



LAS PRESTACIONES DEL PMO ¿NECESIDAD DE REFORMA POR PARTE DEL ESTADO?

TRABAJO FINAL DE GRADO



BONINO MELINA

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por poder cumplir este sueño tan anhelado. A mi padre, a mi esposo y a mi suegra por haberme acompañado durante todos estos años, por no haberme dejado caer en aquellos momentos tan duros que muchas veces nos toca atravesar a lo largo de la vida, a mi madre que a pesar de haber partido muy pronto siempre me inculcó este amor por el estudio y sobre todo el amor por el derecho y la vida social de mis pares.

A los amigos y familiares de siempre, a los compañeros de trabajo y a los que a la distancia fui encontrando y entablando relaciones a lo largo de esta carrera universitaria, quienes me aconsejaron y brindaron un afecto incondicional.

A la Asociación de Diabéticos Unidos San Francisco, por su predisposición, colaboración y por los aportes de información para poder realizar este trabajo final de grado.

A la Universidad siglo XXI y a los docentes y tutores por la formación profesional que me brindaron y su acompañamiento durante todo este proceso universitario y a aquellos que me acompañaron en este trabajo de etapa final.

A todos los que aportaron su granito de arena para que este sueño, que a veces parecía muy lejano, pueda hacerse realidad.

¡Muchas Gracias!

Melina Bonino

RESUMEN

El presente trabajo propone determinar si existen diferencias y/o controversias en las prestaciones que debe recibir aquel paciente que padece de diabetes; hablamos de las prestaciones que establece tanto el Programa Médico Obligatorio como las prestaciones que establece la ley nacional 26.914.

Además, abordaremos el concepto de salud, y el mismo como derecho que recibe protección a través de diferentes instrumentos, tanto a nivel nacional como internacional.

Visualizaremos si la existencia de controversias podría generar un conflicto de interés entre las partes comprometidas en las prestaciones, aquella encargada de otorgar cobertura y quien debe percibir las, pudiendo judicializarse el derecho a la salud, llegando a concluir con la acción de amparo como mecanismo de protección a tal derecho y como método de resolución de conflictos.

Palabras Claves: PMO, ley 26.914, prestaciones, derecho a la salud, poder judicial, acción de amparo.

ABSTRACT

The present work proposes to determine if there are differences and / or controversies in the benefits that should be received by the patient who suffers from diabetes; we talk about the benefits established by the Compulsory Medical Program and the benefits established by the national law 26,914.

In addition, we will address the concept of health, and the same as a right that receives protection through different instruments, both nationally and internationally.

We will visualize if the stock of controversies could generate a conflict of interest between the parties involved in the benefits, the person in charge of granting coverage and who should receive them, and the right to health can be prosecuted, ending with the protection action as protection mechanism to such a right and as a method of conflict resolution.

Keywords: PMO, law 26,914, benefits, right to health, judicial power, amparo action.

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
1 CAPITULO I. DERECHO A LA SALUD: MARCO NORMATIVO	8
1.1 Introducción	8
1.2 El concepto de Salud, Salud pública y derecho a la Salud.....	8
1.2.1 Concepto de Salud	8
1.2.2 Salud Pública	9
1.2.3 Derecho a la Salud	9
1.3 El derecho a la salud en el ordenamiento constitucional y en tratados Internacionales	
10	
1.3.1 Constitución de la Nación Argentina.....	10
1.3.2 Convención Americana de Derechos Humanos	11
1.3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	11
1.3.4 Convención de los Derechos del Niño.....	12
1.3.5 Declaración Universal de Derechos Humanos	12
1.3.6 Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la	
Mujer	13
1.3.7 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	13
1.3.8 Constitución de la Provincia de Córdoba.....	14
1.4 Conclusiones parciales	14
2 CAPITULO 2: EL PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO (PMO)	15
2.1 Introducción	15
2.2 Concepto y origen	15
2.3 Prestaciones establecidas en el PMO para el caso de Diabetes.....	16
2.4 Conclusiones Parciales	18

3	CAPITULO III – LEY 26.914 – LEY DE DIABETES	19
3.1	Introducción	19
3.2	Ley 26.914. Origen y antecedentes	19
3.3	Prestaciones establecidas en la ley 26.914	20
3.4	Conclusiones Parciales	22
4	CAPITULO IV. CONTROVERSIAS SUCISTADAS ENTRE EL PMO Y LA LEY 26.914 – CONFLICTO DE INTERESES Y SU MECANISMO DE SOLUCIÓN- JUDIALIZACION DEL DERECHO A LA SALUD	24
4.1	Introducción	24
4.2	Controversias que se suscitan entre el PMO y la ley 26.914	24
4.3	El poder judicial y el derecho a la salud.....	26
4.4	El Amparo como protección del derecho a la salud y como mecanismo de solución de conflictos	27
4.5	Conclusiones Parciales	29
5	Conclusiones Finales	31
6	Bibliografía.....	33
6.1	Legislativa	33
6.2	Doctrina.....	33
6.3	Jurisprudencia.....	35
6.4	Organismos.....	35

INTRODUCCIÓN

La diabetes es una enfermedad crónica, por lo tanto, es importante lograr un control adecuado de la misma.

Como punto de partida se presenta el siguiente interrogante: ¿Las prestaciones para personas que padecen diabetes establecidas en el Programa Médico Obligatorio se encuentran en concordancia con las establecidas en la ley 26.914? Es por eso que a través del presente trabajo pretendemos determinar si la resolución del Programa Médico obligatorio se encuentra en concordancia con el artículo quinto de la ley de 16.914, comúnmente conocida como ley de diabetes.

Se pretende visualizar ambas normativas, clarificar que se establece en cada una de ellas y con ello determinar si en caso de controversias estas estarían generando conflictos de intereses.

A través de la presente investigación y luego de la recolección de datos necesarios pretendemos alcanzar los objetivos planteados; como general, determinar si existen controversias entre las prestaciones establecidas en el Programa Médico Obligatorio (en adelante PMO) para aquellas personas que padecen de diabetes con las establecidas en el artículo 5to de la ley 26.914 – Ley de Diabetes; y luego refiriendo a los objetivos específicos poder determinar que se entiende por derecho a la salud, como se encuentra protegido en distintos ordenamientos, tantos nacionales como internacionales, describir cuales son las prestaciones que establece el PMO, cuales son aquellas prestaciones que específicamente establece la ley N° 26.914 de Diabetes, intentando determinar si existen conflictos de intereses a causa de las controversias que pueden suscitarse entre ambas normativas y explicando además el mecanismo de protección del derecho a la salud y que conlleva la solución de los posibles conflictos de intereses.

El tema escogido tiene una particular relevancia, ya que en la actualidad contamos con la presencia del Programa Médico Obligatorio que determina ciertas prestaciones que deben recibir aquellas personas con diabetes y una ley específica de la enfermedad en cuestión que establece prestaciones que pueden llegar a ser diferentes a las de la normativa antes planteada. Pudiendo estas discrepancias que se generan entre ambas producir conflictos de intereses entre los actores sociales, es decir entre aquello que deben otorgar la prestación y entre quienes decir

recibirla. Pudiéndose llegar a notar que alguna de dichas normativas necesita una nueva actualización por parte del Estado

. Para el estudio y análisis se utilizarán preferentemente los tipos de investigación descriptivo y explicativo, donde se analizarán elementos de interés para esta investigación llevada a cabo; utilizando además una metodología de tipo cualitativo. Asimismo, se utilizarán como fuentes de información aquellas de donde emana la sinalgia documental, es decir fuentes primarias, también aquellas fuentes secundarias donde se someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias y por ultimo incorporaremos las fuentes terciarias donde se consultarán datos de diferentes Asociaciones de Diabetes.

