

UNIVERSIDAD
SIGLO
La educación evoluciona



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PIA

DERECHO A LA SALUD
PRESTACIONES MÉDICAS OBLIGATORIAS Y
RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Zimmermann, María Marta

Legajo: VABG58771

DNI N° 33.094.740

Carrera: Abogacía

Año: 2019

RESUMEN

El presente trabajo está orientado a investigar la regulación del derecho a la salud en Argentina, desde la perspectiva de las prestaciones médicas contenidas en el Programa Médico Obligatorio y la legislación, a los fines de identificar la implicancia que ha tenido la jurisprudencia en la conformación del mismo. Ello, como consecuencia de la problemática que padecen los usuarios y consumidores de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga, ante la negativa de cobertura médica por parte de éstas cuando la prestación a cubrir no se encuentra contemplada dentro del Programa Médico Obligatorio y, por consiguiente, la correlativa necesidad de iniciar acciones legales para lograr su reconocimiento judicial.

Palabras Claves: JURISPRUDENCIA - DERECHO A LA SALUD - PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO - OBRAS SOCIALES - EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA - PRESTACIONES MÉDICAS.

ABSTRAC

The present work is oriented to investigate the regulation of the right to health in Argentina, from the perspective of the medical benefits contained in the Compulsory Medical Program and the legislation, in order to identify the implications that jurisprudence has had in the conformation of the same. This, as a consequence of the problems suffered by users and consumers of the Social Works and Prepaid Medicine Companies, in the face of the refusal of medical coverage by them when the provision to be covered is not included in the Compulsory Medical Program and, for consequently, the correlative need to initiate legal actions to achieve judicial recognition.

Key Words: JURISPRUDENCE - RIGHT TO HEALTH - COMPULSORY MEDICAL PROGRAM - SOCIAL WORKS - PREPAID MEDICINE COMPANIES - MEDICAL BENEFITS.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: DERECHO A LA SALUD- RECEPCIÓN NORMATIVA.....	8
Introducción.....	8
1.1. Constitución Nacional Argentina.....	8
1.2. Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.....	10
1.3. Constituciones provinciales.....	15
Conclusiones parciales.....	16
CAPÍTULO II: REGULACIÓN DE OBRAS SOCIALES Y EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGAS.....	17
Introducción.....	17
2.1. Regulación de las Obras Sociales.....	18
2.2. Marco regulatorio de la medicina prepaga.....	21
Conclusiones parciales.....	22
CAPÍTULO III: PRESTACIONES MÉDICAS OBLIGATORIAS.....	23
Introducción.....	23
3.1. Programa Médico Obligatorio.....	23
3.2. Prestaciones médicas obligatorias en la legislación.....	25
Conclusiones parciales.....	32
CAPÍTULO IV: JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.....	33
Introducción.....	33
4.1. Amparos de Salud y Medidas Cautelares.....	34
4.2. Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	38
4.2.1. Estándares Jurisprudenciales.....	39
4.3. Jurisprudencia de Tribunales Inferiores.....	46
4.4. Límites al derecho a la salud.....	57

Conclusiones parciales.....	61
CONCLUSIONES FINALES.....	62
BIBLIOGRAFÍA.....	65

INTRODUCCIÓN

En Argentina, las prestaciones y servicios básicos que las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepagas deben asegurar a sus afiliados se encuentran enunciadas en una resolución del Ministerio de Salud de la Nación denominada “Programa Médico Obligatorio” (PMO) que se actualiza periódicamente.

En virtud de ello, cuando los afiliados solicitan prestaciones y/o servicios que resultan indispensables para el resguardo de su salud pero que no se encuentran enunciados en el PMO, las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepagas suelen denegar estas solicitudes alegando que, su no inclusión en el PMO las exime de la obligación de brindar cobertura.

Frente a esta situación, los afiliados acuden a la justicia en busca del reconocimiento de tales prestaciones. Consecuentemente, analizando la cuestión a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución, el Poder Judicial ha reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental y ha sentado jurisprudencia obligando a las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepagas a cubrir las prestaciones y/o servicios médicos reclamados. Lo que, en ciertas ocasiones ha derivado en la consagración expresa en el PMO de ciertas prestaciones y/o servicios, ante la uniformidad de los pronunciamientos jurisprudenciales.

En consecuencia, es preciso preguntarse ¿ha impactado la jurisprudencia argentina en la configuración del derecho a la salud y en el reconocimiento a prestaciones obligatorias por parte de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepagas? ¿Cuáles son los estándares jurisprudenciales argentinos al respecto?

A los fines de dar respuesta a tales interrogantes, el presente trabajo tendrá como objetivo general analizar si la jurisprudencia argentina ha reconocido el derecho a la salud, ante la negativa a la cobertura de prestaciones por parte de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepagas y, en caso afirmativo, identificar aquellas prestaciones médicas que, admitidas jurisprudencialmente, hayan sido posteriormente objeto de incorporación al Programa Médico Obligatorio por parte del Ministerio de Salud de la Nación.

Para ello, se comenzará por analizar la recepción del derecho a la salud en la Constitución Nacional a raíz de la reforma del año 1994 y de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al Art. 75 inciso 22.

Y luego se evaluarán los fallos más relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referentes a la temática, analizando la procedencia de la acción de amparo y la interposición de medidas cautelares como remedios procesales para la obtención de prestaciones médicas.

La elección de esta temática de investigación, se debe a la relevancia de la materia, pues se trata de la justicia impartida por los Tribunales en casos sensibles, vinculados con el derecho a la salud del que goza toda persona y, principalmente, quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad derivada del padecimiento de ciertas enfermedades y/o patologías.

Además, tiene una implicancia social absoluta. A diario la sociedad argentina se ve afectada por el incumplimiento de prestaciones médicas por parte de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepagas.

Es por ello, que el presente trabajo parte desde la hipótesis de que, ante la negativa de cobertura de prestaciones medicas por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, los Tribunales, en resguardo del derecho a la salud, han obligado a estas empresas a cubrir dichas prestaciones, se encuentren o no obligadas legislativamente a ello; lo cual ha provocado que, ante la uniformidad de la jurisprudencia, estas prestaciones resulten siendo incluidas en el Programa Médico Obligatorio.

Ello así por cuanto, dichos Tratados reconocen el derecho a la salud de manera explícita, otorgando a la legislación nacional un nuevo marco legislativo referido a la materia, lo que llevó a reconocer nuevas prestaciones médicas antes no reconocidas.

Asimismo, el mismo estará compuesto de tres partes que, a su vez, estará dividida en cinco capítulos; los dos primeros se ocuparán de la receptación del derecho a la salud y del régimen normativo de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepagas.

Seguidamente, en el capítulo tercero se desarrollará lo pertinente a la regulación de las prestaciones médicas obligatorias y a la evolución histórica en materia legislativa de las mismas.

Finalmente los capítulos cuatro y cinco, se adentrarán al objetivo mismo de la presente investigación, desarrollando todo lo respectivo a la judicialización del derecho a la salud en lo que respecta a la vía del amparo y medidas cautelares, la jurisprudencia nacional en la materia y, la implicancia que ésta ha tenido en la evolución legislativa.

Para ello, se realizará una investigación de tipo descriptivo y explicativo. Con el primero de ellos, se buscará describir lo concerniente a la legislación y las posturas jurisprudenciales relativas al derecho a la salud respecto a la cobertura obligatoria por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga de prestaciones médicas no incluidas en el Programa Médico Obligatorio. El tipo de investigación explicativo será utilizado para determinar la relación causal que existe entre los precedentes jurisprudenciales y los cambios legislativos relacionados con la materia bajo estudio, todo ello utilizando una técnica cualicuantitativa.

El presente trabajo se basará en la utilización de fuentes primarias, principalmente por tratarse de un estudio abocado al rol que ha tenido la jurisprudencia y el modo en que ha impactado en la legislación.

También serán utilizadas las fuentes secundarias, desde el aporte que ha realizado la doctrina en la materia de estudio, y los artículos publicados en las revistas especializadas.

Finalmente, aunque en menor medida, se tendrán en cuenta las fuentes terciarias o de referencias generales, ya que resultarán de utilidad los libros o trabajos que analicen la doctrina y la jurisprudencia.

A los fines de llevar a cabo el desarrollo del Trabajo Final de Graduación, el mismo estará abocado temporalmente al periodo comprendido entre la reforma constitucional de 1994, momento en el cual se incorporaron con supremacía constitucional los Tratados Internacionales, a la actualidad.

CAPÍTULO I: DERECHO A LA SALUD- RECEPCIÓN NORMATIVA.

Introducción.

El derecho a la salud forma parte de los derechos fundamentales del hombre y, como tal, en Argentina se encuentra reconocido no solo en la Constitución Nacional sino también en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional.

Éste derecho ha ido adquiriendo con los años un abanico regulatorio cada vez mayor, incluso a nivel jurídico se lo ha reconocido como una rama autónoma del derecho por la amplitud de su marco normativo.

Como podrá apreciarse durante el desarrollo del presente capítulo, originariamente el derecho a la salud no se encontraba consagrado explícitamente en la Constitución Nacional, sino que se lo reconocía como un derecho constitucional implícito, en función de lo previsto por el artículo 33 de la Ley Suprema¹.

Con la reforma constitucional del año 1994, el derecho a la salud fue reconocido expresamente con la incorporación en el artículo 75, inciso 22, de Tratados, Declaraciones, Convenciones y Pactos sobre Derechos Humanos, a los que se dotó de jerarquía constitucional; como así también con la incorporación de los nuevos artículos 41 y 42 que reglamentan lo referido al medio ambiente y el derecho de los usuarios y consumidores, respectivamente.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que nuestra Constitución Nacional, a diferencia de la mayoría de las Constituciones Provinciales, carece de un artículo que regule el derecho a la salud en forma específica.

Constitución Nacional Argentina.

Como se adelantó en la introducción del capítulo, el derecho a la salud en nuestro país se caracterizó por ser un derecho constitucional implícito hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, pues la Constitución Nacional de 1853 omitió regularlo de manera expresa, por lo que normativamente era considerado como parte

¹ Artículo 33 de la Constitución Nacional: “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”.

del derecho a la vida y reconocido como un derecho no enumerado contemplado en el artículo 33 de la Carta Magna².

Posteriormente, con la reforma constitucional del año 1949 impulsada por el Presidente Juan Domingo Perón, se incorporaron nuevos artículos que buscaban proteger los derechos sociales, que se encontraban en auge por aquella época.

En este sentido, la Constitución del '49, modificó el artículo 37, que quedó titulado “derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura”, y dividido en cuatro secciones conforme a dicho título. Dentro de los derechos del trabajador, se reguló el derecho a la preservación de la salud y, dentro de los derechos de la ancianidad, el derecho al cuidado de la salud física y moral.

Más allá de la laguna que aún quedaba en dicha constitución respecto al derecho a la salud, por cuanto se reconocía como un derecho del trabajador y no como un derecho genérico para toda la población argentina, en el año 1956 el Presidente de facto Aramburu, dictó una Proclama por medio de la cual dejó sin efecto la reforma constitucional del año 1949 y mantuvo la vigencia de la Constitución Nacional de 1853, por lo que nuevamente el derecho a la salud quedó fuera del catálogo de los derechos expresamente estipulados en la Ley Suprema.

Al año siguiente de haberse dictado dicha medida, Aramburu convocó a una Convención Constituyente con la finalidad de efectuar una reforma integral a la Constitución Nacional, sin embargo, dicha convención se reunió con la finalidad de lograr el quórum necesario para incorporar el artículo 14 bis, y una vez lograda su aprobación se disolvió sin más reforma.

Desde su sanción y, hasta la actualidad, el artículo 14 bis se encargó de regular los derechos del trabajador, de las asociaciones gremiales y de la seguridad social, y estableció en su tercer párrafo: “En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles...”³.

² Ver artículo en nota n° 1.

³ Artículo 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina del año 1957.

Puede advertirse que, aunque la intención de la Convención Constituyente de 1957 se centró en proteger los derechos sociales que habían sido incorporados en el año 1949 y luego excluidos, en materia de salud, el artículo referido no incorporó a la Constitución Nacional más que el denominado Seguro Social Obligatorio.

Con la reforma constitucional del año 1994, el artículo 42 consagró expresamente el derecho a la salud en el marco de la relación de consumo⁴. Sin embargo, tal como explica Víctor Bazán, "...ampliando nuestro espectro de visibilidad un poco más allá de lo que el corto alcance de la explicitud ofrece, podríamos inferir que la carga ideológica y la textura axiológica de la Constitución aggiornada rindan otras posibilidades para derivar la cobertura tuitiva de aquel derecho. Así el art. 41 expresamente consagra el derecho de todos los habitantes "a un ambiente sano, equilibrado", previsión en la que subyace la exigencia de protección del derecho a la salud" (Bazán, 2015).

Pero como se mencionó con anterioridad, la Constitución Nacional del año 1994 terminó por llenar de contenido al derecho a la salud explícitamente, a través del otorgamiento de jerarquía constitucional a determinados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados (artículo 75 inciso 22), varios de los cuales, regulan en forma expresa, detallada y completa el derecho a la salud.

Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Como es sabido, la reforma constitucional del año 1994 introdujo grandes cambios a nuestra Carta Magna, pero sin duda alguna, uno de los más significativos resultó ser el otorgamiento de jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se enumeran en el artículo 75, inciso 22, y la posibilidad que otros Tratados de esta naturaleza adquieran supremacía constitucional luego de su aprobación por el Congreso a través del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

⁴ En tal sentido, el primer párrafo del artículo 42 de la Constitución Nacional establece: "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; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno". Por su parte, el segundo párrafo de la norma señala que las autoridades deberán proveer a la protección de esos derechos, mientras que el tercero, compele a las legislaciones a regular procedimientos eficaces para los conflictos que se presenten en las relaciones de consumo.

