



**“EL DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ARGENTINO”**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

(P.I.A)

ABOGACÍA

CRISTIAN ANDRÉS IRUSTA

2019

DNI: 32933090

Quiero agradecer especialmente a mis padres, Sandra y Manuel, que me brindaron su apoyo incondicional durante todo este proceso, me dieron todas las herramientas necesarias para poder lograr el objetivo y estuvieron en los momentos de frustración y dificultad, con paciencia encomiable y palabras de aliento para no bajar los brazos, gracias por la posibilidad de comenzar un nuevo camino en esta maravillosa profesión.

RESUMEN

El presente trabajo se propone analizar el derecho a la salud como bien jurídico protegido por el ordenamiento normativo argentino, principalmente por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados con la reforma de 1994 como fuente de mayor jerarquía y contenido del mismo.

Por otro lado se pondrá de manifiesto las normas que tienen como objeto regular a los agentes encargado de brindar las prestaciones concretas de salud y como dichas leyes, en algunas cuestiones relativas al alcance de las coberturas que deben garantizar los mencionados agentes, entran en conflicto con la propia Constitución Nacional, provocando desinteligencias que afectan a los intereses de las personas, titulares de dichas facultades.

Finalmente se expondrá los instrumentos procesales que sirven como medios idóneos en caso de requerir su recomposición ante las vías judiciales y los fundamentos en que se basan de los tribunales competentes respecto a la resolución de las distintas controversias que se generan en torno al derecho a salud.

PALABRAS CLAVE

Salud – Constitución Nacional - Obras Sociales – Amparo - Medida Cautelar

ABSTRACT

This paper intends to analyze the right to health as a legal good protected by the Argentine regulatory system, mainly by the Nation Constitution and international treaties incorporated with the 1994 reform as a source of greater hierarchy and content of the same.

On the other hand, the rules that regulate the agents in charge of providing specific health benefits will be revealed, and how such laws, in some matters related to the scope of the coverage that the aforementioned agents must guarantee, conflict with the National Constitution it self, causing misunderstandings that affect the interests of people, holders of said powers.

Finally, the procedural instruments that serve as suitable means will be exposed in case they require their recomposition before the judicial channels and the grounds on which they are based on the competent courts regarding the resolution of the different controversies that arise regarding the right to health.

KEYWORDS

Health – National Constitution – Social Works – Amparo - Precautionary Measure

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 6 |
| Capítulo I: Definición y fuentes del derecho a la salud..... | 8 |
| 1.1 Introducción..... | 9 |
| 1.2 Definición de la Organización Mundial de la Salud..... | 9 |
| 1.3 Análisis doctrinario..... | 10 |
| 1.4 Naturaleza jurídica y caracteres..... | 11 |
| 1.5 Fuentes Constitucionales..... | 12 |
| 1.6 Tratados Internacionales incorporados con la reforma de 1994..... | 13 |
| 1.7 Instrumentos Internacionales de interpretación..... | 16 |
| 1.8 Conclusiones..... | 18 |
| Capítulo II: Organización del sistema de salud en la Argentina..... | 19 |
| 2.1 Introducción..... | 20 |
| 2.2 Sistema Nacional de seguro de salud..... | 20 |
| 2.3 Subsistema social: Obras sociales..... | 24 |
| 2.4 Subsistema privado: Empresas de medicina prepaga..... | 25 |
| 2.5 Subsistema Público..... | 27 |
| 2.6 Derecho de los pacientes..... | 27 |
| 2.7 Jurisprudencia..... | 31 |
| 2.8 Conclusiones..... | 34 |
| Capítulo III: Instrumentos procesales para el restablecimiento de la salud..... | 35 |
| 3.1 Introducción..... | 36 |
| 3.2 Acción de amparo..... | 36 |
| 3.3 Requisitos y condiciones para su procedencia..... | 37 |
| 3.4 Antecedentes legislativos..... | 39 |

| | |
|---|----|
| 3.5 Tutela efectiva del derecho a la salud..... | 41 |
| 3.6 Jurisprudencia..... | 44 |
| 3.7 Conclusiones..... | 47 |
| | |
| Conclusiones finales..... | 48 |
| Bibliografía..... | 50 |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone describir y analizar las normas que regulan el derecho a la salud en el sistema jurídico Nacional, este derecho desarrolla su máxima expresión y contenido luego de la reforma Constitucional de 1994 donde queda consagrado de manera explícita e inequívoca, a partir de la incorporación del artículo 75 inc. 22 que recepta instrumentos internacionales de Derechos Humanos que se refieren a la protección de la salud, y a su vez se les otorga jerarquía Constitucional, pasando así a formar parte integrante de la misma y adquirir gran fuerza vinculante.

No basta solo este reconocimiento, sino que es necesario que el derecho interno se organice para la consecución de este fin Constitucional, para que este derecho se plasme en la realidad y sea asequible para quienes lo requieran, es así que se crea el Sistema Nacional de Seguro de Salud (ley 23661) que entre sus objetivos tiene la responsabilidad de regular y emitir las directivas para los diversos subsectores de salud con el fin de brindar prestaciones integrales e igualitarias a toda la población, en consonancia con lo preceptuado por la Carta Magna.

Pero lo cierto es que habitualmente se encuentran innumerables demandas que tienen por objeto el reconocimiento de prestaciones de salud determinadas que tienen como contrapartida el rechazo por parte de algunos de los agentes del sistema de salud so pretexto de que no se encuentran obligados porque hay normas que limitan sus obligaciones a determinadas coberturas, de manera que se da un conflicto normativo, o al menos una desinteligencia que tiene como consecuencia que cuestiones tan sensibles deban ser llevadas a litigios.

Puede señalarse que desde la propia Constitución Nación el derecho a la salud se encuentra resguardado de manera completa y con el más alto nivel posible de medios para su recomposición, es decir antes cualquier eventualidad que pueda sufrir la persona humana, y aun así por la discrepancia e incongruencia entre las normativas mencionadas, a la hora de ser necesarias determinadas prestaciones, estas no son garantizadas por sus obligados. Esto nos lleva a preguntarnos, ¿cual es el derecho que debe prevalecer, el de las personas que reclaman la integralidad de prestaciones para su salud, o el derecho que se les asigna los prestadores mediante ciertas leyes internas y que limitan sus obligaciones ?.

Por lo tanto el objetivo es determinar efectivamente que derecho debe imponerse cuando del resguardo de la salud se trata, si correspondes a los agentes del sistema de salud cubrir con todas las prestaciones que les son requeridas por los pacientes, que encuentran fundamento en la Constitucional Nacional o por el contrario si son válidos los argumentos de dichos agentes, en cuanto a que las prestaciones a las que se encuentran obligados están determinadas por las leyes que los regulan, esto aun a sabiendas de que este incumplimiento o negativa a brindar los servicios necesarios pueda llegar a poner en peligro la vida misma de la persona.

Se plantea como objetivos específicos determinar la postura de los tribunales cuando llegan su conocimiento las causas concretas, en el sentido de conocer los argumentos vertidos y su justificación, como así también es objetivo específico destacar las herramientas procesales idóneas que garantizan el acceso a las prestaciones de salud en caso de su negativa.

Para lograr el objetivo planteado se examinara a los largo de tres capítulos diferentes cuestiones, a saber, en el primer capítulo todo lo referido a la normativa nacional e internacional que se expresa sobre el derecho a la salud y sus características propias, a continuación en el segundo capítulo se analizará los denominados subsistemas de salud que conviven en nuestro país y se encargan de brindar las prestaciones de salud, sus particularidades y las leyes que los rigen y finalmente en el último capítulo se estudiará los medios procesales disponibles que puedan invocar las personas que sientan lesionado su derecho, como así también su efectividad y los requisitos que se deben reunir en los casos concreto para que se haga lugar a su interposición.

La temática del trabajo tiene relevancia desde el punto de vista jurídico para todos los estudiosos del derecho ya que trata de agrupar y sistematizar leyes que se encuentra dispersa en nuestro ordenamiento normativo, como así también determinar su contenido, que puede resultar difícil de interpretar si se estudian de manera aislada, además de ser un campo del derecho que no se dicta en las universidades y aun no tiene la trascendencia que merece por la implicancia que tiene para la vida de las personas . Por otro lado también es importante para todos aquellos individuos que se encuentran en la desafortunada situación de requerir prestaciones médicas y desconocen sus derechos, este trabajo puede ser útil para ellos, en la medida de una aproximación o idea de lo que la ley les brinda y pone a su disposición.

Se puede advertir a priori y a modo de hipótesis que de cara a una nueva corriente garantista que reconocen cada vez más derechos y con mayores alcances, el derecho a la salud se encuentra resguardado de manera total, sin vacilaciones ni excepciones, por ser un derecho fundamental e inherente a la condición humana, que debe primar sobre cualquier otro interés que se contraponga con él. Es decir que en principio el derecho a la salud prevalecerá por sobre los restantes derechos que en algún sentido lo limitan o tratan de excluirlo y puntualmente sobre las normas que regulan a los agentes del sistema de salud de nuestro país, que no serán de aplicación, ya que normas de jerarquía superior se contraponen a sus preceptos.

Capítulo I: Definición y fuentes del derecho a la salud.

1.1 Introducción.

Este primer capítulo se centra en las normas que en su conjunto regulan el derecho a la salud, también se pondrá de manifiesto otros instrumentos que no contienen normas expresas con respecto al derecho en estudio, pero si, de alguna manera exaltan y ponen en valor las normas que expresamente lo definen y contienen. Se analiza brevemente su evolución con el paso del tiempo para llegar a la fisonomía que tienen en la actualidad.

Puntualmente se distingue todo el articulado que contiene la propia Constitución Nacional y otros instrumentos internacionales que sirven de sustento para la valorar y jerarquizar del derecho en cuestión, de manera que no queden dudas acerca de cuál es el contenido del mismo, así también se describen los caracteres de este potestad y se deja para más adelante lo regulado por el derecho interno que se focaliza más en la organización del sistema de la salud que en detallar su sentido y alcance.

1.2 Definición de la Organización Mundial de la Salud.

Antes que nada se debe definir el concepto de salud el cual sirve de base en torno al cual se desarrolla el presente trabajo, una de las definiciones más acertadas y más respetadas la proporciona la Organización Mundial de la Salud, que es el organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas encargado de gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial, que en su propia Constitución dice: “La salud es un estado de completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 2014, p. 1).

La definición habla de un estado completo de bienestar y no se refiere únicamente al aspecto físico sino que va mucho más allá, pero en este trabajo se delimitará el campo de estudio al aspecto netamente físico y mental de la salud, las contingencias y enfermedades que puedan afectarla y las normas que velan por lograr este nivel cuando la misma se ve vulnerada.

“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” (OMS, 2014, p. 1).

También se destaca que este derecho no discrimina en cuanto al sujeto pasivo del mismo, que es toda persona sin ningún tipo de distinción de ninguna índole, pues se lo describe como un derecho fundamental inherente a la condición humana, y precisamente por esta última característica es que la definición también habla del grado máximo de salud que se pueda lograr, como prerrogativa de la cual las personas gozan y por el cual se deben arbitrar todos los medios para la recomposición de la misma.

Se puede advertir por las características propias del derecho en cuestión, dos aspectos o modos orientados a lograr o garantizar el goce de la salud, que conviven entre sí y que están interrelacionados y encaminados al mismo fin, uno preventivo que es previo a las manifestación de las enfermedades, y otro referido a la recomposición, cuando esta ya está materializada, ambos aspectos deben ser de igual

importancia, pero siempre será conveniente el aspecto netamente preventivo porque evita el desencadenamiento de mayores atenciones y mayores costos para los garantes de este derecho, además del beneficio que representa para mejorar la calidad de vida de las personas.

1.3 Análisis doctrinario.

Más allá de la definición del apartado anterior, que nos marca una idea acabada del alcance del concepto de salud es importante tener en cuenta otras posturas a nivel de doctrina nacional, vertidas desde la el punto de vista jurídico, aunque no ceñidas estrictamente a una definición al respecto, pero si arrojando luz y nuevas ideas o enfoques sobre este derecho.

Es así que al decir de (Gherzi, 2010) se puede afirmar que el derecho a la salud es un derivado del derecho de carácter personalísimo a la vida, se refiere al mismo como una situación o estado que le permite al ser humano estar optimo con su cuerpo, mente y espíritu y el desarrollo de su proyecto de vida individual como social. Así también el autor destaca que es un derecho universal, por corresponderles a todos los hombres, personalísimo y de familia al que los estados se obligan a proteger.

Por otro lado al decir de (Lapalma, 2006)

Si el referido derecho tiene por objeto la defensa de la vida -desde el momento inicial de la misma, con la concepción, y hasta que se verifica la muerte natural- es evidente que todas aquellas acciones u omisiones que representen amenazas o atentados concretos contra la salud de la persona, pueden simultáneamente conspirar contra la vida. En este trabajo hemos intentado perfilar el derecho a la salud como la facultad de toda persona, jurídicamente protegida, de exigir de los demás -erga omnes- las condiciones necesarias para alcanzar el equilibrio, tanto del hombre consigo mismo como del hombre con el medio, que le permita disfrutar de una vida conforme a su dignidad, vida con calidad de vida. (p5.)