En el presente trabajo se recolectará información con el análisis documental, profundizando en el análisis de las fuentes primarias; y el análisis de contenido analizando y haciendo hincapié en distintos textos que contengan información sobre las prestaciones que otorgan tanto el PMO como la ley N° 26.914; delimitando un espacio como temporal el período que abarca desde la sanción de la Ley N°26.914, modificatoria de ley N° 23.753, hasta la actualidad. Es por ello que en el trabajo ha realizarse podremos encontrarnos con cuatro capitulos, en donde cada unos de ellos delimita un tema a desarrollar, abarcando desde el concepto de salud, los distintos intrumentos, tanto nacionales e internacionales que protegen dicho derecho de la persona humana, observando las disposiciones contenidas en ambas normativas traídas a colación, los conflictos que puedan llegar a sucitarse y la judicializacion del derecho a la salud como medio de proteccion de este derecho.

Nos explican Yuni y Urbano (2014) que los tipos de investigación que se exponen son inclusivos. Van desde el descubrimiento y la exploración de las variables involucradas en el objeto de estudio, hasta la comprobación de relaciones causales(pág. 79).

Para el estudio y análisis se utilizarán preferentemente los tipos de investigación descriptivo y explicativo, donde se analizarán elementos de interés para esta investigación llevada a cabo.

Al abordar el tipo de investigación descriptivo nos guiamos por lo que los autores antes mencionados nos explican sobre el mismo, haciendo hincapié en que el tipo descriptivo apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales (Jose Yuni / Claudio Urbano, 2014, pág. 80).

Por otro lado, el tipo explicativo se caracteriza por la búsqueda de las relaciones de causalidad. Intenta determinar las relaciones de causa y efecto que subyacen a los fenómenos observados (José Yuni / Claudio Urbano, 2014, pág. 81).

1 CAPÍTULO I. DERECHO A LA SALUD: MARCO

NORMATIVO

1.1 Introducción

Antes de comenzar a desarrollar la temática que nos ocupa exponemos que la salud constituye uno de los derechos básicos de las personas y su protección se encuentra consagrada en normas de carácter constitucional como también de carácter internacional. En el presente capítulo abordaremos el concepto de salud brindado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), además trataremos el concepto de salud pública, siendo el Estado el encargado de garantizarla.

En este apartado verificaremos la protección normativa del derecho a la salud a través de Nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales con jerarquía constitucional, hasta abordar además la protección que recibe en la Constitución de la Provincia de Córdoba.

1.2 El concepto de Salud, Salud pública y derecho a la Salud

1.2.1 Concepto de Salud

“La Organización Mundial de la Salud brinda un concepto amplio de la salud, “es el estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad”(OMS, s.f.).

Para adentrarnos a un análisis del concepto de salud que brinda la Organización Mundial de la Salud (OMS) nos remitimos a la definición jurídica de salud, la cual establece que salud es el estado completo de bienestar físico, mental y emocional, de suerte que el ser puede ejercer normalmente sus funciones y desarrollar sus actividades.

Siguiendo a Bidart Campos (s.f) (citado por Juzgado de Primera Instancia de Quilmes Fallo 16863/10, 2010), se advierte que el derecho a la salud expande proyecciones a toda una gama de escenarios y relaciones que exceden la tradicional noción de “no estar enfermo” para aproximarse a lo que puede definirse como una situación integral de bienestar psíquico, físico y mental, moral y social, abarcativa de todas las facetas que componen la compleja personalidad humana.

Por lo tanto y en concordancia, según formula Rodolfo Ariaza Clerici(s.f), “el principio a la salud esta integrado por obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada”(pág. 287).

Esta definición que nos brinda la Organización Mundial de la Salud genera una transformación, cambia el criterio organicista y fisiológico que se había utilizado para definir vida, aquí se puede observar que se reconoce que una persona es sana cuando encuentra un estado de bienestar.

1.2.2 Salud Pública

Salud pública es el estado general de los pobladores de un país en cuanto a su bienestar físico, mental y emocional se refiere. El mantenimiento y promoción de dicho bienestar es interés del Estado, sección o departamento estatal a cargo de preservar e impulsar la salud de los habitantes, tomando medidas, adelantando las acciones, imponiendo las normas necesarias para ello (Ltda., 2008, págs. 2072-2073).

Sobre lo expuesto podemos decir que Salud Pública es la ciencia y el arte para impedir enfermedades, controlarlas, fomentando la salud y estilos de vida.

Los organismos de la salud pública deben evaluar las necesidades de salud de la población, investigar el surgimiento de riesgos para la salud y analizar los determinantes de dichos riesgos. De acuerdo a lo detectado, deben establecer las prioridades y desarrollar los programas y planes que permitan responder a las necesidades (Porto Perez Julián ; Gardey Ana;, 2008, pág. parr. 3).

1.2.3 Derecho a la Salud

Si partimos desde el concepto de derecho podemos decir que es aquella “facultad de obrar o de abstenerse, o la potestad de exigir algo de la cual la persona es titular” (Diccionario Hipanoameicano de Derecho, 2008, pág. 558). El derecho a la salud es un derecho innato, es decir aquella “facultad que adquiere todo ser humano por su condición de tal, de las cuales entra en posesión al nacer, y que se extingue con la muerte” (Diccionario Hipanoamericano de Derecho, 2008, pág. 601).

Por lo tanto, vemos que la salud es un derecho humano, entendiendo como salud al estado de completo bienestar físico, mental y emocional, condición que todo ser humano le sea respetada por el solo hecho de serlo y como miembro de una comunidad. En tanto que el

derecho a la salud es parte fundante de los derechos humanos y conlleva al derecho de disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental.

Dentro del enfoque general de la cuestión diremos que el derecho a la salud es un derecho humano básico -que tiene íntima relación con los otros derechos humanos- por el cual todas las personas deben tener acceso a los recursos sanitarios básicos. La salud en definitiva es un medio que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva; la salud acentúa los recursos sociales y personales y también las aptitudes físicas. Ésta es la base para enmarcar lo que debemos considerar que representa el derecho a la salud (Canosa A. , 2017, pág. parr.2).

Es en el año 1994 cuando se incorpora el derecho a la salud como marco normativo expreso, determinándose que el derecho a la salud es un derecho directamente operativo y exigible tanto a los entes de medicina privada como al Estado.

1.3 El derecho a la salud en el ordenamiento constitucional y en tratados Internacionales

1.3.1 Constitución de la Nación Argentina

No hay duda que la salud se encuentra ínsita en el concepto de bienestar general al que hace referencia nuestra Constitución Nacional (CN), más aún es un parámetro del bienestar y como tal es un bien social, y un corolario del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad.

Siguiendo a Canosa (2017), al tomar el texto originario de la Constitución Nacional de 1853 - 1860, “el derecho a la salud se encontraba implícito en el artículo 33¹ que contiene los denominados derechos no enumerados” (pág. parr. 3).

Además como fundamento constitucional del derecho a la salud en el texto mismo de nuestra Carta Magna debemos consignar el siguiente artículo:

Art. 42: Los consumidores 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 digno²(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 18).

¹Artículo 33 CN “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

² ART. 42 Constitución de la Nación Argentina. 1994

En dicho articulado se alude a que los consumidores tienen derecho a ser protegidos, donde se refleja la obligación de autoridades de hacer lo posible para la protección de este derecho.

Retomando lo que Canosa (2017) nos dice, la reforma del año 1994 se otorga otra cobertura en la protección del derecho a la salud con la inclusión de instrumentos internacionales que adquieren jerarquía constitucional a partir del artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional (pág. parr. 5).

Es decir que a partir de la adquisición de tratados internacionales de jerarquía constitucional ya el derecho a la salud adquiere protección de manera explícita.

1.3.2 Convención Americana de Derechos Humanos

En primer lugar, podemos referirnos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica donde en su artículo 4º establece: toda persona tiene derecho a que se respete su vida³(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 77).

