuicios fueron originados por el propio titular (v.gra.: autoagresión) del derecho o por otros individuos (v.gra.: accidentes).

Destacamos aquí que no deben incluirse en supuestos de "inobservancia" de este deber a aquellos supuesto en los que el sujeto titular asume expresamente las consecuencias de sus actos, ni las hipótesis de Directivas Anticipadas contrarias a la prestación de cuidados médicos, cualquiera sea la causa por la que los mismos se requieran (Soria y Carignani, 2015, p. 4).

A manera de factor valorativo y, en exacto vínculo con el principio de solidaridad, se incorpora que ayuda a terminar de constituir una falta de cumplimiento a esta obligación el que las secuelas que involucren la protección del derecho a la salud en crisis deban ser enfrentadas por los regímenes de salud que se encuentra con pleno vigor, con independencia del deterioro de la capacidad de debida atención hacia los demás usuarios que esto origine.

En este sentido, Soria y Carignani (2015) le han atribuido como principio originario de esta obligación el principio de solidaridad, realizando la importante salvedad con relación a los asuntos en los que el mismo no acontecería en esperable, esto es aquellas cuestiones en los que el sujeto pasivo de esta obligación de asumir las secuelas de su falta de observancia.

1.3. Obligaciones del Estado

El Estado tiene el deber principal de resguardar y fomentar los derechos humanos. La obligación con relación a ello se encuentra consagrada por el derecho consuetudinario internacional así como por los convenios internacionales de derechos humanos, los cuales como es sabido, se les ha dado la jerarquía constitucional por medio del artículo 75 de la Carta magna de Argentina.

1.3.1. Obligaciones generales

Con respecto a ello, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ reza en su artículo 2 que:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley Nro. 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 1986.

idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

1.3.1.1. Efectuación progresiva

Al ratificar los convenios de derechos humanos, los países partes -entre ellos Argentina-, tienen el deber de hacer que se efectúen esos derechos con respecto a su jurisdicción. Precisamente, en el primer apartado del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se resalta que los países tienen el deber de conseguir de manera progresiva la total efectividad de los derechos reconocidos en él, lo que significa un reconocimiento tácito de que los países tienen recursos limitados y que tiene su tiempo emplear los preceptos establecidos en esos convenios de índole internacional. En consecuencia, ciertos factores de los derechos reconocidos en los tratados, incluso el derecho a la salud, se hallan atados a una efectucción progresiva.

Quizás la efectividad no pueda conseguirse de una manera inmediata de todas las cuestiones de los derechos que han sido reconocidos en el Pacto. Sin embargo, los países tienen la obligación de probar por lo menos que se encuentran haciendo todo lo que es posible, según los recursos económicos que disponen, para resguardar y fomentar todos los derechos que han sido establecidos en él. “Por recursos disponibles se entiende los existentes en el Estado, así como los disponibles en la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacional, según se señala en el párrafo 1 del artículo 2” (Soria y Carignani, 2015, p. 5).

Además, se reconoce la función de la asistencia y la cooperación internacional en otras herramientas jurídicas como la Carta de las Naciones Unidas⁴, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ y la Convención sobre los Derechos del Niño⁶. Las mismas, por ningún motivo pueden ser consideradas como un remplazo de los deberes nacionales, sino que se puede perfectamente aplicar en específico cuando un país no puede por sí mismo hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales y necesita la colaboración de otros países para lograrlo.

La ayuda internacional respeta en específico a los países que se encuentran en condiciones de brindar asistencia a otros de tal manera que los países deben tener un plan activo de asistencia y

⁴ Carta de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas, San Francisco, Estados Unidos, 26 de junio de 1945.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. Ley Nro. 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.

cooperación internacional y brindar asistencia económica y técnica a otros Estados para que aquellos puedan cumplir con los deberes en relación al derecho a la salud⁷.

Pese a la definición de efectividad progresiva, es aplicable a todos los derechos reconocidos en el Pacto, ciertos deberes que son de empleo inmediato, precisamente el de vigilar que todos los derechos se efectúen fundamentándose sobre el principio de la no discriminación y el deber de acoger medidas para conseguir la total efectividad de esos derechos, inclusive el derecho a la salud “que deben ser concretas, deliberadas y específicas” (Soria y Carignani, 2015, p. 5). Con relación a ello, no se considera aceptable el acogimiento de medidas que signifiquen una retrogresión, a excepción que el estado pruebe que ha hecho todo lo que se le es posible para usar los recursos que dispone para cumplir todos sus deberes.

1.3.2. Acogimiento de medidas para conseguir total efectividad del derecho a la salud

Conseguir la total efectividad del derecho a la salud requiere el acogimiento de diferentes medidas. Considerando que la viabilidad de las mismas varía de un país a otro, los convenios internacionales no tienen ningún tipo de formula determinada. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, solo consagra que debe conseguirse la total efectividad de los derechos en él mismo establecidos "por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas"⁹.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que los países están obligados a acoger como mínimo un procedimiento nacional para garantizar a todas las personas el goce del derecho a la salud fundamentándose en los principios de derechos humanos que conceptualizan los objetivos de tales procedimientos. La fijación de señales y referencias será fundamental para su formulación y empleabilidad.

En efecto, por el hecho de ser progresivo el logro de la plena efectividad del derecho a la salud variará lo que se espere de un Estado con el tiempo. Por ello, se necesita un instrumento para hacer un seguimiento y medir esas dimensiones variables del derecho a la salud. Los indicadores, especialmente cuando están desglosados, proporcionan información útil sobre cómo se hace efectivo el derecho a la salud en un país determinado. El ACNUDH ha elaborado un marco conceptual y metodológico para esos indicadores.

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 3 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes, y Observación general N° 14, párr. 38, 1990.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley Nro. 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 1986.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley Nro. 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 1986.

1.3.3. Obligación mínima fundamental

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha resaltado que los países tienen un deber mínimo básico de garantizar la satisfacción de niveles básicos mínimos de cada uno de los derechos que se han reconocido en aquel instrumento jurídico. Pese a que esos grados, en cierta forma son dependientes de los recursos que se dispongan, el país debe otorgarles prioridad en su afán de dirigirlos a conseguir la ejecución de los derechos. Con relación al derecho a la salud, el Comité ha señalado que los Estados signatarios, entre ellos Argentina, deben garantizar:

- El derecho de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación, especialmente para los grupos vulnerables o marginales;
- El acceso a alimentos esenciales mínimos aptos para el consumo y suficientes desde el punto de vista nutricional;
- El acceso a una vivienda, servicios de saneamiento y abastecimiento de agua potable adecuado;
- El suministro de medicamentos esenciales;
- Una distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios de salud¹⁰.

1.3.3.1. Tres tipos de obligaciones

Para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004) los deberes de los países se dividen en tres categorías, dentro de las cuales se encuentran: las obligaciones de respetar, proteger y realizar.

a. La obligación de respetar

Esta obligación exhorta a que los estados se abstengan de obstruir directa o indirectamente en el derecho a la salud. V.gra. los países están obligados a abstenerse de negar o restringir el acceso a los servicios de atención sanitaria; comercializar medicamentos peligrosos; fijar prácticas discriminatorias vinculadas con la situación y los requerimientos de salud de las mujeres; restringir el acceso a los anticonceptivos y otros métodos para conservar la salud sexual y reproductiva; contener, censurar o simular datos sanitarios y transgredir el derecho a la intimidad de las personas (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004).

b. La obligación de proteger

Este deber consiste en la exigencia de que los estados eviten que terceros intervengan en el derecho a la salud. Los países están en la obligación de acoger medidas legislativas y de otra índole con la finalidad de conseguir que los agentes privados acaten las disposiciones de derechos humanos cuando brindan atención sanitaria u otro servicio; además deben...

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 3 (1990) sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes, y Observación general N° 14, párr. 38.

(...) controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por los agentes privados; velar por que la privatización no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud; proteger a las personas de los actos de terceros que puedan atentar contra su derecho a la salud -por ejemplo, evitar que las mujeres sean sometidas a prácticas tradicionales lesivas o que terceros las obliguen a someterse a ellas (por ejemplo, promulgando leyes que prohíban específicamente la mutilación genital femenina); velar por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios sanitarios, incluida la higiene ambiental, y asegurarse de que el personal de salud preste atención a las personas con discapacidad con el consentimiento libre e informado de éstas (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 38).

En este sentido, el mismo Comité también resaltó que los estados partes tienen la obligación de evitar que terceros vulneren el derecho a la salud en otros Estados. Se determina también que, al hacer convenios de tipos internacionales o multilaterales, los países partes debían acoger medidas para afianzar de que tales herramientas legales no posean ninguna consecuencia negativa para el derecho a la salud (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004).

c. La obligación de realizar

La misma implica la exigencia de que los países acojan medidas legislativas, presupuestarias, judiciales, administrativas, entre otros, que se adecuen a la realización total del derecho a la salud. V.gra. los países deben acoger una política o una técnica de salud nacional que comprenda los sectores públicos y privados; garanticen el otorgamiento de atención sanitaria, comprendiendo planes de inmunización contra enfermedades infecciosas y servicios dirigidos a atenuar y a prevenir nuevas discapacidades; servicios de saneamiento y agua potable, entre otros. La existencia de regímenes de salud verdaderamente efectivos y compuestos que posean la atención sanitaria y los elementos fijos fundamentales de la salud, igualmente es básica para garantizar el derecho al goce del grado más alto posible de salud.

1.4. Derecho a la Salud en el ámbito internacional

En el ordenamiento jurídico de la República Argentina la estipulación plena del derecho a la salud como un derecho de arraigo constitucional ha tenido espacio de forma indirecta por medio del otorgamiento de rango constitucional a un número de tratados, convenios y declaraciones internacionales contentivas de derechos humanos en el artículo 75 inc. 22 de la carta magna. Algunas de estas herramientas jurídicas incluyen de manera expresa el derecho a la salud y establece su alcance, órdenes para el Estado ratificador, finalidades o metas de políticas de estado en el tema y requerimientos determinados relativos a grupos que necesitan especial protección (V.gra. niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, entre otros).

Como se ha analizado, el derecho a la salud registra una amplia cadena de acontecimientos y situaciones históricamente asentadas, mismas que tuvieron un peso específico en la construcción de las condiciones idóneas para la plena y explícita consagración de tal derecho en los diferentes ordenamientos jurídicos existentes. Ahora bien, corresponde, pues, analizar la fisonomía jurídica que el aludido atributo ha adquirido dentro de las regulaciones materializadas en el derecho argentino, enfáticamente, en lo que concierne a la decantación de las normas constitucionales que están directa o conexamente vinculadas al derecho a la salud, así como los dispositivos devenidos de iniciativas suscitadas en el plano internacional eventualmente internalizados.

En relación a la materia constitucional, muchos autores afirman que existe un fenómeno de dispersión regulatoria, en torno a las implicaciones del derecho a la salud, es decir, que no ha sido expresamente regulado mediante una norma autónoma desvinculada de otras materias. Por ende, su consagración es la consecuencia, por un lado, de la recepción de normativa internacional, y por otra parte, del tratamiento de otros ámbitos jurídicos (v.gr, el caso de la relación de consumo, como se detallará más adelante) (Bancoff, 2017).

Con respecto a la primera forma de regulación constitucional del derecho a la salud, esta es, mediante la incorporación de la normativa internacional al pliego dogmático argentino, se tiene que la misma resulta posible a través del derecho resultante de los convenios internacionales, teniéndose que su reconocimiento deriva fundamentalmente de dos (02) vías. Así, en palabras de Garay, (2017), se ha establecido que:

El derecho constitucional argentino (...) ampara el derecho (...) mediante una doble vía: implícita (...) y explícita (...). A su tiempo (post recuperación de la democracia en 1983), los textos constitucionales provinciales tuvieron la expresividad normativa de reconocimiento del derecho a la salud que no supo o no quiso darle el convencional constituyente de 1994 (p. 1).

De este modo, cuando se hace referencia a la vía implícita de incorporación de la normativa devenida de esfuerzos multilaterales de los Estados acaecida en el derecho internacional, se debe hacer remisión obligatoria a lo preceptuado por el constituyente de 1994 en el artículo 33 de la carta magna. En ese sentido, prevé el texto fundamental 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”¹¹.

¹¹ Constitución de la Nación argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Evidentemente, se está ante una fórmula de inclusión dogmática que establece la cierta posibilidad de que derechos inherentes a la humanidad misma, y que tengan su fundamento en la determinación del pueblo, quien -en definitiva- detenta el poder soberano, sean reconocidos pese a no estar expresamente inscritos y previstos en el texto constitucional, sobre todo, a efectos de su tutela estatal. Dicha solución es conocida por los especialistas en derecho constitucional como la “cláusula de implicitud” (Bancoff, 2017), y la misma tiene su génesis en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos.

En relación, por su parte, a la segunda vía de internalización de las resultas normativas acaecidas en los organismos plurinacionales, se ha determinado que la carta magna dispone su expresa consagración mediante la interpretación de la norma establecida en el artículo 75, inciso 22 *ejusdem*, donde se enuncian las atribuciones y facultades del congreso, como máxima representación legislativa del Estado. De esa manera, se ha consagrado que: “Corresponde al Congreso: (...) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”¹².

En simplificación de lo afirmado, se tiene que a través de los dos (02) causas que la constitución propone, a fin de lograr la complementación y armonización de los convenios internacionales suscitados que repercutan en el ámbito del derecho a la salud, la nación argentina, por medio de su órgano legislativo, está llamada a confeccionar progresivamente su ordenamiento legal en función de los avances internacionales generados en la mencionada materia. Sin embargo, los más fundamentales cuestionamientos van dirigidos a la determinación de esos instrumentos que inciden en el reconocimiento del derecho a la salud en la Argentina, por ende, sucesivamente serán nombrados algunos de los convenidos que han contribuido de forma más contundente en dicho tópico.

Conforme lo ha explicado Garay (2017), y tal como se ha explicado sumariamente en líneas anteriores, la génesis del reconocimiento internacional del derecho a la salud, con su consecuente irrigación en los ordenamientos jurídicos de los Estados pertenecientes a la comunidad internacional, está situada en la evolución del derecho internacional sobre los derechos humanos (D.D.H.H). Dicho progreso se asentó *prima facies* a través de dos (02) instrumentos jurídicos esenciales. En ese orden de ideas, uno de los primeros instrumentos en reconocer su existencia e implicancias es la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹² Constitución de la Nación argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

Efectivamente, en el artículo 25 del mencionado instrumento internacional, se pondera que: "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"¹³. Se observa, de esa manera, como las primeras incorporaciones del derecho a la salud lo equiparan al cúmulo de derechos inherentes a la propia humanidad de los ciudadanos. Más adelante, al detallar y estudiar en profundidad la fisonomía propia de dicho derecho, se ahondará en tal visión, inclusive, con respaldo jurisprudencial.

Ahora bien, el segundo de los instrumentos que inicialmente ha representado un gran aporte para la evolución del derecho a la salud, así como en lo relativo a su incorporación en el derecho constitucional y legal argentino, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Específicamente, al analizar el contenido preceptuado en el artículo 12 *ejusdem*, se observa que en su párrafo 1° los Estados signatarios reconocen: "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"¹⁴.

No obstante, en análisis del mismo artículo señalado, se tiene que en su párrafo 2°, se verifican recomendaciones institucionales conducidas a generar iniciativas estatales con el propósito afianzar la salud como un objetivo concreto perseguido por todo el aparato orgánico de cada nación. En los términos empleados por dicho instrumento, se tiene que deben ser confeccionadas esas: "medidas que deberán adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho"¹⁵.

Precisamente, el derecho es establecido o reconocido de forma expresa en el artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humano, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 h), 11.1 e) y f), 11.2, 12, 14 b) y c), y 16 e) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5 e. iv) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

¹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, París, Francia, 1948.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas, 03 de enero de 1976.

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas, 03 de enero de 1976.

En síntesis, el derecho a la salud se habría dimensionado como un atributo jurídico autónomo que no sólo ha representado un objeto susceptible de ser tutelado y destinado a la regulación de los Estados miembros de los instrumentos referidos, sino que -además- ha sido elevado a uno de los más altos peldaños en la pirámide de valores esenciales para la convivencia de toda sociedad. Partiendo del conjunto de premisas analizadas, corresponde determinar con un mayor grado de profundidad el contenido, sentido y alcance del derecho a la salud, para lo cual serán concentrados todos los esfuerzos en las dimensiones que le han sido brindadas en el derecho argentino.

Conclusión

Como se pudo observar, el derecho a la salud se constituye como un derecho humano fundamental inherente al ser humano. En consecuencia, todas las personas solo por el hecho de tener esa naturaleza son titulares del mismo.

En la República Argentina este derecho no se encontraba expresamente consagrado en el orden jurídico, solo se inducía por medio de ciertos artículos referidos a la seguridad social. Fue a partir de la reforma constitucional de año de 1994 cuando por medio del artículo 75 inc. 22 se le da entrada y rango constitucional a todos los convenios, tratados y declaraciones internacionales de donde Argentina forma parte.

Entre esos instrumentos jurídicos se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; todos, algunas más que otros, con disposiciones normativas relativas al derecho a la salud, sobre todo el último mencionado.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como se pudo apreciar, es el convenio internacional con más disposiciones relativas al tema de la salud. El mismo consagra una serie de puntos de acatamiento obligatorio por parte de los Estados signatarios de él, entre ellos el reconocimiento expreso del Derecho a la Salud y las obligaciones que de ese derecho derivan.

Por lo tanto, al tener jerarquía constitucional en Argentina y como consecuencia, al formar parte del orden interno, se entiende claramente el reconocimiento de ese Derecho. Es por ello que en la presente investigación se ha visto la importancia de establecer en qué consiste, cuales son los aspectos fundamentales, qué obligaciones acarrea tanto para el estado como para el

titular el Derecho a la salud. Asimismo, se determinó de cuáles son los demás instrumentos internacionales en donde Argentina es parte, que consagran y por lo tanto, reconocen el Derecho a la Salud.

Todo lo anteriormente desarrollado en el presente capítulo se ha hecho desde una perspectiva objetiva, tomando como único punto de vista las disposiciones establecidas en los instrumentos internacionales y nacionales, con la finalidad de que el lector pueda comprender y tener los lineamientos básicos para formular su propio criterio.

Capítulo 2: El sistema de salud nacional

Introducción

El derecho a la salud es uno de los derechos que cuenta con mayor protección por parte de los instrumentos conformantes del Derecho Internacional, vale decir, los pactos y tratados internacionales. Argentina ha suscrito la gran mayoría de esas normas, integrando su contenido al bloque de constitucionalidad de la República.

Siendo así, la nación ha quedado obligada en los términos previstos en cada tratado o pacto, a garantizar dentro de su territorio el disfrute del derecho a la salud por parte de todas las personas que en él se encuentran. Para ello, se requiere un conjunto de estructuras, instituciones, recursos y personal técnico capacitado para que lleven a cabo las gestiones necesarias que permitan alcanzar tal objetivo. Ese cúmulo de elementos, conforman lo que conocemos como Sistema de Salud.

En este capítulo se analizará la estructura funcional que posee el Sistema de Salud en Argentina, señalando y describiendo las particularidades de los tres sectores que la integran: el sector público, el sector del seguro social obligatorio y el sector privado. A partir de allí, el análisis se concentrará en las entidades pertenecientes a los dos últimos sectores enunciados. Se definirá lo que son las Empresas de Medicina prepaga, determinando si los contratos suscritos entre ellas y sus afiliados se encuadran en los llamados “de adhesión” y “de consumo”. De la misma forma se profundizará en la responsabilidad en que pueden o no incurrir dichas empresas frente a deficiencias en la prestación de su servicio.