De las nociones precedentes se debe destacar que se coloca al hombre, al ser humano como centro de interés, y en especial a su vida misma, haciendo lógica deducción de que el goce de la salud va ser la que le permita desarrollar su proyecto personal, se coloca a la salud como presupuesto de garantía de la vida integra y de pleno desarrollo en todos los aspectos de la persona. De ahí la importancia que tiene y de la necesaria garantía legal que debe resguardarlo como bien jurídico superior, solo a través del disfrute de la salud en todos los aspectos mencionados el hombre puede alcanzar su desarrollo pleno.

También por ser inherente a la condición humana, alcanza a todas las personas, es un derecho universal que no debe discriminar bajo ninguna modalidad, como podría ser lo referente a la nacionalidad, la raza,

porque sin el mismo todos los demás derechos tutelados por cualquier ordenamiento jurídico que se nos ocurra carecerían de vigor y quedarían vacíos de contenido por no tener sujeto que pueda hacer uso o disfrute de los mismos, se puede afirmar entonces que es un derecho natural, que nace con el hombre mismo, en cualquier sistema normativo que regule sus conductas.

Por último no se puede dejar de mencionar dos fallos de la C.S.J.N. que han forjado notable jurisprudencia, a saber Campodónico de Beviaqua, Ana c. Ministerio de Salud-Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas,¹ y Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social².

En estos precedentes se ha consolidado doctrina respecto del derecho a la salud, precisamente en la obligación del Estado Nacional de garantizar el acceso efectivo a la salud, haciendo referencia de tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entre otros para dejar sentado el rango Constitucional de la protección de la salud. Estos tratados vienen a esclarecer y delimitar lo que se entiende y lo que se debe proteger cuando se habla de salud, además son de carácter obligatorio porque el Estado Argentino los ha ratificado y los ha incorporado a su Carta Magna.

1.4 Naturaleza jurídica y caracteres.

Ya se ha adelantado al referirse a la enunciación de algunos doctrinarios nacionales que el derecho a la salud es un derecho personalísimo es decir que su nota tipificante se refiere a un derecho inherente a la persona misma, que no puede desprenderse de él, y que viene dado por su propia naturaleza.

Con respecto a su naturaleza jurídica se ha dicho:

Pero, ya habiendo ubicado el derecho a la salud, incluso tratando de darle una definición que podría tan solo abarcar en sentido genérico muchas de sus implicaciones; podremos progresivamente comprender que este derecho pertenece categóricamente a la familia de derechos subjetivos. Estos derechos, no son más que aquellos que “aseguran al hombre el goce y respeto de todas las potencias o facultades inherentes a su condición humana, protegiendo las distintas proyecciones físicas o psíquicas de la persona natural” (Lloveras de Resk, Bertoldi de Fourcade, & Bergoglio, 1995)

¹ C.S.J.N., fallos 323:3229 Campodónico de Beviaqua, Ana c. Ministerio de Salud-Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 2000.

² C.S.J.N., fallos 323:1339 Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social, 2000.

Queda así esbozado caracteres propios de este derecho, se debe mencionar primero que es en cuanto a su naturaleza jurídica un derecho subjetivo porque confiere una potestad, de disponer o de gozar y a su vez personalísimo porque es inherente a la condición humana.

Entre otras características que se derivan de los enunciados precedentes se desprende que es un derecho erga omnes que tiene a la sociedad toda como sujeto pasivo del mismo, de su deber genérico de abstención, de no dañarla, se destaca también que es inalienable, es decir que no se puede enajenar, es irrenunciable justamente por ser propio a la condición de persona, y extra patrimonial más allá de que para lograr tal fin en algunas ocasiones se requieren prestaciones de contenido patrimonial, pero que no son un fin en sí mismas.

Por otro lado cuando se analizan los caracteres o particularidades de este derecho se debe mencionar que el mismo es multidimensional en el sentido que su satisfacción implica varios estándares como lo son los aspectos físico, mental, medio ambiental entre otros, y no solo un aspecto determinado, sino que en su conjunto logran que la persona tenga pleno desarrollo, a su vez que su contenido no es estático y va mutando con el paso del tiempo, con el avance de nuevas tecnologías e ideas que hacen elevar esos estándares relativos a la salud en lo referente a su calidad, a su alcance, que van conformando nuevos paradigmas en cuanto cuál es su contenido y a su vez su nivel de exigencia.

Se debe hacer mención a que la salud es un derecho “a” y no “de” su contenido en gran medida corresponde a las prestaciones que son necesarias para garantizar su satisfacción, ya sea por parte del estado o de otros agentes encargados de su materialización.

Al igual que otros derechos sociales el derecho a la salud no constituye un derecho a actuar de determinada manera, sino que representa una facultad de reclamar determinadas prestación de parte de quien corresponda, se puede considerar una facultad una potestad que en caso de ser requerida puede ser solicitada y en su caso garantizada si fuere necesario.

1.5 Fuentes Constitucionales.

La fuente normativa del derecho a la salud la encontramos ya en la Constitución Nacional (en adelante C.N.) de 1860. En un principio este derecho no era regulado de manera expresa en artículo alguno sino que la jurisprudencia lo reconocía como un derecho implícito no enumerado y receptado por el artículo 33, que tenía su fundamento en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno y servía como límite para el poder del estado y reconocía a sus habitantes aquellos derecho que no están expresamente enumerados. A su vez tenía como antecedente la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos que sirvió para salvar la omisión de sus constituyentes de no hacer un catálogo con los derechos consagrados de manera expresa.

Posteriormente la reforma constitucional de 1957 incorporó a través del art 14 bis los denominados derechos sociales, pero tampoco fue reconocido el derecho a la salud de manera directa, no es hasta la

reforma de 1994 donde se pone fin a esta situación con la sanción de artículos que se refieren directamente a la protección de la salud de la persona humana y así queda plasmado el marco normativo actual de la protección de la salud en nuestra C.N., de manera implícita el mencionado artículo 33 y el artículo 41 que expresa: “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (...)”³ entendemos que es implícito porque no se refiere directamente a la protección de la salud humana, sino a la del medio ambiente que si el mismo se ve afectado puede repercutir en la salud de las personas de manera negativa, es un derecho que está en cabeza de todos los habitantes, y tiene como correlato la responsabilidad estatal de preservarlo y recomponerlo si es alterado.

Por otro lado se encuentra el artículo 42 que se refiere de manera expresa a la salud, menciona los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, potestades denominadas junto a tantas otras como derechos de tercera generación y comienza refiriéndose a la protección de la salud en la relación de consumo que debe estar siempre presente con relación a los productos que no sean riesgosos, tóxicos o que de alguna manera puedan dañar la salud humana, como así también los servicios que se presten deben serlo en condiciones tales que sean inocuas para la salud de las personas. Si bien tiene un campo de actuación delimitado, representa un avance en la legislación sanitaria, donde el legislador resguarda al usuario de manera preventiva y anticipada por la naturaleza misma de este tipo de contratación en el que una parte, generalmente la que es económicamente más fuerte, redacta de manera unilateral las cláusulas y condiciones del contrato, quedando para el usuario solamente poder aceptar o no, de manera que con la ley de defensa del consumidor y la nueva regulación del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.) se pone fin o al menos se limita el deterioro de los derechos de los usuarios.

1.6 Tratados Internacionales incorporados con la reforma de 1994.

La regulación del derecho a la salud de carácter más completo y preciso nos la aportan los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados en el artículo 75 inc. 22 a través de la reforma constitucional de 1994, es la fuente más explícita en lo referente al derecho a la salud, los múltiples tratados internacionales coinciden en tutelar sin restricciones ni limitaciones a este derecho, dicho esto a continuación se detalla cada uno de ellos y los pasajes referentes al derecho en cuestión.

Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.⁴

Artículo 25. 1.: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos

³ Artículo 41, Constitución Nacional.

⁴ Artículo 3, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2.: La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.⁵

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 12. 1.: Los Estados parte 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 mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b. el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c. la prevención y el tratamiento de las enfermedades 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.⁶

Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica:

Artículo 5: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”⁷.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Artículo 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”⁸.

Artículo 11: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservado por medidas sanitaria y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”⁹.

Convención sobre los Derechos del Niño:

Art 24. 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

⁵ Artículo 25, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁶ Artículo 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁷ Artículo 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica.

⁸ Artículo 1, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁹ Artículo 11, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

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 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 la contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal 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.¹⁰

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 11. 1.: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, 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 (...).¹¹

Como se puede inferir de los artículos traídos a colación, se destaca el interés por proteger la salud de las personas, conjuntamente con otros tantos intereses jurídicos fundamentales para el hombre, básicos para

¹⁰ Artículo 24, Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹ Artículo 11, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

su desarrollo y subsistencia, se hace hincapié en la protección de la salud de los grupos vulnerables, especialmente de los niños y de las mujeres, como así también de la protección de la salud en ámbitos determinados, que son más propensos a vincularse con el deterioro de la salud, como son ciertos establecimientos laborales, que por sus características pueden ser nocivos para la salud, ya sea por diferentes factores como la exposición a determinados agentes, o por el tipo de esfuerzos a realizar que podrían provocar el deterioro físico, si es que se adecuan las medidas para preservar el bienestar de los trabajadores implicados.

Se destaca que los estados deben comprometerse a mejorar la calidad de las prestaciones y prevenir todo tipo de circunstancia que cree condiciones propensas para el daño a la salud, como así también progresar y mejorar con relación a satisfacción de las necesidades sanitarias, es decir ir ampliando la cobertura y los medios materiales para tal fin, en la medida de los recursos con que cuentan.

1.7 Instrumentos Internacionales de interpretación.

Si bien no son instrumentos que se refieren o regulan el derecho a la salud de manera expresa, ya sea protegiéndolo o tutelándolo en todas las formas en que puede ser menoscabado, son pautas que mencionan o se refieren a los instrumentos que si lo regulan, con el objeto de interpretarlos como así también remarcar circunstancias particulares de este derecho que requieren de mayor claridad. Los mismos son de gran importancia porque no hacen más que acentuar el carácter transcendental y el tamiz humanístico que impera en la regulación actual y que se ve plasmado en sus enunciados.

Se debe mencionar en primer lugar a un instrumento internacional de gran importancia como es la Observación General n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que se refiere e interpreta el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual se mencionó, proporciona una de las definiciones más completas y amplias en lo que a esta materia respecta. Esta hermenéutica oficial entiende que la salud es un derecho humano fundamental, porque solo a partir de su resguardo se le da sentido a la tutela de todos los demás derechos que se le reconocen al hombre, según surge del mismo debe entenderse que el goce del más alto nivel posible de salud se refiere a la disponibilidad de medios adecuados y a toda una gama de facilidades de bienes y servicios para alcanzar ese nivel de salud.

Pero a su vez esta interpretación tiene en cuenta las condiciones biológicas, socioeconómicas de las personas, como así también los recursos con los que cuenta el estado parte, de manera que el estado no puede garantizar una buena salud ni brindar protección contra todas las posibles causas de mala salud como sería por ejemplo la adopción de estilos de vida insano, factores genéticos, pero si, como mencionamos, debe arbitrar los medios necesarios para lograr ese objetivo.

Por otro parte en virtud del artículo 2, párrafo 2 y artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, este instrumento de interpretación bajo el título de: temas especiales de

alcance general, pone el acento en que el acceso a la salud está prohibido todo tipo de discriminación de cualquier índole como por ejemplo raza, idioma, posición económica.

Si bien el pacto establece la progresividad de los derechos reconocidos, porque acepta las limitaciones de recursos de algunos de los estados partes para poder cumplir con los compromisos internacionales asumidos, impone otras obligaciones que deben cumplimentarse de manera inmediata como es la mencionada cuestión de la no discriminación en el acceso a las prestaciones de salud.

La Observación General n°14 también menciona conductas típicas en la que incurren los estados partes para no hacer frente a los compromisos asumidos convencionalmente y que las modalidades pueden ser tanto del tipo de comisión como por omisión, y afirma categóricamente que: “un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12(...)”, igualmente señala que los Estados Partes deben disponer de medios procesales adecuados para que toda persona o grupo de personas pueda lograr el restablecimiento del derecho vulnerado ya sea en forma de recomposición, indemnización o satisfacción y que las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidor y defensores del pueblo deben velar por tal fin, como así también señala la conveniencia de la incorporación al derecho interno de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la salud, de manera que los jueces puedan referirse directamente a ellos para la resolución de los casos, además de exhortar a que los mismos como también a los jurisconsultos a que en el desempeño de sus funciones presten mayor atención a la violación del derecho a la salud.