Hablamos del derecho de que toda persona tiene a que se respete su vida, y lo hacemos desde el plano de la conexidad que tiene vida con salud, conexidad entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, ello es debido a que proteger el derecho a la vida no solo significa hacerlo en caso de peligro de muerte, sino que ello es más extensible, posibilitando el mejoramiento de las condiciones de salud, ya que el concepto mismo no solo habla de ausencia de afecciones, sino de un bienestar físico, emocional y social.

1.3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere en su artículo 6º que el derecho a la vida es inherente a la persona humana⁴(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 129).

Cuando hablamos de inherente referimos a lo esencial y permanente en un ser, que no se puede separar de él por formar parte de su naturaleza.

Los derechos humanos son inherentes, derechos humanos como el derecho a la vida en conexidad como referíamos cuando hablábamos en el apartado anterior, con el derecho a la salud. Es decir que la persona humana goza de estos derechos (derecho a la vida y a la salud)

³ ART. 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994.

⁴ ART. 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994.

más allá de cualquier factor en particular, son derechos que se vinculan con la condición humana.

1.3.4 Convención de los Derechos del Niño

La Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 24 insta que se reconozca el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al servicio para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud⁵(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 237).

Ello es así, ya que los Estados deben tomar las medidas ineludibles para asegurarle al niño el acceso a una prestación médico asistencial y sanitaria para que con ello el niño logre alcanzar un nivel de vida deseable.

Trayendo a colación lo que dice Benavente (2017) “la sociedad debe prepararlos para tomar decisiones en forma gradual, la protección que los niños reciben por su situación de inferioridad –meramente transitoria– tiene por finalidad resguardar básicamente su dignidad, preparándolo para “poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” y para “una vida independiente en sociedad”. Entonces, si el cuidado de la salud forma parte de un derecho personalísimo concerniente al niño, es lógico que una de las primeras responsabilidades que corresponde atribuirle es el cuidado del propio cuerpo y salud(pág. parr. 9).

Los niños tienen derecho a crecer, gozar y desarrollarse en buena salud, ya que ellos son más vulnerables, e independientemente del país en que residan.

1.3.5 Declaración Universal de Derechos Humanos

Igualmente, nos referimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su artículo 3º que todo individuo tiene derecho a la vida y, en el artículo 25, párrafo 1º, reza: 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 y el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios⁶(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 68).

⁵ ART. 4 Convención de los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994.

⁶ ART. 3 y 25 1er Párrafo. Declaración Universal de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994.

El adecuado nivel de vida, digno implica condiciones necesarias para que la persona humana pueda vivir con calidad, adecuada e todos sus aspectos, satisfaciendo sus necesidades básicas como lo es el acceso al respeto y protección de su salud.

1.3.6 Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer

Del mismo modo la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, refiere en su artículo 11, párrafo 1º, apartado f), la protección de la salud, y el artículo 12 prevé el acceso a la atención médica⁷(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 195).

1.3.7 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

No podemos dejar de lado el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual contiene las previsiones de mayor alcance sobre el derecho a la salud dentro del sistema internacional de los derechos humanos, entendiendo por salud conforme la Organización Mundial de la Salud (OMS), como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad.

Según Canosa (2017)“Debe entenderse el derecho a la salud como desde el correlato que tiene con el derecho a la vida, ya que este último comprende no sólo el derecho a vivir sino que a tener una vida digna, siendo la salud el primer escalón en la pirámide de esa dignidad. Este derecho a la salud resulta determinante para que las autoridades establezcan mecanismos para que la población cuente con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud, y programas, siendo los mismos accesibles para todos. También representa una obligación realizar campañas de información sobre la prevención de enfermedades y el fomento de las investigaciones médicas”(pág. parr. 3).

⁷ ART. 11 1er Párrafo apartado f) y 12 Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994.

1.3.8 Constitución de la Provincia de Córdoba

No solo en dichas reglamentaciones tratadas en apartados anteriores el derecho a la salud se encuentra protegido, sino también lo hace la Constitución de la Provincia de Córdoba, cuando es su art. 59 claramente establece que “la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social”⁸(Constitucion de la Provincia de Córdoba, pág. 17).

Es decir que nuestra Constitución de la Provincia de Córdoba toma la salud como bien personal y a su vez como un derecho personal de cada ser humano. Podríamos decir que se trata de un bien jurídico, protegido por el derecho; protegiendo a su vez su dignidad humana; entendida como aquella facultad que tiene todo individuo para exigir que se le trate como un ser cuya existencia posee una finalidad que tiene derecho a realizar(Diccionario Hispanoamericano de Derecho, 2008, pág. 559).

1.4 Conclusiones parciales

Por todo lo expuesto, podemos ver que el tema traído a desarrollo, como lo es la salud, se vincula fuertemente y está protegido no solo a través de nuestra CN, sino a través de distintos tratados internacionales, los cuales tienen jerarquía constitucional, instrumentos que no solo protegen la salud, sino la integridad y la vida como derechos fundamentales, derechos que pueden llegar a verse afectados.

Sostenemos que la Reforma Constitucional del año 1994 otorgó un rango constitucional al derecho a la salud, en cuanto lo reconoce de manera explícita. Podemos observar la constitucionalización de este derecho tan ampliamente protegido.

Prestamos atención al gran compromiso por parte del Estado intentando garantizar y reglamentar la salud integral del ciudadano suscribiendo a tratados y pactos a internacionales que a partir de la reforma del año 1994 adquirieron jerarquía constitucional.

⁸ ART. 59 Constitución de la Provincia de Córdoba. Reformada en septiembre de 2001.

2 CAPÍTULO 2: EL PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO

(PMO)

2.1 Introducción

En el presente capítulo se revisará la regulación del Programa Médico Obligatorio, específicamente las prestaciones que establece en el caso de Diabetes.

Analizaremos su concepto como así también su origen, y además los organismos e instancias creadas en función de la supervisión, fiscalización y control de los agentes obligados a entregar cobertura que integran el sistema de salud

2.2 Concepto y origen

El Programa Médico (PMO) es una resolución del ex Ministerio Público de Salud hoy Secretaria de Salud a través de la cual, como expone Jaimarena Brion desde mayo del año 1996 dispuso aprobar el Régimen de Asistencia Obligatoria para todos los Agentes del Seguro involucrados en las leyes números. 23.660 y 23.661 y aquellas Obras Sociales que adhieran al mismo. La creación del Programa Médico Obligatorio (PMO) estableció prestaciones obligatorias. En el año 1995, un Decreto Nacional, proveniente del Poder Ejecutivo Nacional, estableció que los beneficiarios de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1 de la Ley N. 23.660, tendrían derecho a recibir las prestaciones médico asistenciales que se establecerían en un programa médico asistencial que sería aprobado por el Ministerio de Salud y Acción Social; luego en el año 1997 por intermedio de ley 24.754 se dispuso que las entidades de medicina prepaga debían otorgar la misma cobertura en que se encontraban obligados los agentes de salud antes mencionados. Es por ello que la ley 26.682 establece un nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga.

Para dichas prestaciones incorporadas en el Programa Médico Obligatorio no existen los tan llamados periodos de carencia, según informa la Superintendencia de Seguros de la Nación. Desde el momento mismo de afiliación a una obra social y (o prepaga se cuenta con las prestaciones mínimas.

Nos explica Jaimarena Brion (2017) el PMO es un programa que contiene el conjunto de prestaciones médicas a que tiene derecho todo beneficiario de la seguridad social (y todo asociado de la medicina prepaga). Es decir, constituye el conjunto de prestaciones médicas obligatorias que como piso mínimo deben

brindar los agentes del seguro de salud y las empresas de medicina prepaga. No existen patologías excluidas del PMO, independientemente de la extensión de la cobertura planteada en el mismo (pág. parr. 17).