Asimismo, se indagará en el concepto y generalidades de las Obras Sociales integrantes del sector del seguro social obligatorio. Finalmente, se indagará en los derechos que derivan de la condición de “paciente” y “consumidor” que tiene una persona al acceder al Sistema de Salud y se determinará la definición del Programa Médico Obligatorio, sus incidencias en el orden constitucional y en el amparo de los sujetos que disfrutan de tal programa.

2.1. Sistema de Salud en Argentina

La Organización Panamericana de la Salud (2001) conceptualiza el “sistema de salud” como el conjunto de herramientas y mecanismos por medio de los cuales la “capacidad instalada” y los recursos humanos y financieros se organizan administrativamente y haciendo uso de la tecnología médica para brindar a la población las prestaciones médicas integrales en la calidad, cantidad y oportunidad idónea para cubrir la demanda asistencial de dicho conglomerado social.

Acota Chartzman (2016), que es obligación del Estado tutelar la salud como derecho humano fundamental de índole tanto individual como colectiva, siendo uno de los factores de mayor incidencia en el mantenimiento armonioso del orden social. De tal forma, el citado autor explica que a través de un sistema de salud correctamente ideado y sólidamente estructurado y ejecutado, se da solución a grandes problemas latentes en la población y, ciertamente, mengua las “deficiencias sociales”.

El sistema argentino de salud se encuentra conformado por tres sectores cuya interrelación es poco integrada y que a su vez se hallan internamente fraccionados. Esos sectores son el sector público, el sector del seguro social obligatorio, es decir las Obras Sociales y el sector privado (Belló y Becerril-Monteiko, 2011). Indican los autores que el sector público está integrado por las estructuras administrativas provinciales y nacionales de nivel ministerial, además de contar con una red de hospitales y centros asistenciales de salud públicos, prestadores de atención gratuita a toda aquella persona que lo amerite y que generalmente son sujetos excluidos por la seguridad social y carecen del poder adquisitivo suficiente para sufragar la atención médica privada. La cantidad de personas que para el año 2008 eran atendidas por este sector, rondaba aproximadamente los 14.6 millones de personas.

Por otro lado, el seguro social obligatorio efectúa su gestión a través de las Obras Sociales Nacionales, cuya cobertura es distribuida a los trabajadores y sus familiares, según sea la rama de actividad en la que aquéllos se encuentran inmersos. En adición a ello, las provincias tienen a su disposición Obras Sociales que se encargan de brindar atención médica a los empleados públicos de su jurisdicción. Queda claro que quienes cuentan con trabajos precarios o están desempleados, está fuera de la cobertura de las Obras Sociales. En el año 2008, bajo esta modalidad se asistía a más de 18 millones de beneficiarios entre trabajadores y familiares: Las Obras Sociales Nacionales cubren al 70% de la población afiliada y las Obras Sociales Provinciales al otro 30% (Belló y Becerril-Monteiko, 2011).

Asimismo, dentro de este segundo sector está el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados/Programa de Asistencia Médica Integral, que arropa a aquellos jubilados del sistema nacional de previsión y a sus familias. En este punto destacan los citados autores, que las personas titulares de pensiones no contributivas y sus familiares, padecen “grandes carencias, incluso con necesidades especiales y con dificultades de acceso a atención médica”. El Programa Federal de Salud del Ministerio de Salud de la Nación, tiene a su cargo el financiamiento y la coordinación médica que se brinda a esta población. El 80% de esta población es atendida en la red de hospitales e instituciones de salud públicos y el porcentaje poblacional restante es cubierto por el instituto enunciado al inicio de este párrafo.

Finalmente, explican los autores que el sector privado está integrado por los profesionales de la salud que prestan sus servicios de forma independiente a pacientes particulares que estén afiliados a determinadas Obras Sociales o a algunas empresas de medicina prepaga. Igualmente se incluyen en el sector privado, establecimientos asistenciales con los que las Obras Sociales también tienen contratos; instituciones de seguro voluntario a las que se les otorga la denominación de “Empresas de Medicina Prepaga”, que a su vez engloban un subsector prestador de servicios que reúne a la Confederación Argentina de Clínicas, Sanatorios y Hospitales Privados y las cooperativas y mutuales de salud, como entidades que carecen de fines lucrativos, ofreciendo planes de salud que no se identifican con las formas de Obras Sociales ni Empresas de Medicina Prepaga. Este sector en el año 2006 cubría aproximadamente a 3.3 millones de personas, de las cuales el 40% son afiliados individuales y sus familias y el 60% están afiliados a través de sus empresas.

Es así como la Organización Panamericana de la Salud (2001) ha señalado la existencia de tres categorías de usuarios: uno, los grupos sociales de bajos ingresos que no están cubiertos por la seguridad social; dos, los trabajadores asalariados y los jubilados y tres, el grupo poblacional con medianos-altos ingresos que están en capacidad de contratar seguros privados o de sufragar con su propio dinero los gastos que deriven de la atención médica recibida en establecimientos de salud privados. En resumen, el sistema argentino de salud está caracterizado por una marcada fragmentación en sus sectores, en donde el acceso de los distintos sectores de la población a los servicios integrales de salud es dispar y la coordinación entre ellos es casi inexistente, suscitándose la prestación de servicios y beneficios heterogéneos y muy dispares entre sí (Belló y Becerril-Montekio, 2011).

Uno de los primeros avances hacia la construcción de una adecuada conceptualización sobre el derecho a la salud, y sus repercusiones y dimensiones exactas, ha sido la definición proporcionada por el preámbulo del convenio constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), donde se ha establecido que:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados¹⁶.

Conforme la visión presentada en el insigne instrumento mediante el cual se ha creado uno de los organismos multilaterales que está más próximo a la protección del derecho a la salud, el “estado de

¹⁶ Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Conferencia Internacional Sanitaria de New York, Estados Unidos, 22 de junio de 1946.

salud” debe ser concebido como una entidad conformada por tres (03) elementos o perspectivas indispensables: a) en primer lugar, se conceptualiza, no sólo como una situación o *status* de plenitud e integridad física, psíquica o moral por ausencia de cuadros patológicos, sino además -en detracción de antiguos paradigmas- como el “completo estado de bienestar”; b) como consecuencia de la aludida definición del estado de salud, dicho instrumento sostiene que el mismo debe ser rubricado dentro del pliego de derechos -como se ha mencionado anteriormente- que le son intrínsecos e inherentes a la propia humanidad, y agregan, por demás, que se trata de un derecho desprovisto de todo tipo de discriminación (étnica, ideológico, religiosa, económica, social, entre otras formas); c) para finalizar, el convenio aludido aduce que existe una visión macroscópica del derecho a la salud, donde se constituye en una condición indispensable para asegurar la pacífica convivencia de una sociedad, y para lo cual, se sostiene que su protección y tutela estará sujeta a la mancomunidad de esfuerzos, tanto del Estado, como de las personas sometidas a sus políticas.

En lo relativo a la doctrina nacional, se tiene que Scioscioli (2016), al interpretar el contenido del derecho a la salud, afirma que:

La salud reconocida en el derecho nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, como derecho humano fundamental, revela un alcance multifacético de contenidos que es posible trazar a partir de las distintas funciones del derecho a la salud. Estas funciones aluden a la agrupación de sus contenidos en virtud de las posiciones jurídicas aseguradas, como derecho de defensa, de prestación, de organización y procedimiento y de protección (p. 3).

En ese sentido, el derecho a la salud como “derecho de defensa”, supone la consolidación de un infranqueable margen de tutela donde se garantiza la protección de todas las implicaciones que derivan de su reconocimiento (algunas de las cuales, han sido detalladas al referir la concepción asentada en el documento constitutivo de la OMS). Se afirma, además, que se concibe como un derecho “de prestación”, en alusión a las consecuencias de las políticas estatales manifestadas en una de las ramas del derecho que se encuentra con más estrecho margen de relación al atributo señalado, esta es, el derecho a la seguridad social (Scioscioli, 2016).

A su vez, se considera un derecho “de organización y procedimiento y de protección”, por el peso específico que tiene en la construcción de los sistemas de salud en la estructura jurídico-administrativa del Estado argentino, donde los ciudadanos tienen facultades relacionadas con su tutela que pueden ser expuestas en instancias de dicha naturaleza, a fin de que sus intereses sean efectivamente abordados por los funcionarios competentes. Y así, como consecuencia de la

subsidiaridad procesal, pueden formar parte del fuero cognitivo de las instancias judiciales (Scioscioli, 2016).

En honor a las afirmaciones realizadas, es importante señalar que el derecho a la salud, en lo que concierne al ordenamiento jurídico argentino, está inmerso y relacionado con otros ámbitos jurídicos donde se generan importantes interacciones que inciden en el desenvolvimiento propio de tal atributo, siendo una de las más trascendentes, su repercusión en la relación de consumo.

2.2. Medicina Prepaga

Acuña y Chudnovsky (2002) sostienen que bajo la amplia denominación de “Empresas de Medicina Prepaga” se agrupa un conjunto “amplio y muy diverso” de entidades que ofrecen precios diversos y cantidades distintas de servicios cubiertos.

Alrededor de 196 Empresas de Medicina Prepaga operan en Argentina. De ese número, el 58% está concentrado en la Capital Federal, 19% en el resto del Gran Buenos Aires y el 23% tiene su base en el interior del país, existiendo importantes entidades en las Provincias de Santa Fe, Córdoba, Mendoza, Entre Ríos y Tucumán. De esas empresas, diez son líderes en el mercado, concentrando más del 46% de la facturación y el 41% de la demanda, de lo que resulta que sean esas empresas las que perciben los mayores ingresos.

Este tipo de entidades se financian con las primas que pagan los afiliados (hogares y/o empresas), quienes suelen tener ingresos medios-altos y para quienes también es frecuente contar con cobertura de la seguridad social (Belló y Becerril-Montekio, 2011).

Añaden Acuña y Chudnovsky (2002) que se ha convertido en tendencia que este tipo de empresas cierren contratos prestacionales con las Obras Sociales. Como resultado, los afiliados de las Obras Sociales pueden acceder indirectamente a los servicios prestados por las Empresas de Medicina Prepaga; mientras que los usuarios de estas últimas, acceden directamente a las facilidades con las que cuentan las Obras Sociales, adjudicatarias del 34% de los ingresos del sector.

En definitiva, Cao (2016) ofrece una definición concreta de lo que es la figura de los contratos de medicina prepaga, considerando que es “un acuerdo bilateral, oneroso, conmutativo en el cual el usuario —generalmente por medio de una adhesión— recibe prestaciones de salud pautadas a cambio de un pago”. Por ende, los proveedores de este servicio con meros empresarios que persiguen un fin de lucro legítimo, independientemente de las normas “de orden público” que regulan la actividad en particular, en aras de garantizar los derechos de los afiliados y usuarios.

2.2.1. Posible contrato de adhesión

El Código Civil y Comercial de la Nación define el contrato de adhesión como “aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.¹⁷

En esta inteligencia, Cao (2016) adelanta que no solo los contratos de medicina prepaga son, en efecto, de adhesión pues el afiliado decide si acepta o no las condiciones del servicio de atención médica sin posibilidad de negociar el contenido de las cláusulas contractuales; sino que también se trata de un contrato de consumo, ya que el servicio se presta con la intención de llegar a un destinatario final. Aunado a lo anterior, la Ley de Medicina Prepaga, también aclara este asunto. Este instrumento, utiliza las palabras “adhesión” para referirse a la estructura de las Empresas de Medicina Prepaga y “adherido” cuando se trata del afiliado.

Ejemplo de ello, está en el artículo 1 de la referida ley cuando versa: “La presente ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios...”.¹⁸

También se halla en el artículo 15 de la misma ley, al emplear el término “usuario adherido”.¹⁹ Conviene Calvo (2016), en que el contrato de medicina prepaga es de adhesión al afirmar que, si bien la afiliación a las Empresas de Medicina Prepaga por parte de los particulares no es imperativa sino que es voluntaria, el afiliado “debe integrar su voluntad a reglamentos y contratos de adhesión establecidos previamente por los entes privados de salud a los que se afilia”, estando el particular en el derecho de decidir o no afiliarse conforme a sus necesidades frente a los términos establecidos para la prestación del servicio, nada más.

Así las cosas, sí se considera que estamos ante un contrato de adhesión por medio del cual el adherente, en palabras del autor citado *ut supra*, el afiliado “abona mensualmente una cuota, de modo tal que va prefinanciando las futuras prestaciones” bajo los parámetros que ya tienen establecidas las Empresas de Medicina Prepaga. En este sentido, son aplicables a la medicina prepaga, las normas que el Código Civil y Comercial de la Nación prevé para los contratos de adhesión comprendidas en el artículo 985 y siguientes.

¹⁷ Artículo 984 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁸ Artículo 1 de la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga. Boletín Oficial de la República Argentina, 17 de mayo de 2011.

¹⁹ Artículo 15 de la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga. Boletín Oficial de la República Argentina, 17 de mayo de 2011.

2.2.2. Aplicabilidad de las disposiciones legales del derecho al consumidor

Ya se había esbozado al citar a Cao (2016) que los contratos de medicina prepaga son de consumo en virtud de que la prestación del servicio de salud se ejecuta con la intención de llegar a un destinatario final. Examinemos esto con mayor profundidad.

La Constitución Nacional Argentina ha dispuesto en su artículo 42 que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...”²⁰

Destaca Tambussi (2014) que no bastando con que la referida disposición constitucional proteja el derecho de consumo, se incorpora literalmente el vocablo “salud” que antes de la entrada en vigencia de la Carta Magna vigente estaba implícita en los derechos de que trata el artículo 33 *ibídem*.²¹

Agrega Fiorilli (2012) que no obstante la individualidad en el goce del derecho arriba aludido, al tratarse de “vínculos de consumo”, nos insertamos ya en los derechos colectivos, por cuanto de la interpretación integral de los artículos 42 y 41 de la Constitución Nacional, todas las personas tienen derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano²²; siendo innegable la vinculación y trascendencia con el derecho a la salud.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrado al bloque de constitucionalidad argentina mediante el artículo 75 inciso 22; establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.²³ Estas normas, inciden indudablemente en el resto del Ordenamiento Jurídico Argentino, ya establece el vínculo entre el derecho de toda persona a la salud y la protección particular del afiliado y usuario de la medicina prepaga en su relación de consumo frente al prestador del servicio, es decir, la Empresa de Medicina Prepaga. Ambas partes concurren en asimetría respecto del poder económico en la gestación de ese acuerdo y en el desenvolvimiento de la relación jurídica que de él emana (Cao, 2016)

El citado autor admite que el derecho trasciende la función meramente normativa para intervenir activamente en la preservación de la justicia al ser garante de los bienes jurídicos que se ven involucrados por una relación jurídica y el carácter fundamental que dichos bienes tienen, entre los

²⁰ Artículo 42 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

²¹ Artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

²² Artículo 41 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

²³ Artículo 12, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley Nro. 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 1986.

cuales se encuentra uno en particular que es relevante en esta oportunidad: la salud de la persona. Al decir de Sáenz (2011), cualquier figura contractual puede ser calificada como “contrato de consumo”, en tanto en virtud de éste, exista una vinculación jurídica entre un proveedor de bienes y servicios y un particular que quiera acceder a ellos para adquirirlos para su consumo final personal, familiar o social.

Este criterio ciertamente se enmarca en lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, donde la relación de consumo se define como el “vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor”. Entiéndase como consumidor toda persona humana o jurídica que adquiere o utilice, a título gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, para su propio beneficio, el de su grupo familiar o de su grupo social.²⁴

La ley equipara a los consumidores a todo aquel que no siendo parte en una relación de consumo, adquiere o utiliza bienes y servicios bajo las mismas condiciones y con la misma finalidad de aquellos.²⁵ Asimismo, el citado instrumento legal dispone que el contrato de consumo sea:

... el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes y servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.²⁶

Siguiendo ese orden de ideas, Calvo (2016) entiende que a la luz del Código Civil y Comercial, el afiliado a la Empresa de Medicina Prepaga adquiere aquí una condición de consumidor de servicios médicos, debido a que su contrato con dicha empresa tiene como objeto el acceso al servicio asistencial de salud en el caso que él o sus familiares lo requieran (son ellos los destinatarios finales); en tanto que la Empresa de Medicina Prepaga, proveedora, percibe rentables dividendos a través de la prestación de esos servicios, ya sea por entes propios o de terceros.

La relación de consumo, necesariamente supone involucrar determinados bienes y valores jurídicos entre los cuales destacan el derecho a la vida, a la dignidad, a la seguridad y, obviamente el derecho a la salud; por lo que es la intención del legislador que en el fenómeno del consumo se respete la dignidad humana. Tal premisa conlleva que, tratándose de servicios de salud y con mayor énfasis en el servicio de medicina prepaga, la relación de consumo se configure y revista el desarrollo de la actividad con los principios protectorios del régimen tuitivo consumidor (Tambussi, 2014).

²⁴ Artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²⁵ Artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²⁶ Artículo 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Insiste el autor en que el derecho de consumo es un aspecto fundamental en la vida del ser humano ya que con el consumo se recurre al mercado procurando la satisfacción de las necesidades de los individuos y la mejora de su calidad de vida. Por ello, todas y cada una de las personas como consumidores, son destinatarios finales de todos los bienes y del producto de la actividad comercial y por lo tanto, están amparados por el derecho de protección al consumidor.

Hablando concretamente de la medicina pre-pagada, están en juego delicados derechos e intereses del paciente como lo son la salud, la integridad psicofísica, la dignidad y la vida. Esto amerita protección no solo como sujeto de derecho en general sino también como consumidor, quien en una actividad de naturaleza extremadamente sensible, ya que es la parte más vulnerable frente a un prestador empresarial con mayor poder económico dentro de una relación asimétrica.

2.3. Responsabilidad de la Empresa de Medicina Prepaga ante los consumidores en el supuesto de mala praxis

Explica Calvo (2016) que la postura clásica, corriente preponderante doctrinaria y jurisprudencialmente anteriormente en Argentina, se inclina a estimar que entre el paciente, el médico y el establecimiento asistencial de salud “mediaba una estipulación a favor de tercero”. Así, el estipulante, dicese el establecimiento asistencial y el promitente, en este caso el médico; celebran un contrato a favor del paciente, quien resultaría ser el tercero beneficiario de la estipulación. Con la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, esta corriente fundamentaría sus argumentos en el artículo 1027 de dicho código, el cual versa:

Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.²⁷

Entonces, esta postura da inicio a su teoría partiendo del hecho que el médico tiene “independencia técnica”, en virtud de la cual no puede considerarse que se trata de un subordinado de la entidad asistencial cuando hablamos de la ejecución de su actuar profesional. Como consecuencia, las normas que regulan la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, no encontrarían

²⁷ Artículo 1027 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

aplicación en este panorama; y la responsabilidad vendría siendo determinada objetivamente con base en la obligación de seguridad de prestar asistencia médica mediante los profesionales de su institución (Calvo, 2016).

Resalta Picasso (2014) que el Código Civil y Comercial implicó la pérdida de cierta utilidad práctica de la figura antes enunciada por la unificación de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, lo que acarrea la imposibilidad de argumentar o acreditar en defensa de la entidad asistencial, la ausencia de culpa en la selección o en la vigilancia del médico. En el caso en que alguno de los pacientes padezca daños y perjuicios como consecuencia de la mala prestación del servicio médico por parte de un ente asistencial en general y bajo la postura clásica, la responsabilidad de éste está supeditada al incumplimiento de la obligación asumida por el médico frente al paciente; es decir, debe establecerse la responsabilidad del galeno y/o del resto del personal del establecimiento, para luego poder tenerse por acreditado “contemporáneamente” el incumplimiento de la obligación de seguridad del establecimiento de salud, cuya responsabilidad pasaría a ser “inexcusable o irrefragable” al dejarse en manifiesto la violación a la obligación antes referida. a. (Calvo, 2016).