En consonancia con el instrumento citado precedentemente y para seguir acentuando la importancia de las fuentes constitucionales, especialmente la del artículo 75 inc. 22 se debe destacar otro instrumento internacional como la Convención de Viena aprobada por la ley 19865 sobre el derecho de los tratados, que nos traen directivas para determinar la forma de aplicación de los tratados internacionales en especial su artículo 27 que establece: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”¹² así deja en claro que las convenciones válidamente celebradas por los estados parte deben prevalecer sobre el derecho interno, determinando la jerarquía normativa de ambas y la forma en que deberán resolverse los conflictos de interés de normas de distintas jerarquías.

La aplicación de la Convención de Viena queda reflejada en el conocido y recordado caso *ekmekdjian c/sofovich* en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante C.S.J.N.) dejó sentado un precedente con respecto a la supremacía del derecho internacional al que argentina suscribe por sobre la ley interna y se pronuncia:

“(...) la convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado

¹² Artículo 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

internacional, constitucionalmente valido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.”¹³

Para finalizar con el análisis de estos instrumentos íntimamente relacionados con las fuentes del derecho a la salud es muy importante destacar el Código Civil y Comercial de la Nación, que en su articulado contiene pautas interpretativas que van de la mano con los instrumentos de derecho internacional previamente citados, especialmente en su artículo 2 cuando se refiere a que las normas que el contiene deben ser interpretadas teniendo en cuenta entre otras cosas los instrumentos internacionales de derechos humanos y el artículo 1 dice que los casos que regula deben ser resueltos conforme con la Constitución y los instrumentos internacionales de los que la nación sea parte.

1.8 Conclusiones.

Como se desprende del análisis hasta aquí realizado el derecho a la salud es un derecho humano personalísimo inherente a la condición humana que con el paso del tiempo fue evolucionando para lograr su fisonomía actual llegando a un reconocimiento pleno, integral y sin condicionantes, así debe ser si concebimos que todos los derechos que se estructuran para la realización y dignidad de la persona humana tienen como condición lógica la vida misma, la salud es un pilar fundamental para garantizar la misma y para que todo el resto de la construcción jurídica tenga sentido.

Además este reconocimiento jurídico en la C.N. pasa a tener mayor jerarquía que las leyes internas, porque así surge de su articulado, puntualmente del artículo 75 inc. 22, por lo que ninguna ley interna puede contradecirlo, o al menos hacerlo con pretensión de que sea reconocida su validez o superioridad.

Después se reconoce que hay un sin número de leyes aisladas que se refieren a casos específicos de tutela de la salud, protegiendo algún grupo determinado en particular, o diferentes patologías, pero todo lo hasta aquí mencionado y expuesto se refiere exclusivamente a la protección de la salud humana, al derecho en general a su pleno goce y sobre todo a su recomposición por todos los medios disponibles cuando la misma se ve afectada, surge así un derecho insoslayable que los estados deben garantizar y adecuar su normativa interna y organización a tal fin.

¹³ C.S.J.N, fallos 315:1492 Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros, 1992

Capítulo II: Organización del sistema de salud en la Argentina.

2.1 Introducción.

En el presente capítulo se analiza la forma en que se estructura el sistema de salud interno argentino, la organización que tiene para cubrir con las necesidades prestacionales de la población, y se diferencia entre el sector público y el privado, haciendo especial análisis en este último por su mayor complejidad, ya que las prestaciones que deben brindar en principio tiene como causa fuente un contrato entre las partes que les permite exigir lo pactado, que a su vez deben adecuarse a las normas de máxima jerarquía garantes del derecho a la salud para así ser congruentes con ellas, más allá de la libertad contractual que en principio les asiste a las partes.

Se busca relacionar las diferentes fuentes normativas a fin de poder constatar si las mismas son armónicas o si por el contrario presentan falencias o lagunas legales, con el fin de saber si las personas tienen garantizado en el ámbito normativo nacional interno, la tutela correcta del derecho en estudio.

Para esto se detallan los subsistemas de salud que coexisten y sus diferentes características propias, como así también se pondrá de manifiesto a quienes alcanza o comprende cada uno de ellos.

Finalmente se analiza los derechos de los pacientes en ocasión de requerir las prestaciones en el caso concreto, que tienen como alguna de sus premisas el respeto por la persona, su dignidad y el resguardo de toda la información referente a su condición.

2.2 Sistema Nacional de seguro de salud.

Antes de referirnos a los sectores que participan y se desenvuelven en el ámbito de la salud resulta necesario referirnos a la ley 23661 “Sistema Nacional de Seguro de Salud” porque lo que ella reglamenta, incumbe a todos los subsectores, recordemos que el sistema de salud se estructura en tres subsectores: subsector público, el subsector social y el subsector privado, de manera que solo a partir del análisis de esta ley podremos comprender que el sistema funciona como un todo, con un norte bien claro plasmado en su articulado.

Artículo 1: Créase el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El seguro se organizará dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna.¹⁴

¹⁴ Artículo 1, Ley 23661, Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Se destaca en este artículo cuestiones que reflejan postulados Constitucionales como son los conceptos de plenitud, integralidad y no discriminación en lo atiente a la protección de la salud, como así también que el Estado mismo va a ser el responsable de la conducción de los diferentes agentes que participan en el sistema de salud, porque el fin último es justamente que las directivas encaminadas a garantizar este derecho seas regulares de manera uniforme y no de manera arbitraria o aislada, porque es el Estado es el que debe hacer cumplir sus fines plasmados en la Constitución, y es razonable que sea el mismo, el que organice y encamine las directivas a dar cumplimiento de sus postulados, dejando solo discrecionalidad para cuestiones que no vayan en detrimento de los caracteres fundamentales de la protección de la salud, de otra manera cada prestador de servicios médicos podría hacerlo según sus propias convicciones e intereses, lo que no resulta adecuado ni justo por el interés público que el tema tiene para la sociedad a la que le importa que se respete sus derechos.

Artículo 2: 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 y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva.¹⁵

Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la presente ley, su reglamentación y la ley de Obras Sociales, en lo pertinente.

Artículo 3: El seguro adecuará sus acciones a las políticas que se dicten e instrumenten a través del Ministerio de Salud y Acción Social.

Dichas políticas estarán encaminadas a articular y coordinar los servicios de salud de las obras sociales, de los establecimientos públicos y de los prestadores privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país. Se orientarán también a asegurar adecuado control y fiscalización por parte de la comunidad y afianzar los lazos y mecanismos de solidaridad nacional que dan fundamento al desarrollo de un seguro de salud.¹⁶

¹⁵ Artículo 2, Ley 23661, Sistema Nacional del Seguro de Salud.

¹⁶ Artículo 3, Ley 23661, Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Se desprende de los citados artículos de la ley del sistema nacional de seguro salud que tiene como objetivo central la construcción de un sistema solidario en que de todos los sectores de la salud garanticen prestaciones igualitarias e integrales, de manera que no haya diferencias en cuanto a nivel o calidades de las mismas, sin distinciones de ningún tipo a pesar del sub sistema que le provea dichas prestaciones.

A los prestadores se les reconoce la calidad de agentes del seguro de salud, como es obvio a las obras sociales, pero así también se equiparan a estas otras entidades que adhieran a dicho sistema y tengan como fin las prestaciones en materia de salud y todas en conjunto se regirán por esta ley, se destaca así el valor salud, dejando en claro que cualquier organización que brinde dichas prestaciones no podrá hacer deliberadamente. De manera que es objetivo de la ley que cualquier entidad que preste servicios de salud deba adecuarse a parámetros que allí dictamine, porque una cuestión tan importante para la población no puede dejarse a la discrecionalidad de una organización particular, donde pueda establecer e imponer libremente cuestiones que vulneren derechos fundamentales.

En base a la solidaridad del sistema si algún beneficiario de alguno de los subsistemas requiere alguna prestación que no se le puede cubrir o proveer, se deberá dar cobertura por otros prestadores de algún otro subsistema, esto es así ya que el fundamento mismo del seguro es garantizar prestaciones equivalentes y poder salvar este tipo de situaciones, que desvirtúen los fines mismos de la ley, un claro ejemplo podría ser que por cuestiones geográficas en determinado lugar una obra social no cuente con los medios necesarios para responder a una contingencia puntual, pero que si los disponga algún establecimiento público que si pueda garantizarlo de manera que aquí entra en juego la solidaridad del sistema.

Se advierte que a priori el articulado guarda congruencia con los postulados Constitucionales y de derechos humanos, tratando de englobar en una dirección a los diferentes actores del sistema de salud, aun sabiendo de las distintas características que cada uno presenta.

A continuación la ley se refiere en sus diversos capítulos a los beneficiarios del sistema, que debe ser la población toda, a la administración de dicho seguro, de los agentes y la financiación para así llegar al capítulo VI que se titula: “De las prestaciones del seguro” y puntualmente haremos mención del siguiente artículo.

Artículo 28: Los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaria de Salud de la nación, las prestaciones deberán otorgarse obligatoriamente, dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran.¹⁷

De su interpretación entendemos que es requerido para los agentes del seguro de salud la elaboración de un catálogo de prestaciones obligatorias de carácter taxativo, que se actualizarán y serán de

¹⁷ Artículo 28, Ley 23661, Sistema Nacional del Seguro de Salud.

conocimiento público, a su vez que serán el mínimo de prestaciones que le son obligatorias a dichos agentes. Aquí encontramos una incongruencia, un problema en la regulación, porque si seguimos la línea que nos plantean las fuentes de derecho a las que hemos venido haciendo alusión, los lineamientos básicos que se repiten en muchos de los instrumentos reseñados se refieren al goce máximo de salud disponible y dicho esto no se ven motivos para establecer un piso obligatorio en la cobertura, porque al ser la salud garantizada de manera completa no es correcto que se establezcan pisos o topes, no se justifica, más aun, después del análisis que más adelante se desarrollará, se podrá advertir que esta situación es la génesis de los diferentes litigios que se dan en torno la responsabilidad de los agentes de salud en cuanto a si son garantes de determinadas prestaciones o no, porque en la práctica esta mala redacción o deficiencia legislativa sirve como argumento, según se demostrará, en diferente fallos para resultar una limitante a la cobertura.

Pensemos en los avances constantes y dinámicos de la ciencia médica que hacen posible la cura o al menos el tratamiento de patologías que antes no lo eran, que si no se encuentran en este programa no serán de obligatorio cumplimiento.

Indagando más en el programa se encuentran tipificados casos donde la cobertura es parcial, como el caso de las prótesis externas, donde no se entiende o se justifica dicha cuestiones, porque hemos dicho que uno de los caracteres que se resalta en los atinente a la cobertura de la salud es su integralidad.

Merece especial mención lo referente a esta situación cuando encuadra dentro de un contrato de consumo, que es el caso entre las empresas de medicina prepaga y un particular, donde la situación es agravada porque como hemos mencionado, la característica propia de este contrato hace que el adherente no pueda negociar o hacer alguna salvedad de algunas de las cláusulas contractuales y es en este tipo de contrato donde el Programa Medico Obligatorio según se refleja en muchos antecedentes jurisprudenciales es esgrimido como defensa por las empresas de medicina prepaga, argumentando que ellas solo se han obligado por lo que la ley exige como obligatorio, por el piso mínimo. Es así como la norma por su imprecisión o contradicción genera un problema de derecho que da lugar a una cadena interminable de controversias, más aun con características propias en cada subsistema de salud. Sin perjuicio de la intencionalidad del legislador que al momento de la redacción del articulado, seguramente trato de esbozar el mismo como un mínimo que no sería esgrimido como un tope, sino por el contrario, un piso a partir del cual todo lo referente a la salud se encontraría cubierto.

Lo cierto es que con este artículo se crea una excusa, una desinteligencia en la garantía de la salud, podríamos decir un resquicio para que los agentes encargados de brindar las prestaciones puedan tener algún tipo de argumento para desobligarse.

Si se siguiera los lineamientos de los derechos a que hemos hecho referencia, contenidos en leyes de mayor jerarquía, este artículo estaría de más, precisamente porque el derecho a la salud es pleno e integral, se deben poner a disposición todos los recursos disponibles, no siendo justificable otro tipo de argumento más que la imposibilidad de tipo material, como sería la falta de recursos, de maquinarias médicas modernas o de profesionales capacitados para la ocasión.

2.3 Subsistema social: Obras sociales.

Son las organizaciones que deben brindar prestaciones de seguridad social a sus afiliados-beneficiarios, las mismas se financian con el aporte que de manera obligatoria a ellas hacen los trabajadores y empleadores, más también las partidas presupuestarias que puedan recibir del fondo solidario de redistribución según lo determina la ley 23661. Los principios que las sustentan son la solidaridad, universalidad e integridad. “El vínculo con las obras sociales por parte de sus afiliados es imperativo, por compulsión de la ley”. (Denk & Cortesi, 2013, p. 24)

Cabe aclarar que en un país federal como el nuestro existen obras sociales provinciales (una por cada provincia) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con su propia legislación, beneficiarios y financiación; y que también son entidades de la seguridad social.