De esta manera se reconocieron expresamente una gran cantidad de derechos hasta entonces implícitos a nivel constitucional, entre ellos, y en lo que al presente trabajo interesa, el derecho a la salud.

Internacionalmente, el derecho a la salud adquirió un papel fundamental a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, cuando la protección de los derechos humanos comenzó a posicionarse como una verdadera política de Estado por numerosos países que, con seria preocupación, decidieron emprender el camino de su respeto, defensa y salvaguarda.

Así fue que los países comenzaron a celebrar Tratados, Convenciones y Declaraciones en los que la finalidad principal era garantizar el bienestar general de los integrantes de cada Estado y comenzar a proteger los denominados derechos de tercera generación.

En lo que respecta a los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por nuestro país y a los que se les otorgó jerarquía constitucional, cabe destacar que la mayoría de ellos poseen artículos en los que específicamente se regula el derecho a la salud. Se regula este derecho en un sentido amplio, en tanto y en cuanto, como veremos, es considerado un derecho humano fundamental que abarca un rango mucho mayor que la simple ausencia de una enfermedad, pues también se encuentran dentro de su órbita: la vestimenta, la alimentación, el bien propio y familiar, etcétera.

En este sentido, la Organización Mundial de la Salud, autoridad de sanidad internacional dependiente de la Organización de Naciones Unidas, en el Preámbulo de su Constitución afirma que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad. 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”.

Veamos con mayor precisión cómo regulan el derecho a la salud los distintos Tratados Internacionales que integran el denominado bloque de constitucionalidad⁵:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en su artículo XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por

⁵ Cabe aclarar que en cada uno de estos Tratados se observan numerosas normas de las cuales puede extraerse contenido para resguardar el derecho a la salud. No obstante ello, aquí se hará mención exclusivamente a aquellas que regulan en forma expresa este derecho. Pues extendernos en el análisis de todas y cada una de las normas de las que surge implícitamente su reconocimiento, sería bastante extenso y excedería el objeto del presente trabajo.

medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

En esta misma dirección, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 25 inciso 1º: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 establece: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Asimismo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su artículo 5 dispone: “...los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (...) iv) EL derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; (...)”.

Por otra parte, en la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, no solo que los estados partes dejan sentado en el preámbulo su preocupación “...por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer

tiene un acceso mínimo a... la salud... así como a la satisfacción de otras necesidades”, sino que además, en el artículo 10 establece que “Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”; y a continuación, en el artículo 11 dispone: “1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...) f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, en una extensa norma regula detalladamente el contenido del derecho a la salud de los menores. Pues bien, al respecto el artículo 24 establece: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva,

la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.³ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.⁴ Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Por último, cabe resaltar que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados partes ya en el preámbulo de la Convención reconocen “...la importancia de la accesibilidad... a la salud... para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Y posteriormente, más allá de la alusión al derecho a la salud en varios artículos de la Convención, encontramos el artículo 25, titulado “Salud”, el cual determina en forma clara el contenido de este derecho para todas las personas con discapacidad. Veamos qué dice dicha norma: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos

humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

Constituciones provinciales.

Antes de finalizar el presente capítulo y comenzar con el estudio de la legislación nacional que regula el sistema de salud en general, cabe destacar que el derecho a la salud también encuentra consagración expresa en numerosas constituciones provinciales, en dónde no sólo se reconoce este derecho, sino que también se establecen políticas tendientes a su protección y garantía, para todos integrantes de la provincia.

Ello ocurre en las constituciones de las siguientes provincias: Buenos Aires (artículo 36 inciso 8), Catamarca (artículo 64), Córdoba (artículo 59), Chubut (artículos 18 inciso 2, 72 y 73), Entre Ríos (artículo 19), Formosa (artículos 80 y 81), Jujuy (artículo 21), La Rioja (artículo 57), Misiones (artículo 39), Neuquén (artículos 36, 134, 135), Salta (artículos 41 y 42), San Juan (artículo 61), San Luis (artículo 57), Santa Cruz (artículo 57), Santa Fe (artículo 19), Santiago del Estero (artículos 16 inciso 2 y 21 a 26), Tierra del Fuego (artículo 14 inciso 2, 31 inciso 9 y 53), Tucumán (artículo 146)⁶.

Conclusiones parciales.

⁶Cabe aquí formular dos aclaraciones. En primer lugar, que se citaron únicamente los artículos que consagran y protegen expresamente el derecho a la salud. No obstante lo cual, existen otros artículos que también se vinculan con este derecho y contribuyen a complementar su contenido (así por ejemplo, encontramos en las distintas constituciones normas referidas a la ecología y el medio ambiente, a la protección de la salud de los consumidores y usuarios, a la protección de los discapacitados, etcétera). Por otra parte, cabe aclarar no se transcriben ni se analizan con mayor profundidad los artículos citados, por cuanto ello importaría un extenso desarrollo y excedería el objeto de estudio. Basta aquí con poner en conocimiento del lector que el derecho a la salud encuentra también consagración expresa en diversas constituciones provinciales.

Como puede apreciarse, en nuestro país el derecho a la salud es considerado un derecho humano y, como tal, un derecho fundamental, inherente a la persona humana, que se funda en el respeto de su dignidad y que posee los caracteres de universalidad (se aplica en pie de igualdad y sin discriminación a todas las personas) e inalienabilidad (no puede ser retirado a ninguna persona, aunque puede tener ciertas limitaciones).

Este derecho humano a la salud abarca una dimensión mucho más amplia que la simple ausencia de enfermedad, en tanto este derecho implica proteger la salud pública, el bienestar general, las condiciones mínimas de vivienda, alimentación y vestimenta, entre otras cosas, y por consiguiente cuenta con amplia y especial protección, no solo por parte de las autoridades nacionales, sino también provinciales.

La incorporación en la Constitución Nacional y la consagración en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscriptos por la Argentina y jerarquizados constitucionalmente, ha resultado fundamental para promover políticas nacionales y provinciales tendientes a su garantía para todos los habitantes del suelo argentino, como así también para sentar las bases sobre las cuales deben estructurarse las leyes que rigen el sistema de salubridad nacional.

CAPÍTULO II: REGULACIÓN DE OBRAS SOCIALES Y EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGAS.

Introducción.

A los fines de ir adentrándonos en el tema central del presente trabajo, es preciso explicar cómo se encuentran reguladas en nuestro país las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, y de qué modo son alcanzadas por el Programa Médico Obligatorio.

Para ello, es necesario mencionar sucintamente que, actualmente en Argentina el sistema de salud se encuentra dividido en tres sectores: público, privado y de la seguridad social.

El sector público, es el encargado de suministrar servicios de salud en forma gratuita a todos los habitantes del suelo argentino, independientemente de su nacionalidad y de conformidad con las disposiciones de nuestra Constitución Nacional, a través de Centros de Salud y Hospitales Públicos ubicados a lo largo del territorio nacional, sirviéndose para ello, de los recursos provenientes de la recaudación impositiva.

Es decir que, en nuestro país una persona puede tener más de una cobertura de salud de manera simultánea, en efecto, todas las personas se encuentran cubiertas por el sector público y algunos tienen además cobertura médica brindada por una obra social o una empresa de medicina prepaga.

El sector de la Seguridad Social, está representado por las Obras Sociales que se caracterizan por ser las encargadas de brindar cobertura a los trabajadores, sus familiares directos y jubilados, en forma contributiva a través de la adhesión y aporte obligatorio que soportan tanto el trabajador como el empleador.

Actualmente en Argentina, existen varias obras sociales que brindan atención de salud, y que se fragmentan en obras sociales nacionales, obras sociales provinciales, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Programa de Atención Médico Integral “PAMI”), y diversas obras sociales específicas para el personal del Poder Judicial, de Universidades y de las Fuerzas Armadas, entre otras.

Por último, el sector privado está conformado por las denominadas Empresas de Medicina Prepaga, que a través del aporte voluntario de sus usuarios, brindan un seguro de cobertura en función de las propias capacidades de pago de éstos.

A continuación, veremos cómo se encuentran reguladas actualmente las obras sociales que representan al sector de la seguridad social y, las empresas de medicina prepaga en representación del sector privado del sistema de salud argentino.

Regulación de las Obras Sociales.

Puede decirse que, en nuestro país las obras sociales surgieron en la década de los cuarenta como una institución a la que los trabajadores, a través del pago voluntario de una cuota, accedían a una cobertura médica mayor que la que ofrecía el Estado.

Recién treinta años más tarde, en 1970, se dictó durante el gobierno de facto del General Onganía, la Ley 18.610 que estableció la afiliación obligatoria para todos los trabajadores en relación de dependencia, a la obra social correspondiente a la sus respectivas actividades.

Asimismo, dispuso la creación del Instituto Nacional de Obras Sociales, organismo encargado de “promover, coordinar e integrar las actividades de las obras sociales, así como controlarlas en sus aspectos técnicos, administrativos, financieros y contables”⁷. Es decir, un organismo de control de las obras sociales que resultó ser el primer antecedente de la hoy conocida Superintendencia de Seguros de Salud.

Seguidamente, en el año 1971 el Congreso dictó la Ley 19.032, por medio de la cual se extendió la obligación de afiliación al sector de los jubilados y pensionados, creándose el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, con el objeto de brindar prestación, por sí o por intermedio de terceros, a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y a su grupo familiar primario, de servicios médicos asistenciales destinados al fomento, protección y recuperación de la salud.

En el año 1980, el Congreso dictó la Ley 22.269 con la intención de organizar el régimen creado por la Ley 18.610, reafirmando la inclusión obligatoria entre sus beneficiarios a los trabajadores en relación de dependencia, a los jubilados y

⁷ Artículo 13 de la Ley 18.610 del año 1970 – Honorable Congreso de la Nación

pensionados y a beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales junto a sus correspondientes grupos familiares y, con la intención de incorporar gradualmente a los trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones, y sus respectivos grupos familiares, en la medida que las características de cada actividad y el equilibrio del sistema lo permitan.

Los últimos días del año 1988, el Congreso de la Nación sancionó con fuerza de ley la denominada “Nueva ley de obras sociales” Ley 23.660, por medio de la cual se buscó ordenar el régimen anterior de la Ley 18.610, creando para ello la Dirección Nacional de Obras Sociales, como autoridad de aplicación y organismo de control sobre las obras sociales comprendidas en el artículo primero de la citada norma.

ARTÍCULO 1º- Quedan comprendidos en las disposiciones de la presente ley:

a) Las obras sociales sindicales correspondientes a las asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, signatarias de convenios colectivos de trabajo;

b) Los institutos de administración mixta, las obras sociales y las reparticiones u organismos que teniendo como fines los establecidos en la presente ley hayan sido creados por leyes de la Nación;

c) Las obras sociales de la Administración central del Estado nacional, sus organismos autárquicos y descentralizados; la del Poder Judicial y las de las universidades nacionales;

d) Las obras sociales de las empresas y sociedades del Estado;

e) Las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios;

f) Las obras sociales constituidas por convenio con empresas privadas o públicas y las que fueron originadas a partir de la vigencia del art. 2º inc. g) punto 4 de la ley 21.476;

g) Las obras sociales 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;

h) Toda otra entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en la enumeración precedente, tenga a como fin lo establecido por la presente ley⁸.

⁸ Artículo 1º de la Ley 23.660 del año 1989 – Honorable Congreso de la Nación.

Pero lo cierto es que en el año 1990 se sancionó la Ley 23.890 por medio de la cual quedaron excluidas de la regulación dispuesta en la Ley 23.660, las obras sociales de universidades nacionales y la del Poder Judicial, por haber modificado el inc. c) de ésta.

Conjuntamente con la Ley 23.660, se dictó la Ley 23.661 que estableció la creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud, con el fin de procurar el pleno derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica; quedando incluidos en dicho seguro los beneficiarios comprendidos en la ley de obras sociales, los trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones, y las personas que con residencia permanente en el país se encuentren sin cobertura médico-asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales.

Empero, en el año 1996, el decreto 1615/20196 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la fusión de la Administración Nacional del Sistema del Seguro de Salud (ANSSAL), el Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS) y la Dirección Nacional de Obras Sociales (DINOS), con el objetivo de crear la Superintendencia de Servicios de Salud, un nuevo organismo de supervisión, fiscalización y control de los Agentes del Seguro de Salud, y la autoridad de aplicación de las leyes 23.660 y 23.661.

Finalmente, es menester destacar que cada provincia argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuentan con sus propias obras sociales, que se caracterizan por brindar cobertura a sus beneficiarios, principalmente empleados de la administración pública provincial y municipal, como a sus familiares directos.

A diferencia de las Obras Sociales Nacionales, éstas se encuentran reguladas por leyes específicas por lo que no se encuentran alcanzadas por las disposiciones de la Ley 23.660, ni tampoco se encuentran adheridas al Seguro de Salud de la Ley 23.661, salvo que se adhieran voluntariamente, por lo que el Programa Médico Obligatorio no les es oponible sino que cada Provincia establece un plan de prestaciones mínimas.

Marco regulatorio de la Medicina Prepaga.

Las empresas de medicina prepaga en nuestro país, surgieron sobre la base de diversos sistemas de prestación de servicios de salud que sirvieron, de algún modo, de antecedentes para su conformación.