Bueres (2006) hace la salvedad en que existe una excepción a esa “inexcusabilidad o irrefragabilidad” de la responsabilidad de la entidad, pudiendo solo probar la ausencia de culpa del médico cuando se traten de obligaciones de medios, “puesto que aunque ese factor de imputación (la culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su prueba en sentido negativo impedirá el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico”. Si por el contrario, la obligación asumida por el médico es de resultado, para el paciente es suficiente acreditar que aquel “frustró el resultado” para que entre en plena operatividad simultánea el deber de la entidad asistencial al incumplir con la obligación de seguridad, pudiendo la entidad liberarse solo al romper la relación de causalidad mediante la prueba de la causa ajena no imputable.

Haciendo ahora referencia en concreto a las Empresas de Medicina Prepaga, aparece una particularidad, y es que las obligaciones asumidas por éstas están previamente establecidas en un contrato “libremente concluido con el afiliado”, el adherente, y que en consecuencia ante el incumplimiento de cualquiera de esas obligaciones, “nacerá su deber de responder” (Calvo, 2016).

Calvo (2014) recuerda que en la actualidad, el contrato por servicios de medicina prepaga, se formaliza generalmente entre las Empresas de Medicina Prepaga y el afiliado-paciente, obligándose aquellas a brindarles a través de su personal médico, un servicio asistencial de salud conforme a las exigencias de la medicina moderna, donde el tratamiento a las afecciones y necesidades de los

pacientes, deben ser las adecuadas. Por ende, es cierto que en el supuesto específico de la medicina prepaga, el afiliado y el real prestador del servicio asistencial no han entablado una relación contractual directa, y ello llevaría a inferir bajo la postura clásica que la respuesta a la mala prestación del servicio está en el referido artículo 1027 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ello, en tanto que los afiliados, potenciales y/o futuros pacientes, adquieren el carácter de beneficiarios en un contrato en favor de terceros indeterminados, debido a que “recibirán a su requerimiento la atención médica o servicio de salud, el que ha sido previamente estipulado entre la empresa de medicina prepaga (estipulante) y los efectivos prestadores del servicio de salud (promitentes)” (Calvo, 2016).

Antagónicamente a la postura clásica, aparece la postura moderna, que resulta ser la imperante en la actualidad y la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, que se ajusta a la realidad jurídica actual, donde la medicina prepaga es un contrato de consumo, resguardado por las normas proteccionistas en la materia.

Lorenzetti (1998) destaca la imposibilidad del estudio de la relación entre la Empresa de Medicina Prepaga y el afiliado-paciente mediante la teoría de la estipulación a favor de terceros, debido a que los aspectos de mayor interés son el paciente que paga, y la empresa que presta el servicio. Para empezar, el paciente no es tercero, sino parte. Adicionalmente, la estipulación a favor de terceros se traduce en que éste último percibe un beneficio como resultado del contrato base. Lo que realmente sucede aquí es un contrato médico de adhesión y consumo, en virtud del cual lo recibido no es un beneficio, sino una contraprestación. De ser beneficiario, el paciente recibiría la atención sin debatir más, desvirtuándose la noción del consentimiento informado.

En este orden de ideas, la introducción de terceros (entidades de salud, médicos) para ejecutar el contrato en su lugar, en nada altera la naturaleza o el fundamento de su responsabilidad personal y directa, y de haber incumplimiento en la contraprestación, sea por hecho propio o por el tercero, la responsabilidad sigue siendo suya en virtud de haber sido la Empresa de Medicina Prepaga, quien contrató con el paciente. Obligacionalmente, el deudor (Empresa de Medicina Prepaga) ya es responsable directo por su condición de obligado en virtud del contrato (Picasso, 2014).

Continúa el autor, afirmando que en el caso de la medicina prepaga, el afiliado no se vincula con el galeno por su libre elección, sino por la confianza que tiene en la empresa con la que contrató. Así, debe tomarse en cuenta el principio de buena fe, bajo el cual no se concibe que el acreedor (paciente-afiliado) suscribiría el contrato de servicio asistencial, si el deudor (Empresa) quien

selecciona a los galenos que estarán a cargo de los análisis médicos, diagnóstico y tratamiento; no fuese a hacerse responsable por las fallas en dicho servicio. Finalmente, Calvo (2016) acota:

La prestación defectuosa del servicio médico a cargo del profesional, imputable a una negligencia, imprudencia o impericia, o a su dolo, reviste sideral importancia para que se configure el incumplimiento contractual de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales. Ello así porque la conducta que va a desempeñar el médico en la atención del paciente, no es más que la ejecución de la prestación principal que asumen los establecimientos; por ello, cuando esta es llevada a cabo de modo defectuoso e imputable a la culpabilidad o dolo del galeno, la citada obligación de medios se halla incumplida, y por ende, puede concluirse que los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales han incumplido con la obligación principal asumida y, por ende, deben responder frente al paciente.

2.4. Obras Sociales

Tal y como afirma Calvo (2016), en Argentina todos los habitantes están cubiertos por los servicios públicos de salud, que son gratuitos y a los que se tienen acceso cada vez que se requiera. Además de esa cobertura prevista para toda la población, los trabajadores dependientes y sus familiares tienen una cobertura adicional, cuya afiliación es imperativa y por ley impuesta: las Obras Sociales. Estas forman parte importante del sistema de seguridad social de atención de la salud en el territorio nacional, y se encuentran integradas por las Obras Sociales Nacionales, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Obra Social para los mencionados sujetos), y las Obras Sociales Provinciales.

Contrario a lo que sucede en la afiliación a la medicina prepaga, que es voluntaria; la afiliación al sistema de Obras Sociales y obligatoria por cuanto es impuesta por la ley, y en consecuencia las cuotas aportadas por el afiliado, son automáticamente descontadas de su salario. Esto es catalogado por parte de la doctrina como un “supuesto de contratación forzosa”. De cualquier manera, los aportes son de carácter obligatorio, por cuanto el patrimonio de las Obras Sociales se construye con ellos. Analicemos más a detalle las particularidades de estas entidades.

2.4.1. Ámbito de aplicación

Las Obras Sociales, conforme lo dispone la Ley N° 23.660, comprenden las Obras Sociales sindicales, las de empresas y sociedades del Estado, las del personal de dirección y asociaciones profesionales de empresarios, del personal civil y militar de las fuerzas armadas, de seguridad, Policía Federal Argentina, Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, cuando adhieran en los términos que determine la reglamentación; y toda otra entidad creada o

a crearse que, no encuadrándose en la enumeración precedente, tenga por fines los previstos en dicha ley.²⁸

2.5. Caracteres

Tienen carácter de sujeto de derecho, y están revestidas con individualidad administrativa, contable y financiera; las obras sociales sindicales, las del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios, y las constituidas por convenio con empresas privadas o públicas.²⁹

En oposición, las obras sociales de la administración central del Estado Nacional y sus organismos autárquicos y descentralizados, las de las empresas y sociedades Estatales, y aquellas no enunciadas que se creen con la finalidad de que la Ley de Obras Sociales establece; son entidades de derecho público no estatal, y sujetos de derecho con individualidad jurídica, administrativa y financiera.³⁰

2.5.1. Beneficiarios

Afirma Calvo (2016), que como beneficiarios obligatorios de las obras sociales pueden enunciarse los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en instituciones privadas o públicas, los jubilados y pensionados, los beneficiarios de prestaciones no contributivas, y el grupo familiar. Chartzman (2016) añade que en el régimen argentino actual de las obras sociales, el concepto de grupo familiar primario se ve extendido, para incluir al cónyuge, al hijo soltero no emancipado por edad o por desarrollo de actividad hasta los veintiún años, al hijo soltero mayor hasta los veinticinco años que cursa estudios regulares oficialmente reconocidos si ese hijo está a cargo exclusivo del afiliado titular, a los hijos de su cónyuge.

Existe también la posibilidad de incorporar como afiliados adherentes a las personas que convivan con el afiliado titular y reciban de éste un trato familiar de manera ostensible; y a otros ascendientes y descendientes consanguíneos del titular que esté a cargo de ellos. En el segundo de esos dos casos, se debe aportar un agregado de 1,5% de la cuota por cada afiliado adherente; porcentaje que no será exigible para quienes conviven con el afiliado titular (Calvo, 2016).

2.5.2. Condiciones para el disfrute de los beneficios

Si bien para Chartzman (2016) para disfrutar de las prestaciones ofrecidas por las obras sociales solo es necesario que el trabajador afiliado se mantenga en el ejercicio de sus funciones y percibiendo

²⁸ Artículo 1 de la Ley N° 23.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de enero de 1989.

²⁹ Artículo 2 de la Ley N° 23.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de enero de 1989.

³⁰ Artículo 2 de la Ley N° 23.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de enero de 1989.

el salario, puesto que de allí se descuentan los aportes; existen supuestos especiales en los que se mantiene para el empleado y/o su familia, el carácter de beneficiario. Dichas situaciones están previstas en el artículo 10 de la Ley N° 23.660³¹ de la siguiente manera:

- El disfrute prevalece durante todo el plazo de conservación del empleo, aun no habiendo remuneración y por lo tanto no efectuándose los aportes; en el caso de interrupción del trabajo a causa de una enfermedad o un accidente inculpable.
- Cuando hay suspensión sin goce de haberes, el carácter de beneficiario continúa durante tres meses, y de extenderse por más tiempo la suspensión, se mantendrá dicho carácter si el trabajador se voluntariamente se hace cargo del aporte y de la contribución que le corresponde al empleador.
- Cuando el trabajador preste servicio militar obligatorio, sin requerirse el pago de los aportes.
- En el caso de que una mujer trabajadora se halle en estado de excedencia, se mantiene el disfrute de los beneficios por el lapso de excedencia, si optara por hacerse cargo de los aportes y de las contribuciones patronales.
- Cuando se otorguen licencias sin goce de remuneración por motivos particulares, bajo la misma condición del caso arriba enunciado.
- De extinguirse el contrato por cualquier causa de distracto, siempre y cuando el trabajador haya desarrollado sus actividades por más de tres meses, el carácter de beneficiario permanece durante los tres meses siguientes a la fecha de la extinción.
- Bajo el supuesto de muerte del trabajador donde se extingue el contrato laboral, sus causahabientes pueden ser beneficiarios por un lapso de tres meses. Transcurrido ese tiempo, pueden seguir siendo beneficiarios al pagar los aportes y las contribuciones; hasta el momento en que esos causahabientes adquieran la condición de beneficiarios titulares.
- Si se trata de trabajadores por temporada, el carácter de beneficiario subsiste solo si efectúan el aporte y la contribución patronal; cesando al adquirir otro contrato como titulares al ser nuevamente empleado en relación de dependencia.

2.5.3. Mejoras en las prestaciones durante los últimos años

Expone Chartzman (2016) que en el año 2004 la cobertura para los medicamentos recetados al tratamiento de patologías crónicas polivalentes, aumentó del 40% al 70%. El tipo de enfermedades mencionado, amerita la administración permanente del fármaco respectivo, o en el menor de los casos

³¹ Artículo 10 de la Ley N° 23.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de enero de 1989.

el consumo recurrente con alta prevalencia de uso; entre ellas se incluyen las enfermedades cardiovasculares, respiratorias, neurológicas, reumáticas, entre otras. Así, se beneficia especialmente a los afiliados de obras sociales nacionales, agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud y a los socios de empresas de medicina prepaga.

2.5.4. Responsabilidad de las Obras Sociales por la mala prestación del servicio asistencial

Tal y como sostiene Calvo (2016), la responsabilidad de la obra social frente al afiliado se activa cuando se incumple con la prestación asistencial a la que aquella está obligada y el paciente tenía derecho a disfrutar. Indica el autor, que tal responsabilidad también se configura cuando hay deficiente prestación del servicio de salud al que se obligó, “asumiendo frente al afiliado una obligación de seguridad por la eficiencia de dicho servicio”, excepto cuando la modalidad sea por reintegros.

Prevalece la responsabilidad en los casos de prestación deficiente del servicio como resultado de la negligencia de los galenos y demás profesionales de la salud intervinientes que “figuran en las listas que la obra social pone a disposición del afiliado para su elección”. Por el contrario, si el profesional o el establecimiento médico que incurriere en culpa, es libremente elegido por el afiliado sin que haya estado entre las opciones presentadas por la obra social; ésta se exime de responsabilidad (Calvo, 2016). El autor citado *ut supra* procede a acotar lo siguiente:

De tal modo, nace así entre los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga u obras sociales — por un lado-, y los pacientes -por el otro- una relación de consumo, en virtud de la cual aquéllos responden contractualmente, de modo directo, por el incumplimiento de las obligaciones que asumieron, entre las cuales, claro está, se encuentran incluidas las diligentes atenciones médicas brindadas por los médicos que integran el staff del hospital, clínica o sanatorio, o que fuera ofrecido como prestador en la cartilla de la empresa de medicina prepaga u obra social (pág. 15).

Cerramos este punto, con la síntesis de Calvo (2016) en la materia, que la obra social a la que se encuentra vinculado el paciente-afiliado, está en el deber de garantizar la conducta que vayan a desempeñar sus médicos, debido a que eso debe la obligación su razón de ser, constituyendo la prestación principal que ha asumido la entidad en cuestión. Así las cosas, a causa de una conducta médica defectuosa, imputable a la culpa o dolo del galeno; aparecerá el efecto del incumplimiento de la obligación principal, acarreado la responsabilidad de la obra social, quien adquiere el carácter de deudor principal.

2.6. Derechos del Paciente

En este punto es importante traer a colación las palabras de Lovece (2015) en cuanto a que los derechos personalísimos dentro del subsistema jurídico están interconectados entre sí, de donde nace una estructura integral en la cual, cualquier restricción impuesta a alguno de esos derechos, repercute sobre los demás, viéndose afectada su funcionalidad y su libre ejercicio.

Para la citada autora, la concepción integral del ser humano como sujeto de derechos, es reconocida por el Derecho Argentino, ofreciendo protección en los diversos roles que ese individuo desempeña en la sociedad. Este es el caso de la Ley de los Derechos del Paciente y la Ley de Defensa del Consumidor luego de la reforma introducida por la Ley N° 26.361, la Ley de Protección y Defensa de los Consumidores; y consonantemente con los anteriores, el Código Civil y Comercial.

Es por tal motivo, que los derechos estudiados en esta sección, serán simultáneamente enunciados a la luz de las normas referentes a la persona como sujeto, y a las relacionadas con el individuo como consumidor.

Entre los puntos de mayor relevancia en que convergen los arriba enunciados instrumentos, es que se reconoce que la persona protegida se halla en una situación de debilidad y vulnerabilidad merecedora de una tutela específica: siendo paciente, el sujeto está en desventaja frente a todos los agentes del sistema sanitario sin distinción alguna; como consumidor, la relación de poder es asimétrica respecto de los entes económicos que forman parte de la relación de consumo; y en condición de destinatario final de un servicio de salud que le debe ser prestado en condiciones de seguridad, como principio general del derecho reconocido por la Carta Magna, aplicable a todas las relaciones jurídicas sean o no de consumo (Lovece, 2015).

La protección de la que se ha venido hablando, sostiene la autora, trasciende la persona como ser individual y el “vínculo contractual específico”; por cuanto, tomando como ejemplo que la ley reguladora en materia de derechos de los pacientes, se protege a sus familiares y acompañantes en cuanto a la dignidad de ellos se refiere. Así también, las normas de protección al consumidor y/o usuario no solo resguardan los derechos del contratante directo, sino también a quien sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella utilice o adquiera bienes o servicios y también a aquel que de cualquier manera se encuentra expuesto a una relación de consumo.

A todo lo ya desglosado, se añade que la aplicación de las normas proteccionistas tiene lugar indistintamente si se está ante una persona pública o privada del efector sanitario o del proveedor, en virtud de que tanto el artículo 23 de la Ley de los Derechos del Paciente como el artículo 65 de la Ley

de Defensa del Consumidor, determinan que las normas contenidas en tales instrumentos son de orden público, y que el incumplimiento de las obligaciones jurídicas dispuestas en aquellas, “representan incumplimientos formales que acarrearán responsabilidad objetiva directa y autónoma independientemente de la existencia o no de daño afianzando de esta forma su carácter preventivo” (Lovece, 2015).

2.6.1. Derecho al trato digno

Siguiendo a Tambussi (2014), el trato equitativo y digno está consagrado por la Carta Magna, sin distinciones y sin discriminación alguna; entendiendo por dignidad, el trato justo en la relación jurídica (en este caso médica y de consumo), respetando la vida, la salud y la integridad física de los sujetos de derecho. Concatenadamente, la Ley de Derechos del Paciente dispone:

El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.³²

También sigue esta directriz el Código Civil y Comercial al versar:

Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse a desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.³³

2.6.2. Derecho de información

El derecho a la información como paciente y como consumidor, es de suma importancia en las relaciones que ese sujeto establezca en virtud de la salud. La información permite que la persona tome decisiones fundadas y racionales, partiendo de la libre elección basada en el consentimiento informado. A su vez, se brinda al individuo, la adecuada utilización del producto, servicio o tratamiento (según sea el caso) de modo no riesgoso, repercutiendo en derechos como la seguridad y la protección de sus intereses patrimoniales (Tambussi, 2014).

En esta inteligencia, el citado autor arguye que la información necesaria es aquella veraz, libre de contenidos falsos o engañosos; detallada, desglosando sus particularidades; suficiente, es decir, apta para que la persona pueda conscientemente decidir; eficaz, posibilitando la participación de la persona

³² Inc. b. del Artículo 2 de la Ley N° 26.529. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de noviembre de 2009.

³³ Artículo 1097 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

sin duda alguna sobre el acto que va a realizar, con plena conciencia y conocimiento sobre el mismo; cierta; objetiva, sin desvirtuar el sentido, los efectos y los alcances de la relación; absoluta, sin restricciones donde se sepan cuáles son todas las obligaciones principales y accesorias comprendidas; oportuna; y transparente.

Así la Ley de Derechos del Paciente dispone que el paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria que está vinculada a su salud, destacando que forma parte de ese derecho, el de no recibir la referida información.³⁴ También, la Ley de Defensa del Consumidor versa que: “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”.³⁵

Sigue esos lineamientos el Código Civil y Comercial de la Nación al fijar la obligación del proveedor, de suministrar al consumidor clara, gratuita, cierta y detalladamente; todo cuanto se relacione a las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y cualquier otra información relevante en para el contrato.³⁶

2.6.3. Derecho de seguridad

La seguridad, como expresión de protección jurídica de las personas, en sus derechos económicos y extraeconómicos, es reconocida como un derecho por la Constitución Nacional y respaldada por el derecho internacional. Su respeto y resguardo es “imperativo, vinculante y obligatorio para asegurar la integridad y la dignidad del ser humano” (Lovece, 2015).

Es por ello que la Ley de Defensa del Consumidor prevé que las cosas y servicios deben ser prestados o suministrados en forma tal que si se emplean de condiciones previsibles o normales de uso, carezcan de peligrosidad para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.³⁷ Por su parte, el Código Civil y Comercial no regula expresamente la obligación de seguridad. Empero, sí fija dos funciones de la responsabilidad en cuanto a la seguridad. La primera de ellas trata la función preventiva, directamente vinculada al principio general de seguridad que es de carácter objetivo tal y como se explicó con anticipo en el supuesto de responsabilidad de las Empresas de Medicina Prepara

³⁴ Inc. f. del Artículo 2 de la Ley N° 26.529. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de noviembre de 2009.

³⁵ Artículo 4 de la Ley N° 24.240. Boletín Oficial de la República Argentina, del 15 de octubre de 1993.