Se debe recordar según enseña (Garay, 1997) que las obras sociales tienen su origen en las prestaciones o ayudas económicas que los sindicatos o asociaciones de alguna actividad otorgaban a los trabajadores con el objetivo de poder hacer frente a los gastos de salud de él o su grupo familiar, como así también en caso de desempleo o alguna contingencia que se podía presentar, contemporáneamente la iglesia católica también forma círculos de obreros católicos que tenían fines similares, para contrarrestar o competir con estas asociaciones que eran en su mayoría fundadas por anarquistas extranjeros, los fondos los obtenían de diversas actividades como rifas, organización de bailes o pequeñas empresas en las que se aventuraban.

Estas ayudas eran de carácter informal y con el paso del tiempo fueron tomando fisonomía y las mismas se fueron estableciendo en leyes formales, es la Unión Ferroviaria la primera en darle cierta formalidad a estas prestaciones ya que en 1919 consigue que las patronales, en su mayoría de origen inglés, efectúen aportes que posteriormente se derivaban a al sindicato, no es hasta la sanción de la ley 18610 que se legalizan los aportes efectuados por los trabajadores y las contribuciones de los empleadores para la conformación y financiación de las obras sociales, que tendrán su destino en las prestaciones de salud y seguridad social para todos sus beneficiarios, como así también esta ley fue causa de los primeros reclamos para que se separara la administración sindical de la obra social.

El 10 de diciembre de 1984, entra en debate el modelo sindical y el marco legal de las obras sociales, se discutió entre el Ministerio de Salud y la central obrera la nueva regulación legal de las obras sociales. Luego de aprobado el régimen legal de los sindicatos por la ley 23551, se destrabó la solución respecto del sistema de salud y en una transacción entre las dos fuerzas políticas de mayor representación en el Congreso, el último día de sesiones de prórroga de 1988, se sancionaron la ley 23660 de obras sociales y la ley 23661 de Seguro de Salud, reconociéndose en esta última que las obras sociales son los agentes naturales del seguro de salud. Actualmente las obras sociales se rigen por la ya nombrada ley 23660 más una abundante legislación complementaria.

Es muy importante destacar el vínculo imperativo que determinaba que un trabajador de determinada actividad debía inevitablemente hacer aportes a la obra social de su actividad, esto se mantuvo por mucho tiempo, lo que por lógica consecuencia hacía que no hubiera una competencia entre las obras sociales mismas y las empresas de medicina prepaga, ya que las mismas se aseguraban sus contribuciones y esto

provocaba la falta de interés o estancamiento para la obtención de nuevos servicios y de mayor calidad, aun si el trabajador entendía que otra obra social tenía mejores prestaciones acordes a sus requerimientos no podía “mudarse” a ella, pero la actual regulación sí lo permite con la limitación de que se puede realizar el cambio una vez por año.

No menos importante es la cuestión que la época en que surgen las obras sociales coexiste con otros factores que influyeron, o impulsaron a su creación tanto en el ámbito nacional como internacional, a saber, se da en el país el auge del estado de bienestar por el cual el mismo debería garantizar derechos y condiciones adecuadas a las personas, a su vez que las mismas las sentían como una obligación estatal y en el plano internacional se establecía la Constitución de la Organización Mundial de la Salud y con ella las ideas de la universalidad de la cobertura médica entre otras propuestas.

2.4 Subsistema privado: Empresas de medicina prepaga.

Son aquellas personas físicas o jurídicas que bajo cualquier figura jurídica o denominación que adopten ofrezcan coberturas de salud (prevención, protección, tratamiento y rehabilitación) a los usuarios a cambio de un canon estipulado previamente, se caracterizan por el fin de lucro que les da origen.

Son actualmente reguladas por la ley 23682 y previo a ella las mismas no contaban con una legislación que delimitara su contenido y alcance.

Una de sus características típicas es que la concreción del negocio jurídico que implica la aceptación de la cobertura ofrecida, es que la misma se da bajo la modalidad de adhesión y cláusulas predisuestas de contratación.

Las mismas podrán brindar las prestaciones a las que se obligan en centros de salud propios constituidos a tal efecto, o podrán contratar a tercero en donde quienes contraten con ellos podrán utilizar sus servicios, esta ley incluye en su alcance a las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones que brinden las mismas prestaciones que las empresas de medicina prepaga ya sea de manera total o parcial.

Recordemos que por el carácter contractual que poseen las empresas de medicina prepaga en lo que respecta a la autoridad de control estatal, será la superintendencia de servicios de salud y por otro lado en lo que respecta a la relación de consumo y la defensa de la competencia serán autoridades de aplicación las establecidas en la ley 24240, 25156 y sus modificatorias.

Debemos detenernos al analizar el artículo 7 de esta ley ya que cuando se refiere a las prestaciones que deben otorgar como mínimo los sujetos comprendidos en la ley se remite al programa médico obligatorio vigente. De manera que se llega a la misma solución que para las obras sociales, si bien a continuación el artículo trae un detalle de los casos en que se pueden ofrecer coberturas parciales, no hace más que reforzar a nuestro entender la idea de que la normativa es deficiente y en franca contradicción con todo lo relativo a lo estudiado en el primer capítulo.

Es cierto que como dijimos lo que le da fundamento a estas empresas de medicina prepaga es el ánimo de lucro, pero no podemos desconocer que como primer punto las mismas están insertas en el sistema nacional del seguro de salud, el cual tiene entre sus premisas la solidaridad del sistema y la protección plena e íntegra de la salud.

Por otro lado resulta contradictorio que se pueda pactar en un tema tan sensible como la salud modalidades o prestaciones parciales, al permitir la ley que haya un piso de prestaciones obligatorias automáticamente se está dejando la posibilidad de que las empresas de medicina prepaga solo garanticen estas y no se consideren responsable de cualquier reclamo que este por fuera. El derecho a la salud es un derecho personalísimo que no puede desprenderse de la persona, por lo tanto no puede ser desmembrado parcial o completamente porque su no goce lleva como complemento la no disponibilidad de muchos otros derecho que las leyes le reconocen por no poder ser ejercidos, por eso la importancia y la prioridad que se le asigna y la contradicción entre las limitantes de la regulación de las leyes nacionales y la norma de jerarquía máxima de la C.N.

Otra nota saliente de los contratos celebrados con las empresas de medicina prepaga es la modalidad por adhesión y las cláusulas predispuestas de contratación, que limitan aún más las posibilidades de los beneficiarios de poder hacer valer los derechos que le son reconocidos.

“El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes – el predisponente – mientras que la otra debe limitarse a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas – adherente” (Mosset Iturraspe, 2003, p. 147)

De acuerdo con (Mosset Iturraspe, 2003) entre los inconvenientes se citan:

La redacción unilateral de las cláusulas, es decir el contrato deja de ser la obra de dos partes y el destinatario solo acepta o rechaza, sin posibilidad de modificar el contenido.

El predisponente, aprovechando su situación de parte económicamente fuerte y en ejercicio de una actividad monopolizada, además de su experiencia jurídica, fortaleza su posición contractual y debilita la de la otra parte imponiendo cláusulas vejatorias.

La predisposición de cláusulas equívocas, oscuras, o redactadas maliciosamente, en formularios de letra pequeña que, dada la prisa con que suelen celebrarse los contratos singulares, en la mayoría de los casos no son leídos por el adherente, facilita la comisión de abusos y fraudes.

Otra nota tipificante de los contratos formados por adhesión es la inserción en los contratos tipo, de cláusulas vejatorias o abusivas que son consecuencia de la redacción unilateral de las mismas y son en favor o beneficio del predisponente, adecuando ciertos derechos a su favor en detrimento de la parte más débil del contrato.

Por ultimo debemos mencionar que este tipo de contratos por sus características de lucro de los proveedores entran dentro de los contratos de consumo que son regulados por la ley 24240 y sus modificatorias donde se debe destacar que entre las principales obligaciones ceñidas al derecho que nos compete es muy importante lo referido al derecho a la información, la misma debe ser veraz y completa para el entendimiento del consumidor o usuario. También esta ley se refiere a la protección de la salud, pero su alcance es limitado, porque solo se refiere a que el empresario debe garantizar la salud durante la utilización de los productos o servicios, de manera que los mismos no seas peligros para aquella.

2.5 Subsistema Público.

En el Subsistema Público, se encuentran los servicios sanitarios brindados por los hospitales y otros establecimientos de la salud nacional, actualmente muy reducidos desde que el Estado Nacional transfiriera los servicios a las restantes jurisdicciones y los hospitales y centros de salud de los Estados provinciales y municipales. (Acuña & Chudnovsky, 2002)

Es regulado por el derecho público y rigen los principios de “universalidad” y “gratuidad”

Se debe recordar que nuestro sistema legal garantiza que ninguna persona puede quedar exenta de cobertura de salud, y de manera excepcional si no se encuentra inserta dentro de una obra social o empresa de medicina prepaga que sea responsable de dichas prestaciones, el Estado será garante todas aquellas con los mismos alcances que para el resto de los agentes del sistema de salud, es decir deberá cubrir todas las contingencias de salud que la persona que lo solicite pueda tener.

2.6 Derecho de los pacientes.

En este apartado describiremos derechos que a la par de los mencionados en el primer capítulo que se ciñen estrictamente a garantizar las prestaciones de carácter integral para la salud humana, a través de su promoción, prevención, atención o rehabilitación, estos se relacionan con las facultades que goza cada persona o paciente en ocasión de requerir ante quien corresponda la prestación concreta del servicio de salud, son circunstancias previas y concomitantes que deben estar presentes y deben garantizarse al paciente para un adecuado servicio de salud, los mismos son enumerados en la ley 26529, la misma es de orden público y en su articulado también establece que en todas las cuestiones que no son de fondo, invita a las provincias y a la ciudad autónoma de Buenos Aires a adherir en lo referente al régimen de sanciones y al beneficio de gratitud en el acceso a la justicia sobre esta materia.

Recordemos que con la sanción del C.C.C.N. también se garantiza de manera explícita los derechos de los pacientes, por ese motivo debemos entender ambas normas como complementarias, y donde haya alguna desinteligencia se debe interpretar en base a la C.N. y los tratados de derechos humanos, teniendo como norte en caso de duda la mayor protección para el paciente.

A su vez que esta ley también se integra con su decreto reglamentario 1089/12 que arroja luz a cuestiones puntuales que se analizarán en este apartado.

El articulado de esta ley consagra derechos para los pacientes por su sola condición de persona humana, el respeto a su dignidad, su autodeterminación y tiene como sujetos pasivos de estos derechos a todos los profesionales de la salud que intervengan, como así también a los agentes del sistema nacional de seguro de salud y cualquier otro efector que se trate y que intervenga de alguna manera en la prestación de salud.

Los derechos que se garantizan no deben entenderse que constituyen un *numerus clausus* de facultades, sino que su carácter es enunciativo, ya que en otras leyes también se consagran derechos de los pacientes, sin ir más lejos en el ya mencionado C.C.C.N, así esta norma se inserta en un marco jurídico amplio y debe interpretarse de manera sistemática con el resto del ordenamiento jurídico.

1)Asistencia: es el derecho a acceder a un sistema de salud y obtener de él los beneficios y prestaciones que tienen a disposición, principalmente se reconoce el derecho a acceder un servicio de salud, y que se remuevan los obstáculos como así también las omisiones y retardos para gozar de los mismos. El apartado se refiere especialmente a que este derecho debe ser garantizado a los niños, niñas y adolescentes y que no se puede negar la asistencia basándose en algún tipo de discriminación, ya sea por motivos religiosos, políticos, condición socioeconómica, color, raza, sexo o cualquier otra característica o circunstancia, ya que resulta inadmisibles cualquier discriminación con respecto al goce de un derecho humano, esto por supuesto también incluye a los extranjeros que ya sea con ánimo de permanencia o aun encontrándose transitoriamente en el territorio de la nación, gozan de todos los derechos que la C.N. reconoce, además de estar expresamente estipulado en el artículo 8 de la ley de migraciones 25871.

De debe mencionar que el profesional médico no podrá desligarse de esta responsabilidad so pretexto de que no existe vinculo jurídico entre él y el paciente en los casos que presenten urgencia, donde su retardo implicaría un grave perjuicio para el requirente.

Al decir de Mosset Iturraspe (2011, p. 25) “una atención demorada o suspendida o brindada con alternancias, cuando otra es la exigencia que se desprende de la enfermedad, configura la negligencia médica, uno de los rostros de la culpa, caracterizado por hacer menos de lo debido”.

2)Trato digno y respetuoso: el mismo debe ser dispensado por los agentes del sistema de salud interviniente, no solo por los médicos tratantes sino por todo el personal interviniente como enfermeros y personal administrativo. A su vez este derecho también se extiende a los familiares del paciente, que en ocasión de requerir prestaciones de salud lo acompañen.

Deberán respetarse las convicciones personales y morales del paciente, no podrán ser vulneradas o cuestionadas por los sujetos intervinientes, teniendo como fundamento la sola condición de persona.