El PMO, entonces, establece aquellas prestaciones básicas y que abarca actividades de prevención como de tratamiento efectivo en distintas áreas médicas, además enuncia los porcentajes de cobertura de los medicamentos. Es decir, como principal característica del PMO, podemos decir que debe constituir un “piso” prestacional mínimo para todos los agentes del seguro de salud.

Siguiendo a Jaimarena Brion (Programa Médico Obligatorio - Vision Jurisprudencial , 2017) corresponde destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha dicho que el PMO contiene lineamientos que deben ser interpretados en armonía con el principio general que garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud (pág. parr. 2)

2.3 Prestaciones establecidas en el PMO para el caso de Diabetes

Ya hemos dicho que el PMO, es la canasta de prestaciones básicas que deben ser entregadas a los beneficiarios de obras sociales y/o medicina prepaga.

Para adentrarnos en el tema que nos interesa seguimos lo referido por las autoras Lawrynowicz, Alicia ; Alonso, Valeria; (2013)en cuanto ellas sostienen que “la diabetes mellitus (DM) es una de las enfermedades crónicas no transmisibles de prevalencia creciente en las últimas décadas” (pág. 39).

El artículo 2 de la resolución 310/2004⁹ otorga una cobertura del 40% para medicamentos de uso habitual y 70% para los medicamentos destinados a patologías crónicas prevalentes, que requieran de modo permanente o recurrente del empleo de fármacos para su tratamiento.

Además, en diabetes por resolución 301/99¹⁰ se otorga cobertura de insulina (100%). Por medio de dicha resolución se crea el programa Nacional de Diabetes (PRONADIA), se

⁹ Resolución 310/2004 B.O. 15/04/2004 Ministerio de Salud - SALUD PUBLICA

¹⁰Resolución 301/99 B.O.: 03/05/1999 Resolución 301/1999 MSyAS Ministerio de Salud y Acción Social SALUD PUBLICA

aprueba el programa y se incluye la provisión de insulina entre los medicamentos que deben ser suministrados en el marco del PMO.

Según Scolo (2016) desde la implementación del PMO, todas las Obras Sociales y Prepagas deben cumplir con una cobertura del 40% en todos los medicamentos, y del 70% en los casos de aquellos requeridos para patologías crónicas (como diabetes, hipertensión, asma, epilepsia, hipercolesterolemia, insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, entre otras). A su vez, incluye una cobertura del 100% en los medicamentos destinados a pacientes en situación de internación y lo mismo para medicamentos oncológicos (pág. parr. 7).

Además, como nos explican Lawrynowicz, Alicia ; Alonso, Valeria; (2013) y refozando la normativa antes mencionada, se propone la cobertura del 100% en la demanda de insulinas con una progresion creciente pero que la misma nunca debe ser inferior al 70% npara el resto de los insumos establecidos dentro del Programa Medico Obligatorio.

Si nos adentramos a los sujetos obligados a las prestaciones establecidas en el PMO, son aquellas entidades prestadoras de salud, son las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. cada una de estas entidades cuenta con su propia normativa, así es que la ley de medicina prepaga establece claramente en su artículo 7 que ls mismas deben cubrir como mínimo en sus planes de cobertura medico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente¹¹. Asimismo, desde el ex Ministerio de Salud, hoy Secretaria de Salud se informa que las obras sociales deben otorgar las prestaciones establecidas en el PMO.

Es decir, las prestaciones que se incluyen dentro del PMO deben ser otorgadas por los entes de salud antes mencionados.

Continuando con lo que expresan los autores Conforti, Scaraville, Martinuzzi y Crespo (2005) el Programa Médico Obligatorio (PMO) es “la canasta de prestaciones básicas que todo seguro de salud debe cubrir en forma obligatoria y no deben olvidar los compromisos asumidos, sobre todo cuando están en juego nuestros derechos más importantes”(pág. 5).

¹¹ Artículo 7 Ley 26682 – Marco Regulatorio de Medicina Prepaga - Sanción: 04/05/2011; Promulgación: 16/05/2011; Boletín Oficial 17/05/2011. Obtenida de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/182180/norma.htm>

El organismo encargado de regular y controlar a los actores del sector salud es la Superintendencia de Seguros. El cual es un organismo descentralizado de la Administración Pública, con personería y autarquía administrativa que tiene por misión según informa la Secretaría de Salud la regulación y control de los actores del sector, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las políticas del área para la promoción, preservación y recuperación de la salud de la población y la efectiva realización del derecho a gozar las prestaciones de salud establecidas en la legislación vigente¹².

2.4 Conclusiones Parciales

El Programa Médico Obligatorio precisa las prestaciones a ser cubiertas que rige sobre obras sociales nacionales y prepagas.

El PMO formula una canasta básica de prestaciones, determinando en el caso de diabetes que se otorgara una cobertura del 100% en insulinas y un 70% en el caso del resto de insumos y reactivos necesarios y requeridos para el control efectivo de la enfermedad.

Analizado el capítulo anterior vemos reflejado que los entes encargados de brindar las coberturas establecidas en el PMO, son aquellos agentes de salud como obras sociales y empresas de medicina prepaga, agentes que serán fiscalizados a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Aquí vemos como el Estado a través de la resolución del Programa Médico Obligatorio intenta garantizar la salud del paciente que padece de diabetes, no solo a través de ésta resolución antes mencionada que establece las prestaciones que deben otorgarse, sino a través de la creación de un organismo de control de dichos agentes,

¹² Secretaría de Salud – Institucional. Misión Superintendencia de Seguros
<https://www.argentina.gob.ar/sss salud/institucional>.

3 CAPITULO III – LEY 26.914 – LEY DE DIABETES

3.1 Introducción

En el siguiente apartado analizaremos la ley 26.914, revisando sus antecedentes, hasta llegar a la sanción de la nueva normativa antes mencionada.

Además, abordaremos en específico las prestaciones de cobertura que establece dicha normativa a partir de su sanción desde el año 2013.

3.2 Ley 26.914. Origen y antecedentes

En el año 1989 la Asamblea 42.a Mundial de la Salud se adoptó por unanimidad la resolución donde se solicitaba a los Estados miembros la medición y evaluación de la mortalidad a nivel nacional por diabetes mellitus y las medidas necesarias para su control. Desde entonces, nuestro país, como estado parte realiza la sanción de la ley 26753 en el mes de septiembre del año 1989.

Con ello llegamos al primer antecedente sucedido en nuestro país en materia de legislación para aquellas personas que padecen la enfermedad.

El mismo cuerpo y espíritu de la ley 23.753¹³ indican que mediante la misma se regulan las medidas necesarias para la divulgación de la problemática derivada de la enfermedad diabética y sus complicaciones y además se establece que la diabetes constituye el tercer factor de riesgo en importancia como causa de muerte a nivel global y el octavo en relación con la pérdida de años de vida ajustados por discapacidad.

Para reforzar esto que la misma ley indicaba Gali (2016) nos dice que “el espíritu de la Ley 23.753 de proteger los derechos de las personas con diabetes, otorgando cobertura a los medicamentos y reactivos para el control de glucemia, empezó a cercenarse a partir de la reglamentación de dicha legislación”. (pág. parr. 5). Lo mismo ocurre con lo que nos expresa Gialluca (2017) “el espíritu de la Ley 23.753 de proteger los derechos de las personas con diabetes, otorgando cobertura a los medicamentos y reactivos para el control de glucemia, empezó a cercenarse a partir de la reglamentación de dicha legislación” (pág. parr. 2).