En este sentido, las mutuales han sido consideradas uno de los antecedentes más importantes de la medicina prepaga, atento que estas funcionaban brindando a sus afiliados, prestaciones de servicios de salud, atención médica ambulatoria y servicios de internación, a cambio de una contribución periódica.

Puede decirse que, en el año 1930, se creó la primer empresa de medicina prepaga de la mano de un grupo de profesionales médicos pertenecientes a distintas especialidades que, aportando cada uno sus propios pacientes, conformó una cartera de clientes que abonaba una cuota como contraprestación.

En el año 1955, se creó el Centro Médico Pueyrredón, que se caracterizó por funcionar como centro médico de atención únicamente a pacientes de los médicos que prestaban servicios en él, quedando fuera del mismo las personas que no lo fuesen. Asimismo, surgieron los Policlínicos Privados, que eran instituciones que brindaban la totalidad de la cobertura de salud en un único edificio.

En la década del sesenta se creó el Centro Médico del Sur (CEMES), una empresa caracterizada por brindar a sus usuarios una cartera de profesionales médicos, estudios de diagnóstico e internación, con cobertura en todo el país.

Durante todos estos años las empresas de medicina prepaga se encontraron exentas de regulación de índole sanitaria, sino que fueron reguladas como cualquier otro emprendimiento comercial con las consecuencias judiciales correspondientes, acarreadas en virtud de lo normado por la Ley de Derechos del Consumidor.

En el año 1996 que el Congreso dictó la Ley 24.754, por medio de la cual se dispuso que las empresas o entidades que prestasen servicios de medicina prepaga, debían cubrir, como mínimo, determinadas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales y los agentes de salud, pero nada dispuso respecto a la regulación de estas empresas.

Fue recién en el año 2011 que el Poder Legislativo sancionó la Ley 26.682, que dispuso el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga, y nueve meses después, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 1991/11 se dispuso incluir en dicho régimen a las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo

objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión⁹.

Conclusiones parciales.

De lo analizado hasta el momento surge que el Sistema de Salud de Argentina se encuentra sumamente fragmentado, ya sea la jurisdicción en la que se emplea, los beneficiarios a los que se dirige, la contraprestación por el servicio brindado, las leyes que lo regulan, entre otros aspectos.

Esta situación pone de manifiesto que la disparidad del plexo normativo, genera marcadas desigualdades en materia de salud, en tanto las prestaciones médicas varían de acuerdo al servicio de salud con que cuente una persona y al que pueda acceder de acuerdo a sus ingresos y la posibilidad de contar con una Obra Social o en su defecto, vinculado a una Empresa de Medicina Prepaga.

Por el contrario, si bien se ha dejado claro que el Sector Público de Salud en Argentina alcanza a la totalidad de los habitantes del país, lo que asegura el acceso a las prestaciones médicas por parte de estos, lo cierto es que como se ya se ha visto y se verá a continuación, es éste el sector que se encuentra más desprotegido y menos regulado.

CAPÍTULO III: PRESTACIONES MÉDICAS OBLIGATORIAS.

⁹ Artículo 1° de la Ley 26.682 del año 2011 – Honorable Congreso de la Nación.

Introducción.

En el presente capítulo, el trabajo estará enfocado a explicar lo respectivo a las prestaciones médicas que, conforme lo visto en el capítulo II, ciertas las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga, están obligas a cubrir a sus usuarios, en virtud de la creación del Programa Médico Obligatorio.

Consecuentemente, se expondrá cómo fue creado el mismo, las progresivas modificaciones en las que se ampliaron las prestaciones a cubrir y, fundamentalmente se abordarán aquellas leyes, decretos y normas de salud, que han dispuesto en sus respectivos cuerpos la inclusión de prácticas, medicamentos, tratamientos, etc., a la canasta básica de prestaciones.

Programa Médico Obligatorio.

El 22 de septiembre de 1995, se dictó el Decreto 492/95 por medio del cual se dispuso la creación de un Programa Médico Obligatorio, que fijara las prestaciones médicas asistenciales obligatorias para los agentes del Sistema Nacional de Seguros de Salud de la Nación consignados en el artículo 1° de la Ley 23.660.

Como consecuencia de ello, el 29 de mayo de 1996, el Ministerio de Salud dictó la resolución 247/96, que creó el programa medico de prestaciones y prácticas médicas obligatorias para todas las Obras Sociales del sistema de las leyes 23.660 y 23.661.

En otras palabras, el Programa Médico Obligatorio establece un listado de aquellas prestaciones médicas que los agentes del Sistema Nacional de Seguros de Salud de la Nación están obligados a garantizar a sus usuarios.

Pero este Programa nunca fue estanco, pues fue motivo de diversas modificaciones a lo largo de los años, la primera de ellas fue la Resolución 939/2000, dictada por el Ministerio de Salud de la Nación, en la cual se estableció un nuevo catálogo de prestaciones, además de guías de orientación para el diagnóstico y tratamiento en la atención primaria de la salud.

Pero en el año 2002, y como producto de la grave crisis que enfrentaba el país, el entonces Presidente de la Nación Eduardo Duhalde, dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 486/2006 por medio del cual declaró la Emergencia Sanitaria, en virtud de

haberse registrado una considerable pérdida en la recaudación del Sistema Nacional de Obras Sociales y en el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, tornándose dificultoso el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio dispuesto por Resolución 939/00.

Además, facultó al Ministerio de Salud para que definiera las prestaciones médicas esenciales que los Agentes del Seguro de Salud, debían brindar obligatoriamente a sus beneficiarios, a fin de garantizarles los servicios esenciales para su vida y atención de sus enfermedades.

Como consecuencia, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución 201/2002 del 09 de abril de 2002, por medio del cual se aprobó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 23.660 detalladas en cuatro Anexos de dicha Resolución.

Éstos, disponían la cobertura básica que debían brindar los Agentes del Seguro de Salud en el Anexo I, catálogo de prestaciones obligatorias en el Anexo II, formulario terapéutico en su Anexo III, y precios de referencia de medicamentos en el Anexo IV.

Esta declaración de emergencia sanitaria fue prorrogada en forma sucesiva los años siguientes, y los últimos días del año 2005, el Congreso Nacional sancionó la Ley 26.077 que dispuso la prórroga de la Emergencia Nacional declarada mediante Decreto 486 del 12 de marzo de 2002, a excepción de las previsiones referidas al Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE)¹⁰.

En virtud de ello, el Ministerio de Salud y Ambiente dictó la Resolución 1991/2005, mediante la cual dispuso la entrada en vigencia del Programa Médico Obligatorio, al que debía integrarse las previsiones de la Resolución N° 201/02, sus ampliaciones y modificaciones, siendo en la actualidad ésta la resolución que se aplica.

Recién en el año 2011, la Ley 26.682 de regulación de la Medicina Prepaga, dispuso que los sujetos comprendidos en su artículo 1º, debían cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de

¹⁰ Artículo 2 de la Ley 26.077 del año 2005 – Emergencia Pública – Honorable Congreso de la Nación.

Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias¹¹.

Prestaciones médicas obligatorias en la Legislación.

Por lo visto hasta el momento, ha quedado claro que el Programa Médico Obligatorio se ha ido constituyendo sobre la base de las diferentes resoluciones dictadas por el Ministerio de Salud de la Nación, en las que se han establecido aquellas prestaciones que los Agentes de Salud están obligados a prestar a sus beneficiarios.

Sin embargo, éste Programa también ha sido objeto de modificaciones producto de diversas leyes dictadas por el Congreso, Decretos presidenciales y Resoluciones, que han ido incorporando al Programa Médico Obligatorio determinadas prestaciones no previstas en las resoluciones dictadas por el Ministerio de Salud.

Seguidamente, se mencionarán algunas de las normativas más relevantes en materia de salud que han establecido en sus respectivos cuerpos la incorporación de tales prestaciones al programa obligatorio.

La Ley 24.455 del 08/02/1995, establece que todas las obras sociales y Asociaciones de Obras Sociales del Sistema Nacional incluidas en la Ley 23.660, deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmuno deficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes; de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes; y la cobertura para los programas de prevención del SIDA y la drogadicción.

Asimismo, establece que los tratamientos de desintoxicación y rehabilitación dispuestos por la Ley 23.737 deberán ser cubiertos por la obra social de la cual es beneficiaria la persona a la que se le aplica la medida de seguridad curativa¹².

La Ley 24.788 del 05/03/1997, conocida como Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo, dispone la prohibición en todo el territorio nacional de la venta de

¹¹ Artículo 7 de la Ley 26.682 del año 2011 – Honorable Congreso de la Nación.

¹² Artículos 1° y 2° de la Ley 24.455 del año 1995 – Honorable Congreso de la Nación.

alcohol a menores de dieciocho años y la creación de un Programa Nacional de Prevención y Lucha contra el Consumo Excesivo de Alcohol.

En lo pertinente, estipula en su artículo 12 que, las obras sociales y asociaciones de obras sociales, incluidas en la Ley 23.660, beneficiarias del Fondo de Redistribución de la Ley 23.661, y las entidades de medicina prepaga, deberán reconocer en la cobertura para los tratamientos médicos, farmacológicos y/o psicológicos, la patología del consumo de alcohol, y brindar a los pacientes alcohólicos la asistencia y rehabilitación que su estado requiera.

La Ley 24.901 del 05/11/1997, establece la creación de un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos y, en su artículo 2° dispone que las obras sociales, enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de tales prestaciones.

Por su parte, la Ley 25.404 del 07/03/2011, garantiza a toda persona que padece epilepsia el pleno ejercicio de sus derechos, proscribe todo acto que la discrimine y dispone especiales medidas de protección que requiere su condición de tal¹³.

En este sentido, establece expresamente en su artículo 6° que “las prestaciones médico-asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado por resolución N° 939/00 del Ministerio de Salud...”.

La Ley 25.415 del 04/04/2001, estipula la creación de un Programa Nacional de detección temprana y atención de la hipoacusia y obliga a las obras sociales y asociaciones de obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga a brindar las prestaciones establecidas en dicha ley, quedando incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio dispuesto por Resolución 939/2000 del Ministerio de Salud, incluyendo la provisión de audífonos y prótesis auditivas así como la rehabilitación fonoaudiológica¹⁴.

¹³ Artículo 1° de la Ley 25.404 del año 2011 – Honorable Congreso de la Nación.

¹⁴ Artículo 3° de la Ley 25.415 del año 2001 – Honorable Congreso de la Nación.

La Ley 25.929 del 25/08/2004, establece los derechos de las personas recién nacidas y de los padres, disponiendo que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Médico Obligatorio¹⁵.

El 27/10/2006, la Superintendencia de Servicios de Salud dictó la Resolución 755/2006 por la cual se resuelve que las entidades del Sistema Nacional del Seguro de Salud deberán implementar y garantizar el acceso a las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía", debiendo brindar cobertura total.

Asimismo, el 02/03/2007 el Ministerio de Salud dictó la Resolución 232/2007, que con el objeto de fortalecer la calidad de los servicios sanitarios relacionados con la salud sexual y la procreación responsable, dispone incorporar al Anexo I de la Resolución N° 201/02 de ese Ministerio, parte integrante del Programa Médico Obligatorio, la Anticoncepción Hormonal de Emergencia, como método anticonceptivo hormonal.

La Ley 26.279 del 08/08/2007, acuerda que a todo niño/a al nacer se le practicarán las determinaciones para la detección y posterior tratamiento de fenilcetonuria, hipotiroidismo neonatal, fibrosis quística, galactocemia, hiperplasia suprarrenal congénita, deficiencia de biotinidasa, retinopatía del prematuro, chagas y sífilis; siendo obligatoria su realización y seguimiento en todos los establecimientos públicos de gestión estatal o de la seguridad social y privados de la República en los que se atiendan partos y/o a recién nacidos/as, quedando incluidos automáticamente toda persona diagnosticada con anterioridad a la vigencia de la presente ley¹⁶.

Asimismo, en su artículo 2° establece que también se incluirán otras anomalías metabólicas genéticas y/o congénitas inaparentes al momento del nacimiento, si la necesidad de la pesquisa es científicamente justificada y existen razones de política sanitaria.

Finalmente, en su artículo 3°, determina que las obras sociales enunciadas en el artículo 1° de la Ley 23.660, así como también, la obra social del Poder Judicial, la Dirección de Ayuda Social para el personal del Congreso de la Nación, aquellos que

¹⁵ Artículo 1° de la Ley 25.929 del año 2004 – Honorable Congreso de la Nación.

¹⁶ Artículo 1° de la Ley 26.279 del año 2007 – Honorable Congreso de la Nación.

brinden cobertura social al personal de las obras sociales, y todos aquellos agentes de salud que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados, independientemente de la figura jurídica que tuvieren, deberán incorporar como prestaciones obligatorias la detección de las patologías enumeradas en el artículo 1° y aquellas que con posterioridad se incorporen; abordajes terapéuticos a base de drogas, fórmulas y suplementos especiales, alimentos y suplementos dietarios especiales, de acuerdo a cada patología, y teniendo en cuenta las nuevas alternativas de tratamiento aprobados científicamente, superadoras de las actuales, y equipamiento completo y kits de tratamiento.

En la misma fecha, el Congreso dicta la Ley 26.281 que declara de interés nacional y le asigna carácter prioritario, a la prevención y control de todas las formas de transmisión de la enfermedad de Chagas, hasta su definitiva erradicación de todo el territorio nacional.