³⁶ Artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³⁷ Artículo 5 de la Ley N° 24.240. Boletín Oficial de la República Argentina, del 15 de octubre de 1993.

por una mala prestación del servicio. La segunda, por el deber que toda persona tiene de evitar causar un daño, adoptando todas las medidas razonables para la eventual producción del mismo.³⁸

La responsabilidad objetiva nace por incumplimiento de su obligación de seguridad, con base en la cual el ente debe ser sumamente estricto con los cuidados del paciente; y no siendo ellos suficiente, incrementó el riesgo; puesto que su obligación no consiste únicamente en prestar asistencia en materia de salud para lograr una mejoría del paciente sino que, además, no puede por acción u omisión generar daños atípicos (Lovece, 2015). Razona Lovece (2015) lo siguiente:

El estándar de seguridad impuesto tanto por la Constitución Nacional como por la normativa específica es elevado a un nivel superior que el requerido en las relaciones tradicionales y, además el nuevo criterio determina la expansión de su responsabilidad por el cumplimiento a todos los partícipes de la relación de consumo médico-asistencial en tanto lo que se ha instaurado es una responsabilidad de fuente legal específica que encuentra basamento en el deber genérico de no dañar.

Antes de cerrar este punto, es menester aclarar que los derechos analizados no son los únicos, pero sí los más relevantes para el objeto de estudio del presente trabajo; pudiendo referirnos al derecho a la confidencialidad, a la intimidad, no discriminación; que derivan de los derechos antes tratados.

2.7. Programa Médico Obligatorio

Antes que nada, es necesario precisar qué es el Programa Médico Obligatorio, para lo cual tomaremos la opinión de Chartzman (2016) al respecto: es una canasta de prestaciones básicas que todo seguro de salud está obligado a cubrir. Belló y Becerril-Montekio (2011) señalan que el conjunto de prestaciones comprendidas en el Programa Médico Obligatorio, que también incluye la distribución del medicamento recetado para la patología de que se trate; es muy amplio, alcanzando a cubrir el 95% de las causas de consulta ambulatoria, atención quirúrgica y hospitalaria, atención odontológica, salud mental, rehabilitación y cuidados paliativos.

Asimismo, resaltan los aludidos autores que tanto las Empresas de Medicina Prepaga como las Obras Sociales, están obligadas a prestar el servicio asistencial atendiendo el Programa Médico Obligatorio que emanó del Ministerio de Salud, y cuyo cumplimiento es supervisado por la Superintendencia del Sistema de Salud que pertenece a ese ministerio. Es relevante acotar, que ni las Obras Sociales Provinciales (a pesar de ofrecer un cúmulo explícito de prestaciones básicas) ni las entidades del sector privado que no estén insertas en la modalidad de Medicina Prepaga, por cuanto ofrecen atención médica como contraprestación al pago de contado por parte del paciente; quedan

³⁸ Inc. a y b. del Artículo 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

excluidas de la obligación de ofrecer el programa. Siendo así, se da pie a la “existencia de diferentes esquemas provinciales de beneficios” (Belló y Becerril-Montekio, 2011)

Tampoco es aplicable el Programa Médico Obligatorio, a los establecimientos de salud pertenecientes al sector público. El mismo es regulado provincial y municipalmente, por los Ministerios de Salud de las Provincias, y presta servicios de acuerdo a los criterios establecidos por estos últimos.

Chartzman (2016) estima pertinente recordar que el programa médico que precedió al que en esta oportunidad nos atañe, contaba con fallas estructurales “desde el momento mismo de su creación”, produciendo que la gran mayoría de los agentes del seguro de salud estuvieran impedidos para cumplirlo. Ello generó que los beneficiarios dejaran de percibir las prestaciones en su totalidad, alterándose el principio de solidaridad que cimentaba y justificaba la creación de Obras Sociales en Argentina.

Todo lo anterior desembocó en la creación del programa actual, el cual tenía un notable trasfondo político, que pretendía mejorar los aspectos económicos, de seguridad jurídica y de política sanitaria. Sucede en la actualidad, que las Empresas de Medicina Prepaga, en ocasiones rechazan la cobertura de ciertas patologías, fundamentándose en que dicho tratamiento no está amparado por el Programa Médico Obligatorio (Mendizábal, 2016).

Este autor estima que el Programa Médico Obligatorio, es “un piso, pero no un techo”, en virtud de que las patologías cubiertas por el programa y su respectivo tratamiento, representan un mínimo prestacional. En otras palabras, las prestaciones expresamente comprendidas por el programa, son indiscutiblemente obligatorias y no pueden ser denegadas; tomando en cuenta que esas prestaciones no están limitadas al sistema *numerus clausus*, sino que por el contrario se trata de un *numerus apertus* donde las prestaciones taxativas, no son las únicas que el ente asistencial está obligado a prestar.

El derecho constitucional a la salud, en ninguna instancia puede considerarse limitado por las normativas del Programa Médico Obligatorio; ya que el uso de una norma reglamentaria no está facultado para menguar la interpretación más favorable prevista en la Carta Magna, que permita una “mayor y mayor protección de la persona”. Por el contrario, es precisamente ese derecho y toda su amplitud, el fundamento interpretativo de que deben servirse las normas de menor jerarquía para alcanzar el cumplimiento de su objeto y fin (Mendizábal, 2016).

Conviene en lo anterior Webb (2010) la negación por parte de los entes asistenciales en prestar un determinado servicio de salud, no puede justificarse válidamente (al menos en el campo jurídico)

con la presunta limitación impuesta por el Programa Médico Obligatorio. Éste solo es el punto de partida, el marco referencial, en pro de dar cumplimiento efectivo de los preceptos del bloque constitucional respecto al derecho a la vida y a la salud. Las prestaciones son enunciativas y no taxativas; pudiendo añadirse otras que en el marco normativo constitucional y legislativo interno e internacional amparan a la vida y a la salud.

Rechazar la cobertura respecto de aquellas patologías no contempladas expresamente por el programa, significaría que las resoluciones mediante las cuales se ha dado creación y modificación al Programa Médico Obligatorio, detentan mayor rango que los preceptos constitucionales que arropan el acceso integral a la salud (Mendizábal, 2016).

...el sistema jurídico en el que se encuentra inserto el derecho a la salud configura una integralidad, en la que actúa, entre otros, el denominado principio *pro homine* (art. 29 de la Convención Americana), "el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el sistema interamericano."³⁹

Siempre que se esté frente a dos posibles interpretaciones del derecho a la salud, debe aplicarse el principio *pro homine* que tiende a la interpretación integradora, por encima de la restrictiva.

La interpretación restrictiva del derecho a la salud, contraviene el objeto y fin de los derechos humanos, y perjudica el "efecto útil" de las normas que lo reconocen y la garantía de protección que instaura. Tradúzcase esto, en que se deja a la persona titular de los derechos, en una situación de inseguridad jurídica, pero por sobre todo la expone a una circunstancia de desamparo (Mendizábal, 2016).

El referido autor, anota que tampoco es aceptable el argumento de que "nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda" para justificar la negativa del ente de salud, debido a que dichos establecimientos están comprometidas, no solo contractual y socialmente, sino que también están sujetas a un régimen de responsabilidad jurídica que cobra vida mediante el incumplimiento de las obligaciones implantadas por la ley. Otro argumento descartado por Mendizábal (2016) en la justificación de este tipo de conductas, es el "principio de división de poderes". Este principio no puede invocarse en justificación de las omisiones en las que incurren otros poderes. Si la Administración se atrasa u omite la inclusión de nuevas prestaciones en el catálogo del Programa Médico Obligatorio; y por ello es legítimo que ellas sean desconocidas por las entidades prestadoras de servicio de salud; los

³⁹ Artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de marzo de 1984.

pacientes que requieren dicho tipo de asistencia, “se enfrentarían a un estado alarmante de desprotección, a la espera milagrosa de su inclusión”.

En resumen, la constitucionalidad del derecho a la salud en sentido amplio, y de la adopción de las medidas públicas destinadas a protegerlas, como es el caso de la creación y constante actualización del Programa Médico Obligatorio; se vulnera con conductas eminentemente inconstitucionales como el rechazo del que aquí se ha hablado, y en tal sentido, la obligación de protección a la salud por parte de las Empresas de Medicina Prepaga y las Obras Sociales, no se agota con el cumplimiento de las prestaciones expresamente contenidas en el programa, ya que ellas son meramente referenciales.

La premisa central para hacer efectivas las acciones de comunicación en promoción de la salud, está vinculada a la elaboración de planes y acciones que brinden las estrategias y soportes sustentables que se diseñen además en el marco de las políticas nacional y provincial.

Jurisprudencialmente, se ha instaurado un debate en el cual se ha cuestionado profundamente el contenido del aludido programa en materia de salud. Así, pues, se ha determinado que, pese a los argumentos esgrimidos por diversas empresas de medicinas prepaga, en los cuales se denuncia la estaticidad y retroceso de los implementos que devienen del PMO, los máximos intérpretes judiciales aducen que “(...) la circunstancia de que ciertas prestaciones no hayan sido expresamente previstas en el PMO no obsta su otorgamiento, pues aquellas constituyen un piso mínimo al cual se encuentran obligados los agentes del servicio de salud”⁴⁰.

Claramente, la intención que han tenido los juzgadores para afirmar la posibilidad de adición y complemento de medidas e implementaciones médicas al Programa Médico Obligatorio, supone la posibilidad concreta de establecer un vínculo entre tratamientos alternativos a la canasta básica médica del PMO, y consecuentemente, a ampliar el margen de protección del derecho a la salud de los ciudadanos argentinos. Sin embargo, suelen generarse inconvenientes e imprecisiones en torno a las consecuencias jurídicas específicas que derivan del PMO, y la dinámica de los entes prestadores del servicio de salud, especialmente, las empresas de medicina prepaga.

Justo en ese entorno problemático, se hace idónea la consulta sobre la probabilidad manifiesta de acudir a las disposiciones asentadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, sobre la protección del derecho a la salud, especialmente, en los casos donde se requiere de soluciones jurisdiccionales expeditas *so pena* del acaecimiento de consecuencias irreversibles. Al respecto, y con

⁴⁰ Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, Sala II, “*L., M. L. y otro c. OSDE s/ amparo*”, sentencia del 14 de mayo del 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

el propósito de proporcionar una visión concisa sobre el rol que dicho instrumento ocupa en tal escenario, Bancoff (2017), explica que:

En materia de salud y conforme los bienes e intereses en juego resulta de particular trascendencia la introducción en el Código de fondo de la acción preventiva de daños, la que tal puede materializarse tanto en una medida autosatisfactiva como una tutela anticipada. Ello dado que la urgencia y premura en la toma de decisiones en la materia hacen necesario que los magistrados "pongan el acento en el valor eficacia", para que no se torne en quimera este derecho fundamental del hombre, pero siempre respetando las reglas del debido proceso (p. 1).

Así, pues, y con fundamento en la interpretación doctrinal aducida sobre el mencionado código unificado, es posible obtener una medida autosatisfactiva (al menos, en el plano potencial), que verse sobre la aplicación de las intervenciones médicas que sean necesarias para salvaguardar un derecho humano fundamental como lo es el derecho a la salud. Ello, *per se*, se constituye -en conclusión- en una de las más importantes garantías que devienen de la conjunción constitucional, legal y jurisprudencial, con el propósito de generar caminos tangibles a través de los cuales los ciudadanos puedan exigir la tutela efectiva e intervención estatal en pro de la salvaguarda del derecho a la salud.

2.8. Comunicación y Promoción de la Salud

La comunicación para la salud brinda la posibilidad de intervenir sobre realidades y problemáticas diversas. Para ello, se requiere el mejoramiento progresivo de las capacidades para informar, sensibilizar, movilizar e impulsar transformaciones a partir del trabajo conjunto de los diversos actores sociales involucrados.

La atención primaria de la salud está relacionada con una actitud integral, preventiva, rehabilitadora y no solo curativa. Para ello, es necesario que las personas se involucren. Si ello no sucede implica que falta no hay una comunicación fluida entre médico y paciente que facilitaría el aprendizaje de ambos.

Las principales líneas de acción de las estrategias de comunicación son:

- Planificación estratégica: que establezca prioridades a partir de acuerdos con los actores involucrados en la toma de decisiones y diseñe acciones prioritarias y específicas que contemplen las características sociales, culturales y sanitarias de la población, las necesidades de gestión y los objetivos de los programas priorizados.

- Realización de campañas en medios de comunicación: destinadas a grupos focalizados orientadas a información y conocimiento público, sensibilización, concientización y movilización social.
- Acciones de empoderamiento: que brinden herramientas para la toma de decisiones, prácticas y hábitos saludables en el contexto de los recursos disponibles.
- Abogacía de medios: impulso de acciones relacionadas con el seguimiento de la cobertura de los medios, contacto con periodistas y seminarios para periodistas, entre otras.
- Acciones de comunicación comunitaria y alternativa que contemplen las particularidades de las realidades locales y que respondan a las políticas de salud prioritarias. El trabajo puede desarrollarse en diversos escenarios como centros de salud, centros de integración comunitaria, y otros convocantes para la comunidad.

Conclusión

Podemos concluir que el Sistema de Salud Argentino está compuesto por tres grandes sectores: el sector público, el sector del seguro social obligatorio y el sector privado.

Dentro del sector privado están las Empresas de Medicina Prepaga, cuyos contratos con sus afiliados, son en efecto de adhesión y de consumo por cuanto el afiliado decide si acepta o no las condiciones del servicio de atención médica, sin posibilidad de negociar el contenido de las cláusulas contractuales; y en virtud de que el servicio se presta con la intención de llegar a un destinatario final. Como consecuencia, la responsabilidad de esas empresas es objetiva ante fallas en el servicio y aún en casos de mala praxis de los médicos y establecimientos de salud ejecutores del contrato.

Sea en calidad de paciente o en calidad de consumidor, la persona cuenta con protección por parte del Legislador argentino, debido a su condición de débil jurídico en las relaciones que ella establece con motivo de la salud. Los principales derechos que se encuentran en juego y que son especialmente abrigados tanto por la Constitución, las leyes especiales en la materia, y el Código Civil y Comercial de la Nación, son: el derecho a la dignidad, el derecho a la información y el derecho a la seguridad; resaltando que estos no son los únicos, sino que pudiera entenderse que los demás derivan de los tres derechos referidos.

El Programa Médico Obligatorio es constitucional, y consiste en un catálogo de prestaciones meramente referencial, no pudiendo las Obras Sociales ni las Empresas de Medicina Prepaga, rechazar o negar el disfrute a prestaciones que no estén expresamente contenidas en el programa, puesto que el

derecho a la salud debe interpretarse bajo el principio *pro homine*, descartando la interpretación restrictiva de las disposiciones referentes a esta materia, pues eso sí sería inconstitucional y causaría desamparo a los pacientes.

Capítulo 3: Jurisprudencia relevante respecto del Derecho a la Salud

Introducción

El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho humano con amplia regulación en el ordenamiento jurídico argentino, no siempre resulta en la garantía real de provisión de los servicios médicos que necesitan los ciudadanos de los agentes de salud, especialmente en casos de enfermedades crónica o que ponen en riesgo la vida o no tiene tratamiento comprobado para su abordaje, los que, en muchos casos requiere de prestaciones a las que estos agentes afirman no estar obligados a proveer.

En el presente trabajo se pretenden analizar los casos en los que los ciudadanos debieron hacer uso de recursos judiciales para lograr la cobertura requerida, haciendo especial énfasis en casos críticos, en los que la salud y la vida pueden estar en riesgo y en aquellos en que las prestaciones pudieran estar fuera de la cobertura legal PMO o contractual según el caso.

Para el análisis se escogieron cinco fallos, los que luego de una breve descripción, extraeremos la doctrina judicial que se desprende de ellos. Para apreciar el alcance de la doctrina judicial, se describirá brevemente los argumentos de las posiciones planteadas para la solución del caso, poniendo especial cuidado en determinar el o los problemas jurídicos que dan lugar a las diversas interpretaciones. El problema o problemas se plantearán a manera de pregunta que enuncie los elementos del problema y sirva para otros casos en situación similar.

3.1. Caso “Waltuch de Nussenbaum, Elena C/ contra Medicus S.A s/ sumarísimo de salud”⁴¹

En el caso particular de Argentina, el fenómeno de la judicialización del Derecho a la Salud alcanzó su máximo punto con la reforma constitucional de 1994 (que ya venía precedida por un impresionante número de sentencias judiciales que fallaron a favor de los peticionantes); y que otorgó jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales referentes a los derechos humanos (entre ellos, obviamente el de la salud). Esta es la razón por la cual el estudio de este fenómeno se halla aun en estado embrionario (Gotlieb, 2016).

Primeramente, el sistema de salud nacional está estructurado con base a tres sub-sistemas: el público, cuyo financiamiento está a cargo de los poderes nacionales, provinciales y municipales; el privado, que engloba la organización por medio de las empresas de medicina prepaga; y la seguridad social, con financiamiento de las obras sociales sindicales, provinciales y nacionales y provisto por efectores propios o del sector privado. Dentro de esta estructura y a causa de una mala gestión y

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, “Waltuch de Nussenbaum, Elena c/ Medicus S.A.”, sentencia del 24 de septiembre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/36783/2015>.

rectoría por parte de las autoridades sanitarias, se intensifica la sectorización, ya que el acceso a la atención sanitaria y la cobertura que disfruta cada individuo resulta marcada por su condición socioeconómica y contributiva (Gotlieb, 2016).

Adicional a lo anterior, no existe en Argentina una ley de salud que establezca parámetros generales a lo largo y ancho del territorio. En cambio, esta tarea es encomendada a normas provinciales y municipales que contemplan disimilitudes en cuanto a las prestaciones. Seguidamente, tratando ya lo concerniente al trámite del proceso judicial, indican los invocados autores que los casos allí atendidos son abordados de forma individual con visión de derecho privado, mediante acciones de amparo tramitadas con urgencia, en pro de la satisfacción de las necesidades específicas de los litigantes a los que les fue negada la prestación del servicio por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, y en menor medida contra el Estado en sus distintos niveles jurisdiccionales. Como resultado, se obtienen sentencias que se limitan exclusivamente a resolver situaciones puntuales, sin intención de ahondar en las consideraciones que en última instancia irían a beneficiar a la colectividad, especialmente a los sectores menos privilegiados; patrón que se repite en tribunales *a quen* y *ad quo*.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, dictó decisión el 24 de septiembre de 2015, que confirmó la sentencia apelada en la que se condenó a la empresa de medicina prepaga demandada, a brindarle a la actora la cobertura total (100%) de la prótesis y de la intervención quirúrgica necesaria para el reemplazo de la válvula aórtica percutánea.

Por vía de amparo la parte actora pidió la cobertura del 100% de la prótesis e intervención quirúrgica necesaria para el reemplazo de la válvula aórtica percutánea (TAVI) con prótesis “*Core Valve*” con costas; la empresa de medicina prepaga, apeló de la sentencia con fundamento en que, por un lado, no había consenso médico argentino sobre la efectividad de la intervención quirúrgica indicada y, por el otro, objetó el alcance amplio que en la decisión apelada se le otorgó al Programa Médico Obligatorio como cobertura mínima exigible (Garay y Jaimarena Brion, 2015). La prepaga se justifica en que el procedimiento, pese a haber sido indicado por el médico tratante que es parte de su *staff*, no se encuentra incluido en el consenso de valvulopatías de la Sociedad Argentina de Cardiología y critica la interpretación que el *a quo* hace sobre el alcance de la cobertura del Programa Médico Obligatorio (PMO) que, a su entender, es un piso de prestaciones debajo del cual nadie debe ubicarse, pero por encima del cual los agentes están facultados (por propia voluntad) a ampliar la cobertura en sus planes de salud, asumiendo que no tiene obligación a la prestación fuera del Programa médico obligatorio.