¹³ Ley 23.753 Sancionada el 29-sep-1989. B.O 17 de octubre de 1989

Con respecto a que estamos frente a una enfermedad de riesgo nos parece necesario, y vale destacar como lo manifiesta Brondo (2018), cuando él considera a la enfermedad una epidemia, él llega a esta conclusión según la última encuesta nacional de factores de riesgo del ex Ministerio de Salud, la cual arrojó un resultado de que el 9,8% en mayores de 18 años presenta diabetes o glucemia elevada, donde se representa un número de tres millones de personas aproximadamente

La ley fue reglamentada a través del decreto 1271/98¹⁴ del Poder Ejecutivo Nacional. A partir de ello se fija la cuestión de cuáles son aquellos medicamentos, insumos y cobertura mínima para el control y tratamiento de la patología en cuestión.

Según nos indica Gali (2016) esto hacía que las obras sociales, empresas de medicina prepaga y programas públicos de salud, entregara a sus afiliados una cobertura del 100% en insulinas y un 70% en el resto de los insumos requeridos para el control de la enfermedad.

Posteriormente, y luego de varios años de lucha y arduas tareas por parte de ONG y madres de niños con Diabetes, se logra la sanción de la ley 26.914 con el fin de ampliar la cobertura establecida en la ley originaria.

3.3 Prestaciones establecidas en la ley 26.914

La ley 26.914 fue sancionada en el mes de noviembre del año 2013 y promulgada en el mismo año en el mes de diciembre. Esta normativa vino a modificar la original ley 23.753 e introducir reformas y cambios en la misma.

La nueva ley sustituyó el artículo 1 de la ley 23.753 cuando establece que la autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud de la Nación, el cual dictará las medidas que fueren necesarias para la divulgación de la problemática derivada de la enfermedad diabética y sus complicaciones, con el fin del reconocimiento temprano de la enfermedad, su tratamiento y adecuado control. Siguiendo a Gali (2016) ella sostiene que si bien este nuevo artículo es muy similar al anterior no establecía la obligación del hoy Secretaria de Salud, ex Ministerio de Salud, garantizar la producción y distribución de medicamentos y reactivos, anteriormente solo debía abocarse a los problemas de producción, provisión y dispensación para asegurar a los pacientes los medios terapéuticos y de control evolutivo. Para esta autora la diferencia es se

¹⁴ Decreto Reglamentario N° 1271/98 Buenos Aires, 23 de octubre de 1998

suscita en el mayor compromiso del Estado, a modo de garantizar la producción y distribución de medicamentos e insumos.

Dicho todo esto, lo que nos interesa resaltar es la gran modificación que ha tenido el artículo 5 de la ley 23.753, donde a través del artículo 2 de la ley 26.914 quedo redactado y se incorporó a la normativa de la siguiente manera:

Artículo 5°- La Autoridad de Aplicación de la presente ley establecerá Normas de Provisión de Medicamentos e Insumos, las que deberán ser revisadas y actualizadas como mínimo cada 2 (dos) años, a fin de poder incluir en la cobertura los avances farmacológicos y tecnológicos, que resulten de aplicación en la terapia de la diabetes y promuevan una mejora en la calidad de vida de los pacientes diabéticos.

La cobertura de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para autocontrol de los pacientes con diabetes, será del 100% (cien por ciento) y en las cantidades necesarias según prescripción médica.

Para acceder a lo establecido en el párrafo anterior, sólo será necesaria la acreditación, mediante certificación médica de una institución sanitaria pública, de la condición de paciente diabético. Esta certificación se hará al momento del diagnóstico y seguirá vigente mientras el paciente revista el carácter de enfermo crónico. La Autoridad de Aplicación no podrá ampliar los requisitos de acreditación para acceder a la cobertura.

La Autoridad de Aplicación deberá llevar a cabo campañas nacionales de detección y de concientización de la enfermedad, a fin de lograr un adecuado conocimiento en la sociedad de esta patología, que permita una mayor integración social de los pacientes.

Asimismo, deberá articular con las jurisdicciones locales y las instituciones educativas en todos los niveles programas formativos que permitan el acceso de alumnos y docentes a un conocimiento adecuado de la problemática.¹⁵

Queremos hacer hincapié en esta gran modificación, detalladamente en el segundo párrafo del artículo, ya que es allí donde se amplía la cobertura para aquellas personas que padecen de dicha enfermedad. Claramente aquí se establece que la cobertura será del 100% en

¹⁵ Ley 26.914 – ley de diabetes, modificatoria de ley 23.753 - Sancionada: noviembre 27 de 2013 Promulgada de Hecho: diciembre 17 de 2013 Publicación en B.O.: 27/12/2013

medicamentos y reactivos de diagnóstico para el autocontrol de los pacientes con diabetes y hace una gran aclaración cuando determina la frase “y en las cantidades necesarias según prescripción médica”.

Es decir, no solo amplia una cobertura al cien por ciento, sino también que establece que se accederá a dicha cobertura con la necesaria prescripción médica, donde por la cual entendemos aquella indicación que el médico tratante muestra al paciente para que de esta manera realice el control necesario, requerido y adecuado sobre su patología.

Según los autores Abel Hernández Chávez; Manuel Alejandro Medina Salazar; Miguel Ángel García González (2014), “el término prescripción se define como la “acción de administrar medicamentos, realizar procedimientos médicos o actos quirúrgicos de acuerdo con normas, reglas o estrategias, criterios y lineamientos que hagan coherente la solución de los problemas del paciente con los conocimientos médicos”. (pág. cap. 14 Parr. 1)

El inconveniente que se nos presenta es que dicha ley 26.914 al reglamentarla se lo realizo a través de la Resolución del ex del Ministerio de Salud de la Nación 1156/14¹⁶, se fija la cantidad de tiras reactivas para control de glucemia según se trate de personas con diabetes insulino dependientes o no.

Nos explica Gali (2016), que no podemos perder de vista que las cantidades enunciadas siempre deben tomarse como un piso y que dicha cantidad puede ser ampliada con la prescripción médica necesaria, por ello es que consideramos sumamente importante no solo la ampliación de cobertura, sino dicha frase que requiere prescripción médica habilita a que en el caso de requerir mayores cantidades de insumos, probada su necesidad de utilización deben serle otorgados los mismos, como y según el médico tratante lo indica.

3.4 Conclusiones Parciales

A modo de concluir diremos que la reforma introducida por la ley 26.914 a la anterior ley de diabetes ley 23.753 ha sido de modo satisfactorio, ampliando no solo la cobertura en las prestaciones que debe recibir un paciente que padece de diabetes, sino que además amplía el compromiso que debe tener el Estado con esta patología que cada día se va conociendo más y surgen nuevos casos.

¹⁶ Resolución 1156/2014 Ministerio De Salud -23-jul-2014

Además, sostenemos, que a pesar de la existencia de la resolución 1156/14, en la cual se fijan ciertas cantidades a ser entregadas al paciente, el legislador a través de la expresión “en las cantidades necesarias según prescripción médica” ha querido no dejar nada librado al azar, por lo cual dicha expresión habilita a solicitar por parte del paciente a su agente de seguro de salud lo que según su médico le indique para lograr el efectivo control de su enfermedad, mediante prescripción médica.

4 CAPÍTULO IV. CONTROVERSIAS SUCITADAS ENTRE EL PMO Y LA LEY 26.914 – CONFLICTO DE INTERESES Y SU MECANISMO DE SOLUCIÓN- JUDIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

4.1 Introducción

En el apartado siguiente trataremos las diferencias y/o controversias que se plantean en la cobertura de prestaciones que debe recibir aquel paciente que padece de diabetes. Visualizaremos lo establecido en el Programa Médico Obligatorio, como aquellas prestaciones que establece la ley de diabetes 26.914.

Podremos observar que dichas normativas, al no adecuarse una a la otra podrían estar generando un conflicto de intereses entre los actores sociales y pertenecientes a esa relación afiliado y prestador de salud, pudiendo generarse la judicialización del derecho a la salud. Y para concluir abordaremos la acción de amparo como medio de solución de conflictos.

4.2 Controversias que se suscitan entre el PMO y la ley 26.914

Luego de haber analizado las dos normativas en capítulos anteriores, podemos ver reflejado que entre las mismas nos encontramos con cierta controversia. Cada una de estas dos normativas analizadas contienen prestaciones en caso de diabetes diferentes.

El Programa Médico Obligatorio establece que la cobertura de insulinas será en un 100% y el resto de insumos y reactivo necesarios para el control de la patología tratada en cuestión será de un 70%.

En cambio, la nueva ley de diabetes 26.914, ley que modifica la anterior ley 23.753 establece que la cobertura en prestaciones será del 100%, cobertura que se otorgará con la sola presentación de la correspondiente prescripción médica.

Consideramos que aquí nos encontramos frente a la controversia de dos normas que intentan proteger al paciente diabético pero cada una de ellas establece prestaciones diferentes, lo cual podría llegar a ocurrir en determinados casos que se generen conflictos de intereses a la hora de hacer efectivas esas prestaciones.

Podemos decir entonces, que estamos en presencia de un conflicto no solo de leyes, ya que establecen coberturas en prestaciones que son distintas, sino que esto podría generar

conflictos de intereses entre los prestadores o agentes de salud y sus afiliados, ya que los intereses de cada uno podrían contraponerse, o cada uno de ellos interpretar la normativa que más efectiva resulte a su favor, o solo cada uno desde su postura se ajusta a la reglamentación que cree corresponderle.

Muchos de los agentes de salud, como obras sociales o entidades de medicina prepaga se ajustan a cumplimentar lo establecido en el Programa Médico Obligatorio, olvidando, tal vez la existencia de la ley 26.914; lo cual no vemos que la postura que toman estos agentes sea un accionar contrario a la ley, ya que es el mismo Programa Médico Obligatorio el que establece que dicha resolución debe ser cumplimentada por estos entes. Por ello es que creemos que estas discrepancias de prestaciones que ocurre entre dos normativas que intentan proteger la misma patología, podrían estar generando un conflicto de intereses que en muchas situaciones termina con la judicialización del derecho a la salud,

El Programa médico obligatorio ha sido modificado durante el año 2017 pero nada se ha dicho ni actualizado en base a las prestaciones que debe recibir aquel paciente que padece de Diabetes.

En el fallo “Arener, Nadia B Contra Osde Sobre Amparo Ley 16986 - 2018”¹⁷, observamos que como lo indica el Programa Médico Obligatorio la Obra Social se ajustó al mismo ante el requerimiento del dispositivo “Freestyle Libre” para el monitoreo de glucemias, la obra social rechaza la petición de la solicitante alegando que el tratamiento indicado no se encuentra dentro del Programa Médico Obligatorio. La amparista funda su derecho de peticionar tal dispositivo en la ley de diabetes 26.914 en cuanto ella prescribe que la prestación será del 100% según la indicación médica correspondiente.

Es evidente que aquí estamos en presencia de un conflicto de intereses, donde cada una de los actores funda su interés y derecho en normativas que establecen coberturas diferentes, es aquí donde se refleja la controversia de la que venimos hablando entre ambas normativas, entre el Programa Médico Obligatorio y la ley 26.914.

Además, en el caso judicial planteado, observamos que como remedio judicial ante el conflicto de intereses que se plantearon se recurrió a la judicialización del derecho a la salud a través de la interposición de acción de amparo.

¹⁷ “Arener, Nadia B Contra Osde Sobre Amparo Ley 16986” - Expte. N° Fpa 12958/2018 - Juzgado Federal De Paraná 2 - 12 De Julio De 2018.

Lo mismo ocurre en el caso judicial “ P. A. A. c/ OSPACA Staff Medico S. A. s/ acción de amparo – 2017¹⁸”, donde la actora, persona que padece de diabetes tipo 2, solicita la cobertura del 100% de tratamiento y medicamento prescripto Zomarist Met 50/100 vidagliptin / metformina como afiliada a su obra social, fundando su derecho en la nueva ley de diabetes y en la prescripción médica requerida.

Aquí el agente de salud plantea que la medicación no se encuentra comprendido en el Plan Obligatorio, régimen que si le resulta obligatorio cumplimentar.

Nuevamente en el fallo planteado nos encontramos frente a la discrepancia existente entre la cobertura de prestaciones establecidas en el Programa Médico Obligatorio con las prestaciones establecidas en la ley 26.914 de diabetes.

Como se puede visualizar aquí también se recurre a la judicialización del derecho a la salud, llevando a conocimiento del Tribunal interviniente este conflicto de intereses que se presenta entre las partes a causa de la desigualdad de las normativas nombradas en anterioridad.

4.3 El poder judicial y el derecho a la salud

Según nos dice Florio (2014) citando a Tobar, Federico la definición de la inclusión de una determinada tecnología dentro de la cobertura pública, social o privada es una decisión diferida por parte de la autoridad sanitaria. Y cuando los ministros de salud no toman la decisión, alguien la toma por ellos. En general, quienes lo hacen son los Jueces que establecen dictámenes obligando la cobertura de determinada prestación (pág. 20)

Teniendo en cuenta la autora anteriormente citada queremos decir que en los últimos años la judicialización del derecho a la salud ha adquirido un gran protagonismo, donde los ciudadanos y actores sociales comenzaron a utilizar como alternativa a la resolución de sus conflictos de intereses en materia de salud la vía judicial.

Según nos explican Aizenberg , Marisa; Díaz, Ana Inés (s.f), el sistema y modelo de salud argentino, el cual se encuentra desarticulado y con falta de coordinación da lugar a una sociedad litigiosa, la cual recurre a la vía judicial a fin de proteger sus derechos a la salud e intereses.

¹⁸ P. A. A. C/ Ospaca Staff Medico S. A. S/ Acción De Amparo - 28-Abr-2017 - Tribunal: Cámara De Apelaciones En Lo Civil, Comercial, Minas, De Paz Y Tributaria De Mendoza

En Argentina, este fenómeno de poner en conocimiento del Poder Judicial los conflictos de intereses suscitados entre los actores sociales tomó impulso a través de la reforma de 1994, que incorporó declaraciones y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, integrando a nuestro ordenamiento jurídico normas de derechos sociales, económicos y culturales, entre los que se encuentra el derecho a la salud.

Como nos indica Florio (2014) citando a Bürgin Drago (2013) de los tres poderes, el Judicial es el único que no puede postergar sus decisiones. El Congreso puede seguir sin discutir la “ley marco de salud” y continuar reglamentando coberturas frente a diferentes patologías cediendo a los reclamos de grupos de pacientes sin medir el impacto económico que deberán soportar los financiadores de salud. El Ejecutivo puede continuar sin asumir responsabilidades respecto a cómo producir salud. Recordemos que el PMO surge en 1995 como un decreto presidencial, no ha sufrido modificaciones sistemáticas y el mecanismo de revisión han sido los tribunales. Pero cuando un caso llega a la Corte, el Juez debe tomar una decisión. En otras palabras, de los tres poderes del Estado, el Judicial adquiere mayor protagonismo en las decisiones sanitarias porque tiene menor capacidad que el poder Ejecutivo y Legislativo para emplear la estrategia del avestruz ocultando la cabeza bajo tierra frente a las disyuntivas sanitarias.

En la actualidad, es dable recordar que la judicialización del derecho a la salud mantiene un gran reto, porque prácticamente muchos de los conflictos de salud e intereses contrapuestos en la materia se terminan resolviendo a través del acceso a la justicia. Es decir, las reclamaciones de cobertura en las prestaciones de salud se apoyan en su gran mayoría en el derecho constitucional, respaldado por leyes o decretos.

4.4 El Amparo como protección del derecho a la salud y como mecanismo de solución de conflictos

“El amparo en Argentina si bien tuvo su origen en la jurisprudencia y legislación, con la reforma constitucional de 1994 se ha incorporado a la Constitución Nacional en el artículo 43” (Maraniello, ene./jun. 2011, pág. parr. 1).

Según nos explican Carnota & Marianello (2008) en la primera parte de nuestra Constitución Nacional Argentina nos encontramos con las declaraciones, derechos y garantías. Ellos consideran a las garantías, valga la redundancia, como herramientas para la protección

de los anteriores (derechos); según estos autores sin las garantías estos derechos no podrían ser cumplidos porque no contarían con una herramienta de protección ante los tribunales.

Para Bidart Campos (1961), citado por Maraniello (s.f), el amparo es “la pretensión formal que se interpone contra el Estado (o cualquier particular) para que por sus órganos jurisdiccionales se depare tutela a una pretensión material, mediante vía sumaria y expeditiva”

Empero, de las múltiples posibilidades que existen en este momento para reclamar y efectivizar el derecho a la salud, el que más ha sido utilizado para la resolución de conflictos de intereses según la materia en cuestión, es la acción de amparo.

Siguiendo a Sánchez Almeida (s.f), en la actualidad en conflictos devenidos de reclamos realizado por miembros de la sociedad cuando se encuentra en juego la salud y la vida de las personas, el proceso judicial más utilizado para obtener respuesta rápida y efectiva por parte del órgano jurisdiccional es la Acción de Amparo.(pág. 2)

El amparo se introduce en nuestra carta magna a través de ley 16.986, donde en su artículo 1 claramente establece “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 reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus”.(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 318)¹⁹

El artículo 43 primer párrafo de la Constitución Nacional establece “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”(Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 19)²⁰

¹⁹ Ley 16.986 – Ley de amparo – sancionada el 18 de octubre de 1966. Artículo 1 – Zavalía 2010 – Página 318.

²⁰ Artículo 43 Constitución de la Nación Argentina – Primer Párrafo – Zavalía 2010- página 19

Ante la existencia de un conflicto de intereses el paciente puede interponer Acción expedita y rápida de Amparo debiendo cumplimentar tres extremos, al momento de requerir medida cautelar previa:

1. Verosimilitud del derecho: Según Sánchez Almeida, se hace referencia al derecho invocado por el peticionante, como fundamento de su pretensión. No se requiere certeza, sino la apariencia de ese derecho.
2. Peligro en la demora
3. Contracautela

El Artículo 2, inc. e) de la ley 16.986 regula lo concerniente al plazo de caducidad para promover la acción de amparo. Así dicho precepto legal, determina la admisibilidad de aquel cause de tutela constitucional cuando la demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse (Buteler, 2006, pág. 456 y ss.).

El artículo 12 de ley 16.986 (Constitución de la Nación Argentina, 2010, pág. 320) – Ley de Amparo prescribe: “La sentencia que admita la acción deberá contener:

- a) La mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo;
- b) La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución;
- c) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto.”²²

Ante lo visto, podemos decir que ante la existencia de un conflicto de intereses y para la protección del derecho a la salud puede ser interpuesta una acción expedita y rápida, que funciona como garantía constitucional como lo es la acción de amparo.

4.5 Conclusiones Parciales

Desde la reforma del año 1994, año de reforma de nuestra Constitución Nacional, la acción de amparo se ha visto incrementada debido a que la tutela de derechos queda garantizada

²¹ Artículo 2 inc. E) Ley 16.986 Artículo 2º — La acción de amparo no será admisible cuando: e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

²² Artículo 12 Ley 16.986 - Zavalía 2010 – Página 320

a través de dicha garantía, emergente propio de la Constitución, tratados internacionales y leyes.

En el presente capítulo visualizamos las diferencias en prestaciones que determinan tanto el PMO, como la ley nacional de diabetes 26.914, donde una ofrece una prestación de cobertura del 100% en insulinas y el 70% en el resto de medicamentos y la otra normativa ofrece una cobertura del 100% en los insumos, medicamentos y demás necesarios para el efectivo control de la enfermedad, pudiendo esto llevarnos a un conflicto de intereses.

Cuando hablamos de dicho conflicto lo hacemos en referencia a que el mismo PMO establece que el mismo debe ser cumplimentado por obras sociales y empresas de medicina prepaga, pero en la vereda de enfrente nos encontramos con una ley de orden público y nacional que amplía la cobertura de las prestaciones para los pacientes que padecen de diabetes, es aquí donde y la misma jurisprudencia lo ha evidenciado se suscita el conflicto de intereses, en donde cada actor social tiene una postura y dará cumplimiento a lo que según entienda que le corresponde, llevando todo esto es muchas situaciones a que sean los jueces quienes determinen como deben otorgarse esas prestaciones.

Además, más allá de otras posibilidades que existen para reclamar ante la existencia un conflicto de intereses y la protección de derecho a la salud, uno de los mecanismos más utilizados es la acción de amparo. Podemos concluir que hasta el momento la judicialización ha sido utilizada como una válvula de escape protectora del derecho a la salud.

A través del presente capítulo podemos observar que, ante la presencia de un conflicto de intereses, puede que se produzca la judicialización del derecho a la salud, determinando una resolución de dicho conflicto a través de la interposición de la acción de amparo como garantía constitucional.

5 Conclusiones Finales

Si partimos desde que el derecho a la salud comprendido dentro de los derechos humanos, que son universales, el Estado se encuentra obligado a garantizarlo y dicha obligación surge desde prestar servicios a los individuos de salud directamente o controlando la forma en que las obras sociales o entes de medicina prepaga brindan cobertura en prestaciones a sus afiliados.

Desde la normativa se puede decir que a partir de la reforma de 1994 se obtiene la constitucionalicen del derecho a la salud, como así también la intención de reglamentar el sistema de salud, con vista en los compromisos de carácter internacional que han sido asumidos por parte del Estado a través de la suscripción a los tratados y pactos abordados en el capítulo número 1.

El PMO abarca a los agentes del seguro de salud que enumera el art. 1 Ley 23.660. La Ley 26.682 incorpora a las entidades de medicina prepaga bajo la órbita de la Superintendencia de Servicios de Salud. Dicho Programa establece una cobertura de prestaciones para aquel paciente que padece de diabetes del 100% en insulinas y un 70% en el resto de medicamentos e insumos necesarios para la patología.

A su vez la nueva ley 26.914 determina una cobertura del 100% en los insumos requeridos para dicha patología, determinándose que dicha prestación se otorgará con la sola prescripción médica. Ante esto nos encontramos con un conflicto de intereses que como lo ha demostrado la jurisprudencia se produce a través de las diferentes coberturas que establecen están normativas; en donde el agente de seguros se encuentra comprendido dentro del PMO, obligado a cumplir con lo allí establecido, y por otro lado encontramos al paciente con diabetes que puede verse afectado por las prestaciones que recibe, las cuales no son acordes a lo establecido en la ley 26.914.

Dicho lo anterior es que en muchas situaciones se produce la judicialización del derecho a la salud, en donde este conflicto de intereses llega a conocimiento del Poder Judicial, en donde se produce la resolución del mismo a través de la sentencia dictada por el magistrado, la cual se ajusta debidamente a la realidad de la causa.

Además, concluimos en que el mecanismo que suele utilizarse como método de este conflicto de intereses que se presenta es la acción de amparo, determinando al proceso judicial

como la última ratio. Con la intervención del poder judicial se asegura el acceso a ciertas prestaciones que sirve para restaurar ciertos derechos que pueden verse vulnerados o insatisfechos.