Además, dispone que los establecimientos sanitarios oficiales deben practicar sin cargo alguno, los exámenes a toda mujer embarazada, recién nacidos, hijos de madres infectadas, hasta el primer año de vida y en el resto de los hijos, menores de catorce años de las mismas madres y, en general, en niños y niñas al cumplir los seis y doce años de edad, según establezca la autoridad de aplicación, los controles serológicos en donantes y receptores de órganos, tejidos y de sangre a transfundir, así como el tratamiento antiparasitario específico, evitando toda acción dilatoria.

Por último, determina que los establecimientos de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga deben reconocer en su cobertura los tests diagnósticos y el tratamiento de la enfermedad¹⁷.

La Ley 26.396 del 13/08/2008, declara de interés nacional la prevención y control de los trastornos alimentarios, entendiendo por tales a la obesidad, bulimia, anorexia nerviosa, y demás enfermedades que la reglamentación determine, relacionadas con inadecuadas formas de ingesta alimenticia.

En su artículo 15 y 16 establece que, la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios incluirá los tratamientos médicos necesarios, incluyendo los nutricionales, psicológicos, clínicos, quirúrgicos, farmacológicos y todas las

¹⁷ Artículos 4° y 7° de la Ley 26.281 del año 2007 – Honorable Congreso de la Nación.

prácticas médicas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral de las enfermedades, quedando incorporada en el Programa Médico Obligatorio.

Como consecuencia de ello, el Ministerio de Salud dictó la Resolución 742/2009 por medio de la cual se dispuso incorporar al Programa Médico Obligatorio un conjunto de prestaciones básicas esenciales para la cobertura de prácticas y tratamientos destinados a pacientes con obesidad con comorbilidades y obesidad mórbida.

La Ley 26.588 del 02/12/2009, Declara de interés nacional la atención médica, la investigación clínica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad celíaca.

Conjuntamente, establece la obligación por parte de las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23.660 y 23.661, la obra social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean; de brindar cobertura asistencial a las personas con celiaquía, comprendiendo la detección, el diagnóstico, el seguimiento y el tratamiento de la misma, incluyendo las harinas y premezclas libre de gluten, cuya cobertura determinará la autoridad de aplicación¹⁸.

La Ley 26.689 del 29/06/2011, promueve el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (EPF) y la mejorar de la calidad de vida de ellas y sus familias, disponiendo en el artículo 6° que las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar cobertura asistencial a las personas con enfermedades poco frecuentes, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

¹⁸ Artículo 9° de la Ley 26.588 del año 2009 – Honorable Congreso de la Nación.

Mediante Ley 26.862 del 05/06/2013, el Congreso dispone el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, entendiendo por tales, a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, comprendiendo las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Asimismo, estipula que el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro¹⁹.

¹⁹ Artículo 8 de la Ley 26.862 del año 2013 – Honorable Congreso de la Nación.

La Ley 26.934 del 30/04/2014, acuerda la creación de un Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos, entendiendo por consumos problemáticos aquellos que mediando o no sustancia alguna, afectan negativamente en forma crónica, la salud física o psíquica del sujeto, y/o las relaciones sociales. Los consumos problemáticos pueden manifestarse como adicciones o abusos al alcohol, tabaco, drogas psicotrópicas —legales o ilegales— o producidos por ciertas conductas compulsivas de los sujetos hacia el juego, las nuevas tecnologías, la alimentación, las compras o cualquier otro consumo que sea diagnosticado compulsivo por un profesional de la salud.

Asimismo, establece la obligatoriedad de brindar gratuitamente las prestaciones para la cobertura integral del tratamiento de las personas que padecen algún consumo problemático, quedando incorporadas al Programa Médico Obligatorio, por parte de todos los establecimientos de salud públicos, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga conforme lo establecido en la ley 26.682, las entidades que brinden atención al personal de las universidades y todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados, independientemente de la figura jurídica que tuvieren²⁰.

La Ley 26.872 del 03/07/2013 dispone en su artículo 1° que, todos los establecimientos de salud públicos y las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepagas y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales independientemente de la figura jurídica que tuvieren, deben incluir la cobertura de la cirugía reconstructiva como consecuencia de una mastectomía por patología mamaria, así como la provisión de las prótesis necesarias.

Por su parte, la Ley 27.305 del 19/10/2016, establece en su artículo 1° la incorporación como prestaciones obligatorias de la cobertura integral de leche medicamentosa para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna, así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o

²⁰ Artículo 8 de la Ley 26.934 del año 2014 – Honorable Congreso de la Nación.

trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas, quedando incluidas en el Programa Médico Obligatorio.

Conclusiones parciales.

Conforme se desprende del presente capítulo, las obras sociales enumeradas en la Ley 23.660, los Agentes de Seguro de Salud regulados por la Ley 23.661 y las Empresas de Medicina Prepaga reguladas por la Ley 26.682, se encuentran obligadas legalmente a garantizar a sus usuarios la cobertura de un mínimo de prestaciones básicas enumeradas en el Programa Médico Obligatorio.

Este Programa, creado mediante resolución 247/96 del Ministerio de Salud, ha sido objeto de numerosas modificaciones en razón a los avances en el sistema de salud que ha generado la necesidad de su permanente actualización, a los fines de garantizar a los beneficiarios del sistema de salud, la cobertura de nuevas técnicas, tratamientos y enfermedades.

Sin embargo, la mayoría de las actualizaciones al Programa Médico Obligatorio se han producido como consecuencia del dictado de Leyes, Decretos y Resoluciones que en sus respectivos cuerpos normativos han establecido expresamente su incorporación al mismo y la obligatoriedad de su cobertura por parte de las obras sociales y empresa de medicina prepaga.

Como corolario de lo hasta aquí analizado, surge que el catálogo de prestaciones médicas obligatorias no resulta ser estanco en razón a su naturaleza, pues los avances de la ciencia en cuestiones de salud descubren a diario nuevos métodos, enfermedades, curas, vacunas, tratamientos, etcétera.

CAPÍTULO IV: JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.

Introducción.

Hasta el momento, hemos visto que el derecho a la salud en nuestro país ostenta reconocimiento constitucional y que la regulación del sistema de salud se encuentra dividida en tres sectores regidos por numerosas normas.

También ha quedado claro que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga se encuentran obligadas a cubrir a sus usuarios, un catálogo de prestaciones médicas básicas que se encuentran detalladas en el Programa Médico Obligatorio y en diversas leyes, decretos y resoluciones.

Ahora bien, tal como concluimos el capítulo precedente, la ciencia de la salud es muy dinámica, en el sentido de que evoluciona a diario en sus descubrimientos, abriendo paso a nuevas técnicas, tratamientos, medicinas, curas, etcétera, que llevan a que nos encontremos en reiteradas ocasiones con un Programa Médico Obligatorio desactualizado frente a estos avances de la medicina.

En el presente capítulo explicaremos qué sucede cuando los usuarios de obras sociales y empresas de medicina prepaga, requieren de ciertos tratamientos y/o medicación que no se encuentran incluidos en el catálogo de prestaciones obligatorias y, como consecuencia de ello, su cobertura es negada por dichas empresas.

Pues bien, tal como veremos, ante estas situaciones surge lo que comúnmente se denomina “judicialización de la salud”, que en los últimos años ha desencadenado un auge de juicios de amparo con la finalidad de que el Poder Judicial, ordene la cobertura de tratamientos no incluidos en el Programa Médico Obligatorio, en aquellos casos en los que frente a la ausencia de los mismos se vea comprometido el derecho fundamental a la salud y deje desprotegido al justiciable ante las necesidades médicas que lo aquejan.

Para explicar adecuadamente el fenómeno de la “judicialización de la salud”, se expondrán sucintamente cuáles son las vías o instrumentos que poseen los ciudadanos para reclamar justicia cuando se ve afectado su derecho a la salud (acción de amparo y medidas cautelares); para luego, y a efectos de bajar a la práctica todos los conceptos vertidos en los capítulos anteriores, analizar los precedentes jurisprudenciales más relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales inferiores que han reconocido la obligatoriedad de cobertura de aquellas prestaciones que se encontraban fuera del Programa Médico Obligatorio.

Amparos de salud y medidas cautelares.

Para adentrarnos en el presente capítulo es preciso explicar brevemente a qué nos referimos cuando hablamos de amparos y medidas cautelares.

En primer lugar, debemos señalar que la acción de amparo en nuestro país nació de la mano de la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en los años 1957 y 1958 dictó los precedentes “Siri” y “Kot” respectivamente, haciendo lugar a este instituto que, hasta esa fecha había sido rechazado como remedio procesal tendiente a proteger las garantías y derechos constitucionales por no encuadrar en el único remedio existente hasta ese entonces, la acción de habeas corpus, que protege la libertad ambulatoria.

En efecto, en el año 1957 el Sr. Ángel Siri, dueño de un diario de Mercedes, se presentó ante la justicia solicitando el cese de la clausura impuesta sin fundamentación alguna, entendiendo el Juez de primer grado y la Cámara de Apelaciones que la acción debía ser rechazada, por no encuadrar la petición en el instituto del habeas corpus.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la demanda, y ordenó el cese inmediato de la restricción, fundamentando su decisorio en que “Las garantías constitucionales invocadas por el afectado se hallan restringidas sin orden de la autoridad competente ni causa justificada. Estos motivos bastan para que sean restablecidas íntegramente por los jueces. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar congregadas en la Constitución”²¹.

Al año siguiente, Samuel Kot, dueño de una fábrica textil despidió a varios de sus trabajadores en virtud de una huelga gremial y, ante la negativa de reincorporarlos en sus puestos de trabajo, éstos ocuparon la fábrica dando lugar a la interposición de una acción de amparo.

En forma similar al precedente Siri, tanto el Juez de primera instancia como la Cámara de Apelaciones rechazaron el recurso, por lo que Kot dedujo recurso extraordinario ante la Corte Suprema, en donde se hizo lugar a la acción de amparo

²¹ C.S.J.N., “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Fallos 239:459 (1957), L.L. 89-531 y J.A. 1958-II-476.

con fallo mayoritario y ordenó la restitución inmediata del establecimiento al accionante.

Estos dos precedentes jurisprudenciales, dieron lugar al inicio de este instituto pretoriano, admitiendo en primer lugar la acción de amparo contra la actividad estatal y luego, a favor de la actividad de los particulares, entendiendo que los derechos constitucionales merecen protección con independencia de quien los turbe.

En el año 1966, durante el gobierno de facto del General Onganía, se dictó la Ley N° 16.986, que reguló por primera vez legislativamente la acción de amparo. Sin embargo, no resultó ser tan abarcativa como lo había sido la jurisprudencia, en tanto su artículo primero dispone que “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

En efecto, la ley dispuso que la acción podría interponerse únicamente contra acto u omisión de autoridad pública, dejando desamparado en consecuencia, a quien viera afectadas sus garantías constitucionales en virtud de un acto u omisión efectuado por un sujeto particular.

Una vez más la reforma constitucional del año 1994, vino a suplir el vacío legal, incorporando en su cuerpo normativo, el nuevo artículo 43 que dispone: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”.

Así, la Constitución Nacional amplió el ámbito de aplicación de la acción de amparo, admitiendo la misma contra todo acto u omisión tanto de autoridades públicas como de particulares, como así también salvaguardando los derechos y garantías reconocidas no sólo por la Constitución, sino también en un tratado o una ley.

Este instituto, tramita ante la justicia como acción expedita y rápida en razón a la finalidad que persigue, reparar, con la mayor urgencia posible, la lesión a un

derecho o garantía constitucional; por lo que sus plazos procesales, la admisibilidad de la prueba y sus etapas procesales son acotados.

Al respecto, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la Ley Fundamental (...) Tiene por objeto una efectiva protección de derechos y es imprescindible la necesidad de ejercer esta vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud.”²²

Sin embargo, la realidad demuestra que en la tutela de ciertos derechos fundamentales, como lo es el derecho a la salud, la urgencia de la misma no permite relajarse con los tiempos judiciales, mucho menos esperar una sentencia firme que disponga sobre cuestiones vitales, por tal motivo, los denominados amparos de salud suelen ser interpuestos conjuntamente con la solicitud de una medida cautelar.

Lino Palacio define al proceso cautelar como “aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”²³.

Es decir, que su fundamento se encuentra radicado en la urgencia que requiere una solución inmediata en resguardo de un derecho, por cuanto el peligro en su demora podría frustrar la protección del derecho que se pretende.

En nuestro sistema legal, y al ser remedios procesales, las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil de la Nación, que en su Sección III además de regular ciertas medidas cautelares no taxativas, como son el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes y anotación de litis, la prohibición de innovar y prohibición de contratar y la protección de personas; también faculta al dictado de cualquier otra medida cautelar que no que encuentre prevista expresamente y que mejor se adapte a las circunstancias del caso, y que denomina medidas cautelares genéricas.

En este sentido, el artículo 232 establece que “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el

²² C.S.J.N., “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo”, Fallos 326:4931 (2003).

²³ PALACIO, L. (1998) Manual de Derecho Procesal Civil (14° ed) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

Además, una de sus característica más importantes, es que son medidas que el juez dicta inaudita parte, es decir que, ante la solicitud por parte del interesado del dictado de una medida cautelar, el juez resuelve su procedencia sin notificar previamente a la otra parte, sino que, en caso de hacer lugar a tal petición, la contraria toma conocimiento de la medida una vez que ya se ha ordenado cumplir.