Este deber de trato digno también alcanza a todos los agentes del seguro de salud como las obras sociales y los entes regulados en el artículo 15 y 16 de la ley 23661.

3) Intimidad: este derecho se refiere a que se debe respetar la intimidad del paciente en el sentido del resguardo de toda la información y documentación clínica que se tenga como producto de su atención médica, pero el mismo no es absoluto ya que tiene como contrapartida los casos donde en aras del interés de la salud pública los mismos podrán manifestarse en la medida de que sean útiles.

4) Confidencialidad: es el derecho del paciente a que todo sujeto que intervenga en la elaboración o manipulación de la documentación clínica de él, guarde la reserva de esos datos salvo una disposición en contrario emanada de autoridad judicial o que el propio paciente así lo autorice expresamente.

Este derecho se relaciona con el de respeto a la dignidad e intimidad porque lo consagra expresamente y además describe los casos específicos en los cuales el mismo puede ceder.

El decreto reglamentario 1089/12 también se refiere al mismo diciendo que en todos los supuestos que corresponda revelar dicha información dicho acto deberá constar en la historia clínica del paciente en cuestión, también determina que responde por la confidencialidad no solo el profesional tratante sino también la máxima autoridad del establecimiento asistencial, y de las instituciones de la seguridad social o cualquier otra instancia pública o privada que accede a la misma.

5) Autonomía de la voluntad: es derecho se traduce en la potestad del paciente de aceptar o rechazar, sin necesidad de tener que manifestar una causa determinada, los tratamientos médicos o biológicos que le son sugeridos por los profesionales intervinientes.

Se trata de la facultad de decidir según sus propios valores morales que es lo más conveniente o lo que desea, para ello no hay que olvidar los presupuestos de la manifestación de toda voluntad que el C.C.C.N. lo expresa en el artículo 260 de la siguiente manera: “Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”.¹⁸

El segundo párrafo de este inciso remarca que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su salud, pero para que esta manifestación de la voluntad tenga relevancia jurídica, quien la manifiesta debe tener capacidad para hacerlo. En este punto se debe armonizar con el artículo 26 del C.C.C.N. que expresa que a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, mientras que el adolescente de entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su salud o representan un riesgo grave en su vida o integridad física.

De la mano del derecho a expresar la voluntad y que esta produzca efectos jurídicos debemos referirnos al consentimiento informado, por estar íntimamente ligados, ya que el mismo es la manifestación de la voluntad del paciente o su representante legal emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos. c) los beneficios esperados del procedimiento d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles e) las especificaciones de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también el derecho a rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la

¹⁸ Artículo 260, Código Civil y Comercial de la Nación.

prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable. h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Como se desprende de la ley, el consentimiento informado se presenta como una información completa en lo referente a la salud y posibles tratamientos de paciente, que en última medida será él o su representante los que tendrán la facultad de aceptar o rechazar los tratamientos que el profesional interviniente considera los más adecuados.

En términos similares se expresa el C.C.C.N. precisamente en su artículo 59, ambas normas como hemos adelantado se deben entender como complementarias y sistemáticas, es la interpretación propuesta en el título preliminar del Código, además de tratarse la ley 26529 de un estatuto cerrado permanecerá vigente porque así surge de los fundamentos del proyecto del C.C.C.N..

6) Información sanitaria: esta información es la base del consentimiento informado, ya que la misma es aquella que se refiere al estado de salud del paciente y los posibles tratamientos que se puede realizar para su recuperación o no.

Esta información debe ser clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, que a su vez podrá determinar que la misma no sea revelada a terceras personas sin su consentimiento y además podrá si así lo manifiesta, negarse a recibir la información referente a su estado de salud sin aducir una causa concreta.

El decreto 1089/12 en su artículo 2 inc. F se refiere a esta facultad de no recibir la información referida a su salud, y que la misma deberá ser plasmada por escrito para posteriormente quedar asentada en su historia clínica y finalmente ante la circunstancia descrita, deberá indicar la persona o personas que autoriza a disponer de dicha información y decidir sobre su tratamiento o, en su caso, señalar su autorización para que las decisiones pertinentes sean tomadas por el o los profesionales tratantes.

En caso excepcional podrá el profesional interviniente limitar esta información cuando de manera objetiva la misma pueda ser perjudicial para los tratamientos requeridos por el paciente, debe tratarse de un estado de necesidad terapéutico, deberá dejarse constancia en la historia clínica e informar a los familiares o acompañantes de hecho. Estas situaciones deberán ser valoradas por el profesional de la salud consultando al comité de ética.

7) Interconsulta médica: este derecho se refiere a la prerrogativa del paciente a recibir por escrito toda la información referente a su estado de salud como así también pronóstico y posibles tratamientos, a fin de obtener una segunda opinión médica sobre el resultado de todos los estudio y diagnósticos realizados.

La relación paciente-medico se basa en la confianza que este primero tiene sobre las facultades y capacidades del profesional, de manera que si por algún motivo se ve desvirtuada el paciente tiene la posibilidad de acudir a otro médico que le de otra opinión sobre su estado de salud y aquí entra en juego este derecho que se plasma en el beneficio de no tener que realizarse todos los estudios nuevamente ya que los tiene por escrito, para que el profesional interviniente puede hacer un nuevo diagnostico con la información que le es necesaria.

Como es lógico este derecho tiene como contrapartida el deber de colaboración del paciente con los profesionales de la salud, y para que los mismos puedan llevar su tarea de la mejor manera posible el paciente no podrá por ejemplo interrumpir o suspender un tratamiento.

En definitiva se trata de un conjunto de derechos que tienen los pacientes por el hecho u ocasión de requerir algún tipo de atención médica, y por su sola calidad de persona, se puede distinguir que imperan los caracteres de información, dignidad y autonomía, en definitiva se busca un trato adecuado a la situación con la que se encuentra, para que sus derechos no seas menoscabados ni se les sume otras dificultades más de las que ya tiene.

2.7 Jurisprudencia.

A continuación se evidencian tres fallos en los que los tribunales intervinientes deben decidir sobre prestaciones que se encuentra fueran del programa médico obligatorio, el cual a su vez es el argumento que tienen las demandadas, como se adelantó, cuando se expuso la falencia normativa, para no cumplir con las prestaciones de salud que se le solicitan.

Por otro lado está el argumento que hace hincapié en la salud e íntimamente también relacionado con el derecho a la vida misma que se pone en peligro como consecuencia de la gravedad de la primera.

Se puede advertir en estos casos concretos que los juzgadores priorizan la salud de las personas por sobre las prestaciones que les corresponden o no a los agentes del sistema de salud, se valora el nivel de importancia de los derechos comprometidos, y más aún, entiende este trabajo, con fundamentación jurídica.

Sumarios: 1. La sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga a brindarle a la actora cobertura del total de la prótesis e implante valvular aórtico solicitado debe ser confirmada, ya que en virtud del dictamen del cuerpo médico forense se encuentra acreditado que la intervención requerida es la única posible, ello sin perjuicio de la falta de consenso unánime entre sectores de la doctrina médica. 2. 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 PMOE, 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.¹⁹

Del análisis del fallo se puede afirmar que el tribunal del caso inclinó su decisión a favor de la actora por dos cuestiones, la primera que un médico de su propia cartilla de prestadores, que en este caso intervino, prescribió una cirugía con determinadas particularidades congruentes con la patología existente en el paciente, y que la obra social cuestiona dicho tratamiento lo cual el tribunal considero desacertado ya que es el propio médico el encargado del diagnóstico y además es responsable del tratamiento indicado, por lo cual se estima que su saber es el más adecuado para determinar que cirugía o tratamiento debe realizarse.

Por otro lado el tribunal entendió que el PMO es un piso de prestaciones obligatorias y no un máximo, más aun dada la complejidad de la patología del accionante, de manera que en estos casos los agentes encargados de brindar las prestaciones de salud deben haber aplicado todos los medios que tengan a su disposición. El tribunal se refiere a que resulta aberrante dejar librado a su suerte la recuperación de la persona por no estar incluida la patología en el catálogo prestacional. Es claro el resultado en el caso analizado, porque de otra manera se llegaría incluso a la muerte de la persona si por cuestiones referidas a que si corresponde o no determinada prestación y no es ese el sentido del derecho a la salud.

Finalmente se debe mencionar que resulta incompatible con los principios de la hermenéutica jurídica que las normas de jerarquía inferior puedan frustrar la cobertura generosa y amplia que emana de las normas constitucionales, por lo que es obligación del tribunal aplicar la justicia en este caso concreto.

Sumarios: 1.La empresa de medicina prepaga accionada debe cubrir en su totalidad la cirugía robótica prescrita a un afiliado que padece cáncer de próstata, pues la diferencia de costo económico entre dicha intervención quirúrgica y una convencional, o el hecho de que no esté incluida en el Programa Médico Obligatorio, no se deben traducir en un perjuicio para la salud del paciente; máxime teniendo en cuenta la severidad del cuadro que le fue diagnosticado”.²⁰

Del análisis de este segundo fallo se puede destacar que se exalta el carácter de integralidad que debe primar en el cuidado de la salud, como así también lo referente al máximo nivel dentro de los medios disponibles, es decir que si para este caso concreto hay un nuevo tratamiento o método para la intervención quirúrgica que es más beneficioso para el paciente y encuadra con el más alto nivel posible de mecanismos o recursos para la recuperación de la salud, no se podrá so pretexto del PMO no dar cobertura al mismo, porque esa conducta implicaría un detrimento del derecho a la salud.

¹⁹ Cámara de apelaciones en lo civil y comercial federal, sala II, Waltuch de Nussenbaum, Elena c. Medicus S.A., 2015.

²⁰ Cámara de apelaciones en lo civil y comercial federal, sala III, B.J.H. c. OSDE Binario S.A. s/medida autosatisfactiva, 2014.

Los argumentos del fallo también se refieren a que los prestadores están incluidos en sistema de seguro de salud que entre sus fines se destaca el carácter de integralidad que debe primar en las prestaciones que los agentes efectúen, como también se hace alusión a que el P.M.O no debe ser un máximo sino un piso prestacional.

Además se considera la condición del accionante, que es una persona discapacitada, y que acredita dicha situación fehacientemente, por lo cual queda también bajo la cobertura la ley 24901 que nuclea a todo el universo de personas bajo esa condición, a su vez que exalta el carácter de totalidad de las prestaciones que le son debidas a estas personas.

El tribunal entiende acreditado el derecho del accionante con los certificados médicos acompañados y por lo tanto hace lugar a lo solicitado, que son los requisitos pertinentes para las medidas autosatisfactivas.

Sumarios: La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que ordeno 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 en base a la arbitrariedad de la sentencia argumentando que si se dio cumplimiento a lo regulado en el Programa Médico Obligatorio, este también contemplaba situaciones generales que no podían nunca ser atribuidas a una situación particular.²¹

La Corte Suprema, por mayoría, remitiendo al dictamen de la Procuración General, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada.

En este fallo la accionante es representada durante todo el proceso por el ministerio Público de la Defensa, el mismo interpuso recurso extraordinario que fue concedido, con motivo de que se reconozca el suministro al 100% de la medicación que la accionante requiere como así también la provisión de pañales descartables, con el argumento de que la cobertura en materia de salud no es solo regulada por el PMOE sino que hay una vasta legislación referida a la materia, desde la C.N. con los instrumentos Internacionales que ella recepta como el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales entre otros, además que el I.N.S.S.J.P es reconocido como agente del sistema de salud, por lo tanto está en su finalidad garantizar el pleno goce de este derecho.

Se aduce que el tribunal a quo resuelve teniendo como fundamento el P.M.O.E. pero no así las demás herramientas que garantizan la integralidad de la salud, es decir dándole prevalencia a una norma de jerarquía inferior por sobre la C.N.

Por otro lado se deja constancia que la accionante es una mujer de 75 años que padece demencia senil, y que los insumos que reclama son absolutamente indispensables para garantizarle condiciones

²¹ C.S.J.N., fallos 329:1638 Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/amparo, 2006.

mínimamente dignas de vida, y que por su situación económica no puede hacerles frente, es así que la Corte resuelve remitiéndose a lo expuesto por el Procurador Fiscal revocando la sentencia apelada y haciendo lugar a lo solicitado, a fin de evitar reiteraciones y más dilaciones innecesarias para garantizar la provisión de lo pretendido.

En este caso lo interesante es que entre los argumentos se expone que el PMO es de carácter general y que no puede aplicarse en el universo de casos, donde en los casos particulares las exigencias pueden ser otras. Es un argumento para lograr la cobertura prestacional, pero el problema sigue latente, porque la contradicción de las regulaciones sanitarias persiste, y se deben buscar argumentos y resquicios para que se impongan los mandatos constitucionales, de manera que funciona como argumento en el caso concreto, pero no es definitivo para posibles controversias análogas en el futuro.