La Res. 201/2002 M.S, no incluye el tratamiento indicado a la amparista; se discute si la no inclusión en el PMO implica que la empresa de medicina prepaga no está obligada a la cobertura y únicamente puede acordarla de manera voluntaria. Se cuestiona que un procedimiento que no cuenta con el consenso de la sociedad médica argentina en la materia, puede ser aplicado a la paciente en virtud de la indicación de su médico tratante. Las preguntas a resolver en el fallo son: ¿Es potestativo del agente del sistema nacional de salud la ampliación de la cobertura a un tratamiento no enumerado en el catálogo de la resolución 201/02 MS? ¿Existen condiciones para ampliar la cobertura contenida en la Res. 201/02? Si así fuere ¿Cuáles se expresan en el fallo? ¿Puede la empresa de medicina prepaga objetar la indicación del médico tratante de cartilla? ¿Los consensos científicos tienen mayor valor que la opinión del médico tratante de cartilla en la determinación de la aptitud de tratamiento?

3.1.1. La doctrina del caso concreto

En el fallo objeto de análisis se discute sobre la aplicación de dos tesis interpretativas sobre el alcance del PMO, la tesis del paciente está basada en que la interpretación de prestaciones básicas debe tener en cuenta la finalidad del sistema, que no es otra que la garantía del derecho a la salud - argumento teleológico-, y la tesis de la empresa de medicina prepaga se pretende apegar a la interpretación literal de PMO, en el sentido de considerar sólo obligatorias la enumeración cerrada de las prestaciones médico asistenciales allí contenidas en virtud de la calificación de obligatoria que se da a esa lista –argumento a rúbrica-.

La Corte confirma la tesis, ampliamente reiterada (Garay y Jamairena Brión, 2015), según la cual no puede quedar a decisión exclusiva del prestador de servicio de salud, si provee o no cobertura a un tratamiento o procedimiento, no incluido en el PMO, pero que necesita el paciente.

El fallo expresa categóricamente que ausencia del procedimiento en la Res 201/02, no puede, interpretarse como una justificación para negar un tratamiento que, se haya demostrado, el paciente necesita, ya sea para una mejora en su salud o como cuidado paliativo para mitigar un dolor lacerante y terminal. La Cámara califica la interpretación dogmática que plantea la demandada, como aberrante, por carecer de logicidad respecto del bien tutelado por la norma – derecho a la salud-, y el fin que esta persigue, que es la de proporcionar medios aptos y eficaces que podrían ser aplicados al paciente asegurándole una mejoría o la mitigación de su sufrimiento.

La decisión se afinca en el carácter sub legal de la Res. 201/02, normativa que lejos de servir de obstáculo a garantizar el derecho a la salud, entendido como el derecho al más alto nivel de bienestar

físico, mental y social⁴², debe ser un instrumento para garantizarla, por lo que ante la evidencia de que el procedimiento proveería el más alto nivel de bienestar, traducido en una mayor probabilidad de supervivencia, la cobertura del tratamiento deviene en obligatoria para la prepaga. De allí que la sentencia sostenga que la ampliación del catálogo del PMO se permite, cuando se demuestre que es la única manera de preservar el derecho a la salud en el caso particular, prevalece entonces el argumento teleológico. La Corte también rechaza la interpretación de la empresa, bajo el argumento de reducción al absurdo, afirmando que la interpretación de las leyes de salud y su conjunto de normas reglamentarias que conduzca a frustrar la tutela amplia y generosa de los derechos constitucionales resulta incompatible con los principios de hermenéutica jurídica.

Por cuanto los procedimientos requeridos no están en el listado oficial, la empresa ha asumido, y así lo reconoce la Corte, que se requiere de un proceso donde se declare como necesaria la inclusión del procedimiento en el caso concreto, juicio en el cual el amparo constitucional, es el medio de elección.

La prepaga en este caso interpreta que el procedimiento quirúrgico debe tener la aprobación del los expertos argentinos –argumento de autoridad-, la paciente afirma que sólo debe atenderse a la necesidad del tratamiento en relación con la protección del derecho a la salud y la inadecuación del procedimiento quirúrgico cubierto –argumento teológico-

En este sentido, la respuesta a la interrogante sobre la condiciones para la ampliación de cobertura, el fallo lo sujeta a: (i) la indicación por el médico tratante y (ii) que el tratamiento sea apto y eficaz para tratar la dolencia diagnosticada o aminorar el sufrimiento, en este caso el reemplazo de la válvula era el único tratamiento posible, considerando las bajas probabilidades de supervivencia de la paciente y el fracaso del procedimiento que sí está contenido en la Res 201/02 –valvuloplastia- y que ya le había sido aplicado a la paciente, esas condiciones evidencian la necesidad de proporcionar el mejor nivel posible en cuidados de salud, en oposición a la pretensión de la demandada de limitarse a ofrecer el mínimo, pese al mal resultado previsible en la salud de la paciente.

A la interrogante sobre la potestad del agente de salud de objetar el criterio del médico tratante la Cámara decidió que, la prepaga no puede sustituir el criterio del médico tratante eficazmente -con el efecto de producir el efecto deseado-, pues el galeno hace un seguimiento del paciente y por ello maneja un mayor cúmulo información sobre él y, además, es el único responsable del diagnóstico y

⁴² Ley 24.658. Boletín Oficial de la República Argentina, 17 de julio de 1996.

tratamiento indicado, el Juzgado reitera en este aspecto el criterio expresado previamente⁴³. Aquí el juzgador, frena una situación que con facilidad resultaría en un pobre cuidado de los pacientes, ya que, si quien toma la decisión sobre el tratamiento no tiene responsabilidad alguna en los posibles daños que produzca, la tendencia del agente de salud pudiera ser a modificar los tratamientos indicados por el galeno, para sustituirlos por aquellos que maximicen sus ganancias o minimicen sus pérdidas. Al excluir la opinión del agente de salud de la decisión sobre la aptitud y eficacia del tratamiento, se avanza en el logro estado de máximo bienestar que propone la norma constitucional.

Si bien en la sentencia se analiza el valor de los consensos científicos con el apoyo de perito médico forense, estableciendo que los consensos médicos, entendidos como una reunión de expertos versados en un tema que recaba la literatura existente sobre un tema y cuyas conclusiones se utilizan como guía, asume que las opiniones de expertos pueden ser disímiles y ninguna de ellas deben considerarse determinantes para la paciente, estableciéndose que lo determinante era la afirmación del perito de que era el único tratamiento posible, pues la valvuloplastía resultaba en un alto riesgo de muerte.

La sentencia no desestima del todo los consensos, al apreciar que el tratamiento cuenta con la opinión favorable de los expertos americanos y europeos, a pesar de no contar con el consenso argentino. Queda en evidencia que el criterio de los expertos, ajenos al caso, está subordinado al del médico tratante, máxime cuando se ha determinado que el procedimiento indicado es la única vía posible para la paciente, conclusión confirmada, por los expertos médico-forense.

En este caso particular Garay y Jamairena Brion (2015) destacan la “recta interpretación que se hace sobre el alcance del Programa Médico Obligatorio” (p. 3), que contrasta con la “interpretación restringida de los agentes del sistema nacional de salud sobre el alcance del PMO” (p.3), la que califican como una “excusa baladí e insustancial” (p.3) para incumplir con sus obligaciones. Finalizan celebrando la claridad del fallo al dar preeminencia a la aplicación de la constitución en la interpretación de las normas legales y sublegales.

En criterio de Garay y Jamairena Brión (2015), la sentencia objeto de análisis refleja la doctrina judicial pacífica y uniforme acerca del amplio alcance que le otorga la magistratura al PMO citando tres precedentes de la misma cámara⁴⁴ en los que se afirmó que la enumeración del PMO no es taxativa

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, “EMA y otro c/OSEAC”, sentencia de 2011. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, “R. M. B. c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados” s/ amparo”, sentencia de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

respecto de la cobertura mínima, sino que ello debe adecuarse según las necesidades individuales de los beneficiarios.

3.2. Caso “S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/sumarísimo”⁴⁵

La Corte Suprema (CSJN), el 15 de marzo de 2016, hizo a lugar el recurso extraordinario interpuesto por el Centro de Educación e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC), al considerar que el fallo recurrido no expuso argumentos que soporten la obligación de los demandados a brindar la cobertura requerida. La sentencia ordena se dicte nueva decisión.

El padre-curador de una discapacitada demandó en amparo a una empresa de medicina prepaga a la que está afiliado, mediante plan cerrado, a la cobertura del tratamiento a prestarse en una institución fuera de la cartilla de tratamientos incluidos y del PMO.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la acción de amparo, en consecuencia, condenó a dicha Entidad, a proveer la cobertura integral de ciertas Prestaciones consistentes en el acceso a un Centro Educativo Terapéutico Especial –en jornada completa-, en la *Fundación Tobías*, fuera del PMO, y que requiere su hija a raíz de su discapacidad producto de trastorno del espectro autista: tratamiento terapéutico educativo de jornada completa durante todo el año, equinoterapia e hidroterapia, terapia relacional, medicación con divalproato de sodio y risperidona y el transporte para acudir a esas actividades.

Contra esa sentencia la empresa prepaga propuso recurso extraordinario, con fundamento en que la decisión de la alzada se aparta, manifiestamente, de las constancias de la causa que son relevantes para la solución del litigio especialmente en lo dispuesto en el contrato de medicina prepaga.

La Res. 201/2002 M.S, no incluye el tratamiento cuya cobertura, tampoco se incluye en la cartilla de prestaciones del contrato; se discute si la corte debió considerar los términos de éste en su decisión. La pregunta a resolver en el fallo son: ¿Debe el juzgador considerar los términos del contrato para determinar si el agente del sistema nacional de salud está obligado a cubrir tratamiento indicado por médico fuera de la cartilla?

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Caso S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/sumarísimo”, sentencia del 15 de marzo de 2016. Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--centro-educacion-medica-investigaciones-clinicas-norberto-quirno-sumarisimo-fa16000051-2016-03-15/123456789-150-0006-1ots-eupmocsollaf?>

3.2.1. La doctrina del caso concreto

El recurrente argumenta que la Cámara no tomó en cuenta la circunstancia de que a la paciente no le correspondía la prestación solicitada, fuera de la cartilla, pues era beneficiaria de un contrato de tipo cerrado en el que los servicios sólo se proveen a través de los centros y médicos que forman parte de la red del prestador, se sostiene entonces la preeminencia del cumplimiento dentro de los términos contractuales antes que fuera de ellos. La Corte en el análisis del vicio denunciado estableció que, la sentencia de la Alzada debió estudiar los términos del contrato de medicina prepaga, lo que resulta relevante en la solución de la causa pues, en el caso particular se trata de un plan cerrado de afiliación, en el que el prestador únicamente está obligado a brindar cobertura en los centros y médicos incluidos en su cartilla.

La corte consideró que la fundamentación en normas superiores de fuente local e internacional, no satisfizo la exigencia constitucional de la motivación congruente, al estar desvinculadas de la concreta situación fáctica. La Corte también consideró que el Juzgado soslayó el Informe de la Superintendencia de Servicios de Salud, en el que se precisa que la obligación de los agentes del seguro de salud comprendidos en el art.1º, Ley 23.661, se limita a garantizar, a través de prestadores propios o contratados, la cobertura de las prestaciones incluidas en dicho régimen, y no están en la obligación de otorgar aquellas prestaciones que hayan sido indicadas por profesionales ajenos a su cartilla.

La Corte al definir la relevancia de la cuestión analizada en el fondo, asume que debe analizarse la contratación, en orden a establecer si dentro de ella se puede satisfacer la protección constitucional solicitada, y si la situación de la paciente requiere un cumplimiento fuera de esos parámetros.

El criterio de la Corte si bien a primera vista pudiera parecer contradictorio con el criterio previamente analizado en el caso Waltuch, no lo es pues, deja en claro que debe establecerse primero los límites de las prestaciones de los agentes de salud por vía contractual, legal y reglamentaria, fuera de lo cual se establecerán obligaciones, únicamente cuando no fuere posible al agente garantizar el derecho a la salud dentro de esos términos.

Señala la Corte que es el deber del juzgador la determinación de las obligaciones contractuales y legales del agente de salud pues, ello resulta determinante para la solución del conflicto. El razonamiento de base detrás de esa conclusión judicial pareciera ser que, cuando dentro los parámetros contratados no puede procurarse el bienestar del paciente, entonces se le debe obligar a la cobertura fuera de ellos pues, la exigencia del paciente entonces no puede ser caprichosa, sino fundada en la

imposibilidad de lograr su bienestar con los tratamientos y medicamentos incluidos en la protección contratada.

La sentencia limita que se instale la tendencia de los pacientes a exigir prestaciones diferentes a las que están obligada originalmente los prestadores de servicios de salud; se sugiere que el derecho a la salud debe satisfacerse por la vías reguladas y acordadas y fuera de ese ámbito debe existir razones para obligar a la empresa, por ejemplo, que el prestador no posea personal propio o contratado que pueda tratar la dolencia.

El criterio pareciera apuntar a que, como resulta lógico, previo al establecimiento de una obligación por encima de los requisitos mínimos acordados, debe primero descartarse la posibilidad de cumplimiento dentro de los términos del contrato, asegurándose que el cumplimiento exigido no sea especialmente gravoso para la operación del agente de salud y un balance entre meras preferencias del paciente y sus necesidades de tratamiento.

3.3. Caso “L. V. V. y otros c/ OSADEF y otro s/sumarísimo”⁴⁶

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II dictó decisión el 5 de diciembre de 2014, que confirmó la sentencia apelada en la que se condenó a la obra social a proveer servicios de salud que se consideraron inherentes a la atención de la paciente en su condición de discapacitada.

La Obra social se negó a brindarle las prestaciones a razón de 68 sesiones mensuales, pues afirma, por un lado, que el límite establecido por a la legislación vigente: PMO, Res. 400/99 APE – Anexo III, punto 1- es de 20 sesiones mensuales por lo que la exigencia del beneficio no tiene base legal; por el otro lado el beneficio no aporta justificación médica de la necesidad de esa cantidad de sesiones al mes. En primera instancia declaró haber lugar al amparo, y contra esa sentencia la obra social afirma que el Juzgador de la primera instancia, no consideró que, de acuerdo con la ley 24.901 las prestaciones reclamadas por la paciente están a cargo del Fondo Solidario de Redistribución y era este el que debía brindar la cobertura.

Se plantean las siguientes cuestiones: ¿Está obligada la obra social a cubrir, prestaciones que sobrepasan lo establecido por el PMOE y las leyes de protección a personas con discapacidades? ¿En qué condiciones la obra social quedaría a cubrir más allá del PMOE y las leyes de protección en materia de personas con discapacidades? ¿La previsión de la Ley 24.901, que establece el

⁴⁶Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, Sala II, “L.V.V. y otros c. OSADEF y otro s/sumarísimo”, sentencia de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR89816/2014>.

financiamiento de las prestaciones a personas discapacitadas y beneficiarias de la Ley Obras Sociales, mediante el Fondo Solidario de Redistribución, implica que la obra social no está obligada a proveer prestaciones más allá del PMOE y los excedentes deben ser cubiertos por ese fondo?

3.3.1. La doctrina del caso concreto

La Cámara declara sin lugar la apelación con fundamento en que la apelante si bien afirma la inexistencia de razones médicas para la indicación de las 68 sesiones mensuales, no objeta de manera alguna la correcta valoración de la prueba a la que llega el Juez respecto del fundamento médico, por lo que la mera afirmación de la apelante carece de fundamento.

Luego de establecerse la necesidad médica de la cantidad de sesiones prescriptas la Cámara pasó a resolver sobre la falta de aplicación de los límites de cobertura supuestamente establecidos en la Res. 400/99 y la ley 24.901, es ese respecto establece que el límite de 20 sesiones que alega la demandada existe en la normativa no fue precisado por ella, señala la Sala que aunque se admitiese la interpretación limitante de la cantidad de sesiones planteada por la demandada, ella debería ceder ante la amplitud con la que se concibió la ley 24.901, cuyo objeto es brindar cobertura integral a las necesidades de las personas discapacitadas, lo que incluye no solo atención médica, sino el traslado para recibir atención terapéutica y educativa, terapia educativa y asistenciales, considera la Cámara que la Ley si bien menciona la prestación de servicios específicos, ellos se mencionan con propósito meramente enunciativo, señalando que la amplitud de las prestaciones prescriptas por la Ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad, y es la que mejor se ajusta a la naturaleza del derecho protegido: a la salud y a la vida.

Está claro entonces que la persona discapacitada tiene derecho a una cobertura que rebasa la meramente enunciada en el conjunto normativo, en cuanto a si es la obra social la obligada la Cámara rechaza el argumento basado en la interpretación aislada del artículo 7 de la ley 24.901⁴⁷, por vía de

⁴⁷ “Las prestaciones previstas en esta ley se financiarán del siguiente modo. Cuando se tratare de:

- a) Personas beneficiarias del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendidas en el inciso a) del artículo 5° de la ley 23.661, con excepción de las incluidas en el inciso b) del presente artículo, con recursos provenientes del Fondo Solidario de Redistribución a que se refiere el artículo 22 de esa misma ley;
- b) Jubilados y pensionados del Régimen Nacional de Previsión y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, con los recursos establecidos en la ley 19.032, sus modificatorias y complementarias,
- c) Personas comprendidas en el artículo 49 de la ley 24.241, con recursos provenientes del Fondo para Tratamiento de Rehabilitación, Psicofísica y Recapacitación Laboral previsto en el punto 6 del mismo artículo;
- d) Personas beneficiarias de las prestaciones en especie previstas en el artículo 20 de la ley 24.557 estarán a cargo de las aseguradoras de riesgo del trabajo o del régimen de autoseguro comprendido en el artículo 30 de la misma ley;
- e) Personas beneficiarias de pensiones no contributivas y/o graciabiles por invalidez, excombatientes ley 24.310 y demás personas con discapacidad no comprendidas en los incisos precedentes que no tuvieren cobertura de obra social, en la medida en que las mismas o las personas de quienes dependen no puedan afrontarlas, con los fondos que anualmente determine el presupuesto general de la Nación para tal fin.

interpretación sistemática aclarando que la referida Ley, además de establecer límites enunciativos, impone a los agentes de seguro de salud brindar la prestaciones necesarias para lograr la integración social de las personas con discapacidad, aunado a que la ley 26.661 obliga a los agentes de salud a prestar todas la prestación que requiera la rehabilitación de las personas discapacitadas y la resolución 400/02 si bien establece un programa para financiar el pago de las prestaciones que detalla y fija los valores máximos a financiar, y la solicitud de dicho financiamiento corresponde a la obra social de acuerdo con el anexo I puntos 1 y 2. Avala su conclusión la Cámara en que es, la solución compatible con la naturaleza del derecho protegido a la salud e integridad física, reconocido por tratados internacionales de jerarquía constitucional y por diversos fallos de la Cámara y de la Corte Suprema.

La Cámara resuelve el problema de si la obra social está obligada a cubrir prestaciones que sobrepasan lo establecido por el PMOE y las leyes de protección a personas con discapacidades con diversos argumentos, el primero de interpretación sistemática de la Leyes y resoluciones aplicables, en segundo lugar el argumento de teleológico respecto de la finalidad de la normas incluida las constitucionales, con las que se niega la existencia de límites a la cobertura que prestan los agentes de salud a las personas discapacitadas y tercero de tipo pragmático al considerar que la interpretación de las normas legales y reglamentaria como límites para los servicios resultaría en la frustración de la tutela amplia y generosa de los derechos constitucionales.

Señala que en materia de atención a los discapacitados los límites se refieren a los topes de lo que estado financiaría al agente, la prestación de los servicios allí indicados, pero, ese financiamiento facultativo, no es de obligatoria concesión al agente de salud y, por ende, no puede condicionar la prestación que debe la Obra social.