Conforme la naturaleza jurídica y la finalidad de las medidas cautelares, el Código requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos para su otorgamiento, 1°) la verosimilitud del derecho, es decir la apariencia del derecho que le asiste al peticionante de la medida cautelar, 2°) el peligro en la demora, en tanto la urgencia de la petición no pueda esperar una sentencia definitiva sin que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transforme en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado y 3°) la contracautela, una garantía real o personal que asegure los eventuales perjuicios que la medida pueda irrogar.

Esta practicidad y efectividad que brindan tanto la acción de amparo como las medidas cautelares, han originado una relativamente nueva línea jurisprudencial denominada amparos de salud que persiguen el reconocimiento inmediato del derecho a la salud por parte de los magistrados.

Como hemos visto en los capítulos anteriores de este trabajo, las obras sociales regidas por la Ley 23.660 y las empresas de medicina prepaga, se encuentran obligadas legalmente a cubrir una serie de prestaciones básicas que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio.

Sin embargo, y como ya lo hemos tratado en el presente trabajo, el derecho a la salud no es estanco, y con los avances de las nuevas tecnologías y la ciencia, a diario surgen nuevos métodos clínicos, tratamientos, curas, patologías, vacunas, prótesis, incluso enfermedades; por lo que los avances en materia de salud siempre van por delante que la actualización a aquél programa.

Esta situación, ha desencadenado lo que la doctrina llama “judicialización de la salud”, en base al auge de presentaciones de amparos de salud por parte de los

beneficiarios y usuarios de obras sociales y empresas de medicina prepaga, ante la negativa de cobertura de prestaciones médicas por parte de éstas, por no encontrarse incluidas en el Programa Médico Obligatorio.

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es Superior Tribunal dentro del Poder Judicial, siendo sus principales funciones las de: asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, actuar como su intérprete final, custodiar los derechos y garantías en ella enunciados, resolver en última instancia los conflictos suscitados entre ciudadanos o entre estos y el Estado, interpretar y sistematizar todo el ordenamiento jurídico y controlar la constitucionalidad/convencionalidad de las normas y demás actos estatales.

Atento el carácter de Superior Tribunal del país y máxima autoridad del Poder Judicial, sus resoluciones generan precedentes de gran relevancia, que en lo sucesivo son utilizados como doctrina a seguir por el resto de los tribunales del país. Si bien no puede decirse que estos precedentes son de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores, lo cierto es que, por tratarse de fallos dictados por el último intérprete de la Constitución y atendiendo a razones de economía procesal, finalmente terminan siendo seguidos por la mayoría de los jueces argentinos, salvo que se presenten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Alto Tribunal. De allí la trascendencia de sus fallos en cualquier materia sometida a su jurisdicción.

Sobre esta cuestión, la propia Corte tiene dicho lo siguiente: "...aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 311:1644 y 2004; 320:1660; 321:3201 y sus citas; 337:47). Y si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los demás jueces tienen el deber de

conformar sus decisiones a aquellas del Máximo Tribunal, pues si sus sentencias se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento (Fallos: 307:1094)²⁴.

En relación al derecho a la salud, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de sus fallos, ha ido demarcando el camino a seguir en lo relativo a la protección de este derecho. En este sentido, ha ido estableciendo ciertos estándares que han servido de guía para sucesivas resoluciones dictadas por los tribunales inferiores del país.

A continuación, atendiendo al objeto de estudio propuesto en el presente trabajo, analizaremos aquellos fallos de Corte Suprema de los que se extrae como doctrina la obligación de las obras sociales y empresas de medicina prepaga de cubrir a sus usuarios prestaciones médicas no incluidas en el Programa Médico Obligatorio.

Estándares jurisprudenciales.

- C.S.J.N., “Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán” Fallos 325: 677 (16/04/2002).

En el presente caso, la actora había demandado al Hospital Alemán por resolución contractual debido a que éste dejó de cubrirle el 50% de los medicamentos necesarios para el trasplante de hígado al que había sido sometida, a raíz de una modificación de su reglamento interno. Pretendía además, el reembolso de los gastos ocasionados por el trasplante, de los descuentos en la compra de medicamentos y el resarcimiento del daño moral.

En primera instancia se rechazó la demanda en cuanto al reclamo de reembolso por gastos de trasplante y el daño moral, declaró resuelto el contrato desde el 10 de enero de 1991 y condenó a la asociación al pago de los descuentos por compra de medicamentos hasta el momento en que, por reglamento, debió ejercer su facultad recisoria. En segunda instancia, la Cámara de Apelaciones, confirmó la sentencia en lo principal, pero la modificó respecto a las costas y al punto que afirma que la interrupción del suministro de medicamentos no constituía incumplimiento

²⁴ C.S.J.N., “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”. Fallos: 342:584 (2019).

alguno. Contra dicho pronunciamiento, la actora planteó recurso extraordinario que fue rechazado y que dio origen al recurso de hecho. La Corte declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada, con costas.

Al resolver de esta forma, sostuvo que, en los casos de contratos de prestación médica con cláusulas predisuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego: la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria.

También señaló, que el derecho a obtener asistencia sanitaria, de manera conveniente y oportuna, se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento en el reglamento de la institución no importa su lógica inclusión en la cobertura pactada, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría -con grave detrimento del servicio de salud- en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora -en forma casi cotidiana- al campo de las prestaciones médico asistenciales.

- C.S.J.N., “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar” Fallos: 326:4931 (18/12/2003).

La causa llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional, la Asociación de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza y Corrientes y la Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina.

Ello, por cuanto la Cámara Federal de Apelaciones de Salta había confirmado la sentencia de primera instancia haciendo lugar al amparo iniciado por la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta y declarando la nulidad de la resolución 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación, respecto a la cobertura de los medicamentos de las enfermedades esclerosis múltiple y síndrome de desmielizante aislado, que excluía del tratamiento cubierto por el Plan Médico Obligatorio, a las personas con esclerosis

múltiple sin haber tenido dos brotes o exacerbaciones en los dos últimos años o padecieran de síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definida.

El Superior Tribunal resolvió, entre otras cuestiones que no hacen al presente análisis, confirmando la sentencia dictada por el a quo y se remitió a lo dictaminado por el Señor Procurador Fiscal.

En su dictamen, el Dr. Becerra, a cargo de la Procuración, entendió que la modificación introducida al originario Plan Médico Obligatorio en lo referente a la cobertura de medicamentos en los casos de esclerosis múltiple, sus clases y variantes, lesionaba el derecho a la salud de quienes sufren esta enfermedad discapacitante. Tal situación, no solo marcaba una desigualdad de trato entre enfermos de una misma clase, sino que desvirtuaba el único argumento del Ministerio de Salud para sostener la validez de la resolución, cual es que la exclusión de determinados casos de la cobertura estriba en una protección a la salud de los enfermos al evitar autorizar, de ese modo, tratamientos innecesarios frente a la inexistencia de diagnósticos certeros.

Asimismo entendió que, si el fin de eliminar la cobertura del 100% era evitar el medicamento para aquellos con síndrome desmielinizante aislado o que tengan esclerosis múltiple pero no hayan tenido dos brotes o exacerbaciones en los últimos dos años, en aras de protegerles la salud, no se entendía que sí se pueda mantener para los mismos casos si ya han iniciado el tratamiento y manifestó “O se protege la salud en todos los supuestos en iguales condiciones, en cuyo caso el ministerio debería limitar todos esos tratamientos en lugar de asegurarles cobertura, aún los que están en curso de ejecución, o el argumento es netamente falaz”.

Finalmente, expresó que el debate planteado en autos se daba en torno al grado de cobertura del remedio por parte de las obras sociales y prepagas, para una enfermedad considerada de alto riesgo, sin que obren elementos que probaran por qué el Ministerio de Salud había determinado que una enfermedad discapacitante que tenía el 100% de cobertura en los medicamentos, en algunos supuestos no la tuviese, afectando directamente el derecho de los enfermos de esclerosis múltiple a la protección de la salud y tornando el acto en arbitrario.

- C.S.J.N., “Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo” Fallos: 327:5210 (23/11/2004).

La Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina desestimó la solicitud para realizar en el exterior un tratamiento médico a la hija del actor que padecía atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdning-Hoffman). Con el patrocinio de la defensora pública oficial interpuso acción de amparo respecto de la resolución.

El magistrado que intervino hizo lugar al pedido y ordenó que la demanda arbitrara los medios para el traslado de la niña. La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca declaró la nulidad de lo resuelto y rechazó la acción de amparo. La defensa oficial dedujo recurso extraordinario que denegado dio lugar a la queja. La Corte -por mayoría- revocó la sentencia apelada e hizo lugar al amparo, sosteniendo que las medidas adoptadas para facilitar un justo desenlace pudieron y debieron ser empleadas en las instancias anteriores a fin de obtener un reconocimiento del interés superior a que se refiere el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A su vez, se señaló en fallo que, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional. Pues cuando no se atiende al propósito sustancial de la acción de amparo, y este es el de preservar la vida, la salud y la integridad física de un menor que se halla ante un grave riesgo, se comprometen derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.

También se afirmó que, habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su estado requiere.

- C.S.J.N., “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/amparo” Fallos: 329:1638 (16/05/2006).

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al I.N.S.S.J.P. a proveer a la actora insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables y la revocó en cuanto a la cobertura total de un medicamento que debía ser suministrado en un 40% y pañales descartables por no corresponderle. La actora interpuso recurso extraordinario argumentando que si bien se dio cumplimiento a lo regulado en el Programa Médico Obligatorio, éste también contemplaba situaciones generales que no podían nunca ser atribuidas a una situación particular.

La Corte Suprema -por mayoría- remitiendo al dictamen de la Procuración General, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada, haciendo lugar a la pretensión de la actora y obligando al I.N.S.S.J.P. a proporcionar el 100 % de Ampliactil y los pañales descartables solicitados.

Para así decidir, entre otras cuestiones, se señaló en el fallo que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida -primer derecho del hombre reconocido y garantizado en la Constitución Nacional- es por ello que los anexos del Programa Médico Obligatorio deben interpretarse en razonable armonía con el art. 1º del decreto 486/2002 -aun en el marco de emergencia sanitaria- que garantiza el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida.

Asimismo, señaló que era inevitable para resolver tener en cuenta la avanzada edad de la actora, la demencia senil, el avanzado estado de diabetes tipo I, y su incontención de esfínteres entre otras cuestiones relativas a su salud. Además, entendió que los medicamentos y pañales requeridos resultaban indispensables como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, sin contar la actora con ninguna posibilidad económica de procurárselos.

- C.S.J.N., “Segarra, Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejército s/ sumarísimo” Fallos: 331:1449 (18/06/2008).

La Corte declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por la actora, madre de un menor discapacitado y revocó la sentencia apelada dictada por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

En dicha oportunidad, los jueces de la cámara revocaron el pronunciamiento del juez de grado que había hecho lugar al amparo promovido por la madre y curadora del discapacitado y había dispuesto que el Instituto Obra Social del Ejército debía reconocer la cobertura total de las prestaciones que le brinda al amparista el Instituto Seguir Creciendo sin límite temporal, como así regularizar la cobertura de los meses adeudados.

Para así decidir, sostuvieron que la demandada no se hallaba comprendida en el régimen normativo establecido por las leyes 23.660 y 23.661, por no haber formulado la adhesión prevista en el artículo 1º, inciso “g”, de la norma citada en primer término, trayendo aparejado la inaplicabilidad de la ley 24.901 que establece el Sistema de Prestaciones Básicas a Personas con Discapacidad.

En la exégesis, la Corte hizo suyos los argumentos vertidos por el Procurador y en consecuencia, entendió que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos del discapacitado a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia.

A su respecto, el Sr. Procurador fundamentó que “en tanto no se produzca la adhesión referida, el Instituto de Obra Social del Ejército, cuenta con un mercado cautivo de beneficiarios, ya que éstos se ven impedidos de elegir otra obra o cobertura social”.

- C.S.J.N., “Núñez de Zanetti, Mónica V. c/ Faml Salud” Fallos: 331:1987 (09/09/2008).

El núcleo del conflicto del presente caso radicaba en que la empresa de medicina prepaga, pese a no ignorar que la prestación que la actora solicitaba (alimentación parental) estaba comprendida en el anexo II (catálogo de prestaciones) de la res. 201/02 del Ministerio de Salud, y a reconocer lo dispuesto por el art. 1º de la

Ley 24.754, invocaba la exclusión de la cobertura, sosteniendo que la dolencia de la accionante derivaría de una práctica médica (maniobra abortiva) no prevista contractualmente.

La Corte por mayoría, rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, que había sido condenada en todas las instancias anteriores, entendiendo que la interpretación que ésta proponía implicaba una restricción que no resultaba, expresa ni implícitamente, del sistema impuesto por las normas citadas, pues *el elenco de prestaciones contempladas* no había “acepción de etiologías” (según lo sostuvo la procuradora fiscal en el ap. VII, párr. 12, de su dictamen); o sea, *no remitía a la causa de las dolencias*.

En las consideraciones enunciadas por la Sra. Procuradora, se destaca la opinión vertida respecto a que la negativa cerrada que expresó la demandada al contestar la demanda en cuanto al suministro de un insumo vital, importó subalternar la supervivencia de este ser humano -en inminente peligro de muerte, sean cuales fueren los antecedentes de ese desenlace crítico-, a razones de utilidad o conveniencia de la empresa, vinculadas al sacrificio económico que se le imponía.

Asimismo, expresó que atento las manifiestas dificultades que deben afrontar los enfermos en estas circunstancias, deviene antifuncional que la prestadora -que cuenta con una infraestructura ad hoc-, se desentienda en lo inmediato de una carga que la letra de la ley le asigna directamente; y transfiera a la paciente la tarea de perseguir al Estado o a terceros, en busca de satisfacer su apremiante e impostergable necesidad.