2.8 Conclusiones.

Luego de indagar los distintos subsistemas de salud y las leyes que los rigen podemos determinar que los postulados de los tratados internacionales se cumplen en parte, sobre todo se cumple lo alusivo a la cobertura universal de la salud, de manera que no queda persona que habite el territorio nacional a la que no se le aseguro tratamiento médico-asistencial en algún grado, pero lo que no podemos pasar por alto es la incoherencia, desinteligencia o incongruencia de la legislación sanitaria interna que como hemos visto por la forma de redacción de sus normas solo garantiza una cobertura parcial de todas las situaciones que se puedan dar en el ámbito de la salud de la persona humana. Se entiende que no de manera intencional, pero si por su forma de estar plasmado el derecho a la salud, genera un problema de derecho, un resquicio, una falencia que dar origen a que los encargados de responder por la salud de las personas quieran eludir sus responsabilidades.

Se considera muy acertado la intencionalidad de la ley del sistema nacional del seguro de salud, como norma que contiene a los agentes del sistema de salud, con finalidad de lograr un sistema unificado y solidario, pero aún deben corregirse algunos errores para llegar a un sistema de salud completamente pleno y sin limitantes.

Con respecto al derecho de los pacientes, se destacó su importancia porque deben encontrarse presentes antes, durante e inclusive después de las prestaciones de salud concretas, garantizando estándares mínimos de respeto y potestades a los pacientes, que ya en una situación delicada para su sentir, se deben tratar de generar las mejores condiciones que tengan como resultado una tranquilidad, un alivio y un respeto para ellos.

Capítulo III: Instrumentos procesales para el restablecimiento de la salud.

3.1 Introducción.

En este capítulo final se pondrá de manifiesto cómo una vez producido el perjuicio que implica la no tutela del derecho a la salud por cualquiera de las modalidades posibles, aparecen las vías procesales que tienen disponibles los pacientes para lograr morigerar las consecuencias del incumplimiento prestacional que reclaman.

Se determinarán los requisitos que deben tener las pretensiones que se quieran formular para que se les de curso por los mecanismos de más rápida y efectiva resolución, su vez se verán cuáles son los principales argumentos que los tribunales exponen cuando llegan a su conocimiento estos casos y la línea que siguen en torno a la materia o si por el contrario no hay criterios unánimes de solución.

Finalmente se completará el análisis con las denominadas nuevas medidas cautelares porque por sus características son las herramientas que se abren camino y son las que mejor recogen los requerimientos y necesidades que tienen las personas cuando del restablecimiento de la salud se trata.

3.2 Acción de amparo.

Todo derecho tutelado por la C.N. debe tener un mecanismo pertinente para su realización, para que pueda ser efectivo en caso de que sea vea limitado o restringido por parte de algún órgano público o de los particulares inclusive.

Por eso es que debe haber un procedimiento de realización de la ley que responda a las particularidades que presenta la urgencia, en muchos casos, de la salud humana. Basta pensar un proceso ordinario donde por ejemplo los plazos, las vistas y traslados serian un verdadero obstáculo a una real efectividad de los derechos consagrados y la Constitución y las leyes en lo referente en materia de salud serian un simple catálogo que regula aspiraciones que no pueden concretarse en muchas oportunidades.

“El amparo es una institución del derecho procesal constitucional con un objetivo genérico: tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas, aportando un instrumento rápido y expedito que, sin ritualismos estériles” (Gozaini , 2010)

Lo que busca este instituto es la urgencia en la reparación del derecho constitucional afectado con lo cual se puede decir que su objetivo es una resolución oportuna y eficaz, con respecto a su naturaleza jurídica se entiende que la misma es una acción y no un recurso ya que se entabla ante el tribunal competente con los fines de procurar el reconocimiento o declaración de un derecho, eliminando así su fuente lesiva, y no actúa como medio tendiente a cambiar o anular un resolución dentro de un proceso determinado.

Con respecto a la salud la acción de amparo se perfila como la más acorde para recomponer el deterioro que este derecho puede sufrir, cuando son negadas las prestaciones, es decir que generalmente el modo lesivo es por omisión, no hacer o desentenderse de aquello a lo que se encuentran obligados por las obras sociales, empresas de medicina prepaga o el mismo estado, como así también el retardo injustificado que provoca igualmente daño al derecho.

3.3 Requisitos y condiciones para su procedencia.

Del análisis del actual artículo 43 1er párrafo incorporado en la última reforma constitucional se puede inferir cuando dice que toda persona puede interponer acción rápida y expedita de amparo, que por toda persona también se entienden que se encuentran incluidos los extranjeros que, aun sin ánimo de permanencia fija en la república, se encuentran circunstancialmente dentro de los límites territoriales, de manera que son pasible de ejercer sus derechos a través de la acción de amparo si correspondiere, esta afirmación surge del artículo 20 y del preámbulo de nuestra C.N. al exponer: “promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”²² entonces la acción de amparo se le reconoce a toda personas sin ningún tipo de distinción por índole religioso, raza, nacionalidad, condición socioeconómica o de algún tipo de discriminación que quiera ser utilizada como argumento para no permitirle el goce de los derechos y las garantías que brinda la C.N.

La interposición de la acción de amparo será posible siempre que no exista otra vía judicial más idónea para garantizar el derecho del que se trate, esta apreciación de idoneidad deberá ser ponderada en el caso particular por el juez competente en la causa, de manera que la existencia de otra herramientas judiciales no es óbice de por sí para que no pueda interponerse la acción de amparo, no es una condición previa ni obligatoria, solo las vías que son más idóneas desplazarán al amparo. En este sentido se expresa (Bidart Campos, 2006) reconociendo la admisibilidad del amparo sobre todo después de la actual redacción del artículo 43 de la C.N., que no hace referencia a las vías administrativas, de manera que ya no es una traba legal la existencia de las mismas que previamente deban cumplimentarse para interponer la acción de amparo, más aun si no son eficaces para tutelar el derecho incoado.

Harto conocida resulta la ingratitud de las vías ordinarias judiciales para responder a dicho requisito de celeridad, permitiendo sospechar de la idoneidad del proceso común y, *mutatis mutandi*, tornando al amparo como la única vía confiable e insoslayable por su promesa de actuación rápida y directa (Gozaini, 2009, p. 218)

En cuanto a las medidas cautelares en las vías ordinaria que puedan proteger a los derechos reclamados de manera efectiva la doctrina se encuentra dividida en torno a si es procedente el amparo o si el mismo es desplazado, lo cierto es que existe consenso en procurar vías procesales expeditas y rápidas en lo referido en materia de salud que tengan como fin último la tutela efectiva de este derecho.

Los actos u omisiones que dan lugar a la acción de amparo pueden provenir de autoridad pública o de particulares, por actos se entiende a un concepto que abarca, hechos, decisiones, órdenes y negocios jurídicos y por omisiones que a contrario sensu son la falta de acciones en este caso de cumplimentar con una obligación constitucional, siguiendo a Colombo & Kiper (2006) “por autoridad pública se entiende toda persona u organismo que ejerce funciones públicas en alguno de los poderes del estado, entidades autárquicas, que tengan poder de coacción sobre los administrados”(p.421).

²² Preámbulo, Constitución Nacional.

Por otro lado para la procedencia de la acción amparo debe tratarse de una lesión actual o inminente, esto se refiere a que debe ser continuada en el tiempo incluso al momento de resolverse, pero esta cuestión es ponderada con la función preventiva que deben tener los jueces dada la naturaleza conocida de las situaciones llevadas a su saber, de manera que sería viable una tutela preventiva o precautoria por parte de los órganos jurisdiccionales aun cuando el daño no sea actual, pero se conozca que el paso del tiempo tendrá un efecto nocivo en el derecho, en este caso el de la salud.

Con respecto a esta cuestión se ha dicho:

“corresponde hacer lugar a la acción de amparo promovida a fin de que se prohíba a los propietarios de campos linderos a un barrio ubicado en el límite entre la zona urbana y rural, fumigar en sus campos a menos de determinada distancia a contar desde el ejido urbano pues, el hecho de que aun cuando no medie una certeza científica absoluta respecto a los efectos de los agroquímicos en el medio ambiente, no obsta a la procedencia del amparo en tanto, el principio precautorio invita a actuar antes de que se obtenga la prueba de un riesgo real para el medio ambiente y la salud de los ciudadanos”.²³

Además el ataque al derecho en cuestión debe serlo con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, muchas veces utilizados ambos conceptos como sinónimos, pero la ilegalidad se refiere al acto que es contrario a lo normado, mientras que lo arbitrario es un acto que se funda en ley pero de manera errónea o caprichosa, lo cierto que al igual que el artículo 1 de la ley 16968 deben tratarse de actos donde de su observación superficial se pueda determinar la violación a los derechos, sin que sea necesario un mayor debate al respecto, lo que ya tornaría inidóneo al amparo, y la cuestión debería sustanciarse por el procedimiento ordinario, que permite mayor amplitud de debate. Los derechos que el amparo protege son todos aquellos que se encuentran en la C.N., las leyes y los tratados nacionales, si bien se omite la referencia a los derechos implícitos, los mismos se encuentran amparados en base al artículo 33 del mismo cuerpo normativo: “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 reforma republicana de gobierno”²⁴

Por último cabe la posibilidad que el juez de la causa declare de oficio la inconstitucionalidad de la norma o ley en que se funde el acto u omisión lesivo de los derechos constitucionales, esta no es una obligación sino que es facultativo del juez y dependerá de las características particulares del caso concreto. Así cualquier ley de menor jerarquía que vaya en contra del derecho a la salud devendrá en inconstitucional, aun cuando no haya sido solicitado por la actora.

A la par del control de constitucionalidad también debe remarcarse el control de convencionalidad que surge a la luz de la doctrina emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el cual se

²³ Cámara de apelación en lo civil y comercial de Santa Fe, sala II, Peralta, Viviana c. Municipalidad de San Jorge y otros, 2010.

²⁴ Artículo 33, Constitución Nacional.

compara y se adecua, si correspondiere, entre el pacto de San José de Costa Rica y demás instrumentos de derechos humanos internacionales como incluso también con su propia jurisprudencia con el derecho interno de cada estado, de manera que se encuentren en congruencia porque así han obligado los estados parte.

Se puede afirmar que del análisis que la acción de amparo se presenta como una herramienta fundamental en lo atinente en materia de salud y especialmente en los casos graves y urgentes en donde el retardo en la determinación del derecho puede provocar un daño irreversible para la salud, es así que esta acción es eficaz porque ofrece celeridad en el proceso cuando el derecho es vulnerado de manera infundada y no se somete su juicio a las vías ordinarias. Es tarea del juez competente determinar su procedencia, tarea harto difícil dado los presupuestos y condiciones que debe encontrar en el caso para poder hacer lugar a la misma. A la luz del auge de los derechos humanos y de la consideración y reflexión sobre el derecho a la salud, se abre una corriente jurisprudencial más atenta y sensible que se corresponde con la naturaleza de derecho en juego.

3.4 Antecedentes legislativos.

La acción de amparo en nuestra C.N. surge como consecuencia de su reconocimiento por parte de la jurisprudencia, que, reconociendo el vacío que había con respecto a la protección de los derechos fundamentales que garantiza ella misma, en los precedentes “Siri”²⁵ y Kot”²⁶ la C.S.J.N. hizo efectiva de manera pretoriana la acción de amparo para así garantizar los derechos que estaban en juego y abriendo de esta manera una nueva corriente en lo referente a el resguardo de los derechos, con esto queremos decir que aun antes de su regulación de manera positiva dentro de la C.N. los jueces se adelantaron y receptaron esta acción de amparo porque veían la necesidad de preservar los derechos que injustamente eran vulnerados y que no tenían un pronto y efectiva solución.

La C.N. en sus orígenes solo tutelaba y reconocía como garantía explícita el derecho de defensa de la libertad ambulatoria a través del habeas corpus y no así del resto de la universalidad de derechos regulados que para su reconocimiento debían sustanciarse a través de los procesos ordinarios que no son efectivos en muchas ocasiones para proveer de una solución eficaz, todo esto so pretexto de que la ley no lo contemplaba expresamente.

Es a partir del año 1957 que se produce un vuelco, un cambio de paradigma en la jurisprudencia de la C.S.J.N., que abrió paso a una corriente garantista de todos los derechos, y su origen se remonta con los fallos mencionado, primero con el antecedente “Siri”, en este caso Ángel Siri promueve acción de amparo por la clausura por parte de autoridad pública de su diario “Mercedes” además de que el mismo se

²⁵ C.S.J.N., fallos 241:291 Samuel Kot S.R.L., 1958.

²⁶ C.S.J.N., fallos 239:459 Siri, Ángel S., 1957.

encontraba con custodia permanente que le impedía su ingreso y así con ello vulnerando los derechos constitucionales de trabajo y de libre imprenta.

En 1958 en el precedente “Kot” se amplía aún más el ámbito de la acción de amparo ya que en este caso se trataba de un grupo de obreros que impedían el ingreso a una fábrica de propiedad del accionante, con ello afectando los derechos constitucionales de libertad de trabajo y propiedad, es decir los hechos lesivos provenían de particulares y no de autoridad pública.