Se observa que en este caso se condiciona la prestación a la prueba de la necesidad médica del tratamiento solicitado para el bienestar del paciente, y se fija el alcance de las obligaciones de la obra social, concluyendo en el deber de otorgar la cobertura solicitada y la posibilidad de la obra social obtener financiamiento del Fondo Solidario de Redistribución, descartando cualquier relación de causalidad entre el efectivo financiamiento y la prestación de los servicios a que la obra social está obligada.

3.4. “J., D. E. y otro c/ Obra social de Empleados y Personal Jerárquico de la actividad del Neumático s/amparo”⁴⁸

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, el 23 de febrero de 2016, confirmó el fallo de primera instancia que admitió el amparo interpuesto por los padres de un niño, contra la obra social, para cobertura de una segunda intervención, con un médico fuera de la cartilla de la obra social, se aduce que la primera intervención con el médico de la cartilla el niño tuvo complicaciones postoperatorias (desinencia total de las suturas). Se condenó a la obra social a brindar al niño cobertura del 100% de la cirugía a través de un prestador no incluido en su cartilla.

El niño nació con labio leporino bilateral sin paladar y luego de ser atendido por la obra social fue intervenido, a los 4 meses de nacido, por un médico y en un centro perteneciente a la cartilla de la obra social. Los padres sostienen que luego de la cirugía, y a pesar de haber tenido los cuidados necesarios, las suturas se abrieron quedando en peor estado al inicial, atribuyen la complicación post operatoria a la mala praxis médica, por lo que pidieron la realización de la cirugía con un médico que no formaba parte de la cartilla.

La obra social atribuye la complicación a la negligencia de los padres en la limpieza de la herida para no que usaron instrumentos y productos no recomendados, atribuyendo los daños a la curación casera y, posiblemente, a traumas por golpes o roces ya que la desinencia total no podía ser solo atribuida a la cura sin un factor agregado.

Contra la admisión del amparo la obra social apeló con fundamento en que la sentencia desnaturaliza el sistema prestacional de la obra social, de carácter cerrado el que pasaría a ser de libre elección, objeta la “sacralización” del derecho del niño obviando que todo derecho debe relativizarse para coexistir con los otros. Afirma, además, que la sentencia se fundamenta en el estado meramente subjetivo de desconfianza de los padres ante el cirujano y critica las consideraciones sobre el derecho a elegir o cambiar de profesional o centro de salud ante los resultados de la cirugía.

¿Existe una jerarquización entre los derechos a la salud, a la propiedad y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes? ¿Pueden los pacientes elegir médicos fuera de la cartilla en una obra social que opera bajo régimen cerrado? ¿Cuáles serían las condiciones para acordar la prestación fuera de la cartilla?

⁴⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Moron, Sala II, “J. D. E. y otro/a.c. Obra Social de Empleados y Personal Jerárquico de Actividad del Neumático s/amparo”, sentencia de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/348/2016>.

3.4.1. La doctrina del caso concreto

La Cámara apoyada en sus propios precedentes y de la Corte Suprema señala sí existe la señalada jerarquización en cuyo clasificación el derecho a la vida –comprensivo del derecho a la Salud– ocupa el primer lugar, se basa en una conclusión lógica, si el hombre es el centro del sistema jurídico, su existencia es constituye el valor fundamental sobre el que los restantes valores tiene carácter instrumental. Como derivado del derecho a la vida, el derecho a la salud e integridad física y psicológica, también esta mencionado por la Constitución Nacional y reconocido por los tratados internacionales.

Por cuanto el sujeto de la protección es un niño la resolución debe hacerse bajo el prisma de a través del prisma de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁹ con base en el cual se obliga al juzgadora considerar el interés superior y determinar en cada caso la solución que más se ajuste a ese interés superior, que en el caso de los niños se reconoce especialmente su derecho de accesos los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de su salud.

Que la ley 26.061⁵⁰ establece en su regulación del derecho a la salud de los niños que los organismos del estado, incluyendo el poder judicial, deben garantizar el acceso a servicios de salud con respeto a las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenece siempre que no pongan en riesgo la vida.

Si bien no se expresa en el fallo se deja en evidencia que la preservación de la propiedad privada queda subordinada a la satisfacción de los derechos de mayor jerarquía, aunque no del todo relegado.

En relación con la posibilidad de elección del médico o centro de salud el Juzgador consideró que al no haberse probado ni la mala praxis, ni obra demostró la negligencia de los padres en el cuidado postoperatorio.

Ante la posibilidad procesal de declarar sin lugar el amparo, con base en la estricta aplicación de las normas de distribución de la carga de la prueba pues, los padres no demostraron la mala praxis; la Cámara apeló al argumento un pragmático, planteándose los resultados de esa opción y así como la de admisión del amparo. En el caso de la desestimación del amparo se enviaría al niño, a la mesa de operaciones con quien pudiera haber sido el causante del mal resultado; en el caso de la admisión del amparo pudiera estar poniéndose a cargo de la obra social la intervención en condiciones fuera de su

⁴⁹ Ley N° 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de octubre de 1990.

⁵⁰ Ley N° 26.061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

plan, cuando la culpa del mal resultado pudo ser culpa de los padres. La primera, en criterio de la Cámara, pone en riesgo el derecho a la salud del niño, la segunda solución el derecho de propiedad de la obra social, en el caso que no le correspondiese pagar, riesgo este de carácter este moderado. En ese escenario resolvió el caso a favor del paciente dando prevalencia al derecho a la salud. Para Tanzi y Papillú (2016) con esta solución expresa que “cuando está en juego la salud debe darse prioridad al derecho de fondo por sobre lo procesal” (p. 2), y evidencia el compromiso del juzgador de concretar el valor eficacia del proceso que impone el deber de buscar, para cada litigio, una solución equitativa y razonable. Además, al atribuir esa preeminencia del fondo sobre lo procesal, pondera el interés del menor, calificando y definiendo, en el caso concreto, su interés superior (Tanzi y Papillú, 2016).

La comparación entre este criterio y el del caso CEMIC, analizado en el punto 2, revela que la desestimación de principios procesales a favor del derecho a la salud y el interés superior del niño debe asumirse con el debido cuidado, especialmente en la justificación de la necesidad de desaplicar un precepto que garantizan el derecho a la defensa y la garantía al debido proceso, justificación que no contenía la sentencia que fue analizada por la Corte.

En este caso se consideró, además, que la relación médico paciente es una relación de confianza en todos los aspectos y someter a una persona al tratamiento de una persona que, razonablemente, le genere desconfianza, agrede los más elementales derechos de las personas y en este caso la desconfianza aparece justificada. Ante la falta de demostración de la obra social de que posee otro médico especializado en ese tipo de intervenciones, se consideró justificado que se operara fuera de los prestadores de la cartilla.

En protección al derecho de propiedad la Cámara reconoció a la obra que de resultar probado - por la vía y forma que corresponda- la culpa de los padres, aquella podría repetir la totalidad del monto abonado, en aplicación de lo establecido en el artículo 15 de la ley 13.928.

Entonces, los requisitos para acordar una prestación fuera de la cartilla serían:

- Necesidad médica de la prestación.
- Desconfianza, razonable, respecto del desempeño del médico o centro incluido en la cartilla, en este caso la razonabilidad estaba vinculada a la duda sobre la culpa del médico en el fracaso de la primera operación.
- Inexistencia de otro médico o centro, en la cartilla, capaz de tratar al paciente.

En criterio de Tanzi y Papillú (2016), este fallo se encuentra dentro de los que buscan los caminos más idóneos para hacer efectivo el derecho a la salud, recogiendo la tendencia jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que impone a todos los órganos del Estado incluso los jueces la eficacia de los derechos humanos.

En ese mismo sentir, ha explicado el Juzgado Criminal N° 3 de Mar de la Plata que es incuestionable la admisibilidad formal y procedencia de la acción de Amparo, en tanto el bien jurídico afectado es la salud del accionante, y las demora en la tramitación de la causa genera un peligro grave e inminente, haciendo del Amparo el recurso idóneo que se ha puesto en manos del recurrente para reclamar la protección judicial de su Derecho a la Salud.⁵¹ En otras palabras, si el caso es de extrema gravedad y la demora que puede haber a la espera de una resolución administrativa, contraviniendo directamente con el principio de tutela judicial efectiva; el amparo adquiere un tinte de clara idoneidad a los fines enunciados.

3.5. “B. M. A. c/ Santa Salud S.A. s/amparo de salud”⁵²

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, emitió decisión el 20 de mayo de 2016, que confirmó la medida cautelar que ordenaba la provisión del 100% de la tiras reactivas indicadas a un paciente con diabetes.

El demandante interpuso amparo con medida de cautelar para la no interrupción del tratamiento, y solicita la cobertura del 100% de las tiras reactivas indicadas por su médico tratante para el control de la diabetes *mellitus*, a razón de tres diarias (1110 anuales) según le prescribe la especialista en clínica y Diabetes. La empresa de medicina prepaga rechaza la cobertura al referir que el paciente no requiere el tratamiento intensificado que le indica el médico de cartilla y no ha cumplido con las formas necesarias para acreditar su condición de diabético. El Juzgado de primera instancia decretó medida cautelar y contra ese fallo la demandada interpuso recurso de apelación.

¿La empresa de medicina prepaga puede negar la cobertura indicada por el médico de cartilla, si el paciente no ha acreditado su condición de diabético a través de la certificación médica de una institución sanitaria pública, de la condición de paciente diabético, que establece el artículo 5° de la ley 23.753 (modificada por ley 26.914)?

⁵¹ Juzgado en lo Criminal N° 3 de Mar Del Plata, “Navas, Leandro J. C/ Instituto De Obra Medica Asistencial”, sentencia de 1991. La Ley 1991-D, 1979.

⁵² Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, Sala II, “B., M.A. c/ Santa Salud S.A. s/ amparo salud”, sentencia de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/35422/2016>.

3.5.1. La doctrina del caso concreto

La Cámara se vale de la interpretación teleológica para determinar si el paciente requiere la acreditación de su condición en los términos de la Ley 26.914 analiza en primer término que dicha ley atribuye al Ministerio la competencia para asegurar a los pacientes diabéticos los medios terapéuticos y control evolutivo y encomienda la implementación de las Normas de Provisión de Medicamentos e Insumos, positivizadas a través del anexo II de la Res 1156/14.

En las referidas normas se estableció que Las obras sociales y las empresas de medicina prepaga establecerían los procedimientos administrativos necesarios a fin de garantizar la provisión de medicamentos e insumos de la presente norma a las personas con diabetes comprendidas en dichos subsistemas.

Esa referencia a los procedimientos administrativos en esos subsistemas de salud, implica que la certificación mediante diagnóstico por establecimiento público o servicio asistencial público, aplica a aquellos sujetos fuera de esos dos subsistemas de salud, pero en el caso de los beneficiarios de obras sociales y empresas de medicina prepaga es los prestadores de estos servicios a quienes corresponde establecer el diagnóstico.

La Cámara concluye con la reducción al absurdo de la interpretación propuesta por la demandada, excede la razonabilidad del sistema de salud en la que el demandado opera como agente prestador.

En criterio de Scioscioli (2016) el presente fallo atestigua el esfuerzo del poder judicial por interpretar las normas en el sentido que facilite en mayor medida la tutela efectiva del derecho a la salud, al decantarse por la interpretación que posibilite en la mayor medida posible la tutela efectiva del derecho a la salud, impidiendo que la formalidad alegada por la empresa de medicina prepagada se convirtiera en un impedimento para el acceso a la prestación. El autor va más allá en la reducción al absurdo de la interpretación invocada por la demandada la que califica como “pretexto” que pretende “desconocer la prescripción médica de la paciente que determinaba la necesidad del tratamiento que dicha empresa se negaba a prestar pese al mandato claro de la norma legal y la subsiguiente obligación que de ella expresamente se derivaba de disponer la cobertura del 100% de los medicamentos y reactivos de diagnósticos para autocontrol de la diabetes.

Conclusión

El derecho a la Salud en su triple dimensión, física, mental y social, en tanto que derecho humano, reconocido por la constitución nacional argentina, tiene un valor preeminente en virtud de su vinculación directa con el derecho a la vida, que lo ubica por encima del derecho de propiedad u otros derechos de naturaleza adjetiva. Ello así, porque como bien ha sostenido nuestro máximo tribunal la salud es un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Urbina, 2016).

También ha sido cuidadosa la jurisprudencia darle una importancia secundaria, a las consideraciones de índole económica de las obras sociales y prepagas en la solución de los casos que involucren el derecho a la salud, desechando argumentos puramente mercantilista de éstas, para quienes el mejor tratamiento pudiera ser el de menor costo, por sobre aquel que reporta mayor bienestar; por ello se da preeminencia a las opiniones médicas, especialmente a la del médico tratante, por encima de los criterios de la obra social o prepaga.

La jurisprudencia también se ha constituido en la vanguardia de la garantía del derecho a la salud, al admitir tratamientos médicos no convencionales ante la prueba de su incidencia positiva en la salud del paciente. Se ha procurado no limitar la aplicación de un tratamiento por ausencia de reconocimiento científico, el que en muchos casos requiere del financiamiento de investigaciones que las empresas farmacéuticas y de productos médicos no están dispuestas a asumir.

Aunque no se exprese directamente en los fallos, se ha dado también preeminencia al bienestar mental y social, tanto del paciente como de su familia, por encima de consideraciones de índole jurídica que tan relevantes para el caso, como el establecimiento de la responsabilidad civil en el fracaso de una intervención quirúrgica y la asunción del costo de la cirugía de reparación del daño. Estas circunstancias al erigirse en un obstáculo para proveer el medicamento, debían ceder para brindar tranquilidad a los padres y al niño ante la urgencia con la que se requería de la segunda operación con un médico que no pertenece a la red de proveedores de la obra social. Adicionalmente se verificó que en la red no había otro médico capacitado para la intervención.

La actitud del poder judicial, vista como un todo, se acerca al ideal planteado por el Protocolo de San Salvador de reconocer la salud como un bien público y tomar acciones para garantizar ese derecho con lo que la Nación argentina avanza en el logro de una salud plena para los ciudadanos.

Capítulo 4: Protección judicial del derecho a la salud

Introducción

Las primeras reformas y debates en materia de salud aplicadas en Argentina iniciaron en los años '90, aproximadamente, en este momento es cuando se comienza a ver la necesidad de garantizar la salud tal como un derecho. Dicha reforma se orientaba más hacia las prestaciones y el destino de los recursos del Estado para los grupos más desfavorecidos. Sin embargo, esto no se cumplió.

En tal sentido, en cuanto al aspecto judicial, los tribunales han tenido interés en atender las demandas de los particulares para alcanzar el interés público, así como regularizar aquellas demandas en contra del Estado o hacia las empresas prestadoras de servicios de salud (obras sociales o prepagas).

Por esta razón el estudio sobre este artículo contribuirá al suministro de información y análisis sobre los resultados determinados de la mediación judicial acerca del sistema de salud. Además, es importante recalcar que gran parte de las provincias garantizan el derecho a la salud de manera autónoma en su propio sistema de provisión de salud, dado que no este tema no ha tenido un adecuado procedimiento constitucional en Argentina.

El propósito de este trabajo es examinar el litigio en el acceso a la atención primaria de la salud, gestionado en la Corte Suprema de Justicia Argentina, y analizar sobre su capacidad para cumplir con equidad y hacer valer este derecho, dentro del cuadro de un proceso de desarrollo de la judicialización, lo cual últimamente no está siendo considerado.

4.1. Análisis de jurisprudencia entorno a la protección judicial del derecho a la salud

Diversos son los factores que se encuentran enlazados con el auge de las demandas presentadas en los tribunales con motivo de asegurar el goce y disfrute del derecho de salud para asegurar algún tratamiento o medicación, así como la cobertura y alcance de las obras sociales y prepagas. Además de las diferentes peticiones por cobertura de diagnósticos y tratamientos determinados.

En los tribunales se han presentado casos que tienden a reclamar obligaciones por parte del Estado, tal es el caso del acceso a medicinas y tratamiento terapéutico; así como la prohibición de cancelación injusta de un contrato de medicina prepaga (Abramovich y Curtis, 2001). El incumplimiento a estas situaciones conlleva a un reclamo individual y colectivo.

La Corte ha señalado que es el Estado, quien es el último garante del sistema de salud, y que el derecho a la salud impone obligaciones positivas y no únicamente negativas. Asimismo, manifiesta

en desempeño de las obligaciones procedentes de normas internacionales, el Estado está autorizado a imputar deberes sobre sujetos de carácter privado –como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga– en el área de salud.

El caso "Campodónico de Beviacqua" se basaba en un reclamo de alcance particular de un niño con discapacidad donde el tribunal ordenó al Estado a amparar el abastecimiento de medicamentos para el niño. Pero, luego el gobierno suspendió la medicación manifestando que dicha interrupción no atentaba contra una obligación legal, porque anteriormente el cumplimiento al hecho era por "razones humanitarias".

Al respecto la Corte Suprema señaló que: "...la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga".⁵³ En otros casos, la postura de la Corte Suprema fue equivalente, es decir al conceder cobertura médica para un niño con discapacidad de bajos recursos⁵⁴, y a individuos con VIH-Sida.⁵⁵

Para la Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, la palabra 'discapacidad' representa "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social."⁵⁶

Por lo tanto, vale decir que la Convención resguarda a todos los ciudadanos de la República que se hallen en discapacidad; quienes alcanzan a reclamar frente a su Estado provincial su obediencia ya que tienen representantes en los organismos legislativos de la Nación.⁵⁷

Por el contrario, hay varios casos en los cuales la Corte Suprema ha expuesto de manera incuestionable el hecho de discurrir en las transgresiones al derecho sobre la salud. Como es el caso de

⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", sentencia del 24 de octubre de 2000. C. 823. XXXV.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad", sentencia del 16 de octubre de 2001. M. 375. XXXVI.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Alcalá, Cristina Beatriz c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986", sentencia del 01 de junio de 2000. A. 224. XXXIV.

⁵⁶ Artículo 2 de la ley Ley 25.280 que aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 04 de agosto de 2000.

⁵⁷ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal, "Gómez, María Liliana en representación de su hijo menor de edad c. IOSPER", sentencia del 30 de marzo de 2011. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/16403/2011>.

Ramos Marta Roxana⁵⁸, aquí una mamá de 8 hijos de bajos recursos tiene una hija que sufre de cardiopatía, por lo cual solicita una intervención quirúrgica y un subsidio mensual para cubrir las necesidades de la niña y del resto de los niños, así como una cobertura médica para su hija. Ante lo cual La Corte rechazó el amparo, argumentando lo siguiente:

Que la actora no demostró la existencia de una conducta manifiestamente ilegal y arbitraria del Estado, ya que las autoridades públicas no negaron directamente el acceso a la educación o al tratamiento médico a sus hijos. Y que los reclamos no deberían haber sido dirigidos a los tribunales, sino a la Administración.

Otro precedente a tratar los tribunales es sobre la inserción y exclusión de planes de salud, por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga. Algunos casos a considerar son los que se ven envueltos por alguna discriminación. Por ejemplo, en el caso "Etcheverry c/ Omint" la Corte Suprema resolvió que la negación de una empresa de medicina prepaga a conservar la cobertura de salud, al momento en que al ciudadano se le había diagnosticado VIH y se encontraba desempleado, pero éste solicitó la continuidad del servicio como particular.

Al respecto, La Corte ordenó a la empresa de medicina prepaga a mantener la cobertura del plan al referido ciudadano, tomando en consideración el dictamen del Procurador General, quien instituyó que las prepagas

...adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, bajo la consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas [dado que su actividad está encaminada] a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas.⁵⁹

En otro caso particular, "Policlínica Privada"⁶⁰, la Corte resolvió que un gobierno concreto no puede obligar a un hospital privado a cuidar a un paciente internado cuando ya el tiempo de la cobertura ha caducado, pues es al Estado al que le corresponde tal obligación de continuar con el tratamiento de dicho paciente en una institución de salud pública.