- C.S.J.N., “Duich Dusan, Federico c/ C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas 'Norberto Quirno') s/ amparo” Fallos: 337:471 (29/04/2014).

Contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala I) que revocó lo decidido por el Juez de primera instancia y desestimó la acción de amparo, la parte actora interpuso el recurso extraordinario federal, el que fue admitido y, con remisión a los argumentos del dictamen Fiscal, dejó sin efecto la sentencia apelada.

En su resolución, la Sala I señaló que ni en la Resolución N° 1991/2005 -que aprobó como parte integrante del PMO las previsiones contenidas en la anterior Resolución 201/2002, incorporando nuevas prestaciones, modalidades y productos medicinales-, ni en ninguna otra norma posterior, se ha hecho mención al procedimiento requerido (cirugía con endoprótesis). La premisa del fallo es que el tratamiento quirúrgico reclamado no figura en el elenco del PMO. Dicha proposición corona con la idea de que, aunque el nomenclador alude a la cirugía del aneurisma de aorta abdominal, esa referencia no puede entenderse como comprensiva del método endovascular, de aparición posterior.

En el dictamen del Procurador General, al que remitió la Corte, se afirmó que la propia Corte "...juzgó que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales (Fallos: 325:677)". Y a continuación señaló que "...ese criterio orienta indudablemente la solución del caso, máxime si se repara en que la propia Resolución ministerial aplicable y el Anexo respectivo, se apoyan concretamente en la índole dinámica de la ciencia médica, de donde derivan la necesidad de una adecuación permanente "...sobre la base de la evidencia disponible..." y proponen como finalidad "...aumentar el número de prácticas a protocolizar..." (v. sus considerandos)".

De allí la decisión de la Corte de dejar sin efecto la sentencia traída a su jurisdicción.

Jurisprudencia de Tribunales inferiores.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - "M. P. R. c/ Unión Personal s/ cobro de sumas de dinero". (5/04/2017).

En el presente caso, el Tribunal confirmó una sentencia que había admitido una demanda por el reintegro de las sumas abonadas por un afiliado por tratamiento de radioterapia de intensidad modulada al que se había sometido debido al cáncer de próstata padecido.

Para ello, tuvo en cuenta la importancia de la aplicación de las más avanzadas tecnologías en el tratamiento de esta grave enfermedad y que para ello la Superintendencia de Servicios de Salud dictó complementariamente la Res. N° 1200/2012 de creación del Sistema Único de Reintegro (S.U.R.), para apoyar financieramente a los Agentes del Seguro de Salud en el reconocimiento de las prestaciones médicas de baja incidencia, alto impacto económico y las de tratamiento prolongado (catalogadas como catastróficas).

Asimismo, se afirmó que “La línea jurisprudencial del Tribunal ha tendido a reconocer que el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. esta Sala, doctrina de las causas 630/03 del 15.4.03 y 14/2006 del 27.4.06, entre otras), conformando un piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (cfr. esta Sala, causa 1714/13 del 22.08.13), pero sin excluir tratamientos científicamente superiores que garanticen la vida de las personas” (el destacado me pertenece).

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - “S.I.N. y otro c/ Medicus S.A. s/ amparo de salud”. (29/12/2016).

En el presente caso, el Tribunal dispuso que la empresa de medicina prepaga Medicus S.A., debía otorgar la cobertura hasta el límite fijado en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, de las prestaciones indicadas por el médico neurólogo tratante de una niña con discapacidad, en razón de padecer trastorno global del desarrollo, en virtud de que los padres de la niña priorizaron la continuidad del tratamiento interdisciplinario indicado por el mismo y por en consecuencia la demandada resulta obligada a brindarlo.

Asimismo, la Cámara destacó la importancia de resaltar que resultaba aplicable al caso la ley 24.901, por la cual las obras sociales y empresas de medicina prepaga tienen a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas, a fin de lograr la integración social de las personas con

discapacidad (ver arg. arts. 11, 15, 23 y 33; esta Sala, causa 4864/08 del 05-03-09, entre muchas otras).

Concluyó expresando que, resulta lesivo al derecho a la salud que la accionada niegue la cobertura de las prestaciones solicitadas con profesionales ajenos a la cartilla.

▪ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - “Jorge Osvaldo Vertone c/ Hospital Británico s/ incidente de apelación”. (28/12/2016).

En el caso, la Cámara confirmó la procedencia de una medida cautelar solicitada por el actor discapacitado, que obligaba a la demandada a otorgar cobertura integral en su internación en una institución geriátrica en la que se encontraba alojado, aunque dicha institución no se encuentre en la lista de prestadores de la demandada, como así también a la cobertura de la medicación prescrita por el médico tratante del actor.

Para así resolver, el tribunal señaló que la Ley N° 24.901 contempla, entre otras prestaciones, sistemas alternativos al grupo familiar y, en el caso del hogar, su finalidad es brindar cobertura integral a requerimientos básicos esenciales, tales como vivienda, alimentación y atención especializada (art. 32).

Asimismo, entendió que si bien la norma establece que para ello es requisito que la persona con discapacidad no cuente con grupo familiar propio o que éste no sea continente, en el caso de autos se pudo acreditar que la internación de aquella no resultó ser una “elección” del beneficiario o su familia sino una consecuencia del avance propio de la enfermedad que padece el actor, demencia tipo Alzheimer, dificultad en la marcha y movilidad.

▪ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - “B. J. c/ DOSUBA s/ amparo de salud”. (14/02/2017).

En el presente caso, los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones confirmaron la sentencia ante ellos recurrida, por la que se había admitido la cautelar solicitada ordenándole a la obra social DOSUBA, a cubrir cuatro sesiones semanales

de la prestación de psicología, a favor de un menor discapacitado, en atención a las necesidades requeridas por su patología.

La obra social recurrente, había fundamentado su agravio en razón a la cantidad de sesiones a cubrir, considerándolas excesivas, a lo que el tribunal desestimó recordando que en casos como el presente, donde la indicación del médico tratante colisiona con el criterio de la obra social, la regla general atiende a lo prescripto por el primero, en virtud de que es dable presumir de su parte un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para el paciente (conf. Sala 2, causa 3391/11 del 19.8.11; Sala 3, causas 9/11 del 10.5.11, 1049/11 del 10.5.11, 3390/11 del 7.6.11, 4919/10 del 14.6.11).

También sostuvo como en otros precedentes de ese mismo tribunal, que el profesional tratante es quien se encuentra en las mejores condiciones a los fines de determinar la terapia más adecuada para el paciente (conf. esta Cámara, Sala 2, causas 12.940/07 del 4.3.08 y 1938/08 del 27.5.08).

▪ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata - “R.R. c/ INSSJP s/ leyes especiales”. (6/06/2017).

En el caso, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia que había ordenado al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI), que en forma inmediata arbitrara los medios necesarios para asegurar la cobertura al 100% del medicamento PACLITAXEL ALBUMINA, CODEINA Y CARBOPLATINO, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal, art. 804 del CCivCom., y art. 37 del CPCCN.

Para ello, el tribunal tuvo en especial consideración que los profesionales a cargo del tratamiento llevado a cabo por el amparista, habían determinado que la opción viable para salvaguardar su salud es el suministro de la droga, estableciendo que los médicos encargados del tratamiento poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que habrá de utilizarse para afrontar la enfermedad, y tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente, por lo que el control administrativo que

realiza la obra social demandada no la autoriza, ni la habilita a imponerle prescripción alguna en contraposición a la elegida por el profesional responsable de aquél.

Asimismo, la Cámara estableció que no obstaba a la procedencia de la acción de amparo el hecho de que el amparista no haya continuado o se encuentre pendiente de resolución el trámite administrativo previo, en razón de que lo primordial es garantizar mínimamente el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos, frente a actos arbitrarios o inconstitucionales que puedan afectar gravemente sus derechos constitucionales, otorgándoseles un proceso judicial suficiente que satisfaga sus intereses y su derecho de defensa (conf. Art. 43 de la CN).

En éste sentido, expresó que “La aplicación irrestricta de la exigencia procesal del reclamo administrativo previo y el agotamiento de la vía administrativa, podría implicar poner trabas y dificultades al acceso a la justicia, lo que no se condice con la preservación de la garantía de la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, principios apuntalados como derechos humanos en las Convenciones Internacionales que tienen jerarquía constitucional”.

Finalmente, y con relación a la medida precautoria solicitada por el amparista, entendió que “Es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva”.

▪ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata - “C. A. C. c/ OSECAC s/ amparo Ley 16.986”. (11/07/2017).

En sentido similar al fallo que antecede, el tribunal de apelación de la causa resolvió otorgar cobertura integral del 100% de los estudios, controles e internaciones que el amparista debía realizarse por su condición de trasplantado y vinculados a ésta circunstancia, en las instituciones indicadas por su médico tratante, dado el delicado cuadro de salud y las posibles consecuencias que podrían acarrear las dilaciones en autorizaciones por parte de la obra social demandada.

Para ello, la Cámara consideró que el derecho a la salud no forma parte simplemente de una declaración de derechos como principios de mera voluntad, sino que debe interpretarse como el compromiso del propio Estado a su tutela, dictando las normas necesarias y velando por su cumplimiento a fin de asegurar la real existencia de este derecho.

Asimismo, recordó que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y a otras entidades que participan de un mismo sistema sanitario (Leyes 23.660 y 23.661 y concordantes).

El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

También expresó que a la luz de tal doctrina, esa Cámara ha expresado en casos similares que, el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (P.M.O.E. Res.201/02 M.S.) establece las prestaciones básicas esenciales que deben garantizar las Obras Sociales y Agentes del Seguro a toda la población beneficiaria. A su vez, ha establecido que debe atenderse a las particularidades de cada caso para determinar si dicho programa otorga una efectiva protección del derecho a la salud (conf. esta Sala, expte. N° 16.187/09 “Maseroni, Ana c/ PAMI s/ amparo ley 16.986, fallo del 24/11/09).

Finalmente, concluyó diciendo que frente a la actitud renuente de la demandada a dar cobertura a las prestaciones solicitadas por el médico de cabecera del amparista en instituciones diferentes a su red de prestadores, en el caso particular y frente a los padecimientos del actor, correspondía hacer una extensión del PMO.

- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata - “R. L. A. y Otro c/ Empresa de Medicina Prepaga Medicus s/ amparo Ley 16.986”. (6/07/2017).

En el presente, el tribunal confirmó la sentencia dictada por el juez de menor grado, por medio de la cual se había ordenado a la empresa de medicina prepaga Medicus que en forma inmediata arbitrara los medios necesarios para la cobertura

integral del 100% del un medicamento prescripto -NUSINERSEN SPINRAZA- que se encuentra en fase experimental, en las dosis que se le prescriban en lo sucesivo.

La acción, fue motivada por los padres de a una niña menor con certificado de discapacidad, que padece de atrofia muscular espinal tipo II, que fundamentaron su petición en que no existen en el país tratamientos específicos para esa patología, y los estudios clínicos llevados a cabo por su médico tratante con este medicamento demostraron efectos satisfactorios, constituyendo un gran adelanto para tratar esta grave enfermedad.

La Cámara entendió que la sentencia debía ser confirmada en razón de que la ANMAT había autorizado un tipo de trámite específico para introducir el medicamento solicitado al país, pero además señaló que el hecho de que el mismo se encuentre en fase experimental, no puede resultar un obstáculo para su administración si los profesionales que se encuentran a cargo del tratamiento médico de la menor la consideraron como el más idóneo para intentar salvaguardar a la menor de los efectos nocivos de la atrofia muscular espinal que sufre.

Además, consideró que una interpretación global de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos permite razonablemente concluir que el Programa Médico Obligatorio fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados, tanto respecto de las Obras Sociales como de las empresas de medicina prepaga y no puede desconocerse la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales y el descubrimiento de nuevas patologías, prácticas médicas o medicamentos destinados a su curación o respectivo tratamiento.

En tanto, el apego estricto al mentado programa colisiona, en el caso, con el derecho a la vida, a la salud y a gozar de los adelantos científicos que la medicina mundial incorpora diariamente con el fin de vencer los padecimientos que conllevan la enfermedad de la menor.

- Cámara Federal de Apelaciones de San Martín - “A. A. G. c/ INSSJP s/ inc. apelación” (9/10/2017).

La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín confirmó la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el actor, ordenando al INSSJyP que

proveyera en forma inmediata y gratuita, el instrumental necesario para la cirugía de artrodesis lumbosacra.

En su decisorio el tribunal destacó que, el hecho de que se haya indicado una marca y modelo determinados de insumos, apartándose así de lo dispuesto por el programa médico obligatorio, no puede importar un obstáculo a la procedencia de la petición, en tanto las previsiones contenidas en dicho programa no constituyen una limitación para los agentes del seguro de salud sino una enunciación de la cobertura mínima que los beneficiarios están facultados a exigir a las obras sociales.

Al respecto, recordó que ese mismo tribunal al resolver en causas similares, puso de resalto lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en el sentido de que el profesional de la medicina que trata la patología del paciente, es quien, previo efectuar los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados (criterio reiterado por la Sala en la causa 18958/2016/1, Rta. el 20/10/16, entre otras).

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - “A. B. c/ Ossimra s/ amparo de salud” (4/07/2017).

En sentido similar al precedente anteriormente examinado, la Cámara Nacional de Apelaciones hizo lugar a la medida cautelar interpuesta por los amparistas, progenitores de de una niña que carece de su ojo derecho y baja visión en el ojo izquierdo, con miopía alta, que ordenó a la Obra Social demandada, brindar cobertura integral (100%) de la prótesis ocular de medida para el ojo derecho de la menor, atento a los rechazos e infecciones producidas por la suministrada por otras ópticas de la cartilla de la demandada.

Fundamentó su decisorio en que la labor médica impone una actitud terapéutica orientada a alcanzar la curación del paciente, a la protección de la salud o a aliviar las consecuencias de una enfermedad y, que ese quehacer conlleva la obligación de prestar una asistencia eficaz y del modo más idóneo, acorde con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en relación a la situación particular de cada enfermo y los distintos tratamientos, debiendo ser ejecutada con las exigencias y desarrollo evolutivo de la ciencia médica en un determinado momento histórico.

Asimismo, interpretó que las prestaciones que reconoce el Programa Médico Obligatorio no constituyen un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de calidad de vida, que es esencialmente cambiante.

- Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca - “F. R.J. P. c/ Mutual Federada 25 de Junio SPR s/ amparo ley 16.986” (14/11/2017).

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la Obra Social Mutual Federada 25 de Junio, que había sido condenada cautelarmente por la instancia inferior, y confirmó la resolución que obligaba a ésta a brindar la cobertura de la cuota mensual del colegio al que asiste el menor accionante, quien padece de hemiplejía infantil y THDA, limitándola al monto mensual previsto en la Resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y sus actualizaciones.

Dicho pronunciamiento se sustentó en que la médica a cargo del tratamiento del menor, recomendó la institución en virtud de la especialidad de la enfermedad del niño, y atento encontrarse en juego los supremos derechos de éste, los principios y garantías consagrados en la constitución nacional y normativa internacional.

El tribunal entendió que en razón de tratarse de un menor de edad, era de aplicación al caso la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que, en su artículo 15 establece que “Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica”, por lo que la acción tendiente a que la obra social brinde la cobertura de escolaridad, debe ser enmarcada también dentro de las previsiones de la Ley 24.901, que instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - “A. F. A. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo de salud” (26/09/2017).

En este precedente jurisprudencial, el tribunal de alzada confirmó la sentencia que había ordenado a la obra social demandada, a otorgar la cobertura al 100% de la medicación oncológica y del costo del tratamiento de cámara hiperbárica, fundamentando ello en que tal cobertura se encuentra reglada en el artículo 7.3, del Anexo I, de la Resolución 201/02 (Programa Médico Obligatorio), y no resulta óbice para la cobertura integral ninguna disposición particular invocada por la demandada que estipule otra protección menor.

La cámara entendió que si bien es cierto que la base del vínculo entre las partes es de naturaleza convencional y que la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede presentar determinados rasgos mercantiles, también lo es que esas entidades adquieren un compromiso social con sus usuarios, en tanto el objeto de tales contrataciones es proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas; y desde esa perspectiva no es posible juzgar el caso prescindiendo de la relación existente entre las distintas enfermedades que padece el demandante.

En base a ello, el Tribunal resolvió expresando “cuando están en juego el derecho a la vida o a la salud e integridad física de una persona, las instituciones que integran el sistema nacional de salud -sean obras sociales, entidades de medicina prepaga, asociaciones mutuales de asistencia sanitaria y la propia Nación, en función subsidiaria- deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del Programa Médico Obligatorio, toda vez que debe entenderse que éste fija un piso de prestaciones mínimas y no máximas para el aseguramiento de los derechos constitucionales a la vida y a la salud”.

- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata - “G. G. M. c/ OMINT s/ prestaciones quirúrgicas” (26/03/2018).

En el caso de marras, el tribunal de alzada condenó a la empresa de medicina prepaga a cubrir el costo de una cirugía estética de mamas al afiliado, de sexo masculino, que presentaba una ginecomastia bilateral con predominio de tejido graso, entendiéndose que se encontraba acreditado que el tratamiento indicado por el equipo

médico tratante resultaba ser la opción más eficiente para tratar su complicada patología.

En este sentido, expresaron los jueces de la Cámara que resultaba arbitraria la decisión de la empresa de medicina prepaga demandada, de no cubrir el costo de una cirugía estética de mamas al afiliado de sexo masculino, fundamentando tal negación en un informe de auditoría que no alcanzaba a desacreditar la clara indicación médica del facultativo tratante, conspirando tal omisión en los términos de cobertura, contra la eficacia del tratamiento, las acabadas indicaciones técnicas efectuadas por su médico, y causando evidentes sufrimientos para el amparista.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - “S. M. F. c/ OSDE s/ inc. de prest. de obra soc/med. Prepaga” (01/06/2018).

En el caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó la demanda interpuesta y ordenó la cobertura del 100% de la operación solicitada, mediante la técnica de vaporización fotoselectiva (VFP) por láser con sistema Green Light a favor del actor.

Fundamentó su fallo expresando que, no obstante no encontrarse incluida en el Programa Médico Obligatorio, el médico tratante del actor, paciente inmuno suprimido con cuadro de Hiperplasia benigna de próstata, indicaba cirugía de Láser Verde de XPS (Vaporización Fotoselectiva Prostática), y la pericia realizada había resultado contundente en cuanto a que la cirugía con Láser Verde tiene recomendaciones de primera elección, por sobre la resección bipolar en pacientes con determinados trastornos, entre los que se encuentra incluido el actor.

En este sentido, la Cámara expresó “En el art. 28 de la Ley 23.661 (aplicable a la demandada en virtud de lo dispuesto en la Ley 24.754 vigente al tiempo de la petición de autos y, con carácter transitivo, según el art. 1º de la Ley 26.682), se prevé la actualización de las prestaciones que se deberán otorgar obligatoriamente, lo cual es razonable con motivo del permanente avance tecnológico y científico en la materia, máxime cuando en el art. 2º se establece que el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible”.

- Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - “F. T. (R.F.) c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s/ amparo – salud medicamentos y tratamientos” (17/09/2018).

En el presente, el Juzgado de primera instancia hizo lugar a una acción de amparo interpuesta en contra de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, y ordenó la cobertura integral de una cirugía de feminización facial completa y estudios prequirúrgicos correspondientes.

El juez a cargo, basó su fundamentación en que la intervención cuya cobertura se peticionaba, no podía considerarse “cirugía de embellecimiento” como alegaba la demandada, en virtud de tratarse de un conjunto de prácticas que tienen por fin adecuar el aspecto físico de la actora a su identidad de género autopercebida, lo cual lleva a considerarlas comprendidas dentro de las prácticas que ampara el art. 11 de la Ley 26.743 para garantizar el derecho al libre desarrollo personal.

Como consecuencia, entendió que la cirugía de feminización facial se encuentra amparada por la ley de identidad de género y su decreto reglamentario, toda vez que la enumeración efectuada en dicho decreto no es taxativa, y que la finalidad perseguida por la actora no es otra que la de adecuar su cuerpo a su identidad de género autopercebida.

Asimismo, expresó que “por medio de la Ley 26.743 se han otorgado herramientas eficientes -superadoras en muchos aspectos de otras similares que existen en el derecho comparado- tendientes a hacer operativas las decisiones personalísimas e individuales de cada persona respecto de su identidad de género, ya que la ley, al desjudicializar la toma de decisiones, ha reconocido que éstas pertenecen a un espacio de intimidad al cual el Estado es ajeno y gobernado únicamente por la persona”.

Límites al Derecho a la salud.

Seguidamente se analizarán dos fallos dictados por la Corte Suprema de la Nación, en los que se denegaron las peticiones formuladas por los respectivos amparistas, dejando establecido que el derecho a la salud no es absoluto.

En éste sentido, el Tribunal cimero ha establecido en diversos precedentes jurisprudenciales que "...es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690, entre otros). Empero, no es menos cierto que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros).

- C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa T., I. H., en rep. U. E.G. T.T. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)", (14/08/2018).

En el caso bajo examen, el Supremo Tribunal hizo lugar al recurso de queja interpuesto por la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, y en consecuencia declaró procedente el recurso extraordinario anteriormente denegado.

Como consecuencia, la Corte resolvió revocar el fallo recurrido y rechazar la demanda a la que, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín había hecho lugar.

La demanda se originó en virtud de la petición entablada por los padres de un menor discapacitado para que la Obra Social del Poder Judicial de la Nación cubra en su totalidad el costo que irrogaba la participación de su hijo menor en el proyecto deportivo especial "Despertar", que se desarrolla en el Club Social y Deportivo El Progreso de Ramos Mejía, Partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires.

A los fines de fundamentar su decisorio, los ministros de la Corte hicieron referencia a que las leyes 22.431 y 24.901, establecen un Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, que obligan a las obras sociales comprendidas bajo la órbita de la ley 23.660 a suministrar los servicios asistenciales

especificados en ellas y que si bien la Obra Social del Poder Judicial de la Nación se halla excluida expresamente del régimen de la ley 23.660 en razón de lo dispuesto por el artículo 4° de la ley 23.890, esa entidad, a través de la resolución 1126/2004, se adhirió al referido sistema de prestaciones y reguló el alcance de la atención de sus afiliados discapacitados.

Asimismo, refirió que la ley 24.901 no contempla entre las prestaciones que las instituciones asistenciales deben cubrir obligatoriamente, a la actividad cuyo costo la actora pretende que se le reembolse en su totalidad. Tampoco está incluida en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) cuyo acatamiento se impone a las obras sociales que integran el sistema de la ley 23.660 (resolución del Ministerio de Salud '201/2002), pues no se trata de un tratamiento médico asistencial sino de una actividad recreacional o deportiva que excede el marco reglamentario del sistema de protección general de la salud y el particular del de las personas con discapacidad.

Como consecuencia, el tribunal entendió que la pretensión, en los términos en que fue deducida, carecía de respaldo legal, en tanto el reclamo efectuado en la causa no apuntaba a la cobertura de un servicio terapéutico concreto -sea de rehabilitación, de formación laboral, educativo o asistencial- que se brinde en algún centro de salud, educativo, terapéutico o de rehabilitación psicofísica o motora, sino que se dirigía al desarrollo de una actividad de tipo sociodeportiva, y que la sola circunstancia de que la prestación requerida resultara beneficiosa para el menor, con miras a su integración e inclusión, no justificaba la imposición a la entidad prestadora de salud de la obligación de solventarla pues, con el mismo criterio, debería hacerse pesar sobre esta cualquier otra actividad de carácter social que tuviera esa misma finalidad (asistencia a espectáculos públicos o lugares de interés cultural, etc.) lo cual carece de toda razonabilidad y no encuentra basamento normativo alguno.

Habiéndose relatado los argumentos centrales de la decisión de la Corte, podemos concluir sosteniendo que el precedente analizado viene a delimitar en cierta forma la extensión de las prestaciones a cubrir por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga. Es claro el fallo en cuanto a que quedan excluidas de cobertura obligatoria las actividades de tipo “sociodeportiva” y/o cualquier otra actividad de carácter social, por cuanto no importan un tratamiento médico asistencial sino actividades recreacionales o deportivas que exceden el marco reglamentario del sistema de protección de la salud y de las personas con discapacidad.

- C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo", (01/09/2015).

La causa llega a la Corte Nacional mediante el recurso de queja interpuesto contra el fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el que dicho Tribunal confirmó el rechazo la acción de amparo mediante la cual se solicitaba la cobertura integral (100%) por parte de la Obra Social de Empleados Públicos de la provincia de Mendoza (OSEP), de la fertilización asistida in vitro (FIV), por técnica ICSI (inyección introcitoplasmática) con DGP (diagnóstico genético preimplantacional). Si bien la Corte admitió el tratamiento del recurso, no hizo lugar a la pretensión del recurrente y confirmó la sentencia apelada.

A la hora de argumentar la decisión, el Cívero Tribunal consideró que, más allá que el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), no aparece incluido dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio, lo cierto es que la propia regulación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los “nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicocientíficos” (art. 2 Ley 26.862). Sin embargo, también el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable cuando tales procedimientos sean autorizados por la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud de la Nación), situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP.

Seguidamente la Corte destacó las funciones del Ministerio de Salud, entre las cuales se encuentra la de autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos, todo lo cual “...reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial mencionada de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial”.

Finalmente, resaltó que de lo expuesto en el párrafo precedente “...deviene inadmisibles que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al

catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa”.

Como puede apreciarse, esta decisión del Alto Tribunal puede interpretarse como una limitación al derecho a la salud reproductiva. Pues ya no cualquier descubrimiento científico que no esté incluido en la ley como integrante de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio podrá ser reclamado a las obras sociales o empresas de medicina prepaga, sino que resultará indispensable que se trate de nuevos tratamientos, técnicas o procedimientos previamente “autorizados” por la autoridad de aplicación, es decir el Ministerio de Salud de la Nación.

Conclusiones parciales.

De lo abordado en el presente capítulo surge que ante la negativa por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, a cubrir a sus beneficiarios aquellas prestaciones médicas no comprendidas dentro del Programa Médico Obligatorio, los particulares acuden a los tribunales del país a los fines de obtener judicialmente un pronunciamiento que les garantice el derecho a la salud.

A tales fines, la Corte Suprema ha reconocido la instrumentación de dos herramientas procesales como lo son la acción de amparo y las medidas cautelares, a los fines de asegurar un eventual pronunciamiento que, en caso de retardada justicia, podría frustrar el derecho de la petición que se ostenta.

Asimismo, surge que los tribunales de todo el país aplican a diario los estándares jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de la Nación, dando lugar a una protección amplia del derecho a la salud, y obligando a las obras sociales y empresas de medicina prepaga a brindar cobertura a sus usuarios.

Sin embargo, también consta que la Corte fija límites a ese derecho pretendido, estableciendo que aún siendo el derecho a la salud un derecho humano fundamental, reconocido por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, el mismo no es absoluto.

CONCLUSIONES FINALES

En Argentina el derecho a la salud se encuentra reconocido explícitamente en la Constitución Nacional desde el año 1994, tras la incorporación de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional del artículo 75 inciso 22 y en virtud de lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de la Carta Magna (que consagran el derecho a un ambiente sano y a la protección de la salud de usuarios y consumidores, respectivamente).

Conforme se desprende de las normas referidas, este derecho es considerado un derecho humano fundamental, que no implica la simple ausencia de enfermedad, sino que protege la salud pública, el bienestar general, las condiciones mínimas de vivienda, alimentación y vestimenta, entre otras cosas.

Sin embargo, a diferencia de la mayoría de las Constituciones Provinciales, el texto nacional no cuenta con un artículo específico en el que se regule el derecho a la salud de manera sistemática, ni tampoco existe en el país una ley federal al respecto, sino que obra un plexo normativo que rige en materia de salud.

Asimismo conforme lo analizado en presente trabajo, surge que el sistema de salud de Argentina es un sistema fraccionado, que se divide conforme al tipo de sujetos a los que se dirige, en público, privado y de la seguridad social, variando en su regulación normativa, sus prestaciones y también en sus contraprestaciones, generando una marcada desigualdad en la sociedad.

El sector público de la salud se encuentra en cabeza del Estado Nacional y Provincial, según corresponda, y está dirigido a todos los habitantes del suelo argentino sin distinción de ninguna clase, caracterizado por gratuidad.

El sector de la Seguridad Social, regulado por las leyes 23.660 y 23.661, ampara a los empleados en relación de dependencia y autónomos, a través de las diversas obras sociales existentes en el país, a cambio de un aporte contributivo que soportan tanto los trabajadores como los empleadores. Asimismo, brinda cobertura asistencial a los jubilados y pensionados a través del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados “PAMI”.

Por último, el sector privado se encuentra a cargo de las Empresas de Medicina Prepaga, Cooperativas, Mutuales, Asociaciones civiles y Fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección,

tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, reguladas por la Ley 26.682.

Tanto las obras sociales enumeradas en la Ley 23.660, los Agentes de Seguro de Salud regulados por la Ley 23.661 y las Empresas de Medicina Prepaga reguladas por la Ley 26.682, se encuentran obligadas legalmente a garantizar a sus usuarios la cobertura de un mínimo de prestaciones básicas enumeradas en el Programa Médico Obligatorio, creado mediante resolución 247/96 del Ministerio de Salud.

Este catálogo de prestaciones básicas, se ha ido ampliando con los años en razón de los avances permanentes que existen en la ciencia de la salud, lo que ha generado la necesidad de su permanente actualización, a los fines de garantizar a los beneficiarios del sistema de salud, la cobertura de nuevas técnicas, medicación, tratamientos y enfermedades.

Sin embargo, la lógica demuestra que este programa, se encuentra siempre por detrás de la ciencia de la salud, lo que conlleva a que los usuarios del sistema de salud no reciban conformidad por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, ante la solicitud de cobertura de prestaciones médicas que no se encuentran incluidas en dicho catálogo prestacional.

Esta circunstancia atenta contra el derecho humano a la salud, en tanto su negativa de cobertura, deja a la suerte económica de los particulares el acceso a prestaciones médicas que resultan esenciales para garantizar el mismo, por lo que los particulares recurren a diario a los tribunales del país a los fines de obtener judicialmente un pronunciamiento que les garantice su derecho a la salud.

La jurisprudencia demuestra que, tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el resto de los tribunales de inferior jerarquía, admiten la acción de amparo como vía expedita y eficaz para solicitar a las obras sociales y empresas de medicina prepaga la cobertura de prestaciones médicas no incluidas en el Programa Médico Obligatorio, como así también, la solicitud de medidas cautelares a los fines de evitar eventuales perjuicios que podrían derivar de la falta de atención o del incumplimiento de las prestaciones médicas, en la espera de una sentencia definitiva.

Consecuentemente el Poder Judicial, en su rol de garantizar la supremacía constitucional y los derechos allí consagrados, ha reconocido ampliamente el derecho

a la salud con basamento en los compromisos internacionales asumidos por el Estado y, en relación al objeto de estudio en el presente trabajo, ha impuesto la obligación a las obras sociales y empresas de medicina prepaga a brindar cobertura a sus usuarios de prestaciones médicas no obligatorias.

Sin embargo, más allá del gran reconocimiento jurisprudencial del derecho a la salud, los mismos tribunales se han encargado de señalar que este derecho no es absoluto y han ido delimitando esta obligación de cubrir prestaciones médicas no incluidas en el programa obligatorio, bajo pautas o parámetros de estricta razonabilidad y exclusivamente en aquellos supuestos en los que realmente se encuentra en juego la atención de estricto carácter médico.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

- AIZENBERG, M. (2011). “Empresas de medicina prepaga: primer paso hacia su marco regulatorio”. MJ-DOC-5337-AR.
- BAQUERO DE LA CALLE, J. (2015). “Metodología de la investigación jurídica”. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- BAZÁN, V. (2015) *Derecho a la salud y justicia constitucional*. (1° reimpresión) Buenos Aires: Astrea.
- CASARES, M. (2015). “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho a la salud. Los avances contemplados”. MJ-DOC-7281-AR.
- CIURO CALDANI, M. (2011). “Los derechos de los pacientes como parte de la nueva rama jurídica derecho de la salud”. MJ-DOC-5608-AR.
- FAILLACE, H. (2008). *El sistema de salud. Obras Sociales y empresas de medicina prepaga*. (1° edición) Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- LORENZETTI, R. (2011) *La Empresa Médica*. (2° edición ampliada y actualizada) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- NUCCIARONE, G. (2015). “El derecho a la salud, ¿en camino a ser una rama autónoma del derecho? Enfoque tridimensionalista”. MJ-DOC-7489-AR.
- PALACIO, L. (1998). *Manual de Derecho Procesal Civil* (14° ed) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ROIBÓN, M. (2014). “Tutela judicial efectiva del derecho a la salud de las personas con discapacidad”. MJ-DOC-6947-AR.
- ROSALES, P. (2011). “Análisis de la Ley 26.682 de Regulación de Medicina Prepaga y su impacto en el derecho a la salud”. MJ-DOC-5487-AR.
- SOLER, C. (2012). “Ideas para investigar: proyectos y elaboración de tesis y otros trabajos de investigación en ciencias naturales y sociales” (1° edición, 2° reimpresión). Rosario: Homo Sapiens Ediciones.
- WEINGARTEN, C. (2012). “Un precedente en derecho a la salud de la Corte Suprema de la Nación. Medicinas prepagas y obras sociales: reafiliación obligatoria y enfermedades preexistentes”. MJ-DOC-5749-AR.
- WETZIER MALBRÁN, A. (2007). “El Programa Médico Obligatorio y el derecho privado”. MJ-DOC-3211-AR.

- YUNI, J. y URBANO, C. (2014). “Técnicas para investigar 1. Recursos metodológicos para preparación de Proyectos de Investigación” (2° edición) Córdoba: Editorial Brujas.

- YUNI, J. y URBANO, C. (2014). “Técnicas para investigar 2. Recursos metodológicos para preparación de Proyectos de Investigación” (2° edición) Córdoba: Editorial Brujas.

Legislación:

- Constitución Nacional Argentina.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10/12/1948.
- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de la Organización de los Estados Americanos del 30/04/1948.
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 18/12/1979.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica del 22/11/1969.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19/12/1966.
- Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del 13/07/1967.
- Convención sobre los Derechos del Niño del 20/11/1989.
- Ley 23.660 del 29/12/1988. Honorable Congreso de la Nación.
- Ley 23.661 del 29/12/1988. Honorable Congreso de la Nación.
- Decreto 492/95 del 26/09/1995. Poder Ejecutivo Nacional.
- Ley 24.455 del 08/02/1995. Honorable Congreso de la Nación.
- Resolución 247/96 del 29/05/1996. Ministerio de Salud y Acción Social.
- Ley 24.788 del 05/03/1997. Honorable Congreso de la Nación.
- Ley 24.901 del 05/11/1997. Honorable Congreso de la Nación.
- Ley 24.754 del 28/11/1996. Honorable Congreso de la Nación – Regulación de Medicina Prepaga.
- Resolución 939/2000 del 07/11/2000. Ministerio de Salud.
- Ley 25.404 del 07/03/2001. Honorable Congreso de la Nación.
- Ley 25.415 del 04/04/2001. Honorable Congreso de la Nación.

- Resolución 201/2002 de la Superintendencia de Salud – Programa Médico Obligatorio.

- Ley 25.929 del 25/08/2004. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.077 del 22/12/2005. Honorable Congreso de la Nación – Emergencia Pública

- Resolución 1991/2005 del 05/01/2006. Ministerio de Salud y Ambiente.

- Resolución 755/2006 del 27/10/2006. Superintendencia de Servicios de Salud.

- Resolución 232/2007 del 02/03/2007. Ministerio de Salud.

- Ley 26.279 del 08/08/2007. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.281 del 08/08/2007. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.396 del 12/08/2008. Honorable Congreso de la Nación.

- Resolución 742/2009 del 21/05/2009. Ministerio de Salud.

- Decreto Reglamentario 53/2009 del 27/01/2009. Poder Ejecutivo Nacional.

- Ley 26.588 del 02/12/2009. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.682 del 04/05/2011. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.689 del 29/06/2011. Honorable Congreso de la Nación.

- Decreto de Necesidad y Urgencia 1991/11 del 29/11/2011. Poder Ejecutivo Nacional.

- Ley 26.061 del 28/09/2005. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.862 del 05/05/2013. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.872 del 03/07/2013. Honorable Congreso de la Nación

- Ley 26.914 del 27/11/2013. Honorable Congreso de la Nación.

- Ley 26.934 del 30/04/2014. Honorable Congreso de la Nación

- Ley 27.305 del 19/10/2016. Honorable Congreso de la Nación.

- Resolución 1044/2018 del 05/06/2018. Ministerio de Salud.

- Resolución 1045/2018 del 05/06/2018. Ministerio de Salud.

Jurisprudencia:

- C.S.J.N., “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Fallos 239:459 (1957), L.L. 89-531 y J.A. 1958-II-476.

- C.S.J.N., "Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus", Fallos: 241:291, L.L. 92-627 y J.A. 1958-IV-216.

- C.S.J.N., “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, Fallos: 323:3229, (2000).
- C.S.J.N., “Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán, Fallos: 325: 677, (2002).
- C.S.J.N., “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar, Fallos: 326:4931, (2003).
- C.S.J.N., “Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo, Fallos: 327:5210, (2004).
- C.S.J.N., “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/amparo, Fallos: 329:1638, (2006).
- C.S.J.N., “Cambiaso Perés de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas, Fallos: 330:3725, (2007).
- C.S.J.N., “Segarra, Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejército s/ sumarísimo” Fallos: 331:1449 (18/06/2008).
- C.S.J.N., “Núñez de Zanetti, Mónica V. c/ Famyl Salud” Fallos: 331:1987 (09/09/2008).
- C.S.J.N., “Duich Dusan, Federico c/ C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas 'Norberto Quirno') s/ amparo” Fallos: 337:471 (29/04/2014).
- C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo", (01/09/2015).
- C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa T., I. H., en rep. U. E.G. T.T. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)", (14/08/2018).
- C.S.J.N., “A., M. L. por su hija menor c/ O.S.D.E. s/ Ley de medicina prepaga”, (2018).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “M. P. R. c/ Unión Personal s/ cobro de sumas de dinero”. (5/04/2017).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “S.I.N. y otro c/ Medicus S.A. s/ amparo de salud”. (29/12/2016).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “Jorge Osvaldo Vertone c/ Hospital Británico s/ incidente de apelación”. (28/12/2016).

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “B. J. c/ DOSUBA s/ amparo de salud”. (14/02/2017).
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “R.R. c/ INSSJP s/ leyes especiales”. (6/06/2017).
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “C. A. C. c/ OSECAC s/ amparo Ley 16.986”. (11/07/2017).
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “R. L. A. y Otro c/ Empresa de Medicina Prepaga Medicus s/ amparo Ley 16.986”. (6/07/2017).
- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “P. A. R. y otro c/ Construir Salud s/ Ley de Discapacidad”. (26/07/2017).
- Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, “A. A. G. c/ INSSJP s/ inc. apelación” (9/10/2017).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “A. B. c/ Ossimra s/ amparo de salud” (4/07/2017).
- Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, “F. R.J. P. c/ Mutual Federada 25 de Junio SPR s/ amparo ley 16.986” (14/11/2017)
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “A. F. A. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo de salud” (26/09/2017).
- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “G. G. M. c/ OMINT s/ prestaciones quirúrgicas” (26/03/2018)
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “S. M. F. c/ OSDE s/ inc. de prest. de obra soc/med. Prepaga” (01/06/2018).
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “F. T. (R.F.) c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s/ amparo – salud medicamentos y tratamientos” (17/09/2018).

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Zimmermann, María Marta
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	33.094.740
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	DERECHO A LA SALUD PRESTACIONES MÉDICAS OBLIGATORIAS Y RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	mariamartaz@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

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

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

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