Es importante destacar que para este antecedente jurisprudencial los jueces invocaron el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violes sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Con esto se quiere remarcar que la corriente que da origen al reconocimiento de la acción de amparo para todos los derechos de la C.N. no es arbitraria ni caprichosa, sino que tiene fundamentos en este instrumento internacionales y que no hacen otra cosa que reconocer la operatividad de los derechos consagrados.

Al decir de Morello & Vallefín (1998) la C.S.J.N., a través de estos dos señeros precedentes jurisprudenciales, se allanó el camino hacia una poderosa herramienta para la defensa de las libertades constitucionales, pretorianamente y sin complejas construcciones doctrinarias.

Luego de la corriente jurisprudencial que reconoce la acción de amparo se abre una etapa tendiente a la reglamentación legislativa de la misma, para dar certeza a cuando corresponde su aplicación, determinando el alcance y sentido de la misma, surge así el decreto ley 16986 en el año 1966, pero lo cierto es que a través del mismo su aplicación se vuelve más restrictiva de lo que en la anterior etapa le reconocía la jurisprudencia ya que como surge de su articulado solo se permite la interposición de la misma ante los embates de la autoridad pública y nada se dice con respecto a los actos de los particulares, esto en franca contradicción con el antecedente del fallo “Kot”. Si bien finalmente con la reforma constitucional de 1994 se le da la actual fisonomía a la acción de amparo en el artículo 43, el decreto ley aún sigue vigente, aunque se entiende derogado implícitamente en lo que no se adecue con la norma constitucional, en virtud de la supra constitucionalidad plasmada en el artículo 31 de dicho cuerpo normativo, de manera que deberán los tribunales hacer lugar a la acción cuando la misma sea interpuesta ante los embates a derechos fundamentales por parte de los particulares.

También hay que señalar que las provincias no han delegado la facultad de dictar normas procesales a la Nación, por lo que cada una junto con la ciudad autónoma de Buenos Aires conserva potestades para legislar sobre su propia ley de amparo, y así lo han hecho, con similares características a las plasmadas en la propia C.N.

Se debe destacar el poder de las construcciones que se desarrollan en la jurisprudencia, que de antemano y con fundamento en las necesidades sociales, y en las cuestiones de hecho que se imponen en un determinado contexto, crean soluciones que se adaptan a la realidad para lograr dar respuestas concretas y oportunas.

3.5 Tutela efectiva del derecho a la salud.

A la par de referirnos previamente a la acción de amparo como herramienta procesal idónea para dar respuesta al detrimento que puede sufrir el derecho a la salud, debemos destacar a otras herramientas procesales, que, dada las condiciones de los hechos resultan potenciadoras de la acción de amparo, por el real y efectivo resguardo que producen sobre las pretensiones deducidas, tal es el caso de las medidas cautelares, porque ellas entran en juego cuando el retraso más mínimo producto de los plazos de un proceso judicial, producen un daño irreversible para las personas, estas medidas con el fin de atender esta urgencia anteceden y a veces entran en colisión con varios principios procesales como el de igualdad y bilateralidad o contradicción.

Su fundamento es la respuesta urgente que haga que el pronunciamiento definitivo sobre las pretensiones aducidas no sea ineficaz, por las características propias del derecho que estamos analizando.

Todos los derechos individuales son, por naturaleza, “urgentísimos”, y pasada la ocasión de su ejercicio, nada significan las sanciones ulteriores que los reconozcan y proclamen su inviolabilidad teórica. Prometer y escribir estas garantías, no es consagrarlas. Se aspira a la realidad no a la esperanza. Las Constituciones serias no deben constar de promesas, sino de garantías de ejecución (Morello & Vallefín, 1998, p10).

No hay obstáculos para que estas medidas puedan interponerse y convivir con la acción de amparo, lo que sí, los jueces, deberán ponderar los principios que se entrecruzan y entran en juego, porque por un lado se dijo, está el carácter urgente que ataca en ciertas ocasiones a este derecho por lo que se busca la celeridad procesal, pero por otro lado también se encuentra la seguridad jurídica de la contraparte, además que esta decisión debe armonizar con derechos sustantivos en los que se justifican estos mecanismos procesales. Es una delgada línea que el razonamiento del magistrado interviniente tendrá que ponderar y hacer un juicio de valor de los derechos que a su entender se presentan.

Ante este panorama se van dando en muchos casos de manera pretoriana, recordemos que así surge el amparo, diversas figuras que buscan soluciones prontas para los requerimientos procesales, en esta clasificación seguimos a Arazi & Keminker, (1999) que distinguen a) Medida Cautelar clásica b) Medida Innovativa c) Medida de anticipación de tutela d) Medidas autosatisfactivas.

Medida cautelar clásica: Lo característico de estas medidas es que son accesorias del proceso principal, en este caso el amparo, de manera que su razón de ser es salvaguardar que el paso del tiempo entre el que transcurre el inicio del proceso y la resolución definitiva de la controversia no torne en ineficaz el derecho el juego.

La aceptación de la medida cautelar no necesariamente va coincidir con el pronunciamiento de fondo, puede serlo o no, pero lo que si generalmente se identifican son los objetos o pretensiones de ambas.

Entre los presupuestos que debe contener la medida cautelar en términos generales podemos mencionar primero a la verosimilitud del derecho invocado, con esto nos referimos a lograr en el juez del proceso un grado de convencimiento que haga probable que aquel exista, no es necesario acreditar una certeza al respecto, sino que a través del escrito por el cual se solicita la medida cautelar, se deben reunir los elementos que otorguen un cierto grado de convencimiento al juez. En lo referente a la salud estos elementos serán generalmente documentos que acrediten el vínculo entre el peticionario y el demandado por ejemplo el carácter de afiliado, la patología del accionante que será conforme certificado médico válidamente expedido y por otro lado la negativa del prestador de brindar el tratamiento que fue prescrito, esto a través de la correspondiente carta documento que intima para su cobertura. También deberá acreditarse el peligro que la demora tendrá hasta que se sustancie el proceso, es decir el lapso de tiempo entre el inicio del proceso y su resolución, de manera que el temor fundado que invoque el peticionario será suficiente para hacer lugar a la medida cautelar.

Por último se requerirá una contracautela que sirve de recaudo para el demandado en caso de que el requirente haya abusado o se excediese en el derecho que la ley le confiere. Se distinguen los elementos verosimilitud y peligro en la demora hacen a la procedencia de la medida, en tanto que la contracautela atañe a su cumplimiento y es una garantía de la misma. Pero recordemos que la tutela efectiva de los derechos humanos en especial el de la vida y salud no pueden verse cercenados por excesivos rigorismos formales, por lo que la prestación de una contracautela debe ser ponderada con mucha prudencia y de forma armónica con los demás elementos del caso, estos no son iguales en todas las situaciones sino que son dinámicos, así mientras más verosimilitud de del derecho la contracautela puede ser menos rigurosa, incluso en las acciones de amparo referentes al derecho a la salud es admitida la contracautela juratoria.

Los caracteres de las medidas cautelares son: 1) Provisionales: las mismas duran hasta que se dicte sentencia firme o la misma sea ejecutable, pero además el contenido de esta puede ir variando, ya sea ampliándose o incluso sustituirse si los hechos que le dieron fundamento cambian y así lo justifiquen. Para que su contenido cambie debe plantearse por vía de incidente. 2) Accesorias: ya que su causa fuente viene ligada necesariamente a un proceso principal que se pretende garantizar. 3) Se resuelven inaudita parte, debe aclararse que el contradictorio no se extingue, sino queda postergado hacia el futuro.

Estas medidas son válidas en los procesos de amparo tanto contra autoridad pública y así surge del artículo 15 de la ley 16986 cuando expresa que se admite recurso de apelación en contra de ellas, como contra los actos de los particulares, expresamente previsto en los artículos 312 y 498 del Código procesal civil y comercial de la Nación.

Medidas cautelares innovativas: estas se pueden integrar con las ya estudiadas medidas cautelares clásicas, pero lo que las diferencia es que además de los elementos mencionados para estas, debemos agregarle uno más: la existencia de un peligro irreparable. Podemos decir que esta medida tiene como fin modificar una situación de hecho o de derecho que es anterior a su petición y como consecuencia de esta se le requiere al tribunal que actué sobre la esfera de la libertad de los justiciables. “La medida cautelar innovativa retrotrae el estado de cosas imperantes a una situación previa o cambia la situación actual a favor de quien la postula” (Sagüés, 2007, p.500)

La medida innovativa es reversiva del estatus fáctico o del jurídico, por ejemplo que se ordene a una empresa de medicina prepaga a mantener el vínculo contractual que ha sido disuelto por falta de pago de una persona que sufre una enfermedad severa, y que no puede exponerse a la carencia en la cobertura que implica un nuevo contrato con otra empresa de medicina prepaga.

Medidas de anticipación de tutela: Son las medidas que tienen como objetivo el cumplimiento total o parcial de lo peticionado aun antes de la pronunciación final jurisdiccional y se fundan en que el retardo de la decisión producirá un daño irreparable de los derechos en juego, se diferencian de las medidas cautelares clásicas, ya que estas tienen como fin asegurar el cumplimiento de la sentencia de fondo, mientras que las anticipatorias buscan un pronunciamiento antes de tiempo de lo que se pretende al demandar. Si bien los requisitos que deben reunir son los mismos, lo que cambia es lo referido a la demora, en las anticipatorias se debe acreditar que su no recepción provocará un daño irreparable.

La misma no está receptada expresamente sino que es manifestada en varios pasajes de la C.S.J.N. es por eso que con el fin de evitar incertidumbres y confusiones la doctrina recomienda su regulación expresa.

Se debe mencionar que otras diferencias con las medidas cautelares clásicas es que estas se dictan generalmente luego de asegurar la bilateralidad y no inaudita parte, además que las mismas no son mutables o flexibles, ya que al solicitarse un anticipo de la decisión, que es su naturaleza, no es lógico que cambie la pretensión y por último para su recepción debe haber un grado mayor de verosimilitud que para las medidas cautelares clásicas, muy cercana a la certeza como por ejemplo fallos vinculantes sobre la materia debatida o un claro accionar de la demandada signado por abuso de su derecho, o con clara intención de producir retardo en la marcha del procedimiento.

Medidas Autosatisfactivas: Esta es otra de las medidas que buscan dar respuestas reales y rápidas a ciertas situaciones que por su urgencia muchas veces no se solucionan ni encuadran con los procesos ordinarios de conocimiento.

Para poder distinguirlas de las medidas cautelares como primer y gran diferencia diremos que las medidas autosatisfactivas tienen por objeto que el órgano jurisdiccional se pronuncie de manera definitiva sobre la pretensión llevada a su conocimiento, de manera que se da una solución concluyente e inmediata. La misma no tiene carácter accesorio de un proceso principal como es el caso de las medidas cautelares clásicas, sino que es independiente y se agota en sí mismo, con el reconocimiento de los intereses que le dan origen, lo que no quiere decir que ulteriormente la misma no deba o pueda ser revisada en un proceso de conocimiento más amplio.

Para su admisibilidad los requisitos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia son:

1. Una suficiente probabilidad de que al peticionante le asiste derecho, no basta solo su intención.
2. Su admisibilidad logra una satisfacción definitiva de los requerimientos que se tuvo al momento de su interposición, la única excepción sería que el destinatario de la medida interpusiera favorablemente las impugnaciones correspondientes al caso.
3. El proceso que surge como consecuencia de la medida autosatisfactiva es autónomo y se agota en sí mismo, no es accesorio de otro.

Al decir de (Barberio, 2006) "las medidas autosatisfactivas se ciñen exclusivamente a remover un obstáculo o a brindar una solución urgente y nada más" (p.33).

Una cuestión que no es pacífica es lo referido al a contracautela, en estas medidas las opiniones están divididas, desde quienes encuentran que no son necesarias porque uno de sus requisitos es un alto grado de probabilidad de la pretensión, por otro lado para quienes la decisión debe quedar al prudente arbitrio del juez y por ultimo otros que piensan que en los casos que la medida es decretada inaudita parte y sin suficiente certeza la misma será necesaria.

Recordemos que esta medida no se encuentra regulada expresamente en el Código procesal civil y comercial de la Nación, aunque si en algunas provincias, pero lo cierto es que esta carencia genera incertidumbres que deben resolver los tribunales sobre la marcha, por ejemplo el caso de las apelaciones, si el efecto será devolutivo o no, nos inclinamos por la primera opción porque lo contrario iría en contra de la naturaleza del instituto de la medida autosatisfactiva, pero se admite la posibilidad de interponer recursos, ya que el principio de bilateralidad no debe ser vulnerado.

3.6 Jurisprudencia.

Los sumarios de los fallos que a continuación se citan tienen como dato característico la recepción por parte de los tribunales pertinentes, de algunas de las medidas que previamente se han descripto en este capítulo. Se puede ver como se vuelca al plano práctico herramientas procesales que ponen a salvaguarda a los pacientes que ven como el derecho que les corresponde se ve limitado o en el mejor de los casos restringido.