Antes de finalizar se dirá que se ha cumplido el objetivo general planteado en el momento de diseñar esta investigación, es decir se ha examinado la existencia de diferencias y discrepancias entre las prestaciones establecidas en el Programa Médico Obligatorio y la ley de diabetes. Como así también se ha dado cumplimiento a los objetivos específicos examinando que es la salud tanto como concepto como derecho, su protección a través de diferentes instrumentos nacionales como internacionales, pudimos determinar las prestaciones que establece cada normativa planteada, llegando a la conclusión que estas discrepancias entre ambas pueden dar lugar a un conflicto de intereses, donde en determinadas situaciones es el poder judicial quien a través de la acción de amparo interviene dando una resolución al mismo.

6 Bibliografía

6.1 Legislativa

Constitución de la Nación Argentina, [. (2010). [*Const.*]. Buenos Aires: Zavalia.

Constitucion de la Provincia de Córdoba. (s.f.). Córdoba: Espartaco Cordoba.

Decreto 1271/98

Ley 23.660 – Nueva Ley de Obras Sociales. (s.f.).

Ley 23.753 Modificada por ley 26.914. (s.f.).

Ley 26.682 – Marco Regulatorio Medicina Prepaga. (s.f.).

Ley 26.914 – Ley de Diabetes. (2013).

RESOLUCION 247/96 MS y AS – Programa Médico Obligatorio. (s.f.).

Resolución 301/99

resolución 310/2004

Resolución 1156/14

6.2 Doctrina

Abramovich, V., & Pautassi, L. (septiembre - Diciembre de 2008). El derecho a la salud en los tribunales. *Salud Colectiva*, 269.

Aizenberg, Marisa; Díaz, Ana Inés ;. (s.f). *La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud: hora de innovar.* Infojus.

Almeida Sánchez, S. (s.f). Aspectos fundamentales del proceso de amparo de salud por ante los Tribunales Provinciales y Federales en Córdoba. *Aspectos fundamentales del proceso de amparo de salud por ante los Tribunales Provinciales y Federales en Córdoba.*

Benavente, M. I. (Marzo de 2017). *DELS.* Obtenido de Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-humano-la-salud-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes>

Brondo, H. (05 de Septiembre de 2018). Reestructuración en Salud Preocupa a entidades de Diabetes. *La Voz*, pág. 7. Obtenido de <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/reestructuracion-en-salud-preocupa-entidades-de-diabetes>

Bürgin Drago, M. T. (2013). “*El amparo judicial como instrumento de ampliación del PMO.* Sanatorio Guemes.

Buteler, A. (2006). *El plazo de caducidad del amparo frente a la impugnación de actos administrativos.* (L. Ley, Ed.) Doctrina Judicial.

- Campos, G. B. (1961). *Derecho de amparo*. Buenos Aires: Ediar.
- Canosa, A. (Marzo de 2017). *DELS*. Obtenido de Derecho Constitucional y Salud: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-constitucional-y-salud>
- Canosa, A. N. (Marzo de 2017). *DELS*. Obtenido de Derecho Constitucional y Salud: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-constitucional-y-salud>
- Carnota, & Marianello. (2008). *Derecho constitucional*, . La Ley.
- Chávez, A., Medina Salazar, M., & García González, M. (2014). *Farmacología General*. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES S.A. doi:ISBN: 978-607-15-1052-5
- Clerici, R. A. (s.f). El Derecho a la Salud en la CSJN. *Lecciones y Ensayos*(80), 287. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/34790/31718>
- Conforti, M. C., Scaraville, N., Martinuzzi, S., & Crespo, M. (2005). *El derecho a la Salud y el Incumplimiento de los prestadores*. Curso Anual de Auditoría Médica - Hospital Aleman.
- Diccionario Hispanoamericano de Derecho* (Vol. II). (2008). Bogotá: Grupo Latino Editores Ltda.
- Diccionario Hispanoamericano de Derecho* (Vol. 1). (2008). Bogotá: Grupo Latino Editores Ltda.
- Diccionario Hispanoamericano de Derecho. (2008). *Diccionario Hispanoamericano de Derecho* (Vol. TOMO I). (G. L. Editores, Ed.) Grupo Latino Editores.
- Florio, M. L. (2014). *Judicialización de la Salud*. Curso Anual de Auditoría Médica. Hospital Alemán.
- Gali, R. F. (08 de Noviembre de 2016). *Microjuris*. Obtenido de Acerca de la Ley 26.914 de Diabetes: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/11/08/acerca-de-la-ley-26-914-de-diabetes/>
- Gialluca, J. L. (6 de Noviembre de 2017). *Oficina de la Defensoría del Pueblo de la Nación de Formosa*. Obtenido de COMO LA COBERTURA DE LA DIABETES FORMA PARTE DEL SISTEMA DE PRESTACIONES MEDICAS OBLIGATORIAS (PMO) LAS OBRAS SOCIALES Y EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA DEBEN CUMPLIR CON LA LEY NACIONAL 26.914: <http://2015.defensoriaformosa.gob.ar/como-la-cobertura-de-la-diabetes-forma-parte-del-sistema-de-prestaciones-medicas-obligatorias-pmo-las-obras-sociales-y-empresas-de-medicina-prepaga-deben-cumplir-con-la-ley-nacional-26-914/>
- Gialluca, J. L. (06 de noviembre de 2017). *Oficina de la Defensoría del Pueblo de Mendoza*. Obtenido de COMO LA COBERTURA DE LA DIABETES FORMA PARTE DEL SISTEMA DE PRESTACIONES MEDICAS OBLIGATORIAS (PMO) LAS OBRAS SOCIALES Y EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA DEBEN CUMPLIR CON LA LEY NACIONAL 26.914:

<http://2015.defensoriaformosa.gob.ar/como-la-cobertura-de-la-diabetes-forma-parte-del-sistema-de-prestaciones-medicas-obligatorias-pmo-las-obras-sociales-y-empresas-de-medicina-prepaga-deben-cumplir-con-la-ley-nacional-26-914/>

Jaimarena Brion, G. (Marzo de 2017). *DELS*.

Jaimarena Brion, G. (Marzo de 2017). *Programa Médico Obligatorio - Vision Jurisprudencial*. Obtenido de Ministerio de Salud Presidencia de la Nación: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/152>

Jose Yuni / Claudio Urbano. (2014). *Tecnicas para Investigar*. Brujas.

José Yuni / Claudio Urbano. (2014). *Tecnicas Para Investigar*. Brujas.

Lawrynowicz, Alicia ; Alonso, Valeria;. (2013). El tratamiento de la diabetes mellitus en la normativa sanitaria Argentina. *Rev Argent Salud Pública*, 39.

Ltda., G. L. (Ed.). (2008). *Diccionario Hispanoamericano de Derecho* (2008 ed., Vol. II). Bogotá: Grupo Latino Editores. Recuperado el 29 de mayo de 2019

Maraniello, P. A. (ene./jun. 2011). El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales. *Revista IUS*, 05(27). Obtenido de versión impresa ISSN 1870-2147

Maraniello, P. (s.f). EL AMPARO EN LA ARGENTINA. EVOLUCIÓN, RASGOS Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALE.

Porto Perez Julián ; Gardey Ana;. (2008). *Definición.de*. Recuperado el 28 de mayo de 2019, de <https://definicion.de/salud-publica/>

Scolo, J. (21 de noviembre de 2016). *Administración Salud*. Obtenido de <https://administracionsalud.com.ar/pmo/>

6.3 Jurisprudencia

(Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal 20 de Junio de 2012).

ARENER, NADIA B CONTRA OSDE SOBRE, Expte. N° FPA 12958/2018 (JUZGADO FEDERAL DE PARANÁ 2 12 de julio de 2018).

P. A. A. c/ OSPACA Staff Medico S. A. s/ acción de amparo (ámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza 28 de abril de 2017).

6.4 Organismos

Federación Argentina de Diabetes

OMS. (s.f.). *Organizacion Mundial de la Salud*. Obtenido de https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=28:preguntas-frecuentes&Itemid=142

Superintendencia de Servicios de Salud.