Por otro lado, en Salta⁶¹ se derogó una resolución del Ministerio de Salud que excluía del Programa Médico Obligatorio (PMO) la cobertura de ciertos tratamientos afines con la enfermedad de esclerosis múltiple de baja incidencia y alto costo. De ahí que La Corte se inclinó por el basamento del Procurador, antes mencionado, pues la resolución no era razonable y atentaba el derecho a la salud

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo", sentencia del 12 de marzo de 2002. R. 1012. XXXVI.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Etcheverry, Roberto Eduardo c/Omint Sociedad Anónima y Servicios", sentencia del 13 de marzo de 2001. E. 34. XXXV.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. P. 169. XXXIII. 11/06/1998.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar", sentencia del 18 de diciembre de 2003. A. 891. XXXVIII.

estipulado por los tratados internacionales sobre los derechos humanos. Por consiguiente, Supiot (2007, p. 209-210) sostiene

La fuerza no basta para volver legítimo al poder, le hace falta además exhibir títulos que le den una razón. Y uno de los recursos de la técnica jurídica consiste en conferirle al poder una razón e instaurar así la escena del poder sobre las tablas de la legitimidad. La razón es la facultad de juicio, aunque es también lo que nos autoriza a obrar de determinada manera. Un poder que sólo sea dueño de la fuerza está privado de razón y el poder legítimo es en cambio aquel que muestra una razón en la que creemos.

De acuerdo con las leyes 24.091, 26.378 y 23.661 -art.28-, la obra social demandada debe garantizar la rehabilitación y tratamiento indeleble que solicita un afiliado discapacitado “a fin de brindarle todas las posibilidades que permitan asegurar una mejor calidad de vida, no pudiendo dilatarse el pago de las prestaciones requeridas ni supeditarse su otorgamiento con trámites referidos a la autorización previa por su sede central”.⁶²

Por otro lado, se encuentra una sentencia de la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal, fallada el 11/03/2014 en la causa N°103.689/13, "B. J. H. c/Osde Binario SA s/medida autosatisfactiva". La Cámara resolvió anular la decisión del juez de primera instancia, donde se negaba la medida cautelar solicitada y se ordenaba una cobertura del 100% para su cirugía de próstata por vía robótica. Pues, el tribunal alegaba que no se podía exigir a la demandada a conceder una atención no contenida en el Programa Médico Obligatorio.

Seguidamente se aseveró que no puede detenerse por motivos económicos únicamente dado que el derecho a la vida, que contiene a la salud, es el principal derecho que se le debe garantizar a la persona y debe prevalecer en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales. El Plan Médico Obligatorio que inicialmente aplicará para obras sociales, a través de la ley 24.754⁶³ se ha desarrollado a las empresas de servicios médicos prepagos, y forma el mínimo para las prestaciones de salud que estas deben dar a sus afiliados, tomando en cuenta estas obligaciones de carácter de orden Público.

En definitiva, las coberturas del PMO son de alcance mínimo que no puede ser alejadas hacia un lado por los acreedores del sistema, pero el derecho a la salud se halla por arriba de estas, logrando ser cierto incluso sin norma sistematizada que lo instituya (Ayuso, 2010, p.969). Sin embargo, la falta de normativa y la negligencia del PMO exige a quien no consigue una respuesta propicia por parte del prestador del servicio de salud a acudir al Poder Judicial en busca de ella.

⁶² Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche, “Nardini, Vanesa”, sentencia del 29 de julio de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/27014/2009>.

⁶³ Ley 24.754 sobre Medicina Prepaga. Boletín Oficial de la República Argentina, 02 de enero de 1987.

El PMO se considera un piso prestacional, tal como lo menciona un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I:

Corresponde confirmar la sentencia que condenó a la obra social demandada a suministrar una medicación experimental a un menor discapacitado —en el caso, padece la enfermedad de Hunter—, si las pruebas aportadas a la causa han demostrado que ha producido mejoramientos notorios en su estado patológico, sin que obste a ello la circunstancia de que no se encuentre incluida en el Programa Médico Obligatorio, pues, aquel es un piso prestacional que puede ser elastizado en el caso concreto en la medida que estén comprometidos la salud y la vida de las personas.⁶⁴

4.1.1. Amparo por razones de salud

Es común que los Tribunales acciones de amparo se presenten casos en los cuales el amparista solicita una cobertura para la elaboración de cierta práctica médica o la ejecución de esta en un establecimiento médico asistencial específico. Estos casos se dan debido a que la obra social o la medicina prepaga o el Estado no quiere cubrirle la patología, en caso de considerarlo, le propondría un lugar del sector público que el paciente no querría. La demandada, en aquel momento, sería la entidad financiadora.

Por lo cual, normalmente el Juzgado tiene a decretar la cobertura y decide el centro médico asistencial que desempeñe la pericia médica instalada. Sin embargo, la realidad no es así del todo. Sin embargo, puede darse el caso de que la entidad demandada se muestra y no desea ofrecer cobertura en un centro médico que no esté emparentado con ella por acuerdo y plantea, al contrario, otro modo que suele ser descalificado por el amparista.

Desde la sanción del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, la acción de amparo ...juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa, para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales... De este modo el amparo, especialmente a partir de la reforma de 1994, es garantía constitucional, y es por ello por lo que toda hermenéutica ha de tener como norte el sentido protector de dicha garantía, a través de una interpretación previsoras que deberá asignar al amparo el más alto alcance posible, con miras a la efectiva protección de los derechos fundamentales en crisis...⁶⁵

Al respecto, la doctrina sostiene que el fundamento de la institución regulada en el art. 90, CPCCN y concordantes reside en “la conveniencia de extender los efectos de la cosa juzgada a todos

⁶⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, “Vaca, Héctor Horacio y Otra c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de los Bancos Oficiales Nacionales”, sentencia del 26 de mayo de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/19164/2009>.

⁶⁵ Juzgado Criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata nro. 1, "A. Z., C. N.", sentencia del 03 de febrero de 1999. Publicada en "Jurisprudencia Argentina", del 21/07/1999.

los interesados en una determinada relación o estado jurídico, ya sea por economía procesal, o para evitar el pronunciamiento de una sentencia inútil según el art. 89 CPCCN⁶⁶ (Gozaíni, 2006, p.299).

Por consiguiente, parece desacertado el hecho de que un centro médico que no es parte en un proceso deba estar obligado posteriormente a cumplir una asistencia, pero para poder obtener su pago por los servicios brindados, éste debe interponer otra acción autónoma. No parece ser un amparo del todo sincero si luego se debe abrir otro caso a la par por un hecho del que no formaba parte.

Por otro lado, hay casos como uno planteado en el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, el 18 de diciembre de 2008⁶⁷, sobre el esclarecimiento de los derechos constitucionales solicitados por un matrimonio que pide la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida por parte de su obra social, frente a la imposibilidad actual de ejercer el derecho a la salud y a los servicios sociales precisos para lograr una cobertura en el tratamiento, como única técnica posible para conseguir un embarazo, la demora en el tiempo concerniría la infracción de tal derecho. No obstante, hay otro fallo en el cual:

La empresa de medicina prepaga no puede ser condenada a ofrecer a los actores la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida, si dicha práctica fue expresamente excluida de las prestaciones cubiertas mediante una cláusula inserta en el contrato que celebraron las partes, siendo improcedente tenerla por no escrita en base a la invocación de la Ley de Defensa del Consumidor.⁶⁸

Por consiguiente, son numerosos los fallos que amparan el derecho de salud, a través de los cuales se logra constatar una vez más la importancia que este hecho posee, por lo cual, cabe mencionar a manera de ejemplo algunos de ellos:

Corresponde hacer lugar a la acción de amparo solicitada por una afiliada al PROFE — Programa Federal de salud dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia de Chaco—, a fin de que le provea los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad oncológica, toda vez que, no es válido utilizar un criterio selectivo para otorgar cobertura integral a los afiliados con el fin de desentenderse de determinadas enfermedades, pues ello implica violar las normas de jerarquía constitucional que garantizan el derecho a la salud, e implica una situación de inequidad y desigualdad entre beneficiarios.⁶⁹

Asimismo, otra acción de amparo procedente:

Es deducida por una pareja a fin que sus obras sociales costeen la totalidad de los gastos de un tratamiento de fertilización asistida —en el caso, por técnica ISCI—, si quedó acreditada

⁶⁶ Artículo 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 07 de noviembre de 1967.

⁶⁷ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “M., V. A. y otro”, sentencia del 18 de diciembre de 2008. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/22086/2008>.

⁶⁸ Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, “P.L.L.y otro c. OMINT C.S. Salud S.A.”, sentencia del 17 de marzo de 2011. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/42619/2011>.

⁶⁹ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Resistencia, sala II, “L., A. E. S/acción de amparo”, sentencia del 13 de febrero de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/150/2009>.

su imposibilidad para concebir y la idoneidad de dicho procedimiento médico, no obstante a ello la circunstancia de que éste no se encuentre contemplado dentro del Programa Médico Obligatorio, dado que sólo se trata de un piso prestacional que puede ser elastizado en el caso en que estén comprometidos el derecho a la salud o la vida.⁷⁰

En resumen, el amparo constituye una garantía para el individuo, pero no solo avala el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino además de los que se encuentran establecidos en los tratados internacionales o en las normas generales. Por lo tanto, se deberá dar otras respuestas que impongan obligaciones para que el Estado defienda los derechos y que la persona con discapacidad tenga una vida normal, tranquila y plena con igual oportunidades.

Hernández (2015) estima importante destacar que en Argentina, el Derecho a la Salud está consagrado en la Carta Magna, así como en los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales ratificados por el Estado Nacional. Sin embargo, es de conocimiento general, que tal derecho no siempre es respetado, apareciendo en el plano de la realidad incontables casos de omisión y desamparo. Este es por ejemplo, el caso de las Empresas de Medicina Prepaga, Obras Sociales e incluso del mismo estado en sus diversos niveles de poder; al responder negativamente al otorgamiento de las prestaciones y servicios a las que están obligados por ley respecto a los ciudadanos o afiliados, según sea el caso.

Añade la autora, que frente al cuadro descrito en el párrafo anterior, la acción de amparo surge como un medio procesal efectivo que contrarresta las decisiones manifiestas y arbitrarias de los entes en cuya responsabilidad recae la prestación de los servicios de salud. Así las cosas, se despeja el camino para que la persona involucrada pueda tener el acceso a la salud, mediante el fallo de sentencias judiciales que le permitan, según sea el caso en particular, y sea atendido su reclamo de atención, de administración de medicamentos, de tratamientos, práctica de intervenciones quirúrgicas, entre tantas otras prestaciones.

Opinan Soria y Carignani (2015), que el amparo fue concebido y diseñado como un remedio urgente que pretende resistir todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, y cuyo carácter es estrictamente "excepcional". Vale apuntar que la protección ofrecida es válida tanto, ante transgresiones activas o pasivas de los organismos integrantes de la Administración Pública, como frente a actos u omisiones de personas de derecho privado o particulares. En ese sentido la Constitución Nacional dispone:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con

⁷⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, "M., M. A. y otros c. I.A.P.O.S. y otro", sentencia del 30 de julio de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/39596/2010>.

arbitrariedad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un Tratado o una ley.⁷¹

En ese mismo sentir, ha explicado el Juzgado Criminal N° 3 de Mar de la Plata que es incuestionable la admisibilidad formal y procedencia de la acción de Amparo, en tanto el bien jurídico afectado es la salud del accionante, y las demora en la tramitación de la causa genera un peligro grave e inminente, haciendo del Amparo el recurso idóneo que se ha puesto en manos del recurrente para reclamar la protección judicial de su Derecho a la Salud.⁷² En otras palabras, si el caso es de extrema gravedad y la demora que puede haber a la espera de una resolución administrativa, contraviniendo directamente con el principio de tutela judicial efectiva; el amparo adquiere un tinte de clara idoneidad a los fines enunciados.

Opinan de forma similar Soria y Carignani (2015), para quienes se trata de “la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la vida como a la salud y a la integridad psicofísica”; que puede ser interpuesta individual o colectivamente, por personas naturales o jurídicas, cuando una situación actual o inminente lesione, restrinja, afecte o amenace con ilegalidad manifiesta las libertades, derechos y garantías reconocidas constitucionalmente; y cuya naturaleza es excepcional y subsidiaria, solo procedente frente a lesiones o amenazas significativas y urgentes. Respecto a esta última parte, resaltan los autores la regularidad que ha adquirido en la práctica, la interposición de las acciones de amparo, desnaturalizando casi por completo su “excepcionalidad”.

Explica Hernández (2015) que es innegable que la salud es una obligación impostergable del Estado Nacional, que amerita una inversión prioritaria por la jerarquización que goza el derecho a la vida que va de la mano con el de la salud, y que son primordiales para el disfrute y ejercicio del resto de los derechos. Lo anterior es ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al advertir que la operatividad y tutela del Derecho a la Salud “constituyen una obligación del Estado a la que éste no puede renunciar ni siquiera con fundamento en una situación de emergencia sanitaria”⁷³, debiéndose garantizar con acciones positivas por el interés que esto supone para el orden público y a las buenas costumbres.

⁷¹ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁷² Juzgado en lo Criminal N° 3 de Mar Del Plata, “Navas, Leandro J. C/ Instituto De Obra Medica Asistencial”, sentencia de 1991. La Ley 1991-D, 1979.

⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Reynoso, Nilda Noemí C/ I.N.S.S.J.P. S/Amparo”, sentencia de 2006. Fallos: 329:1638, La Ley 2006-D, 638.

Entonces, explica la Corte que cuando el Derecho a la Salud no sea garantizado, el Estado es solidariamente responsable y está obligado por su papel de garante, no pudiendo eximirse bajo ningún supuesto.⁷⁴

Dicho lo anterior, surge que al Estado fallar con su obligación de velar por la cobertura de salud de todos los habitantes de la población, afloran los problemas que terminan por ser ventilados en sede judicial bajo la figura de amparo. Entre las pretensiones más frecuentes que son llevadas ante los tribunales nacionales están: solicitudes para otorgar prestaciones no incluidas en el nomenclador, suministro de drogas que no son aprobadas por la autoridad de aplicación, o de medicamentos que aunque son aprobados, no lo son para la utilización que se la solicita, tratamientos que no están basados en evidencia, entre tantas otras (Jalil, 2011).

4.2. El Incumplimiento de las normas constitucionales sobre el Derecho a la Salud

Para Bidart Campos (2003) bastaría conocer que en la República Argentina las políticas de salud reivindicadas por la Constitución obtienen una apreciación desaprobatoria, y no reconocen el mínimo nivel de bienestar ordinario (físico, psíquico, mental, integral, etc.) tan vulnerado en materia de alimentación, vivienda, desnutrición, carencia de recursos, otros.

Por su parte, Maljar (2005) relata que, a pesar de los acertados antecedentes judiciales de nuestra Corte, la realidad nos demuestra que el Estado resigna de sus responsabilidades (principalmente de los prescriptos en los tratados internacionales) y que pocos de estos llegan a ser conocidos en los Tribunales, por el menoscabo de información de la localidad. Hay una reflexión de dos médicos al respecto:

Por principio fundamental estamos obligados al ejercicio honesto de la profesión médica, pues las decisiones tomadas con motivo de una incorrecta ambición económica generalmente serán malas... Una práctica exitosa es aquella que resulta en lograr lo mejor para el paciente y no el beneficio económico del médico (Ponce de León y Macías, 2006).

El Máximo Tribunal afirma que "El costo de la prestación puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo, pues de lo contrario se vería frustrado su derecho a la salud".⁷⁵ La sentencia se ajusta a derecho, en cuanto su decisión tiene valor de justicia y equidad, protegiendo así la dignidad, la libertad y el derecho a la salud de la persona menor discapacitada, si fuera el caso.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Reynoso, Nilda Noemí C/ I.N.S.S.J.P. S/Amparo", sentencia de 2006. Fallos: 329:1638, La Ley 2006-D, 638.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Tolosa, Nora Elida y otro c. Swiss Medical S.A. s/ cobro de sumas de dinero", sentencia del 27 de agosto de 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/49174/2013>.

4.3. Promoción de la Salud Pública

La promoción de la salud consiste en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma.

A los efectos de alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente. La salud se percibe pues, no como el objetivo, sino como la fuente de riqueza de la vida cotidiana. Se trata por tanto de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales así como las aptitudes físicas. Por consiguiente, dado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas, la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario.

Durante la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud, se fijó el objetivo "Salud para Todos en el año 2.000". Esta conferencia fue, ante todo, una respuesta a la creciente demanda de una nueva concepción de salud pública a nivel mundial. Si bien las discusiones se centraron en las necesidades de los países industrializados, se tuvieron también en cuenta los problemas que atañen a las demás regiones.

Tomando las premisas de la Organización Mundial de la Salud, la atención primaria de salud organiza al sistema de salud constituyendo al primer nivel de atención en la puerta natural de entrada, al estar sus servicios insertos en la comunidad.

El tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes está comprendido dentro de una de las principales áreas. Además, cabe señalar que la estrategia como tal, requiere de un sólido vínculo entre los tres niveles de atención (el segundo lo conforman los hospitales generales y centros ambulatorios de especialidades y el tercero los centros de alta complejidad). Un eficaz sistema de referencia y contra-referencia en el marco de una red de salud instituida, se conforma en un dispositivo elemental para materializar una atención primaria de salud que trascienda los distintos niveles de atención. Un sistema de salud basado en dicha premisa fortalece el primer nivel de atención, pero posee a su vez elementos estructurales y dinámicos que lo trascienden de forma significativa y alcanzan todos los niveles del sistema. Por otro lado, el Ministerio de Salud de la Nación considera a la Atención Primaria de la Salud como eje estructurador y organizador del Sistema de Salud.

4.4. El derecho a la salud como obligación estatal

No obstante se ha explicado que el derecho a la salud no puede considerarse como un derecho absoluto, y como consecuencia, irrestricto, es importante señalar que el Estado está, ante todo escenario, obligado constitucionalmente a cumplir con los compromisos adquiridos mediante la confección de los tratados y convenios suscritos, donde se haya abordado la materia que ocupa el presente esfuerzo académico. Ello, en síntesis, supone la afirmación de que el Estado está ante la obligación de tutelar el derecho a la salud.

Ello, puede ser fundado y denotado a través de dos (02) consideraciones elementales: una, ubicada en el campo del derecho procesal, donde se afirma -indudablemente- que el derecho a salud debe ser tutelado judicialmente; y otra, asentada en torno a las regulaciones que las provincias hubieren realizado con el propósito de promover iniciativas que protejan el derecho a la salud, v.gr, obras sociales dentro de dichos territorios.

En torno a la primera de las cuestiones aludidas, se tiene que, conforme lo pondera Corbalán, (2014), el derecho a la salud debe ser subsumido en ese grupo o conjunto de derechos que puede y debe ser tutelado por medio de los mecanismos de motorización procesal y judicial reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino, explicando con mayor grado de detalle, que:

Para que el sistema argentino de derechos goce de plena y real efectividad indudablemente requiere de la existencia de mecanismos procesales (...) que permitan articular la tutela judicial de los derechos que lo integran y del derecho a la salud en particular. Resulta claro que la presencia de tales mecanismos le permitirá asegurar a los seres humanos verdaderos destinatarios de ese torrente de derechos una mejor calidad de vida y, en definitiva, que se respete y se preserve su dignidad (p. 4).

Conforme lo plantea la posición abordada, el derecho a la salud se erige como una entidad o atributo que, como consecuencia de su identificación con los derechos inherentes a la humanidad, forma parte del fuero cognitivo de las instancias jurisdiccionales competentes para velar por su efectivo resguardo.

En relación, pues, al segundo de los aspectos señalados en el presente segmento, se tiene que existen determinadas iniciativas o esfuerzos suscitados en los niveles de gobierno provincial, en los cuales se promueven verdaderos planes de salud dirigidos a fortalecer las bases fundamentales del antes mencionado derecho a la seguridad social, como la disciplina jurídica más vinculada a la sostenibilidad tutelar del derecho a la salud. Concretamente, se hace alusión a las conocidas Obras Sociales Provinciales (O.P.S), que son entes dependientes del sistema de seguridad social argentino,

históricamente vinculadas con la evolución del desarrollo social y su asentamiento en el texto constitucional. Garay y Jaimarena Brion (2014) las definen como los:

(...) entes autárquicos, que se sustentan en la filosofía de la seguridad social, las cuales tienen la finalidad de brindar servicios de salud y sociales a sus afiliados / beneficiarios forzosos, siendo financiadas mediante el aporte y la contribución obligatorios, de los trabajadores / empleados públicos y del Estado provincial empleador (p. 3).

Se trata, de tal suerte, de un mecanismo que encuentra su complemento en el sistema de seguridad social, que logra su sostenibilidad financiera a través del aporte de todos los ciudadanos pertenecientes a una determinada provincia. Es, tal y como le conocen los especialistas en materia de derecho tributario, una entidad construida a través de contribuciones parafiscales, puesto que tales aportes no tienen como destino final el fisco provincial, sino, el ente encargado de suministrar los servicios de salud mencionados. Ahora bien, es importante señalar que dichas iniciativas no representan la única opción emanada de las políticas estatales que esté subvertida en la dinámica tutelar del derecho a la salud, también se puede hacer mención de los cuestionados y polémicos elementos del programa médico obligatorio (PMO), y en dicho análisis, se puede contrastar su esencia y existencia con las disposiciones consolidadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, que guarden relación con el derecho a la salud.

Conclusión

Aún no se han planeado frente a los tribunales argentinos casos efectivamente ordenados sobre el derecho a la salud y su fácil acceso, medidas que den una rápida solución judicial y del sistema político ante las obligaciones establecidas en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dar acceso a la asistencia sanitaria sin distinción ni discriminación alguna.

El litigio que se presenta recurre en la mayoría de los casos en el ámbito particular, lo cual evita en ciertos casos que la Corte a veces respete el debido derecho a la salud, dado que no se preocupa por ir más al fondo del asunto, lo cual perjudica que trate de manera equilibrada el aval de este derecho. Por otro lado, la atención generada no ha tenido litigios colectivos o estructurales, cuyas sentencias pudieran involucrar a grupos más grandes de personas, perjudicar recursos públicos e impactar en el diseño o ejecución de políticas públicas. Pues, es esencial el rol del Poder Judicial para afirmar el cumplimiento de la normativa tanto constitucional como la legal actual. La sentencia debe ajustarse a derecho emanada de las situaciones reales, así como del marco ético y jurídico solicitado, el cual debe proteger la dignidad, la libertad y el derecho a la salud del individuo sobre todo al discapacitado.

Desde el precepto de la ley del PMO en la Argentina, posee una nueva norma constitucional civil a la salud que compromete al Estado y a las empresas privadas a suministrar las condiciones

mínimas. No obstante, debe tomarse en cuenta que en la contratación de servicios de salud no se puede fundamentar solo en el carácter comercial, sino al bien individual.

Conclusiones finales

El derecho a la salud se constituye como un derecho humano fundamental inherente al ser humano. En consecuencia, todas las personas solo por el hecho de tener esa naturaleza son titulares del mismo. En la República Argentina este derecho no se encontraba expresamente consagrado en el orden jurídico, sino que fue a partir de la reforma constitucional de año de 1994 cuando por medio del artículo 75 inc. 22 se le da entrada y rango constitucional a todos los convenios, tratados y declaraciones internacionales de donde Argentina forma parte. La jerarquía constitucional que se le ha otorgado indica la importancia de establecer en qué consiste, cuáles son los aspectos fundamentales, qué obligaciones acarrea tanto para el estado como para el titular el Derecho a la salud.

Como se ha analizado en el presente trabajo de investigación, el Sistema de Salud Argentino está compuesto por tres grandes sectores: el sector público, el sector del seguro social obligatorio y el sector privado.

El objetivo fundamental de las reformas en materia sanitaria es lograr la equidad entre todos los miembros de la sociedad, garantizar las atenciones médicas básicas y el acceso a los sectores más vulnerables. El puntapié inicial para ello fue la consagración del Derecho a la Salud como un derecho constitucional, a la vez que avalado por los diversos tratados internacionales de los cuales la República Argentina es Estado Parte. A su vez, y para garantizar su protección se han habilitado así diversos procedimientos judiciales y se han expedido nuestros magistrados en pos de proteger tal derecho. La actual organización del sistema de salud y la normativa vigente constituyen formas de cumplir con las obligaciones del Estado a los fines de garantizar dicho derecho.

Las Empresas de Medicina Prepaga son contratos de adhesión y de consumo por cuanto el afiliado decide si acepta o no las condiciones del servicio de atención médica, sin posibilidad de negociar el contenido de las cláusulas contractuales. Por otra parte, la afiliación a las Obras Sociales, son obligatorias para los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en instituciones privadas o públicas, los jubilados y pensionados, los beneficiarios de prestaciones no contributivas, y su grupo familiar. Esto en razón de que los aportes son inmediatamente descontados de sus salarios, para así financiar el funcionamiento de estas entidades. Las condiciones de responsabilidad son las mismas aplicables a las Empresas de Medicina Prepaga.

El Programa Médico Obligatorio consiste en un catálogo de prestaciones meramente referencial, no pudiendo las Obras Sociales ni las Empresas de Medicina Prepaga, rechazar o negar el disfrute a prestaciones que no estén expresamente contenidas en el programa, puesto que el derecho a la salud

debe interpretarse bajo el principio *pro homine*, descartando la interpretación restrictiva de las disposiciones referentes a esta materia, pues eso sí sería inconstitucional y causaría desamparo a los pacientes.

En principio, el Sistema de Salud Argentino parece sólido y funcional en la consecución de sus objetivos. No obstante existen fallas coyunturales que es necesario resolver, entre las cuales podemos destacar que la gran fragmentación entre sus sectores impide el disfrute igualitario del derecho a la salud por parte de todos los sectores y una significativa flexibilidad con que se trata a las Empresas de Medicina prepaga en su actuar, en una materia tan delicada como es la salud.

En este contexto, el amparo constitucional es el medio por excelencia para garantizar, ante una negativa de cobertura, que los pacientes reciban los mejores tratamientos, no pocas veces basadas en argumentos fútiles. El poder judicial procura, como destinatario directo del mandato constitucional de protección al derecho a la salud garantizar el máximo de beneficios, incluso cuando una norma sublegal pareciera negarlo, dando en este aspecto la preeminencia del derecho constitucional sobre la normas legales y reglamentarias medicamentos o tratamientos no han sido aprobados por la autoridad administrativa, ordenando su aplicación de tratamientos o provisión cuando su comercialización ha sido aprobada en el exterior. En este particular la jurisprudencia se ha cuidado en no dejar sin sustento la necesidad de la aprobación por la autoridad administrativa nacional, de allí que los juzgados exijan la prueba de que el señalado medicamento o procedimiento, sea el único tratamiento viable para la dolencia y el paciente tratado estableciendo un adecuado balance entre el bienestar general y el particular.

Se puede notar en los fallos revisados que se la ha dado efectiva preeminencia a este derecho, frente a cualquier otra consideración de orden jurídico o económico, dejando a un lado, al menos momentáneamente, principios contractuales del derecho privado, las regulaciones administrativas y comprobación científica, para favorecer la salud de los individuos. Sin embargo, el hecho de que se deba judicializar una situación para que se garantice el derecho a la salud importa una clara violación a este derecho, con lo cual se confirma la hipótesis planteada. Ello, permite confirmar la hipótesis planteada, toda vez que la negación por parte de las obras sociales, o prepagas, a dar tratamiento a quienes padecen una enfermedad, a todas luces violenta el derecho constitucional de acceso a la salud. Máxime si en virtud a dicha negación, deben recurrir a la justicia para que se respete su derecho.

En contraposición con la actividad del Estado, dirigida a consolidar en derecho la salud, tanto en materia legislativa, como judicial, se observa una tendencia en los entes prestadores de servicios de

salud a convertir las normas y requerimientos administrativos creados para garantizar el derecho a las salud, como excusa para limitar dicho derecho, como ejemplo se puede mencionar el caso de las tiras reactivas, en las que se pretende someter al paciente a una certificación de su condición de diabético pese, a que hay una verificación de tal condición por un médico de la red del agente de salud, y norma que establecen el derecho del paciente a recibirlas en las cantidades indicadas por el médico tratante. En ese sentido también pretende limitar las posibilidades de tratamiento con base en el PMO a pesar de que es evidente que constituye un mínimo de servicios y no es excluyente de otros procedimientos que puedan la mejor alternativa para el bienestar del paciente.

La sociedad argentina se determina por el rechazo a las normas constantemente, pero no debe ser un obstáculo para tener conciencia hacia la juricidad. En cuanto a la discapacidad, hay una nueva mira de las personas involucradas, quienes necesitan más apoyo y soluciones y menos deficiencias. Puede ser valedero que hoy en día haya mucha desigualdad en la protección del derecho de salud. Sin embargo, para que todo esto ocurra debe cumplirse condiciones de igualdad dentro del proceso. La no admisibilidad del amparo por ciertos requisitos implica una regresión en reparación del daño causado, lo que abarcaría la garantía de las normas.

Por otra parte, si el órgano jurisdiccional decide que un tercero preste sus servicios, pues dicho órgano es el que debe asegurar el cumplimiento del pago dentro del proceso donde se sentenció la causa y no en otro. Al respecto, en el caso del por parte del ente responsable de su cobertura económica, sea una obra social, prepaga o el estado, éste último como garante final de la salud pública.

Es un deber del médico y de todos los entes responsables e involucrados procurar el bien del paciente, por lo tanto, proteger su cumplimiento prevaleciendo de esa manera su derecho a la vida. Por su parte, las prepagas tienen el deber de brindar su servicio de manera óptima, y a pesar de los altos costos que pueden surgir, pues no le corresponde al paciente acarrear con esa situación. La prestación debe ser acorde a lo esperado por el asegurado, no se debe dejar de ser humano por un hecho más de problemática económica.

Es nuestra opinión, que para ir acabando progresivamente con las deficiencias que a lo largo del trabajo fueron planteadas, en enfoque de la intervención judicial debe cambiar, para lo cual se necesita ampliación del debate y diálogo inter-institucional; siendo la función del poder judicial, no de co-legislar como en cierto modo lo hace en el presente, sino desempeñar una función dialógica, promoviendo la vigencia de los derechos, instando a los otros poderes a identificar los fallos del sistema y definición de mecanismos para garantizar el derecho a la salud.

Bibliografía

Doctrina

- Abramovich Víctor y Courtis Cristian. (2001). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, España: Trotta Editorial.
- Acuña, C. y Chudnovsky, M. (2002). “El sistema de salud en Argentina”. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/5fcc/7c3cbbaa30d6affefb20747ec06f13188dcd.pdf>
- Adet, F. (2015). “Conductas de obras sociales en torno al Derecho a la Salud”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4262/2015>.
- Aren, J. (2012). *Régimen legal de las obras sociales. Agentes del seguro nacional de salud*. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Ayuso, L. E. (2010). “El derecho a la salud por sobre el Programa Médico Obligatorio”. LLLitoral en octubre 2010.
- Bancoff, P. (2017). “El derecho a la salud y la acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”. RCyS2017 (Documento N° 925).
- Belló, M. y Becerril-Montekio, V. (2011). “Sistema de Salud en Argentina”. Revista Salud pública de México. Volumen 53, Suplemento 2.
- Bergallo, P. (2013). *Argentina: Los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la “rutinización” de los reclamos individuales de cobertura?* Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (1997). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2003). *Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Brena Sesma, I. (2004). *El derecho y la salud- Temas a reflexionar*. Distrito Federal, México: Universidad Nacional Autónoma de Méjico.
- Bueres, A. (2006). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Calvo, C. (2014). *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

- Calvo, C. (2016). “Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1452/2016>.
- Cao, C. (2016). “La protección del derecho constitucional a la salud en los contratos de adhesión y consumo. Nota particular sobre el contrato de medicina prepaga, su impacto en el Código Civil y Comercial y normas Complementarias”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3189/2016>.
- Cao, C. y Gamarra, G. (2016). “Vigencia y ampliación de la protección de la integridad física del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/338/2016>.
- Chartzman, A. (2016). “El derecho a la salud y su protección. Obras sociales y seguro de salud”. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/0003/400734>.
- Corbalán, P. (2014). “Derecho a la salud y tutela judicial efectiva”. DJ20 - 2014 (Documento N° 2312).
- De Torres, M. (1949). *Teoría de la política social*. Madrid, España: Editorial Aguilar.
- Fiorilli, O. (2012). “De consumidores y seres humanos”. *LLBA*.
- Garay, O y Jaimarean Brion, G. (2015) “Concensos científicos y derecho a la salud”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4059/2015>.
- Garay, O. (2017). “El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina”. *La ley 2017* (Documento N° 1688).
- Gotlieb, V.; Yavich, N.; y Báscolo, E. (2016). “Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina”. *Caderno de Saude Pública*.
- Gozaíni, O. A. (2006). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Gregorini, E. (1996). La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga. *LA LEY*, 1996-C, 236.
- Hernández, V. (2015). “La acción de amparo, el derecho a la salud y la responsabilidad del Estado”. *Diario Civil* Nro. 38.
- Jalil, J. (2011). *La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización "in vitro"*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Lorenzetti, R. (1998). *La empresa médica*. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni.

- Lorenzetti, R. (2006). *Tratado de los contratos*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Lovece, G. (2015). “Prestaciones asistenciales. Alcances de la obligación de seguridad”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2906/2015>.
- Madies, C. V. y Garay, O. (2015) “Competencia originaria de la Corte y el derecho a la Salud”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2315/2015>.
- Maljar, D. E. (2005). “Responsabilidad del Estado en materia de derecho a la salud según la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005-II, junio 29.
- Mendizábal, G. (2016). “Interpretación judicial restrictiva del PMO vs. derecho a la salud”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2973/2016>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). El Derecho a la Salud: Folleto Informativo N° 31. Organización Mundial de la Salud.
- Olmo, J. P. (2014). *Salud Mental y Discapacidad*. Buenos Aires, Argentina: Dunken.
- Organización Panamericana de la Salud (2001). Programa de Organización y Gestión de Sistemas y Servicios de Salud. Perfil del sistema de servicios de salud. República Argentina. Washington, DC.
- Picasso, S. (2014). *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Ponce De León R., Samuel y Macías H., A. E. (2006). *La toma de decisiones en medicina*. Distrito Federal, México: Facultad de Medicina, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sáenz, L. (2011). *La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Sampieri, R. H. (2006) *Metodología de la Investigación*. Buenos Aires, Argentina: Mc Graw Hill.
- Scioscioli, S. (2016) “El derecho a la salud de las personas como derecho fundamental. Funciones y contenidos del derecho en términos de obligación de los agentes de salud. Derecho a la salud obligaciones del Estado medicina prepagada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2156/2016>.
- Soria, E. y Carignani, A. (2015). “El derecho a la salud: ¿hacia un derecho absoluto?” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/879/2015>.

- Supiot, A. (2007). *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Tambussi, C. (2014). “Los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la salud”. *Revista Derecho Privado*. Año III. N° 9.
- Tanzi, S. Y. y Papillú, J. M. (2016) “Amparo y salud. Prestadores no incluidos en la cartilla”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1378/2016>.
- Urbina, P. (2016) “Deber de los prestadores de servicios de salud”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1266/2016>.
- Vieytes, R. (2004) *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad: epistemología y técnicas*. Buenos Aires, Argentina: Edito.
- Webb, M. (2010) “¿El PMO al excluir a la medicina reproductiva impide el real ejercicio del derecho a la salud?” LL 2010-E, 287.

Jurisprudencia

- Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche, “Nardini, Vanesa”, sentencia del 29 de julio de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/27014/2009>.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, “M., M. A. y otros c. I.A.P.O.S. y otro”, sentencia del 30 de julio de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/39596/2010>.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, “Vaca, Héctor Horacio y Otra c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de los Bancos Oficiales Nacionales”, sentencia del 26 de mayo de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/19164/2009>.
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Resistencia, sala II, “L., A. E. S/acción de amparo”, sentencia del 13 de febrero de 2009. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/150/2009>.
- Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, “P.L.L.y otro c. OMINT C.S. Salud S.A.”, sentencia del 17 de marzo de 2011. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/42619/2011>.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, “R. M. B. c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados” s/ amparo”, sentencia de 2010. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, “EMA y otro c/OSEAC”, sentencia de 2011. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, “Waltuch de Nussenbaum, Elena c/ Medicus S.A.”, sentencia del 24 de septiembre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/36783/2015>.
- Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, Sala II, “L.V.V. y otros c. OSADEF y otros/sumarísimo”, sentencia de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR89816/2014>.
- Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, Sala II, “B., M.A. c/ Santa Salud S.A. s/ amparo salud”, sentencia de 2016. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/35422/2016>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Alcalá, Cristina Beatriz c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, sentencia del 01 de junio de 2000. A. 224. XXXIV.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”, sentencia del 18 de diciembre de 2003. A. 891. XXXVIII.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, sentencia del 24 de octubre de 2000. C. 823. XXXV.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Caso S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/sumarísimo”, sentencia del 15 de marzo de 2016. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--centro-educacion-medica-investigaciones-clinicas-norberto-quirno-sumarisimo-fa16000051-2016-03-15/123456789-150-0006-1ots-eupmocsollaf?>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Etcheverry, Roberto Eduardo c/Omint Sociedad Anónima y Servicios”, sentencia del 13 de marzo de 2001. E. 34. XXXV.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, sentencia del 16 de octubre de 2001. M. 375. XXXVI.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, sentencia del 12 de marzo de 2002. R. 1012. XXXVI.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Tolosa, Nora Elida y otro c. Swiss Medical S.A. s/ cobro de sumas de dinero”, sentencia del 27 de agosto de 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/49174/2013>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. P. 169. XXXIII. 11/06/1998.
- Juzgado Criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata nro. 1, "A. Z., C. N.", sentencia del 03 de febrero de 1999. Publicada en "Jurisprudencia Argentina", del 21/07/1999.
- Juzgado en lo Criminal N° 3 de Mar Del Plata, “Navas, Leandro J. C/ Instituto De Obra Medica Asistencial”, sentencia de 1991. La Ley 1991-D, 1979.
- María Liliana en representación de su hijo menor de edad c. IOSPER”, sentencia del 30 de marzo de 2011. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/16403/2011>.
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal, “Gómez,
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “M., V. A. y otro”, sentencia del 18 de diciembre de 2008. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/22086/2008>.

Legislación

- Carta de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas, San Francisco, Estados Unidos, 26 de junio de 1945.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 07 de noviembre de 1967.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 3 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes, y Observación general N° 14, párr. 38, 1990.
- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de marzo de 1984.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Ley Nro. 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.
- Ley 24.658. Boletín Oficial de la República Argentina, 17 de julio de 1996.
- Ley 24.754 sobre Medicina Prepaga. Boletín Oficial de la República Argentina, 02 de enero de 1987.
- Ley 25.280 que aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 04 de agosto de 2000.
- Ley N° 23.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de enero de 1989.
- Ley N° 24.240. Boletín Oficial de la República Argentina, del 15 de octubre de 1993.
- Ley N° 26.529. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de noviembre de 2009.
- Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga. Boletín Oficial de la República Argentina, 17 de mayo de 2011.
- Ley N° 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de octubre de 1990.
- Ley N° 26.061. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley Nro. 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 1986.