Sumario: 1. Es procedente confirmar la sentencia que admitió la medida autosatisfactiva y ordenó a la obra social demandada que provea al accionante la droga que necesita para el tratamiento de su dolencia – en el caso, Linfoma No Hodgkin -, toda vez que la extensión y relevancia del derecho humano a la salud, reconocido en los diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, indican que la omisión de proveer en debida y oportuna forma los insumos médicos indicados, implica un perjuicio a la salud y a la calidad de vida del actor, quien violenta su derecho constitucional.²⁷

Se puede advertir en este fallo que el tribunal hace lugar a la medida autosatisfactiva oportunamente interpuesta, si bien el recurrente, en este caso la obra social, alega que la medida no está regulada en norma alguna y que es una creación doctrinaria, por lo que de esta manera se vulneran sus derechos, el tribunal con respecto a la cuestión planteada, hace suyo el siguiente pronunciamiento:

²⁷ Cámara Federal de Apelaciones, H.R.G. c. Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la Rca. Argentina – Delegación Entre Ríos, 2007.

Su despacho procede ya mismo en la Argentina a título de atribución judicial implícita, mediante una aplicación inteligente del dispositivo legal existente, en materia de medida cautelar genérica, o a través de otras fundamentaciones atendibles que legitiman, indudablemente, dicha creación pretoriana. (Peyrano, 2002, p 345)

A su vez el mismo es un proceso autonomo que procede cuando hay una fuerte probabilidad de que resulte atendible el derecho, en este caso se sitan a los intrumentos Internacionales que contiene disposiciones de proteccion a la salud para fundar esta probabilidad de que le asiste derecho a la accionante, de manera que resulta oportuno reconocer que la demandada debe brindarle los medicamentos que le son prescriptos.

El recurrente tambien invoca otras cuestiones mas relativas a la ciencia médica, que a las normas comprometidas en el caso, a saber cuestiona lo prescripto por el médico interviniente, tratando de cambiar el tratamiento prescripto, argumentando condiciones personales del demandante y que a su vez el tratamiento no esta debidamente probado, mas que por la empresa que lo comercializa, cuestion que tambien es desacreditada por el tribunal.

Es de destacar que en este antecedente jurisprudencial, que con motivo de aminorar los efectos negativos que en la salud del demandante se provoca, el tribunal haciendo lugar a la medida mencionada logra que un derecho consagrado en un texto, tenga una aplicación real y palpable, de manera que se materializa y se convierte en operativo para el requirente.

Sumario: 1. Si bien las decisiones vinculadas con medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, resultan en principio ajenas a la vía del recurso extraordinario por no ser definitivas, cabe hacer excepción a ese principio general cuando lo decidido ocasiona un perjuicio que, por las circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. 2. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión de la instancia anterior mediante la que se había concedido la medida cautelar solicitada si la misma tuvo por objeto evitar eventuales perjuicios a la actora, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, su propia vida, máxime teniendo en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones.²⁸

En el presente caso la actora dedujo recurso extraordinario ya que en la instancia precedente se había resuelto dejar sin efecto la medida cautelar por la cual se le reconocía el carácter de beneficiaria de la obra

²⁸ C.S.J.N., fallo 328:4493 F. S. C. c/ Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro s/ incidente de apelación, 2005

social demandada, es así que la Corte entiende que esta situación puede provocar daños insubsanables en la condición física de la accionante.

En cuestión, el objeto propio de la medida cautelar es resguardar en este caso la integridad e incluso la vida de la persona, dejando para después la sustanciación de la cuestión de fondo, es este caso si la accionante luego del periodo de asistencia podía seguir gozando o no de los beneficios de la obra social. No menos importante es la cuestión que en principio las medidas cautelares son ajenas a la competencia de la C.S.J.N. por tratarse de medidas provisorias, pero en el presente caso se vuelve a poner de manifiesto y a valorar de forma extraordinaria con lo cual se da el caso de una excepción, lo relativo a la importancia del valor vida y salud, como pilares del resto de los derechos de la persona.

Se debe destacar que en el caso se solicita caución juratoria para la actora, con motivo de que no sea una traba la contracautela, que como se estudió es la que se abre camino en los casos en que entra el juego el derecho a la salud, hasta en tanto se resuelva la cuestión de fondo, y se condena a la obra social a la provisión de prestaciones médicas acordes a la enfermedad de la demandante.

Lo destacable es que la C.S.J.N. hace propia una medida cautelar, porque prima el valor salud por sobre otras cuestiones, de manera que el retardo o el tema referido de su competencia tendría como consecuencia el detrimento de la salud aun mayor de demandante, es un buen ejemplo racionalidad a la hora de la aplicación del derecho, aun en contra de algún obstáculo, esto sumado a la puesta en valor del objetivo de la medida cautelar que atento a su fin logra ser eficaz con respecto a las pretensiones en juego.

Sumario: 1. Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares ellas no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. 2. Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar a la Provincia de Buenos Aires y al Estado Nacional la provisión en forma inmediata de la silla ortopédica requerida, pues media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para acceder a la medida propuesta.²⁹

En el fallo que nos precede como surge del sumario el tribunal hace lugar a la medida cautelar por la cual se solicita una silla ortopedia para un menor que padece cuadriparesia distonica ya que no cuenta con cobertura de salud de obra social o empresa de medicina prepara, por lo cual solicita al estado dicha provisión, y dada la verosimilitud del derecho invocado se condena a los demandados al aprovisionamiento del material requerido, que obviamente también consta en fojas lo referente a la solicitud médica y del cuadro que padece, es decir que se encuentra acreditado y no es caprichoso.

²⁹ C.S.J.N., fallos 326:4981 S.E.G. c. Provincia de Buenos Aires y otro, 2003.

En base a la naturaleza de la medida cautelar, el proceso de fondo no obsta a que en un primer momento se garantice la salud del menor de edad, por la urgencia del caso y las consecuencias perjudiciales que acarrear el paso del tiempo sin el equipamiento adecuado. Se debe recordar también los tratados internacionales que protegen específicamente el derecho a la salud total del niño, niña y adolescente, por lo que esto es un fundamento con respecto a la verosimilitud del derecho, que el estado debe brindar, más aun que el menor no goza de cobertura privada.

Cabe destacar que en base a las características propias del caso el mismo es de competencia originaria de la C.S.J.N. en virtud del artículo 117 de la C.N.

3.7 Conclusiones.

En este capítulo final se determinan las herramientas procesales de las que se valen los pacientes para poder acceder a los servicios de salud, se ponen de manifiesto sus características y se logra comprender porque son las más adecuadas dentro de las posibilidades de nuestro ordenamiento jurídico, aunque lo ideal sería como ya se ha mencionado, una reforma que ponga fin a esta regulación que trae consigo problemas para todas las personas que bajo la cobertura de alguno de los subsistemas de salud puede encontrarse con dificultades, y que a la luz de un derecho tan valioso provocan mucho daño de tipo emocional, económico y obviamente de la salud propiamente dicha.

En buena hora se abren paso a nivel jurisprudencial nuevos instrumentos que se amoldan cada vez más a la pronta respuesta que estos casos exigen, se avanza a la codificación o positivización de los mismos, para poder así eliminar la incertidumbre de si llegado el caso concreto los mismos le redundaran en un beneficio para los litigantes y finalmente dejaran de estar librados a la buena voluntad del juez de turno.

Lo cierto es que se advierte como los tribunales cuando se refieren a los medios procesales analizados resuelven a favor de garantizar el derecho constitucional en estudio en muchos casos, de manera que se le da una prioridad a este derecho, si se quiere una jerarquía en la pirámide normativa.

Conclusiones finales.

Como resultados de todo lo examinado en este trabajo se debe destacar que el derecho a la salud, por la importancia fundamental y trascendental que tiene en la vida de las personas, no debe ser incompleto, desmembrado o menoscabo de ninguna forma, todo lo contrario, este debe ser pleno, completo, integral y sin restricciones de ningún tipo.

No solo por la salud en si misma de las personas, sino por la propia impotencia que se refleja en la característica misma de esta necesidad cuando no es garantizado, más aun, cuando el paciente sabe que le corresponde y no encuentra la forma para su realización.

Se demostró y se puso de manifiesto que las normas internacionales incorporadas por la C.N. vinieron a completar de manera definitiva los alcances y bondades que de la regulación de este derecho se esperan por parte de los que reclaman este potestad, se vio como la jurisprudencia hace suyos estos argumentos para sortear las dificultades que las normas que regulan a los sistemas de salud traen aparejadas, para de esta manera superar la incertidumbre que al comienzo del trabajo se hacía evidente al no saber qué derecho prevalece, por el hecho de la falta de certezas o de incongruencias del vasto caudal de leyes que al tema se refieren.

Por otro lado se hace palpable la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho interno, que propicie la organización y las respuestas de los agentes del sistema nacional de salud, acordes con los derechos que se han evidenciado. Además de la conveniencia de la unificación de toda la normativa sanitaria, incluyendo a todas las leyes aisladas sobre patologías o enfermedades en particular, que más allá de su noble intención, a la hora de su aplicación crean a veces más confusión e incertidumbre.

La única limitante que no se puede sortear es la fáctica, con esto se quiere decir que, al igual que lo reconocen algunos instrumentos internacionales al referirse al derecho a la salud, la falta de elementos, de tecnologías, de profesionales son las únicas barreras excusables, más allá del exhorto a su consecución de manera progresiva, pero esta limitante no es propia de nuestro país, en el mismo las restricciones vienen dadas con la incorrecta y deficiente regulación, que puede tener como trasfondo el ánimo de lucro insaciable, quizá, de algunos de los agentes del sistema, pero lo cierto es que con la basta disponibilidad con la que cuenta nuestra nación, no se puede permitir que las personas no puedan dar soluciones adecuadas a sus requerimientos en materia de salud.

El camino se va trazando en los fallos de los diferentes tribunales, en las nuevas medidas procesales que son solución para la protección de la salud y por el resto de los intérpretes del derecho, que deben bregar por dar respuestas completas y oportunas a un derecho esencial, como lo es el derecho humano a la salud.

En líneas finales la hipótesis se cumple de manera parcial, si bien es cierto todo lo expresado, hasta que no se armonicen los mandatos Constitucionales con las leyes internas que regulan a los agentes de salud, y las mismas queden reguladas en leyes pertinentes y de manera expresa e inequívoca siempre habrá un grado de incertidumbre, aunque sea pequeño, y cada vez más pequeño por todo lo expuesto, sobre la sentencia

final que un juez pueda emitir sobre si corresponde o no hacer lugar a las prestaciones de salud llevadas a su conocimiento.

Bibliografía.

- Acuña, C., & Chudnovsky, M. (2002). *El sistema de salud en Argentina*. Buenos Aires: Documento de Trabajo N° 60, Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional.
- Arazi, R., & Keminker, M. (1999). *Medidas autosatisfactivas*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- Barberio, S. (2006). *La medida autosatisfactiva*. Santa Fe: Panamericana.
- Bidart Campos, G. (2006). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Colombo, C., & Kiper, C. (2006). *Código procesal civil y comercial de la Nación. Comentado y anotado*. Buenos Aires: La ley.
- Denk, V., & Cortesi, M. (2013). *Derecho sanitario y régimen jurídico del medicamento*. Buenos Aires: Visión Jurídica.
- Ekmekdjian, M. (2000). *Tratado de derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Garay, O. (1997). *Desregulación de las obras sociales. Régimen legal de las obras sociales*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Gherzi, C. (2010). *Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Gozaini, O. (2010). El amparo y la defensa de los derechos colectivos. *Revista de jurisprudencia Argentina*.
- Gozaini, O. (2009). *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La ley.
- Lapalma, J. (2006). *Contenido del derecho a la salud*. Rosario.
- Lloveras de Resk, M., Bertoldi de Fourcade, M., & Bergoglio, M. (1995). *Lecciones de Derecho Civil*. Córdoba: Advocatus.
- Morello, A., & Vallefín, C. (1998). *El amparo. Régimen procesal*. La Plata: Platense.
- Mosset Iturraspe, J. (2003). *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). Deberes emergentes de la relación médico-paciente. *Revista de derecho privado y comunitario*, 25.
- OMS. (2014). *Documentos básicos* (48 ed.). Ginebra: Ediciones de la OMS.
- Palacio de Caeiro, S., & Junyent de Dutari, P. (2016). *Acción de amparo en Córdoba*. Advocatus Ediciones.
- Peyrano, J. (2002). *Procedimiento Civil y Comercial I-Conflictos Procesales*. Rosario: Juris.
- Sagüés, N. (2007). *Derecho procesal Constitucional* (5 ed.). Buenos Aires: Astrea.

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> | Irusta Cristian Andrés |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 32933090 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | “El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico argentino” |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | andres_lbpp@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: Rio Cuarto, 02 de diciembre de 2019

Irusta Cristian Andrés

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

[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.

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado