



Fundación  Sanatorio Güemes

EL AMPARO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE AMPLIACIÓN DEL PMO

EL ESTADO NACIONAL COMO GARANTE DE LA SALUD

MARÍA TERESA BÜRGIN DRAGO

TUTORES: DR. FEDERICO TOBAR · DR. CARLOS VASALLO



Bürgin Drago, Teresa

El amparo judicial como instrumento de ampliación del PMO : el estado nacional como garante de la salud . - 1a ed. - Buenos Aires : Fundación Sanatorio Güemes, 2013.

104 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-24399-8-9

1. Salud. 2. Políticas Públicas. I. Título
CDD 613

Fecha de catalogación: 06/03/2013

¹ El título de este trabajo fue tomado de un artículo publicado en "Gestión en Salud -Revista para la Seguridad Social Argentina- Año 1 N° 1 - Marzo/Abril de 2012. "El amparo judicial como instrumento de ampliación del PMO", por el Dr. Carlos Anibal Amestoy. - Pág. 21.

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que previene la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros medios sin el permiso previo del editor.

EL AMPARO JUDICIAL
COMO INSTRUMENTO
DE AMPLIACIÓN DEL PMO¹

EL ESTADO NACIONAL
COMO GARANTE
DE LA SALUD

MARÍA TERESA BÜRGIN DRAGO

TUTORES: DR. FEDERICO TOBAR · DR. CARLOS VASALLO

E D I C I O N E S

Fundación  Sanatorio Güemes

ÍNDICE

Pág.

Prólogo	
Por Federico Tobar.....	9

Prólogo	
Por Carlos Vasallo.....	15

Prólogo	19
----------------------	----

Agradecimientos	21
------------------------------	----

Introducción	23
El Estado Nacional como garante de la salud	23
Sistema de Salud Argentino.....	24
Seguro de Salud	25
Fondo solidario de redistribución	
Administración de Progamas Especiales.....	26
Programa Médico Obligatorio.....	27
Enfermedades catastróficas y el Sistema Único de Reintegros.....	28
Legislación en Salud.....	29
Problemas de cobertura.....	30
Reclamo Administrativo Previo – SSSALUD.....	34
Judicialización de la Salud.....	34

Delimitación del problema y justificación	39
--	----

Objetivos	43
------------------------	----

Metodología	45
--------------------------	----

Resultados	51
Reclamo Administrativo Previo – SSSALUD.....	51
Procesos judiciales – Sindicatura SSSALUD	52
Amparo y judicialización de la salud en América Latina.....	70
Propuestas alternativas.....	78
Seguro Universal de Enfermedades Catastróficas.....	78
Propuesta 1310/12 SSSALUD.....	80
Pacto Argentino para la Inclusión en Salud (PAIS).....	80

Discusión	83
------------------------	-----------

Conclusión	87
-------------------------	-----------

Nota aclaratoria	89
-------------------------------	-----------

Recomendaciones	91
------------------------------	-----------

Bibliografía	93
Referencias bibliográficas – Referencias Sitios web	93
Bibliografía general consultada.....	95
Normativa – Sitios Web.....	96
Jurisprudencia – Sitios web.....	97
Legislación – Sitios web.....	97

Anexo	99
Propuestas para presentar en el marco de la Resolución 1310 de la Superintendencia de Servicios de Salud como aportes para reformular la Resolución 1200.	99
1) Sobre la selección de prestaciones cubiertas.....	99
2) Sobre la cobertura poblacional.....	100
3) Sobre la financiación de las prestaciones.....	100
4) Sobre la organización.....	101
5) Sobre los controles	101

PRÓLOGO

POR FEDERICO TOBAR

Buenos Aires, enero de 2013

Si en Salud Pública hay una señal de nuestros tiempos, esta es que la salud de los seres humanos no constituye un fenómeno natural sino una construcción social. Siempre lo ha sido, pero hoy lo es más que nunca. Los límites entre estar sano y estar enfermo se desplazan en forma permanente. También se redefinen los límites entre lo que es cuidar en forma adecuada la salud y aparecen nuevas voces calificadas para dictaminar (o tal vez deberíamos decir “sentenciar” al respecto).

Buscando delimitar los confines de la política, Carl Schmitt postulaba que el substrato de cualquier disciplina puede ser definido por un binomio de oposiciones: guerra y paz, amigo y enemigo. En el caso del sanitarismo esta dicotomía ha girado en torno a salud y enfermedad. De modo que, si la definición de salud nos resulta inasible, podríamos contentarnos buscando definiciones más concretas de enfermedad. El problema radica en que la enfermedad solo es tal cuando se la nombra, se la caracteriza (y diagnostica) y, por ello, alcanza status de problema público (susceptible y merecedor de ingresar en la agenda de políticas públicas). Antes que eso es solo fatalidad. Las personas las padecen e incluso mueren, pero como una ignominia.

Por eso, la enfermedad tampoco es una condición objetiva sino una construcción social y cultural que involucra dimensiones y consecuencias políticas. Porque definir nuevos problemas de salud (identificarlo, enunciarlo, buscar convertir la fatalidad en enfermedad) implica, en forma ineludible, enfrentar al orden instituido. Un sanitarista que ejerce su misión está condenado a abrir la caja de Pandora y liberar nuevos males, nuevos desafíos a ser resueltos y superados por el Estado. Por lo tanto, es imposible que genere un beneplácito sostenido en la autoridad política. Porque el buen sanitarista es alguien que siempre trae problemas. Veamos algunos ejemplos: durante la Primera Guerra Mundial, Carlos Chagas identificó la tripanosomiasis americana, que luego fuera conocida como Mal de Chagas. Solo el haberla definido como una endemia rural latinoamericana le costó el enfrentamiento de la sociedad médica de su país que no avaló ninguna de las postulaciones que aquel recibiera para merecer el Premio Nobel. En Argentina, su colega Salvador Mazza, la denominó “patología regional” pero encontró una fuerte resistencia del orden conservador al intentar proclamar como un flagelo público algo hasta entonces caracterizado románticamente como “afección telúrica”. Es que tanto Chagas como Mazza, comprendieron que el problema no se restringía

al vector infestado sino las precarias condiciones económicas, educativas e higiénicas en que vivían las poblaciones rurales.

Un segundo ejemplo de las consecuencias políticas que involucra la definición de salud y enfermedad lo constituye el enfoque de determinantes de la salud. En 1974 se publicó el informe organizado por Marc Lalonde bajo el título “Una nueva perspectiva de la salud de los canadienses”, que identifica cuatro determinantes generales que influyen en la salud: a) biología humana, b) ambiente, c) formas de vida y d) la organización del cuidado de la salud. Sin embargo, le llevó 30 años a la Organización Mundial de la Salud el absorber e institucionalizar este abordaje. Recién en la Asamblea Mundial de la Salud celebrada en 2004, el director general de la OMS, Lee Jong-Wook, pidió que se estableciera la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud con el propósito generar recomendaciones basadas en la evidencia disponible de intervenciones y políticas apoyadas en acciones sobre los determinantes sociales que mejoren la salud y disminuyan las inequidades sanitarias. Es que también el enfoque de determinantes subvierte el orden instituido. A partir del mismo resulta evidente que buscar reducir riesgos en salud apuntando solo a los servicios de salud constituye una miopía.

La mayor, tal vez la única, discusión sanitaria gira en torno a cómo producir salud. Esto es, cómo disponer los recursos disponibles en una sociedad y Estado determinado para conseguir que su población resulte más sana. Ya hemos referido que se trata de una definición política en la que corresponde al Estado asumir un papel fundamental. Esta afirmación no deriva de una lectura ideológica, la intervención del Estado en la generación y distribución de salud es un requisito aceptado y compartido por las doctrinas políticas y regímenes de gobierno más disímiles. Cabe sino recordar que fue durante un gobierno conservador quien encomendó a Lord Walter Beberidge la elaboración del informe que dio lugar y sustrato teórico al Sistema Nacional de Salud británico.

Cuando el Estado se retrae de sus funciones básicas en salud, cuando el Estado se ausenta, no solo obtenemos un subóptimo en la función de producción de salud. Podemos también registrar una involución (por ejemplo, nuevos brotes de enfermedades que ya estaban controladas) o, lo que ha sido más frecuente, una pérdida de posiciones relativas. Aunque la situación epidemiológica no involucra ni debe involucrar, una competencia entre los pueblos por quien está más sano; si resulta ineludible comparar la situación de salud de una población contra otra. Al fin y al cabo, tales comparaciones constituyen parte del método epidemiológico. Porque, volviendo a la discusión central de la Salud Pública, la misión, el mandato, que las autoridades sanitarias de cualquier gobierno deberían asumir y por la cual deberían rendir cuentas es cuanta salud obtenemos con los recursos disponibles. Y conste que al hablar de recursos no debemos limitarnos a considerar las disponibilidades presupuestarias.

La retracción del Estado de sus funciones clave en salud configura una situación en la que todos pierden. Podemos no asumir que la prevalencia y la incidencia del Mal de Chagas no progresa al ritmo de la región, podemos ocultar otro verano los brotes de Dengue, podemos no asumir que la Tasa de Mortalidad Materna es bochornosamente alta y se ha estancado, podemos desconocer que hay nuevas terapias para enfrentar flagelos relevantes como patologías oncológicas, podemos evitar evaluar si tales terapias son seguras, efectivas y eficientes; pero todo ello perjudica a la población. Es como ocultar el polvo debajo de la alfombra. Puede funcionar en forma ocasional, pero en algún momento se percibirá que las cosas no pueden continuar así.

Entonces, la intervención de los gobiernos en el ámbito de la salud resulta imprescindible para reducir los riesgos sanitarios. Esto significa, controlar y reducir las amenazas que atentan contra la salud de la población. Pero, la definición de los riesgos sanitarios resulta de una construcción política y social. Ni el conocimiento médico resulta suficiente para objetivar las condiciones que afectan la salud, ni la epidemiología por sí sola resulta capaz de influir sobre las políticas públicas de salud.

En conclusión, hay discursos sobre la salud que no siempre tienen asidero médico, ni científico, que influyen mucho sobre las decisiones que sociedades y estados asumen con relación a qué intervenciones implementar en salud pública. Parte de esta construcción discursiva está vinculada con definiciones relativas al Derecho a la Salud.

La investigación de María Teresa Bürgin Drago que aquí prologamos aborda uno de esos discursos: el de los jueces, quienes tal vez se hayan constituido en los más poderosos decisores sanitarios en la actualidad. Pero, si el “medio es el mensaje”, el análisis del discurso de los jueces no se debe concretar desde un abordaje semiológico sino sobre la jurisprudencia en materia de amparos judiciales.

El trabajo titulado “El amparo judicial como instrumento de ampliación del PMO - El Estado nacional como garante de la salud” emprende una exploración tan necesaria como difícil. Porque no disponemos aún de un marco teórico referencial que ilumine indagaciones como esta. Es que hay un nuevo fenómeno sociopolítico: en el legítimo ejercicio de sus funciones los jueces detentan, cada vez, mayor poder decisorio en el ámbito sanitario.

Pero la afirmación anterior, que sabemos puede ocasionar algún malestar, entraña un imperativo, una lógica ineludible. Es que de los tres poderes básicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) el judicial es el único que no puede postergar sus decisiones. Los legisladores pueden subsistir varios mandatos sin proponer ni discutir cambios relevantes en el ordenamiento jurídico de la salud. La Argentina de los últimos veinte años constituye un buen ejemplo de ello ya que continúa siendo el único país de la región en el cual no se dispone de una ley

marco de salud y las leyes 23.660 y 23.661 han sido mínimas las definiciones sanitarias relevantes. Antes bien, los legisladores se han concentrado en reglamentar cobertura frente a determinadas patologías franqueando garantías a algunos pacientes y minando la sustentabilidad del sistema de salud por el otro lado.

Por su vez, el Poder Ejecutivo, puede también continuar sin asumir responsabilidades respecto a cómo producir salud. El Programa Médico Obligatorio surge en 1993 y desde entonces, no ha sido objeto de revisiones sistemáticas. Se fueron superponiendo parches, cada vez que resultó inevitable. Y, como bien detecta María Teresa Bürgin Drago el mecanismo instaurado de revisión del PMO han sido los tribunales. Tal vez la irracionalidad mayor de esta omisión se refleje en el engendro institucional que configuró la Administración de Programas Especiales (APE) cuyos recursos se utilizaron mínimamente para alcanzar su misión fundacional y cada vez que si lo hicieron se los asignó “por vía de excepción”.

Pero cuando un caso llega a la corte, el Poder Judicial se ve obligado a asumir una posición. Por más que demore las sentencias no tiene la escapatoria de ocultar el caso ni de proponer el abordaje de otros temas. En otras palabras, de los tres poderes del Estado el Judicial adquiere mayor protagonismo en las decisiones sanitarias porque tiene menor capacidad que el Poder Ejecutivo y Legislativo para emplear la estrategia del avestruz ocultando la cabeza bajo tierra frente a las disyuntivas sanitarias.

Esto podría no ser un problema si el Poder Judicial consiguiera resolver la cuestión. Es decir, volviendo al desafío sanitario básico, si el resultado de la intervención del Estado (en este caso a través de uno de sus poderes) generará mejores condiciones de salud. Pero la judicialización de las decisiones sanitarias tiene muchos efectos colaterales, muchas reacciones adversas. En primer lugar, la judicialización atenta contra la justicia distributiva. Porque las decisiones tienden a concentrar los recursos asistenciales en pocos pacientes, que suelen ser quienes tienen mayor acceso. En segundo lugar, la judicialización no promueve la eficiencia puesto que solo pagan incendios, ya que los dictámenes se concentran sobre cuidados paliativos, jamás en instancias de promoción y prevención. En tercer lugar, la judicialización no siempre es efectiva porque los jueces no pueden evaluar las evidencias científicas relativas a la adecuación de un tratamiento, sus ventajas y consecuencias.

Se produce un enroque donde quien debería haber tomado las decisiones no lo hizo y quien las toma lo hace con información y recursos limitados. Entonces, la judicialización si constituye un problema porque en el correcto ejercicio de sus funciones los jueces pueden realizar mala praxis médica o, mejor dicho pueden hacer ejercicio ilegal de la medicina. Porque se acaba reemplazando la promoción de la salud por la promoción de la litigiosidad. Porque el resultado

es el antiprogreso del conocimiento donde la Medicina Basada en la Evidencia deja lugar a la Medicina basada en la sentencia.

En resumen, el abordaje de María Teresa Bürgin Drago sobre el amparo judicial como instrumento de ampliación del PMO, vuelve a abrir la caja de Pandora liberando nuevos males que hasta ahora permanecían ocultos. En este caso se trata de una pandemia de judicialización. La investigación hace lo que debe hacer un abordaje aplicado en Salud Pública: dimensionar el problema, revisar antecedentes y respuestas encontradas a nivel internacional y proponer soluciones posibles.

Aunque María Teresa Bürgin Drago realiza un aporte valioso, no resuelve el problema. Solo comienza a instaurarlo. Cabe a nosotros como comunidad sanitaria (nacional y regional) el darle impulso al debate, el alimentarlo con nuevas investigaciones. Para que los costos políticos de enfrentarlo puedan ser superados. Para que las respuestas sean consistentes y sustentables.

PRÓLOGO

POR CARLOS VASALLO

Los países de América Latina han agregado en sus reformas constitucionales el derecho a la Salud o bien han aprobado leyes consagrando el mismo. Esto no asegura el acceso equitativo e igualitario a la Salud por parte de la población, sino que es un norte, un consenso social que establece desde el punto de vista jurídico institucional que todos tienen derecho a la Salud.

El derecho a la Salud es muy amplio e involucra aspectos que tienen que ver con ciertos comportamientos individuales que hacen al riesgo y por supuesto un accionar y responsabilidad del Estado en organizar o regular un sistema de atención de la Salud que permita recuperar la misma cuando se ha perdido.

Un tema clave del debate es el rol del Estado hasta donde alcanza, debe prestar los servicios en forma directa o solo financiar y regular las prestaciones que pueden ser brindadas por otros operadores.

Hasta donde se brinda la cobertura, tiene límites o es algo que se va corriendo hasta que alcancen los recursos correspondientes. Si analizamos el sector Salud desde la teoría económica podemos decir que se trata de un mercado anormal, donde los proveedores tienen muchas facilidades para diferenciar servicios y así manejar precios, los servicios distan de ser homogéneos y comparables y la demanda no está organizada ni preparada para comprar y negociar. La relación de agencia del médico interactuando entre oferta y demanda constituye, sin dudas, un aspecto clave a considerar en esta anormalidad.

La revolución científico tecnológica constituye un proceso irreversible y Salud ha sido junto con otros sectores como la informática o la electrónica quien más se ha visto beneficiado por la introducción de nuevas tecnologías (incluido medicamentos) que han acortado distancias y han logrado avances extraordinarios. La medicina genómica por ejemplo combinada con la bioinformática y la biotecnología constituye una fuente de innovación y de nuevos productos que se volcarán a resolver no solo problemas sino causas de las enfermedades a precios muy altos.

Ya no se tratará de medicamentos o terapias amplias para todos, que constituye un mecanismo de escala para lograr precios accesibles. Estamos asistiendo al lanzamiento de innovaciones cada vez más específicas para patologías y pacientes muy concretos que, naturalmente ejerciendo su derecho a la Salud, quieren acceder a lo último en materia tecnológica sin estar condicionados por el financiamiento.

Comienza a jugarse un partido donde el derecho a la Salud y sus alcances, las innovaciones tecnológicas en Salud y el financiamiento solidario constituyen los vértices de un triángulo que resulta difícil de contener.

La judicialización de la Salud vía los amparos que tan bien se presenta en esta tesis constituye una estrategia de extensión vertical de la cobertura que genera dudas sobre la sustentabilidad futura del sistema de Salud. Es cierto, como me decía un gerente del sector, que hemos fallado en el diagnóstico de pronosticar la quiebra del sistema de Salud ante la presión de las coberturas más innovadoras que no quiere decir que hayan pasado la prueba de la medicina basada en la evidencia o de la evaluación económica.

Solo han pasado la prueba, que no es poco, de la calidad, la eficacia y la de no causar mal. Pero esto no es suficiente para lo que estamos discutiendo. Aquí falta una variable clave que es la escasez de recursos y como el sistema necesita encontrar mecanismos de racionalización para no terminar racionando indiscriminadamente y causando perjuicios que podrían ser evitados.

Es incorrecto, sin embargo, decir que el incremento de la judicialización no ha producido consecuencias porque no ha quebrado el sistema. Esto ha significado durante todo este tiempo un proceso de reasignación de los recursos de los aseguradores, discriminando en forma negativa la prevención y promoción de la Salud a favor de prácticas complejas o de medicaciones de dudosa efectividad pero que los jueces han previsto que sea entregada respetando la abundante legislación en materia de derecho a la Salud que figura en la Constitución Nacional y en las leyes específicas. Sin dudas, estos son elementos claves para que el juez pueda dictaminar a favor de cualquier tipo de prestación o medicación, a ser prestada o provista en cualquier lugar y en cualquier momento.

A nadie le gusta poner los límites. Según la teoría del "public choice", la población está dispuesta a financiar de forma generosa todo tipo de servicios al momento en que le consultan, el problema es que luego cuando tiene que pagar los impuestos para sostener esas mismas prestaciones que le parecen justas y adecuadas, tiene serios problemas para aceptarlo. ¿Quién es entonces el encargado de poner equilibrio en esa relación? Claramente el Estado, a través de sus diferentes agentes, es el encargado de brindar las garantías necesarias para cerrar el círculo entre acceso, sustentabilidad y calidad.

Este no es un problema de los jueces, o de los pacientes o de los proveedores que hacen su juego en consonancia con los médicos o los estudios jurídicos; es un problema de mal diseño de las reglas. Los malos diseños invitan a la corrupción y la mala utilización de los recursos. La política no es un arte que se resuelve a través de la magia, todo arte tiene también métodos y una cuota de ciencia que permite en este caso mejorar la gobernanza del sistema.

La economía de la Salud provee elementos claves a ser tenidos en cuenta por la política para racionalizar la utilización y evitar recortes indiscriminados e injustos sobre tecnologías e innovaciones de probada efectividad. La evaluación económica de tecnologías, las guías clínicas y protocolos, la variación de la práctica clínica, metodologías para el cálculo de copagos, el costeo de las prestaciones le brindan a la política sanitaria la cuota de ciencia para tomar decisiones y establecer prioridades.

La política tiene el desafío de establecer los límites y asumir los costos políticos, si fuera necesario, entre todos los partidos asumiendo un diagnóstico exento de voluntarismo y expresiones de deseo que muchas se cambian al momento de acceder a las responsabilidades concretas de gestión.

Recordando el Teorema de Baglini, la responsabilidad de las expresiones de los políticos resultan inversamente proporcional a las posibilidades de ser gobierno. Cuando más se acerca la posibilidad de gobernar mayor razonabilidad y respaldo técnico tienen las expresiones.

Según el gran analista, Profesor Carlos Matus, los políticos se dividen en aquellos denominados “cabecillas” que son los punteros, los que se dedican a la micropolítica; luego están los líderes que son aquellos que ven más allá del ángulo de la curva y finalmente los estadistas que tienen la obligación de ver más allá del camino. En la Argentina, a diferencia de lo que sucede en la región, tenemos desde hace muchos años cabecillas y no líderes que puedan observar un poco más allá. Esta es una importante limitación para asegurar el derecho a la Salud para todos en forma universal, equitativa y de calidad.

Tengo el placer y el orgullo de haber colaborado con la autora del trabajo mediante algunas provocaciones intelectuales y de estar satisfecho por el resultado obtenido que permite seguir aportando al diagnóstico y brindando respuestas que requiere nuestro complejo, pluralista y variado sistema de Salud. Es por ello que me resulta, desde un punto de vista personal e institucional, de gran valor el esfuerzo y los resultados alcanzados y expresados a través de esta publicación.

PRÓLOGO

En la obra de Ítalo Calvino *Las ciudades invisibles*, cuya trama transita el encargo que hizo el emperador tártaro Kublai Kan para inventariar las ciudades bajo su dominio, se ubica un diálogo entre Marco Polo y Kublai Kan.

Marco Polo le describe un puente a Kublai Kan, y lo hace detalladamente piedra por piedra.

Entonces Kublai Kan lo interrumpe:

— Pero, ¿cuál es la piedra que sostiene el puente?

Marco Polo responde: “El puente no está sostenido por una sola piedra, es la línea del arco que ellas forman lo que sostiene el puente”.

Kublai Kan increpó: “Si lo único importante es el arco, ¿por qué me hablas entonces de las piedras?”

“Porque sin piedras, no hay arco”, respondió Marco Polo.

Si equiparamos el puente con el camino que hay que atravesar hacia la Justicia, el proceso Justo es el arco que lo sostiene. Las instancias previas y los antecedentes son las piedras que forman la línea del arco.

Sin piedras no hay arco, sin arco no hay puente. Sin instancias previas no hay proceso Justo; y sin proceso Justo, no hay modo de acceder a la Justicia.²

² Texto adaptado de “Ponencia General Comisión de Procesal Civil, Enfoque General y Particular”. Barberio, Sergio J. & Constantino Juan A.C.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Carlos Vasallo, por su interés, sabiduría y dedicación durante la tutoría.

Al Dr. Federico Tobar, por su nobleza, excelente criterio y refinamiento para guiar la búsqueda y posibilitar las soluciones.

A la Dra. Marina Khoury, por su especial comprensión y sutileza en el análisis.

A todo el cuerpo docente de la Fundación Sanatorio Güemes.

A mi padre, Profesor Juan Pedro Bürgin, quien fuera docente cada minuto de su vida.

A mi hijo Agustín, por seguir jugando.

INTRODUCCIÓN

EL ESTADO NACIONAL COMO GARANTE DE LA SALUD

“También sería necesario, que de cuando en cuando, el Estado se retomase a sí mismo, empleando la evolución en lugar de la revolución, progresando constantemente hacia lo mejor.”

Immanuel Kant (1724-1804)

El Estado Nacional tiene la obligación de garantizar el pleno goce del derecho a la Salud y a una vida digna y éste es indelegable. La aplicación de este derecho ha sido interpretada desde dos puntos de vista contrapuestos. Por una parte, existen quienes consideran que el derecho a la Salud no habilita a obstaculizar el cumplimiento de la normativa vigente en el país de origen, y a utilizar en forma excesiva la vía judicial pues favorece, en algunos casos, reclamos arbitrarios. Del otro lado se encuentran quienes entienden que se debe privilegiar al paciente, pues toda demanda de prestaciones relacionadas con la Salud no puede ser excesiva, aún cuando esto traiga consecuencias económicas para el sistema. Ambos supuestos deben ser considerados, siempre y cuando dichas posturas no reflejen intereses particulares, asumiendo unos una postura economicista en desmedro del enfermo, y otros el temor a la condena social debido al alcance mediático de algunos fallos judiciales.

Es digna de elogio por su actitud precursora, la opinión vertida por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia referida a la responsabilidad del Estado, en el fallo “C.P.N., C M.A y otros c/ C. I. M. s/recurso de hecho”. En su voto, el doctor Lorenzetti interpretó que era el Estado, aún cuando no había sido demandado, quien en principio debía hacerse cargo de las prestaciones que no formaban parte del plan médico al que el actor había adherido. Sin embargo, al mismo tiempo, advirtió que el reclamante no podía quedar sin las prestaciones reclamadas. Esa interrupción constituiría una amenaza cierta de daño inminente a su salud e integridad física. Por ello, durante el plazo mínimo de un año la empresa quedaba obligada a dar asistencia médica al paciente. Dicho plazo podría cesar antes si el Estado sustituía a la empresa en dicha prestación. Asimismo, los gastos derivados de la atención durante esta etapa de transición constituían un crédito de la prepaga contra el Estado que, eventualmente, podía recuperar por la vía pertinente.³

³ Fallos Obligaciones de las Empresas de Medicina Prepaga “CPN, C. y otros c/CEMIC s/recurso de hecho, Corte Suprema de Justicia del 28 de agosto de 2007. resumendefallos.blogspot.com/.../obligaciones-de-las-empresas-de.ht...

La Constitución Nacional del año 1994 ha incorporado el concepto de derecho a la Salud, en sus artículos 33, 41 y 42. Hasta la reforma de 1994, el derecho a la vida y sus circunstancias (artículos 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional), no estaba expresamente contemplado en el texto constitucional. La reforma de 1994 hizo explícito tal reconocimiento a través de la incorporación con jerarquía constitucional del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 75 inc. 22 C.N. y Art. 4º del Pacto).

Cabe destacar que, a través de la reforma del artículo 75 inc. 22, los tratados internacionales adquieren carácter supralegal a nuestro régimen jurídico en tanto establece que es competencia del Congreso “aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”. Se debe puntualizar que la supralegalidad debe entenderse en el sentido de que los mismos se encuentran por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes, y de todo el resto del derecho interno. Es así que, como consecuencia de esta incorporación, la Argentina adhirió al Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 25 establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas.”

Por tratarse de un país federal, cada provincia conserva el poder no delegado a la Nación. Si bien este principio apunta a la autonomía de las provincias, sin pretender encontrar una única respuesta, puede señalarse que tal vez una de las causas de la judicialización de la Salud se deba a la falta de coherencia en la regulación y articulación de las políticas públicas, lo cual acarrea discordancias entre las líneas jurisprudenciales desarrolladas por los tribunales y las reglas que articulan el funcionamiento del sistema.

SISTEMA DE SALUD ARGENTINO

El Sistema de Salud Argentino está conformado por tres subsectores público, privado y de la Seguridad Social.

Numerosos estudios refieren sobre la fragmentación del Sistema de Salud y sus tres subsectores. En un trabajo realizado en el año 2002 a pedido del Banco Mundial, se analiza el particular de la siguiente forma:

“El sistema de Salud argentino se encuentra fragmentado en tres: subsistema público, privado y el de las obras sociales. El primer problema se liga a la heterogeneidad reinante en su interior, puesto que la fragmentación de las instituciones que la componen se constituye en su rasgo distintivo. A su vez, su falta de coordinación y articulación impide la conformación de un “sistema formal” de Salud y atenta contra el uso

eficiente de recursos y el logro de niveles aceptables de equidad en su cobertura (Bisang y Centrángolo, 1997:23). Cabe resaltar que esta ausencia de articulación se liga a ciertas falencias ministeriales, puesto que es al Ministerio de Salud a quien le corresponde formalmente la función de coordinación. No sólo se observa la falta de integración entre los distintos subsistemas, sino que dentro de cada uno de ellos también existen serios niveles de fragmentación. En el caso del subsector público, tradicionalmente se ha observado la existencia de una falta de articulación entre las diferentes jurisdicciones y en el caso de la seguridad social y el subsector privado ambos están compuestos por un gran número de organizaciones heterogéneas en cuanto al tipo de población que agrupan, cobertura que brindan, recursos financieros por afiliado y modalidad de operación.”⁴

Del análisis expuesto puede inferirse que este escenario es proporcional al número de actores que intervienen dentro del sistema de Salud. Como resultante de ello, al multiplicarse y fragmentarse las responsabilidades se abren intersticios que facilitan el reclamo vía judicial. Si bien actualmente el sistema privado de Prepagas se encuentra bajo la órbita de la Superintendencia de Servicios de Salud, la fragmentación continúa presentándose de diferentes maneras.

SEGURO DE SALUD

El Sistema del Seguro de Salud se encuentra regulado por las Leyes 23.660 y 23.661.

La ley 23.661 crea 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.

El artículo 1 de la Ley 23.660 enumera los agentes comprendidos en el Sistema del Seguro de Salud desde sus incisos a) hasta h). En su inciso h) habilita la incorporación de agentes de otra naturaleza y define como tales a aquellas entidades que no encuadrándose en la enumeración referida tengan como fin lo establecido en la mencionada ley.

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

No obstante que las Leyes N° 23.660 y N° 23.661 definen claramente quienes se encuentran bajo su ámbito, se pueden individualizar dentro de las no incluidas a las Obras Sociales provinciales (por ejemplo, IOMA, de la provincia

4 “El funcionamiento del sistema de Salud argentino en un contexto federal”. Documento 77, Septiembre 2002 Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional, pág.5.

de Buenos Aires o la Ob.S.B.A, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como todas las Obras Sociales o Institutos Provinciales, las obras sociales de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ni las DAS (Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación). Tampoco se encuentran comprendidas las Obras Sociales de las Fuerzas Armadas o la Policía Federal, las de las Universidades Nacionales y las Mutuales (que no hayan adherido al sistema de la Ley N° 23.660 y N° 23.661).

La Superintendencia de Servicios de Salud (SSSALUD) es el ente de regulación y control de los actores del sector. En el año 1996 y mediante el Decreto N° 1615/96 se fusionaron la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL) creada por la Ley N° 23.661, el Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS) creado por la Ley N° 18.610 y la Dirección Nacional de Obras Sociales (DINOS) creada por la Ley N° 23.660, constituyéndose la Superintendencia de Servicios de Salud como organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional en jurisdicción del Ministerio de Salud y Acción Social, con personería jurídica y con un régimen de autarquía administrativa, económica y financiera, en calidad de ente de supervisión, fiscalización y control de los agentes que integran el Sistema Nacional del Seguro de Salud. El Decreto N° 1576/98 PEN establece la estructura organizativa de la SSSALUD, la misión del organismo y los objetivos de cada una de sus gerencias y subgerencias.

La SSSALUD, realiza el control de legalidad de las Obras Sociales a través del Departamento de Sindicatura, compuesta por profesionales de las distintas áreas (prestacional, económica-financiera, social y jurídica) y mediante visitas a las Obras Sociales, a fin de solicitar la documentación sobre el cumplimiento de la normativa vigente y el estado de situación de las entidades. En el área jurídica se solicita, entre otras cosas, un informe pormenorizado de los procesos de cada Agente de Seguro.

FONDO SOLIDARIO DE REDISTRIBUCIÓN ADMINISTRACIÓN DE PROGRAMAS ESPECIALES

El Fondo Solidario de Redistribución fue creado por el artículo 22 de la Ley 23.661, con el objeto de garantizar las prestaciones para proveer prestaciones de Salud previstas por el Sistema Nacional de Seguro de Salud (Art. 24 de la ley 23.661).

La Administración de Programas Especiales (APE) fue absorbida por la Superintendencia de Servicios de Salud mediante Decreto 1198/12 PEN facultándose a la Gerencia General del citado organismo a autorizar el reintegro de las prestaciones ya brindadas para las Obras Sociales.

Los tipos de Subsidios que otorga la APE por prestaciones de Salud son por alta complejidad, discapacidad, drogadependencia, HIV-SIDA, medicamentos,

trasplantes, hemofilia, programas de prevención médico asistencial y patologías de alto costo y baja incidencia.

El Fondo Solidario de Redistribución (FSR) mediante la distribución del subsidio automático nominativo de obras sociales garantiza a las obras sociales nacionales un ingreso mínimo por afiliado según sexo y edad.

PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO

¿Qué confianza puede tenerse ni qué protección encontrarse en leyes que dan lugar a trampas y enredos interminables, que arruinan a los pleiteantes, engordan a los curiales y facilitan a los Gobiernos el cargar impuestos y derechos sobre las disensiones y pleitos eternos de sus súbditos?

Barón de Holbach (1723-1789)
Filósofo francés.

El Programa Médico Obligatorio (PMO) fue creado por la Resolución Ministerial del Ministerio de Salud 247/96 y es definido como el régimen de Asistencia Obligatoria, para todas las Obras Sociales del sistema de las leyes 23.660 y 23.661 quienes deben asegurar las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico a sus beneficiarios mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados.

El PMO fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, para cuya implementación se señaló que “si bien la idea es la de establecer límites en la cobertura, no resulta aceptable la implantación de un menú que reduzca las prestaciones habituales, como así también que, independientemente de la cobertura prevista en el programa, no existen patologías excluidas” (considerandos de la Res. 939/00 MsyAs., modificada por Res. 201/02).

El PMO asegura cobertura al 100% tanto en internación como en ambulatorio, exceptuado del pago de todo tipo de coseguros para las atenciones y medicaciones específicas. Incluye fundamentalmente: atención primaria, plan materno infantil, atención del recién nacido, cobertura materna durante el embarazo y el parto a partir del momento del diagnóstico y hasta el primer mes luego del nacimiento, atención del recién nacido hasta cumplir un año de edad, prevención del Cáncer Femenino, odontología preventiva.

Para el Estado Nacional, las prácticas incluías en el PMO deben revisarse periódicamente según la expresado en el considerando 8° de la Resolución 939/2000 “debe quedar garantizado el mecanismo para la actualización del Programa Médico Obligatorio, en virtud del carácter dinámico del conocimiento científico, estableciendo una metodología de análisis para la incorporación de tecnologías que asegure la probada eficacia de todo procedimiento diagnóstico o terapéutico a financiar por la Seguridad Social”.

Acorde con este criterio, se han ido incorporando diferentes prestaciones al PMO a lo largo del tiempo. Entre ellas, se pueden mencionar el Programa Nacional de Diabetes (Res. 301/99), el Programa de Cobertura de HIV/Sida (Res. 625/97 MsyAs). Es más reciente la incorporación de la Anticoncepción Hormonal de Emergencia (Res. 0232/2007 MsyAs), de la fertilización asistida, la obligatoriedad de otorgar un monto de doscientos quince pesos a los pacientes celíacos (Res. N° 407/2012 MsyAs), prestaciones básicas esenciales para la cobertura de la obesidad (Res. 0742/2009 MsyAs).

Los obligados a cumplir con el PMO son los agentes del seguro de Salud que enumera el art. 1 ley 23.660. En el año 2011 la Ley 26.682 incorporó a las entidades de medicina prepaga bajo la órbita de la Superintendencia de Servicios de Salud. Por Resolución 055/12 SSSALUD deberán inscribirse el Registro Nacional de Entidades de Medicina Prepaga de la SSSALUD las entidades comprendidas en la ley indicada. Posteriormente, a través del Decreto 1991/2011 PEN se incluyó en la regulación de la Ley 26.682 a las cooperativas, asociaciones civiles, mutuales y fundaciones que posean planes superadores.

Con el objeto de controlar la cobertura de las entidades de medicina prepaga la Res 560/12 SSSALUD establece que los sujetos comprendidos en el art.1 de la Ley 26.682 deberán presentar ante la Gerencia de Control Prestacional de la Superintendencia de Servicios de Salud el PLAN BASICO, mediante el cual pondrán a disposición de sus usuarios una COBERTURA PRESTACIONAL MINIMA (CPM) que no podrá ser inferior al PMO, a excepción de los supuestos contemplados en el art.7 de la Ley 26.682 (planes de cobertura parcial).

ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS Y EL SISTEMA ÚNICO DE REINTEGROS

*“Se denomina catastróficas a un conjunto limitado de enfermedades, muchas de ellas de baja prevalencia y que demandan un volumen creciente de recursos”.*⁵

El Anexo II del PMO refiere que *“las prácticas consideradas de alto costo, necesarias*

⁵ Tobar, Federico y Lifschitz Esteban “Modelo Argentino de Salud, PES 2027”. Fundación Sanatorio Güemes, pág.29.

para el diagnóstico y tratamiento de patologías de baja incidencia y alto impacto económico y social, han sido normatizadas para asegurar el correcto uso de la tecnología y establecer los alcances de su cobertura evitando la inadecuada utilización de dichas prácticas” y, en este sentido, cabe resaltar que la responsabilidad de las entidades obligadas a garantizar la cobertura sólo se limita a brindar todas las prestaciones incluidas y que en el futuro se incluyan en el programa con sus prestadores propios o contratados, es decir, que no se extiende la responsabilidad de cobertura a prestadores ajenos a sus respectivas cartillas.

La Resolución 1.200/12 SSSALUD instituyó el SISTEMA ÚNICO DE RE-INTEGROS (SUR) para la implementación y administración de los fondos destinados a apoyar financieramente a los Agentes del Seguro para el reconocimiento de las prestaciones médicas de baja incidencia y alto impacto económico y las de tratamiento prolongado. Esta resolución ha sido objeto de crítica por parte de las Obras Sociales. La misma ha sido dejada en suspenso a través de la Res.1310/12 SSSALUD. Esta resolución invita a la presentación de propuestas por escrito respecto a la modificación de la Resolución 1200/12 SSSALUD.

La Administración de Prestaciones Especiales (APE) otorga a las obras sociales nacionales subsidios por gastos catastróficos. Sin embargo, la solicitud y asignación no se encuentran bien reglamentadas, y una parte significativa de las prestaciones y de los medicamentos de alto costo es cubierta por vía de excepción. La necesidad de mayor eficacia, transparencia y equidad en el sistema encuentra una respuesta parcial en estos mecanismos, que deben ser ampliados progresivamente hasta incorporar a toda la población. Para ello, es clave la acción conjunta de los tres ejes de la estrategia pública del sistema: Ministerio de Salud, Superintendencia de Servicios de Salud y PAMI.

En el punto 8.7 de la Res.939/00 estipula que, sin perjuicio de lo establecido por la citada norma, todas las prácticas contempladas en la Res.001/98 de la Administración de Programas Especiales continúan con su modalidad de financiamiento a través del Fondo Solidario de Redistribución.

LEGISLACIÓN EN SALUD

Con agudeza intelectual el Dr. Garay ha identificado los diferentes aspectos de la fragmentación de la Salud en el área de la Legislación Sanitaria distinguiendo: la fragmentación en el país federal; fragmentación en el sector Salud; fragmentación en la seguridad social; y fragmentación en bioética.

A fin de delimitar el tema en estudio, se cita al mencionado autor respecto a dos de esos aspectos:

“Fragmentación en el país federal. La “Legislación Sanitaria” emana de un universo de 25 jurisdicciones —la Nación, la CABA y las 23 Provincias— que históricamente han sancionado abundante legislación para ser aplicada al sector Salud y que, respecto de la misma, no se han articulado políticas legislativas consensuadas previamente entre los Estados parte del país federal.

Basta para ejemplificar, el tema Recurso Humano en Salud. En las distintas jurisdicciones del país existen más de setecientas (700) normas jurídicas (leyes, decretos, resoluciones, etc.), que regulan la actividad de los Profesionales del Equipo de Salud. No existiendo coincidencia normativa tanto en las profesiones que los estados provinciales han reconocido como en los aspectos esenciales de la regulación. Esta falla se ha comenzado a corregir en los últimos años a partir de una política de armonización legislativa motorizada por el Ministerio de Salud de la Nación.

Fragmentación en la Seguridad social. En el ámbito de la Seguridad Social, igualmente se verifica la fragmentación. Las leyes 23.660 y 23.661 regulan, respectivamente, a las Obras Sociales Nacionales y al Seguro de Salud. Luego, cada jurisdicción provincial creó por ley su propia obra social. Como asimetrías notorias tenemos:

—Las Obras Sociales Nacionales deben obligatoriamente brindar a sus beneficiarios las prestaciones (que reguladas son) contenidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO). Las Obras Sociales Provinciales NO están obligadas a brindar un mínimo de prestaciones al estilo del PMO. Ello afecta el principio de igualdad (Art. 20 CN), la equidad del sistema de Salud en su conjunto y el derecho al acceso a las prestaciones de Salud de todos los habitantes de la Argentina.”⁶

PROBLEMAS DE COBERTURA

*“Nada destruye más el respeto por el Gobierno
y por la ley de un país que la aprobación de
leyes que no pueden ponerse en ejecución.”*

Albert Einstein (1879-1955)

Aún cuando a las entidades obligadas a cumplir con el PMO se les exige que brinden esta cobertura mínima prestacional, de acuerdo al principio de igualdad ante la Ley establecido en el art.16 de la Constitución Nacional, el Programa

6 Garay, Oscar Ernesto, “La Legislación Sanitaria: De la Crisis a la equidad (Diagnóstico y Propuesta para salir de la crisis)”, págs. 30/31 www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/Garay.doc

Médico Obligatorio debería regir para todas las instituciones que brindan prestaciones médicas del sistema de Salud Argentino y en todo el Territorio Nacional.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, las prácticas no incluidas en el PMO deben ser garantizadas por el Estado, en tanto éste tiene el poder normativo. Si bien la responsabilidad es compartida con los integrantes del sistema que brindan el servicio médico, al haber exclusiones no debería recaer la responsabilidad exclusivamente en los Agentes de Salud.

¿En qué medida la no inclusión de las Obras Sociales fuera del Sistema y el deber de cumplimiento del Programa Médico Obligatorio de las mismas se debe al régimen federal de gobierno e independencia de las provincias y municipios o a la falta de respuesta del Estado frente a esta situación?

En relación al principio constitucional anteriormente enunciado el Dr. Vasallo afirma:

*“El PMO tiene validez jurídica sólo para los que tienen cobertura de medicina prepaga y de Obras Sociales, en esto hay un doble estándar, porque si se quisiera imponer el PMO en el sistema público, probablemente se aplique a través de un amparo que obligue al Estado a cubrirlo, por eso las provincias se resisten a armar un paquete con una cobertura básica”.*⁷

Idéntico razonamiento al citado es aplicable a la situación peculiar de las Obras Sociales fuera del Sistema establecido por las Leyes 23.660 y 23.661. En muchos casos, estas Obras Sociales corresponden a organismos públicos estatales, por lo que los jueces hacen especial hincapié en la responsabilidad estatal de las mismas. Cuando estas se encuentran desfinanciadas, se ordena la responsabilidad subsidiaria del Ministerio de Salud para el cumplimiento de la sentencia.

Respecto a la misma problemática el Dr. Tobar advierte:

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

7 Vasallo, Carlos. “El congreso carece de capacidad de análisis de las Leyes que aprueba”. Buena fuente, Sistema de Salud.

8 Tobar Federico “Administración de Salud Hoy. Seguro Nacional de Enfermedades Catastróficas”, publicado el 24 de mayo de 2011. Consultor de Salud.

Los enunciados expuestos merecen reflexión, pudiéndose desprender de ellos las siguientes preguntas:

- *¿Qué medidas ha tomado el Estado para morigerar la judicialización?*
- *¿Qué medidas ha tomado el Estado en relación al inicio de causas por prestaciones fuera del Programa Médico Obligatorio?*
- *¿Qué medidas ha tomado el Estado en relación al inicio de causas por prestaciones incorporadas al Programa Médico Obligatorio pero de alto costo?*
- *¿Qué medidas ha tomado el Estado para atribuir la responsabilidad de cada una de las partes involucradas?*
- *¿Qué medidas ha tomado el Estado para que las Obras Sociales fuera del Sistema cuenten con una respuesta ante el inicio de causas por prestaciones fuera del Programa Médico Obligatorio o ante a las incluidas pero de alto costo?*
- *¿Es conveniente seguir incorporando prestaciones al Programa Médico Obligatorio o ello conlleva una mayor judicialización?*
- *¿Qué medidas ha tomado el Estado para contar con datos estadísticos que permitan coordinar las distintas jurisdicciones y conocer la cantidad de causas y los motivos por los cuáles se inician amparos en Salud en los Tribunales?*

Con singular capacidad de observación el Dr. Vasallo se plantea estos interrogantes y diagnostica:

“Reflexiones sobre el PMO argentino. Finalmente, vamos a reflexionar tres o cuatro cosas sobre el Programa Médico Obligatorio en la Argentina y sus relaciones. En primer lugar respecto a denominarlo Programa Médico Obligatorio genera mucha confusión, y unas de las principales confusiones es muchas veces para los jueces, que tienden a interpretar el Programa Médico Obligatorio de manera errónea. El PMO requiere pasar del decreto a una instancia donde pueda discutirse socialmente, ***necesita convertirse en ley.***

El plan AUGE fue un programa que se discutió profundamente en el Poder Legislativo, en los programas de televisión más vistos en Chile y en la calle, lo cual significó un compromiso de la gente respecto de lo que es su cobertura, porque es imposible que un grupo de funcionarios o de sabios desde la Superintendencia, o desde el Ministerio pueda decir cuáles son las prestaciones que deberían ser prioritarias, cuales deben cubrirse y cuales no. La consecuencia es lógica el PMO responde a los lobbys de los distintos prestadores y no es un paquete básico sino que allí cabe todo. Total en algún momento alguien razona.

El PMO requiere un debate amplio donde también el Poder Judicial se involucre mucho más. Y creo que hay un proceso en el cual está sucediendo una cosa así, aunque los medios de comunicación deberían informarse cuando tienen la obligación de dar información, y saber mucho más sobre estas cuestiones.

Respecto del PMO y su aplicación en el sector público, eso es una cosa que en algún momento habrá que discutir, porque seguir diciendo que cualquier persona que esté en el sector público tiene el Programa Médico Obligatorio asegurado, es algo que deberíamos discutir en el marco de lo que realmente puede dar el sector público a través de los prestadores que tiene, de los centros de salud, de los hospitales, y ver realmente cuál es el esquema y cuál es el paquete básico que asegura.

La aplicación del PMO en la medicina prepaga se apoya en la Ley Banzas, que es una ley que salió en determinado momento y que iguala lo que tienen que dar en prestaciones las entidades de medicina prepaga, o sea que esas prestaciones tienen que ser iguales al Programa Médico Obligatorio. Pero en realidad, la prepaga es voluntaria y es un modelo contractual que tiene que ver con una negociación de contrato privado, donde uno puede dar algunas indicaciones pero no puede obligar a generar estrictamente determinado paquete. Cada una de los tres millones de personas que tiene una prepaga tiene determinada conciencia como para ir al mercado y negociar un determinado paquete. Y en relación a eso deberíamos ver un poco más el tema de los planes parciales, porque esto acá está inhibiendo la posibilidad de que surjan planes parciales que podrían ser complementarios, y que podrían ser una oferta de aseguración bastante más interesante.

Respecto del Fondo Catastrófico, que es la otra área en donde juegan mucho el financiamiento y la equidad, y que cubre la baja incidencia y el alto costo, aparentemente hay un proyecto de ley que se estaría enviando al final del año, lo cual lograría sin duda mejorar la solidaridad nacional, la solidaridad de todos, a través de un único fondo.”⁹

En relación a las prepagas, se debe aclarar que si bien actualmente deben presentar ante la Superintendencia de Salud sus planes definiendo una CPM (cobertura prestacional mínima), ello no obsta a que los incrementos de cuotas sean considerables cuando existen preexistencias toda vez que, según lo establece la Ley 26.682, no pueden ser motivo de rechazo las preexistencias para la incorporación de sus usuarios.

¿Las Obras Sociales, prepagas, y los agentes fuera del Sistema deben afrontar las enfermedades de alto costo tanto en su faz prestacional como financiera, y luego solicitar reintegros o es el Estado quien debe brindar respuestas efectivas fin de proteger la Salud y disminuir la judicialización?

Con extraordinaria pericia el Dr. Tobar en su libro *¿Qué aprendimos de las reformas de Salud?*, analiza las diferentes características de las enfermedades catastróficas, dentro de las cuales corresponde hacer especial mención a la siguiente:

“Su cobertura es definida por vía judicial. Algunos países han implementado

9 “PMO y Agencia de Evaluaciones, Un análisis desde la Economía de la Salud”. Cuartas Jornadas Santafesinas y Terceras Federales sobre Política, Economía y Gestión de Medicamentos - Rosario, 2005, pág.9/10.

instituciones públicas que realizan evaluaciones técnicas y económicas de las tecnologías sanitarias y se hacen cargo definir que debe ser cubierto con los recursos públicos y que no. Ejemplo de ellos son el Nacional Institute of Clinical Excellence (NICE) que recomienda al Nacional Health Service británico la inclusión o no de nuevas tecnologías y en nuestro continente, la Comisión de Evaluación de Tecnología Sanitaria (CITEC) que define la inclusión de tecnologías en el Sistema Único de Salud de Brasil. Pero la mayoría de las veces, la definición de la inclusión de una determinada tecnología dentro de la cobertura pública, social o privada es una decisión diferida por parte de la autoridad sanitaria. Y cuando los ministerios de salud no toman la decisión alguien la toma por ellos. En general, quienes lo hacen son los jueces que establecen dictámenes obligando la cobertura de determinada prestación (práctica o tecnología médica). Ese fenómeno ha sido denominado “judicialización de la Salud” y dificulta la sostenibilidad de las políticas aumentando las inequidades e ineficiencias de los sistemas.”¹⁰

RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO – SSSALUD

La Superintendencia de Servicios de Salud, cuenta con un procedimiento formal para la resolución de reclamos establecido por la Res.075/98-SSSALUD, la cual califica los reclamos en URGENTES, ESPECIALES Y NORMALES. Su tramitación es gratuita, y no obligatoria.

Este reclamo se puede iniciar ante la Superintendencia de Servicios de Salud, o ante la Obra Social o Entidad de Medicina Prepaga. Posee distintas etapas para su tramitación según la clasificación del reclamo.

Actualmente, con la incorporación de las Prepagas al sistema y por Res. 1319/11 SSSALUD resulta aplicable también a los sujetos comprendidos en el art. 1 de la Ley 26.682 y podrá ser ejercido por los usuarios de los servicios de medicina prepaga de igual manera que los beneficiarios de Obras Sociales. Toda vez que es de muy reciente aplicación, no se ha podido, acceder a una estadística de reclamos en el caso de los usuarios de prepagas. Se debe señalar que al no ser obligatorio, ni vinculante, el beneficiario puede iniciar en forma simultánea la vía judicial o bien luego de no obtener respuesta satisfactoria.

JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD

La definición de una canasta básica de bienes y servicios a ser garantizada por las entidades aseguradoras constituyó un importante pilar para la construcción del seguro de Salud en Argentina. Esto se inició en 1996 con el Decreto 247 que instituyó el Programa Médico Obligatorio —PMO— cuya no cobertura

¹⁰ Tobar Federico, “¿Qué aprendimos de las reformas de la salud?” (2010). Evidencias de la experiencia internacional y propuestas para Argentina, pág. 130. Fundación Sanatorio Güemes.

por parte de un agente del seguro implicaría su fusión con otro u otros agentes. Desde entonces, el PMO ha sido revisado y reformulado en forma sistemática en pocas ocasiones, pero es objeto de permanentes ampliaciones por la vía judicial. La Constitución Nacional del año 1994 ha incorporado la acción de amparo que, en su art. 43, establece:

“toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una Ley.”

De esta manera la reforma constitucional de 1994 ha ampliado el ámbito de aplicación de la acción de amparo contra todo acto u omisión de particulares. En atención a ello la naturaleza de la persona demandada no constituye un obstáculo para la procedencia de la acción de amparo.

Conforme lo ha establecido la jurisprudencia y la doctrina, *“el amparo es un proceso sumamente simplificado en sus dimensiones temporales y formales, pues la finalidad fundamental de la pretensión que constituye su objeto consiste en reparar, con la mayor urgencia posible, la lesión de un derecho constitucional”*¹¹.

La conjunción de la norma mencionada, con la incorporación del derecho a la Salud y de los tratados internacionales en la Constitución Nacional, originó una línea jurisprudencial denominada *“amparos en Salud”*. Este fenómeno mediante el cual se inician procesos relacionados con prestaciones o reclamos de Salud, se conoce habitualmente como *“judicialización de la Salud”*. Navarro A. Fallas describió al mismo como *“el proceso de utilización creciente de los mecanismos procesales judiciales para la resolución de controversias entre los pacientes y usuarios de servicios de Salud y las instituciones prestarias de los servicios de Salud (públicos o privados)”*¹².

La magnitud de la judicialización de la Salud se ha vuelto un problema de carácter político. En Argentina, debido a los altos costos de las enfermedades catastróficas, el derecho a la Salud o a recibir un tratamiento complejo está en relación con dinero para costearlo. La realidad demuestra, que aquellos que pertenecen a una obra social o medicina prepaga que funciona correctamente, o quien ha logrado un reconocimiento administrativo o judicial de su derecho; se encuentran más beneficiados que otros respecto a las prestaciones de Salud. Es indispensable una respuesta por parte del Estado, por tratarse de enfermedades en las cuales se ve afectada la calidad de vida de la persona.

11 Palacio L.E. Derecho Procesal Civil, T. VII, pag. 137; CNF, Civ. y Com. Sala I, causa 22.354 del 2.6.95; 16.173 del 13.6.95

12 “Segundo encuentro regional sobre derecho a la salud y sistemas de salud Buenos Aires, Argentina Diciembre 4- 6 de 2011- Sistema de Salud de Costa Rica y mecanismos de judicialización de la Salud”.

Dada la complejidad del tema en cuestión, no debe descuidarse el aspecto económico financiero, que sin duda interviene en la faz política y práctica a través los conflictos de intereses. En el siguiente párrafo, el Dr. Vasallo refiere;

“Históricamente y en el pasado inmediato, la oferta de servicios de Salud ha venido creciendo en algunos rubros (alta complejidad o servicios más sofisticados, medicamentos, recursos humanos), en tanto que en otros factores si bien no han crecido desde el punto de vista cuantitativo en los últimos años como el caso de las camas, la sobreoferta actual es consecuencia de los cambios en el modelo de atención y en las nuevas demandas y necesidades de la población.

Por el lado de la oferta pública, las limitaciones de las cuentas públicas provinciales hicieron cada vez más difícil invertir recursos suficientes para introducir nuevas tecnologías, a menudo más costosas que aquellas que sustituyen. La relación en este sentido entre público y privado sigue dándose entre un sector público que paga mal en cuanto a tiempos (y muchas veces no paga), y un sector privado que, ante el riesgo de una contratación, finalmente impaga incrementa el precio para protegerse de la incobrabilidad. En este sentido, la posibilidad de alcanzar un estadio de “regularidad” en la financiación, permitiría sin dudas mejorar los precios de contratación de servicios además de disminuir los costos de la imprevisibilidad.

En definitiva, lo que podemos observar es que aumentan y se vuelven cada vez más diversificadas las necesidades en tanto que los recursos crecen poco o nada.

¿Cómo afrontar entonces esta situación? Es necesario hacer más racional el funcionamiento de nuestro sistema de Salud.

En primer lugar usando mejor los recursos disponibles. Dejando de lado las “islas sanitarias” y avanzando en procesos de integración sin dudas se incrementará la eficiencia en la producción de los servicios, mediante mejoras en la organización del trabajo y sus procesos, lo que conllevaría a un uso más racional de los recursos que permitiera ampliar las posibilidades asistenciales a paridad de costos. Un proceso de disminución selectiva de los financiadores, consolidación de redes prestadoras integrales en un contexto no expulsivo sino de contención en cuanto a las fuentes laborales de Salud a nivel regional y local, y cambios sustanciales en el modelo de gestión de las instituciones de Salud tenderían a orientar en el sentido antes indicado.

Un segundo frente a atacar es todo lo vinculado con la eficacia. En este sentido merece mayor atención la forma de prestación de los servicios de Salud, cuya eficacia está probada científicamente. Pero promover la eficacia de la decisión clínica, para que la misma progrese a estadios y resultados que impliquen a la vez efectividad y eficiencia, requiere un esfuerzo en todos los niveles para promover una medicina basada en las pruebas científicas que alcance no sólo la comunidad médica y resto de los actores sanitarios, sino también la sociedad en general. La información a los ciudadanos es el complemento necesario a lo anterior, ya que puede promover comportamientos más racionales y responsables.

Seguramente antes de racionalizar servicios eficaces, es necesario recorrer el camino de la búsqueda de la eficiencia y la efectividad, y sobre todo moverse cautelosamente. Palabra muy

usada para el manejo económico financiero del sector pero escasamente al momento de introducir transformaciones estructurales en el sector salud, al menos en el ámbito nacional. Algunas tecnologías (incluso algunos medicamentos) tienen un perfil costo eficacia desfavorable, en el sentido de que producen mejoramientos modestos del estado de salud con costos muy elevados. Es sobre estos servicios que es necesario plantear la utilización de criterios económicos para limitar la cobertura de Salud. La justificación para utilizar este enfoque es simple: los recursos utilizados para financiar servicios con un perfil costo eficacia desfavorable constituyen un desperdicio, dado que utilizan recursos a servicios que a paridad de costos podrían producir más salud. Queda claro que no estamos hablando aquí entonces de negar servicios costosos pero muy eficaces, como la diálisis renal o las terapias de SIDA, o el tratamiento racional de la discapacidad. Nuestro sistema no está aún ni en condiciones ni en necesidad de tener que negar servicios de esta índole y, por el contrario, existe la vocación de preservarlos.

No creemos que la crisis actual sea en sí misma una oportunidad para gestar idealmente los cambios necesarios, ya que en Salud los cambios es sabido que deben hacerse como decíamos antes, en un entorno de consenso, diseño y gestión prolijos, de paso corto pero sin pausa y con un horizonte de largo plazo. Pero sí coincidimos entonces en que esta oscura crisis que estamos atravesando, puede generar oportunidades para modificar el rumbo y buscar estabilizarlo en la dirección correcta. Es necesario hacer todo lo necesario para avanzar conforme a estos criterios desde el necesario marco macro de las políticas nacionales, hasta los aspectos de meso y microgestión de las áreas organizativas, institucionales y clínicas.

Sin embargo, es bienvenido en este punto un debate interdisciplinario, multisectorial y altamente profesionalizado, serio e inclusivo. Que convoque primero a la reflexión, al estudio y la discusión, de modo que las instancias operativas se sientan escuchadas y comprendidas, colaboren con el feed back necesario para las mejores decisiones, y puedan sentirse luego altamente involucradas en las acciones consensuadas.

Las ciencias de la Salud, las ciencias sociales y dentro de ellas en particular las económicas, están llamadas a un aporte conjunto y superador de antinomias y discursos teóricos que apenas si trascienden un procesador de textos, unas planillas excel o el papel impreso y son claramente insuficientes en el momento actual, para insertarse en la realidad a través del trabajo común y constructivo que conduzca mediante la honestidad intelectual y la perseverancia volitiva, a la acción transformadora con resultados eficaces, efectivos, eficientes y lo que es final pero primero: ineluctablemente éticos.”¹³

13 Vasallo, Carlos “Salud: racionalizar, no racionar” Salud colectiva – Asociación de Economía de la Salud www.aes.org.ar/archivos/acceso/racionalizar.pdf

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

La “*judicialización de la Salud*” implica el inicio de acciones judiciales por diferentes motivos. Merecen especial análisis aquellas causas judiciales iniciadas por patologías y prestaciones o prácticas no contempladas en el Programa Médico Obligatorio, o que habiendo sido incorporadas, por su gravedad y excepcionalidad son objeto de procesos judiciales, poniendo en peligro la vida del paciente; como así también la financiación de todo el sistema de Salud.

Es así que en algunos casos los agentes del sistema eluden las prestaciones de algunas patologías, pues consideran que su financiación los pone en peligro de desfinanciarse. A raíz de ello, el enfermo queda en situación de indefensión o desamparo y la litigiosidad se vuelve preocupante. Estas patologías deberían contar con una respuesta efectiva del sistema de Salud en su conjunto independientemente de quien sea el responsable de brindar la prestación.

En situaciones graves de Salud, donde los ciudadanos precisan tratamientos complejos y excesivamente onerosos es donde la falta de respuesta por parte del Estado se hace manifiesta. Las Obras Sociales cuentan con la posibilidad posterior de solicitar el reintegro previsto por el Fondo Solidario de Redistribución (FSR). Las entidades previstas por la Ley 26.682, las Obras Sociales Provinciales y las que no han adherido al Sistema, deben solventar los gastos, sin haberse previsto hasta el momento una respuesta eficiente a este tema.

Se inician reclamos judiciales por diferentes causas, sin existir una reglamentación precisa sobre el particular afectando al sistema de Salud y a los particulares o pacientes, tanto en el aspecto médico, económico y moral. Aún no se ha encontrado una respuesta efectiva a esta problemática. Ello ha suscitado desencuentros de carácter político entre los distintos actores del sistema en desmedro de los beneficiarios.

Hasta el momento no existe en la Argentina una estadística judicial certera y abarcadora de todo el país bajo el motivo AMPAROS EN SALUD, pues los procesos se inician en distintos fueros y jurisdicciones bajo la carátula AMPARO y no especifican el motivo del reclamo.

Se puede mencionar como dato que “*durante los convulsionados meses de fines de 2001 y comienzos del 2002 se originaron varias interrupciones en el suministro de medicamentos por parte de programas del Estado vinculados a problemas administrativos en la compra e importación de drogas y la precariedad de la gestión de*

la administración pública que siguió al cambio abrupto de mandatos presidenciales. Durante el 2002, el incremento de denuncias judiciales para la provisión de medicamentos fue exponencial. Según informes de la Cámara Civil y Comercial Federal, entre diciembre de 2001 y marzo del 2002 se presentaron en la Capital Federal más de 200 amparos por interrupciones de suministro de medicamentos.”¹⁴

Otro aspecto a resaltar, es que judicialmente el amparo es por monto indeterminado, por lo que a fin de establecer cuál es el gasto que ocasionan los procesos a las entidades, debe consultarse a las áreas prestacional y/o contable de las mismas. No existiendo coordinación en este aspecto, ello impide establecer el gasto por acciones de amparos en el sistema de Salud.

Como dato se menciona lo enunciado en una publicación efectuada en Río Cuarto, Córdoba:

Las Demandas judiciales cuestan \$4.800 millones anuales al sistema de Salud. Así, cada argentino destina 120 pesos por año en promedio para hacer frente a la “industria del juicio”.

Las demandas y los amparos contra el sistema sanitario crecen al 10 por ciento anual y ya le cuestan 4.800 millones de pesos por año a hospitales, obras sociales y prepagas, por lo que cada ciudadano debe destinar, en promedio, 120 pesos anuales en impuestos y otras erogaciones para afrontar una “industria del juicio” cada vez más sofisticada.

A este gasto, que representa 10 pesos promedio por mes y por persona, se suman otros aún más cuantiosos derivados de la presión ejercida por estudios jurídicos contra los centros de atención médica y, en especial, hacia los profesionales de la salud.”¹⁵

¿Qué tipo de acciones, políticas y mecanismos reparatorios tendría que implementar el Estado Federal frente al inicio de causas judiciales por prestaciones fuera del Programa Médico Obligatorio?

A través de casos jurisprudenciales se buscará responder al mismo, examinando la falta de regulación de los reclamos de prestaciones no contempladas en el Programa Médico Obligatorio que dan lugar a acciones judiciales.

14 Rossi Julieta & Varsky Carolina, “La salud bajo la ley del mercado” en Informe de Derechos Humanos 2002, CELS, Siglo Veintiuno Editores, 2003, p.346.

15 XIII Congreso Argentino de Salud que la Asociación Civil de Actividades Médicas Integradas (ACAMI) realizará entre el 1º y el 3 de setiembre en Mendoza y San Juan 2010, www.acami.org.ar

OBJETIVOS

- Analizar la problemática de la judicialización a través de demandas judiciales por patologías de gravedad manifiesta, cuyas prestaciones no se encuentran contempladas por el Programa Médico Obligatorio.
- Analizar la jurisprudencia del sistema de Salud argentino relacionada con la judicialización de la Salud.
- Analizar proyectos alternativos nacionales e internacionales con el objeto de desarrollar recomendaciones que fortalezcan el sistema.

METODOLOGÍA

Se ha utilizado un método descriptivo, analizando casos a través de diferentes fallos y sumarios judiciales para distintas patologías de gravedad extraídos de Jurisprudencia Nacional de la República Argentina.

A fin de analizar las causas judiciales por prestaciones fuera del PMO se ha tenido como criterio de selección de los demandados a los distintos actores del sistema. Con este objeto, se han seleccionado algunas patologías representativas, y se ha consultado diferentes fallos en los cuales son demandados los agentes de la seguridad social, prepagas y el Estado Nacional.

Se eligió para cada patología como parte demandada por un lado a una Obra Social del Sistema de Salud o entidad de medicina prepaga, y por el otro un proceso donde es demandado un agente fuera del Sistema (ejemplo: Obra Social Provincial) o al Ministerio de Salud (Estado Nacional). En aquellas causas donde se acciona contra varios demandados se eligió un solo proceso.

Se tendrá en cuenta los enunciados vertidos en los considerandos de las sentencias:

- 1) La inclusión o no de las prestaciones al Programa Médico Obligatorio.
- 2) La delimitación jurídica de las responsabilidades de los sujetos intervinientes y los motivos para ello.
- 3) Las consideraciones efectuadas por los jueces en relación al avance científico, y la no inclusión de prestaciones en el Programa Médico Obligatorio. En relación a esta temática debe señalarse la limitación de contemplar la magnitud económica en las demandas instauradas a nivel nacional pues en el amparo judicial no se denuncia monto. La inviabilidad de ello se debe a la falta de articulación de los distintos agentes del sistema en cuanto a sus erogaciones y del gasto efectivamente realizado, con los registros judiciales; debiéndose aclarar en este sentido que las causas fueron exclusivamente tomadas de casos jurisprudenciales.

Se han tomado casos jurisprudenciales por enfermedades catastróficas. Las patologías seleccionadas fueron:

Patología	Actor	Demandado	Motivo	Radicación	Fecha sentencia	Modo de conclusión
1) Enfermedad de Fabry	R.C.	O.S. Empleados públicos de Catamarca - OSEP	Amparo	CSJ CATAM	29/03/2003	Ordena a la OSEP y al Gobierno de la provincia y Ministerio de Salud proveer el medicamento Replagal (Agalsidasa Alfa)
2) Enfermedad de Hunter	E.A.A. y otro	Obra Social de Ejecutivos de Empresas - OSDE	Medicamento Elaprased	CAM.FED MAR DEL PLATA	02/11/2007	Condena a O.S. Entregar al 100% en 5 días la provisión de Elaprased (Idursulfasa).
3) Enfermedad de Hunter	N.I.D.	C/OSPEGAP Ministerio de Desarrollo de la Nación y otro	Mucopolisacaridosis II, con retraso madurativo o hipoacusia bilateral	CAM.NAC. APEL.CIV y COM. FEDERAL CABA	15/03/2012	Sugiere el Hospital Austral como lugar adecuado y no interrumpir el tratamiento.
4) Fibrosis Quística	F.A.	ESTADO NACIONAL	Amparo	C.S.J.N.	11/07/2006	Condena al Estado Nacional como garante subsidiario, sin perjuicio de la resp. del Estado Prov. y de la O.S. a arbitrar la cobertura.
5) Fibrosis Quística	D.N.E.	OSDE	Amparo	CAM.NAC. APEL.CIV y COM.FED.	12/07/2011	Dispone otorgar la cobertura de Especialista fuera de cartilla.
6) Lupus	C.J.C.	INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA	Internación y cobertura 100%	CAM. CIVIL y COM SALTA SALA III	30/06/2009	Condena a IAPOS a brindar 100% internación y medicamentos mientras dure la enfermedad.
7) Lupus	L.S.E.	CEMIC	Medicación	CAM.NAC CIV CABA	27/05/2010	Condena CEMIC a brindar la medicación.
8) Medicación Oncológica	O.J.	INSSyP Y ESTADO NACIONAL PEN-MSyAS	Tarceva 150 mg	CAM CIV.CABA SALA II	26/03/2009	Condena al Estado en carácter subsidiario a otorgar urgente el medicamento oncológico.

Patología	Actor	Demandado	Motivo	Radicación	Fecha sentencia	Modo de conclusión
9) Medicación Oncológica	S.R. del C	ASOCIACION MUTUAL CHOFERES DE TAXI Y OTRO (INSSJyP)	Medicación Quimioterapia (Doxorubicina Liposomal 90 Mg) Enfermería, Internación, Material Descartable	CAM.CIV.COM. DE CORDOBA	20/10/2011	EL INSSJyP deberá cubrir el 50% y el otro 50/ la Asoc. Mutual Choferes de Taxis. Gastos de todas las prestaciones solicitadas.
10) Esclerosis Múltiple	S. S. M. R.	OSPECON	Cobertura de vacunas T. Linfocitarias	CAM.NAC. APELAC. CIV. Y COM FEDERAL	10/07/2012	Se rechaza la acción de amparo por la cobertura de vacunas T linfocitarias, por encontrarse en etapa de investigación no cuenta con la aprobación de las autoridades sanitarias fuera del PMO.
11) Esclerosis Múltiple	ASOCIACION DE ESCLEROSIS MULTIPLE DE SALTA	MINISTERIO DE SALUD	Esclerosis múltiple - medicación	C.S.J.N	18/12/2003	Confirmando la sentencia de 1ª inst. Hizo lugar al amparo y declaró la nulidad de la res.1/01 Msyas. Esclerosis múltiple y síndrome desmielinizante aislado.
12) Fertilización asistida por trombofilia	L., M.B	OSPOCE	Fertilización asistida por trombofilia	JUZG. NAC. CIV Y COM FED.Nº SEC Nº12	ABRIL de 2012	Condena a OSPOCE a otorgar la cobertura del 100 % de la prestación de fertilización asistida por alta complejidad (prestación médica, honorarios y medicamentos).
13) Mieloma múltiple	G. J.	UNION PERSONAL Y ESTADO NACIONAL - MsyAS	100% Medicación	CAM.FED. Apelación Mar del Plata	05/05/2010	Condena a UP y al Estado Nacional en forma subsidiaria a proveer el 100% de los medicamentos.

Se efectuó una revisión de documentos relacionados con el sistema de Salud en Argentina.

Mediante un análisis cualitativo de los contenidos se buscó la coherencia en diferentes jurisdicciones y los vacíos legales en áreas específicas.

Se consultaron libros clásicos de doctrina judicial, jurisprudencia y legislación Argentina e Internacional en materia de Salud.

Se efectuó una búsqueda en Internet con los siguientes descriptores: Judicialización de la Salud en la Argentina y en otros países, Amparos en Salud, Jurisprudencia relacionada con el Programa Médico Obligatorio, Responsabilidad del Estado en materia de Salud.

Se consideraron estadísticas publicadas por la Superintendencia de Servicios de Salud, como así también por otros organismos.

Se relevó información respecto a soluciones a la judicialización en Salud en otros países y se evaluó la factibilidad de incorporar elementos de otras experiencias que sean adecuadas al marco legal nacional. Se compararon las diferentes opciones y un listado de recomendaciones con sus posibles ventajas y desventajas.

RESULTADOS

RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO – SSSALUD.

De información obrante en la SSSALUD, de 130.000 casos de presentaciones en 2010, se resolvieron satisfactoriamente el 95% de los casos, de los cuales 9300 casos se formalizaron. De esos 9300, tan solo el 15% paso a instancia judicial.

De los registros de la SSSALUD surgen diferentes motivos por los cuales se inicia el reclamo administrativo previo previsto por la Res. 075/98 SSSALUD. Los motivos de reclamos incluyeron:

MEDICACIÓN: alto costo, por HIV, por diabetes, medicación oncológica, inmunodepresores, porcentaje de cobertura, y otros.

DISCAPACIDAD: medicación, atención integral, transporte, por prestaciones terapéuticas, prestaciones educativas, ayudas técnicas, prótesis externas, porcentaje de cobertura, reintegros, acompañante terapéutico, acompañante hogar, rehabilitación, apoyo escolar, asistente domiciliario, odontología y otros motivos

PROBLEMAS PRESTACIONALES: por incumplimiento del PMO, por alta complejidad, drogadependencia, incumplimiento Programa Materno Infantil (PMI), corte de cobertura, prestaciones no incluidas, coseguros, y cambios de planes, reintegros

IRREGULARIDADES DE AFILIACIÓN: por negativa de afiliación Inc. a), concubino, familiar a cargo, aportes, opción de cambio, desempleo, monotributo social, procesamiento de datos.

En el año 2011, se registraron 7.229 por reclamos de beneficiarios a través la Res.075/98 SSSALUD cuyos motivos se enumeran en la siguiente tabla:

Descripción	Cantidad (%)	
Medicamentos	422	(5,8%)
Afiliación	3947	(54,6%)
Problemática Prestacional	1613	(22,3%)
Discapacidad	1247	(17,2%)
TOTAL	7.229	

Fuente: Superintendencia de Servicios de Salud.

PROCESOS JUDICIALES – SINDICATURA SSSALUD

El Departamento de Sindicatura de la Superintendencia de Servicios de Salud, realiza el control de legalidad de las Obras Sociales a través de las áreas prestacional, económico financiera, social y jurídica. En el área de Sindicatura Jurídica se solicita entre otras cosas, un informe pormenorizado de los procesos de cada Agente de Seguro.

Los motivos más frecuentes de inicio de Amparos fueron:

- Rechazo en la cobertura de prestaciones médicas PMO y fuera del PMO.
- Falta de entrega de medicamentos correspondientes a enfermedades con cobertura PMO o por leyes especiales (HIV, Oncología, Diabetes).
- Falta de entrega de prótesis u ortesis.
- Rechazo en la cobertura de tratamientos específicos (fecundación asistida, cirugía bariátrica, etc.).
- Rechazo afiliación medicina privada, o cambio de condiciones durante la vigencia del contrato.
- Prácticas defensivas.

De un total de 301 Obras Sociales, en 2010 fueron sindicadas 175 de las cuales 100 poseen juicios por amparos. El total de amparos iniciados fue de 1577 por diversos motivos, a saber:

Medicamentos: 507

Afiliación: 103

Cirugía: 186

Prótesis: 122

Prestador Ajeno a la Obra Social: 96

Prestaciones: 328

Fertilización: 13

Acompañante Terapéutico: 13

Acompañante domiciliario: 1

Jubilados: 18

Estudio fuera del PMO: 1

Traslado: 1

Internación Domiciliaria: 1

Sin informar motivos: 130

En consecuencia del 100 % de los Agentes Relevados en 2010 el 57,14/ posee reclamos judiciales, siendo el 30,29% las Obras Sociales que poseen amparos por coberturas 2009 /2010 sobre un total de 282 de Obras Sociales Sindicadas.

DISPONIBILIDAD DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN REQUERIDA

Obras Sociales que la suministraron: 228 - 80.85%

Lo hicieron parcialmente: 53 - 18.79%

No la facilitaron: 1 - 0.35%

2011: Sobre un total de 205 Obras Sociales Sindicadas

DISPONIBILIDAD DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN REQUERIDA

Obras Sociales que la suministraron: 194 - 94.63%

Lo hicieron parcialmente: 10 - 4.88%

No la facilitaron: 1 - 0.49%

De la información correspondiente al año 2011 surgen los motivos de amparos listados en la tabla:

Descripción	Cantidad (%)	
Medicamentos	201	(11,18%)
Afiliación	78	(4,34%)
Cirugía	115	(6,40%)
Prótesis	108	(6,01%)
Prestador Ajeno a la cartilla de la O.S.	56	(3,11%)
Problemática prestacional	809	(44,99%)
Discapacidad	260	(14,46%)
Otros	171	(9,51%)
TOTAL	1798	

Fuente: Superintendencia de Servicios de Salud.

En el año 2011 de un total de un total de 205 Obras Sociales sindicadas el 39,71% posee amparos y reclamos prestacionales.

	2009/2010		2011	
Posee Juicios de amparos y reclamos prestacionales	84	41.18%	81	39.71%
No posee Juicios de amparos y reclamos prestacionales:	120	58.82%	123	60.29%

JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE AMPAROS

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE AMPAROS POR RECLAMOS DE PRESTACIONES FUERA DEL PMO. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES.

SUMARIO JURISPRUDENCIAL - ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

1) ENFERMEDAD DE FABRY R.C C/OSEP S/AMPARO - CSJ Catamarca.
29/05/03 Expte. Corte N° 185/02.

PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA - ACCIÓN DE AMPARO-ESTADO PROVINCIAL-LEGITIMACIÓN PASIVA: PROCEDENCIA-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CATAMARCA.

Conforme a las disposiciones de la Constitución Provincial —arts. 64 y 65— y de los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional —art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional—, el Estado Provincial reviste la calidad de garante de la Salud pública y, por lo tanto, se encuentra legitimado pasivamente para ser traído como parte en la acción de amparo conjuntamente con la Obra Social de Empleados Públicos.

DERECHO A LA SALUD - ENFERMEDAD DE FABRY - SOLICITUD DE MEDICAMENTO NO COMERCIALIZADO EN EL PAIS - DENEGACION DE LA OBRA SOCIAL - ACCION DE AMPARO: PROCEDENCIA -

El amparista, afiliado a la OSEP—obra social de empleados públicos— de 24 aos de edad, padece una grave afección degenerativa denominada “enfermedad de Fabry”, que es congénita, ligada al sexo, en particular al masculino, de muy baja prevalencia, aproximadamente 40 casos en nuestro país. La etiología es el déficit de la enzima alfa galactosidasa. El pronóstico es reservado y generalmente fatal.

Para el tratamiento de esta enfermedad le ha sido prescripto el medicamento Replagal TM, que contiene la enzima deficitaria y la duración del tratamiento es de por vida.

Según la historia clínica y el informe del médico tratante, después de infundir la 3ra dosis de “Replagal” el paciente mejoró su calidad de vida, su función renal, etc., la medicación detiene su enfermedad crónica y su falta de tratamiento lleva inexorablemente a la muerte entre la 4ta y 5ta década de la vida. Este diagnóstico médico fue proporcionado luego de que el paciente recibiera tres dosis de “Replagal”, producto de una donación recibida.

En ocasión de evacuar el informe, la gerencia de prestaciones de la OSEP manifiesta que el medicamento no se comercializa en el país, no está incorporado a la cobertura que contiene el PMO (Programa Médico Obligatorio) del Ministerio de Salud de la Nación de marzo/2001, no hay antecedentes de cobertura en la seguridad social, medicina prepaga y obras sociales provinciales, por lo que debe ser importado de Suecia y su costo asciende aproximadamente a 8.000 dólares mensuales.

Sin lugar a dudas, las circunstancias que rodean el caso en examen son muy especiales. Los hechos describen con crudeza que el amparista enfrentaba un peligro cierto y concreto de perder la vida si no se le suministra el tratamiento prescripto lo que se suma a que sus recursos económicos y los de su grupo familiar son totalmente insuficientes para afrontar el pago del remedio, pues reviste en una de las categorías más bajas del escalafón municipal.

**DERECHO A LA SALUD - DENEGACIÓN DE COBERTURA -
MEDICAMENTO NO COMERCIALIZADO EN EL PAÍS - AMPARO
CONTRA OBRA SOCIAL: PROCEDENCIA-**

La Obra Social del Empleados Públicos —OSEP— no puede eludir su responsabilidad so pretexto de la falta de comercialización, cobertura y/o reconocimiento en los sistemas de Salud nacionales, provinciales y/o privados del medicamento solicitado por el amparista, ni alegar la situación de emergencia económica de la obra social, subordinando el derecho a la Salud y a la vida a razones de oportunidad y conveniencia, como expresa la Resolución administrativa que deniega la cobertura. Este acto administrativo, en definitiva, hace mérito de contingencias no imputables al amparista que, con sus aportes a un sistema como el de la OSEP, resulta acreedor —en virtud de la relación jurídica emergente del contrato de medicina prepaga a la prestación integral del medicamento requerido, “Replagal TM”, por cuanto todo aportante a un sistema de estas características ha contribuido a formar las reservas que el mismo debe tener para cubrir las contingencias que se presenten en el futuro, futuro actuado en el caso del actor.¹⁶

2) ENFERMEDAD DE HUNTER

“E. A. A. y otro c/ O.S.D.E. s/ amparo Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2/11/2007. (Expte 72.924)”

16 www.juscatamarca.gov.ar/bajar/Boletin14.doc

La empresa de medicina prepaga O.S.D.E., debe otorgar cobertura total de la droga requerida pese al uso experimental que goza el medicamento requerido, en virtud de la enfermedad que posee el menor discapacitado. La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica ha dictado la Disposición n° 840 que reglamenta que la importación de drogas no comercializadas debe atender a razones médicas debidamente justificadas. Se trata de una enfermedad progresiva, que va afectando manera grave su calidad de vida, donde el derecho a la Salud se encuentra amparado por disposiciones constitucionales; y la obligación de atender al cuidado de la Salud surge de la ley 24.901, la cual dispone que las prestaciones previstas en la ley deben financiarse con recursos del fondo solidario de redistribución. Lo expuesto excluye la posibilidad de que el costo de la medicación en cuestión sea afrontado de manera exclusiva por la demandada. Por lo tanto la situación que se da en autos amerita el uso compasivo del medicamento.¹⁷

3) ENFERMEDAD DE HUNTER

“N.I.D. c/ MINISTERIO DE DESARROLLO DE LA NACIÓN Y OTRO s/ incidente de apelación de medida cautelar” Causa n° 8.716/11 Buenos Aires, 15 de marzo de 2012.

La madre del menor N.D.I. —en representación de su hijo menor de edad— inició la acción de amparo contra la Obra Social del Petróleo y Gas Privado y el Ministerio de Desarrollo de la Nación a fin de obtener la cobertura integral de: a) urgente atención médica en centro especializado en “enfermedades poco frecuentes”, Hospital Austral con neurólogo especializado Dr. Hernán Amartino; b) medicación para terapia de remplazo enzimático “indursulfasa” de marca comercial ELAPRASE, dosis para infusión vial; c) tratamiento odontológico por abscesos dentales, consultas con otorrinolaringología, ortopedia y traumatología; d) estudios de potenciales evocados de tronco auditivo con detección de umbrales bajo sedación en servicio de audiología; e) traslado a su provincia en avión cuando finalice el tratamiento; y por último f) subsidio por prestaciones complementarias para viáticos en extraña jurisdicción, alimentos y pago para hotel en esta ciudad; todo ello en razón del silencio guardado por la Obra Social ante el requerimiento formulado mediante carta documento.

La señora Jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar y en consecuencia, ordenó a la demandada que arbitrara los medios necesarios para brindar la cobertura del 100% de: a) urgente atención médica en un centro especializado en “Enfermedades Poco Frecuentes” en la especialidad de neurología en el Hospital Austral de la localidad de Pilar; b) la medicación

“indursulfasa” de marca comercial “ELAPRASE” en dosis para infusión vial —conforme las indicaciones de los profesionales tratantes—; c) tratamiento odontológico; d) consultas de otorrinolaringología y oftalmología; y por último, e) estudios complementarios (potenciales evocados de tronco auditivo) e insumos y equipamientos que pudiere requerir, ello hasta tanto se dictara sentencia definitiva (v. resolución de fs. 76/77). Por último, dispuso que la demandada proveyera el traslado en avión al domicilio de residencia del menor en Tierra del Fuego, al terminar los controles y tratamientos recomendados contra dicha resolución la Obra Social apeló la representación de la demandada. En su memorial de agravios sostuvo que no existió incumplimiento ni dilación por parte de su mandante.

Siguiendo esa línea de pensamiento, la Obra Social manifestó haber validado las indicaciones y prescripciones de tratamiento requeridas por la médica genetista que asiste al menor y en consecuencia, canalizó las mismas con el Hospital Garrahan. (v. memorial de agravios a fs. 131 párrafo tercero). Por último, arguyó que a fin de no obrar con dilaciones mantuvo una estrecha comunicación con el médico tratante a fin de generar la mínima demora en la reserva de los turnos de atención médica. (v. fs. 131 in fine)

Según se desprende de la documentación agregada a la causa, N.I.D., de siete años de edad (v. certificado de nacimiento obrante a fs. 3), es afiliado a OSPeGAP (v. fs. 2), y padece de mucopolisacaridosis tipo II o enfermedad de Hunter, con retraso madurativo e hipoacusia bilateral (v. certificado de discapacidad obrante a fs. 6 expedido por la Subsecretaría de Salud Pública de la Provincia de Tierra del Fuego, y resumen de historia clínica obrante a fs. 7/8 y fs. 11). No es materia de controversia que el menor reside junto a su familia en la provincia de Tierra del Fuego y que en razón de la grave enfermedad que padece, se indicó su derivación a Buenos Aires para ser controlado en un hospital de alta complejidad (v.fs.13). Desde el 1 de agosto de 2011, ambos se alojaron temporariamente en la localidad de Merlo, provincia de Buenos Aires. De la documentación agregada a la causa surge que la doctora E.S. —médica genetista— en el resumen de historia clínica manifestó que el menor se encuentra recibiendo la medicación Elaprased desde julio de 2008 y que el tratamiento a recibir debe ser multidisciplinario y con experiencia en discapacidad. Por tal motivo y considerando la situación socio-familiar como así también el hecho de que se encuentran residiendo en la localidad de Merlo, es que sugirió el Hospital Austral como lugar adecuado y experimentado para tratar la patología mucopolisacaridosis tipo II o enfermedad de Hunter, también incluyó como alternativa al Hospital Italiano aunque resaltó que éste está más lejos lo que le irrogaría mayor tiempo y dinero de traslado. Finalmente, la profesional resaltó que no debía interrumpirse el tratamiento bajo ningún concepto. No consta que la demandada haya puesto a disposición algún prestador de su cartilla

especializado en la grave y poco frecuente enfermedad que padece el menor. No surge de la lectura minuciosa del expediente que siquiera haya tramitado los turnos con las especialidades en el Hospital Garrahan como afirma en su memorial de agravios, ni que haya tenido algún contacto con los padres del menor a fin de orientarlos en la búsqueda del profesional idóneo. La verosimilitud del derecho se vincula con la operatividad de tratados internacionales de jerarquía constitucional. Entre ellos, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (Sala I, causa 798/05 del 27.12.05).

Sobre esa base, es de destacar que la naturaleza de la enfermedad padecida por N.I.D., requiere la toma de medidas concretas que tiendan a asegurar la efectiva recepción de una atención médica apropiada, como es la que estaría recibiendo en el Hospital Austral el equipo interdisciplinario que lo asiste. En las condiciones enunciadas, se estima que los agravios expresados por OSPEGAP sobre el tema resultan inatendibles ponderando que se encuentra en riesgo el derecho a la salud del menor y que todos los niños tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de Salud (art. 24, inc. 1 de la Convención sobre los derechos del niño).

Se confirmó la decisión apelada en cuanto ha sido materia de agravios, con costas al recurrente vencido (arts. 68 y 69 del CPCCN).¹⁸

4) FIBROSIS QUÍSTICA

En la causa caratulada "F.A.C. Y OTRO POR SI Y EN REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR H. L.E. C/ESTADO NACIONAL S/AMPARO". La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión de la Cámara Federal de Paraná, Provincia de Entre Ríos, que ordenó al Estado Nacional cubrir el tratamiento de un menor que padece fibrosis quística, ya que la Obra Social se encuentra en concurso preventivo, y los padres del menor tienen escasos recursos para cubrir el elevado costo del tratamiento médico. Fundaron su pretensión en las normas constitucionales del derecho a la Salud, en compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, e incorporados a la Ley Fundamental por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y en especial de protección integral de la Niñez en la Ley 24.091, sobre sistema de Prestaciones Básicas en rehabilitación Integral a favor de las personas con Discapacidad, en el PMO aprobado por el Ministerio de Salud y en los antecedentes jurisprudenciales de la Corte.

El fallo de la Corte Suprema establece que la salud de la población es una responsabilidad indelegable de Estado que debe actuar como garante subsidiario del derecho a la vida.

18 <http://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>

La Cámara Federal de Paraná había fallado a favor del menor, revocando la sentencia de Primera Instancia y condenando al Estado Nacional a "...a efectos de que arbitre la prestación de cobertura de salud del menor de edad L.E.H. por su dolencia fibrósis quística (mucoviscidosis) sin perjuicio de la oportuna delegación de tales obligaciones legales a la asociación mutual a la cual está asociado el amparista y a los organismos competentes." En tal sentido entendió que el Estado es garante subsidiario del derecho a la vida, y por extensión, también del derecho a la Salud. Los integrantes del Tribunal consideraron que el amparo era la vía idónea en tanto se encontraba gravemente comprometido el derecho del menor a la protección integral de la salud, toda vez que la asociación mutual solicitó la homologación judicial de un acuerdo preventivo extrajudicial, circunstancia que motivó el retaceo de la cobertura en la medicación. Sostuvieron que en este caso excepcional, el Estado no puede desentenderse de las necesidades del menor sino que debe cumplir con la responsabilidad de garantizar el pleno goce del derecho a la salud y a una vida digna. La sentencia fue apelada. En la apelación, el Estado expuso agravios y argumento que la obligación de la cobertura de la enfermedad no es responsabilidad del Estado, ya que el menor se encuentra adherido a una Obra Social, que el fallo traslada indebidamente la responsabilidad de atender al menor y libera a la mutual y a la autoridad local de las obligaciones que pesan sobre ellas, que la materia salud es facultad reservada por las provincias, no delegada a la Nación y en todo caso debería ser el Estado Provincial el encargado de cubrir el tratamiento médico. También, se argumenta que la acción judicial iniciada por los padres debería ser rechazada porque no efectuaron previamente el reclamo por vía administrativa. El procurador Fiscal, R.B., consideró que el dictamen que evaluado por los integrantes de la Corte Suprema, que el Estado Nacional no puede desentenderse en la protección del derecho a la vida, más allá de las acciones que considere realizar contra el Estado Provincial y contra la Obra Social, debe cubrir y garantizar el tratamiento médico que el menor necesita.¹⁹

5) FIBROSIS QUÍSTICA

D.N.E. c/ OSDE s/ sumarísimo. CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL. CAPITAL FEDERAL, SALA III 12/07/2011.

El actor de 31 años de edad, es afiliado a OSDE padece "Fibrosis quística" (y 3) requiere kinesioterapia respiratoria. La cuestión gira en torno a determinar, si OSDE debe cubrir la totalidad el tratamiento de kinesiólogía respiratoria a cargo de la Lic. C., ajena a la cartilla de prestadores. La naturaleza de la enfermedad padecida, consistente en "Fibrosis quística" requiere la toma de medidas

19 www.derecho.uba.ar/.../fallos/Floreancig-Andrea-Cristina-y-otro.doc

concretas que tiendan a asegurar la efectiva recepción de una rehabilitación apropiada. El médico tratante señala que “dados los resultados alcanzados en los últimos años resulta imprescindible continuar con la kinesioterapia respiratoria que administra la Licenciada C.. La mejoría en la función respiratoria del año anterior se debe a la directa relación entre la kinesiólogía respiratoria y la capacidad pulmonar”. Resulta pues, — prima facie — lesivo al derecho a la Salud que la accionada niegue la cobertura integral de la prestación solicitada, en tanto importa desconocer el espíritu que anima la ley 24.901, y en especial lo dispuesto en su artículo 39, inc. a) que contempla la posibilidad de brindar atención a los discapacitados a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales.²⁰

6) LUPUS J.C. (en representación de su hija S.P.C) c/I.P.S.-CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SALTA-SALA III 30/06/2009., Amparo Expte N° CAM 266492/09

El Sr. J.C.C., en representación de su hija S.P.C., deduce acción de amparo contra el I.P.S., con el objeto de que se condene a la Obra Social demandada a proveer una cobertura del 100%, tanto en internación como en todos los medicamentos durante todo el lapso de tiempo que perdure la enfermedad de la paciente afiliada. Su hija comenzó con una serie de afecciones, diagnosticándose la enfermedad de lupus, esto es una patología reumática sistemática y crónica, que además de afectar a las articulaciones y a los músculos puede dañar la piel y casi todos los órganos. Sostiene que la demandada sólo cubre un 80% de los gastos de internación, y el 40% de los medicamentos según cual sea el remedio, manifestándole sus autoridades al formular la pertinente consulta por el tema que el I.P.S. elige que enfermedades cubre en su totalidad con su servicio. Afirma que el Instituto no se encuentra sujeto al contralor del Estado Nacional, no integra el Sistema del Seguro de Salud, no revistiendo por ende la categoría del Agente del Seguro de Salud, no aporta a la Administración Nacional del Seguro de Salud, ni al Fondo Solidario de Redistribución establecidos en las leyes N° 23.660 y 23.661, 24.754, y 24.455 y sus decretos reglamentarios, cuyas normativas no le son aplicables. La Corte de Justicia de Salta recientemente ha dicho que aún ante la falta de adhesión de la Provincia a la Ley 24.901, el carácter operativo de las normas de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional, tornan tales disposiciones aplicables al caso, por la jerarquía del derecho a la vida y la Salud. La no adhesión de parte de la obra social demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la

20 <http://www.infojus.gov.ar/D0014222>

realización plena de los derechos de la discapacitada a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (CJS 129: 933- 9-02-09 933 -9-02-09).

La interpretación dada por el tribunal local en cuanto a la existencia de reglamentación que determine la limitación de la cobertura de la obra social demandada, no justifica su negativa a la íntegra cobertura de las prestaciones requeridas, en orden a la plena realización de los derechos que se invocan lesionados con este accionar.

Se impone destacar que la enfermedad de lupus ha sido reconocida como una de las que habilita —bajo ciertas condiciones— la certificación de discapacidad, reglamentada por Disposición 1611/2008 del Servicio Nacional de Rehabilitación, a los fines de obtener los beneficios del Sistema de Protección Integral de Personas Discapacitadas establecido por la Ley 22.431, lo que evidencia la gravedad de la patología en base al diagnóstico realizado y el grado de compromiso de su Salud. Extremo que conlleva las consecuencias previstas por el art.2 de la Ley 24.091 en cuanto establece que “las Obras Sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas a en el art. 1^a de la Ley 23.660. tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas”.

Se ordena al I.P.S. proceda cubrir el 100% de la internación y de los medicamentos durante todo el lapso de tiempo que perdure la enfermedad, sin que ello enerve la potestad que tienen las autoridades de la Obra Social de controlar periódicamente que las prácticas y remedios que le sean prescritos sean idóneos para el tratamiento de su dolencia.²¹

7) LUPUS

L.E.S c/ CEMIC s/ AMPARO. SENTENCIA del 27 de Mayo de 2010 Las prestaciones excluidas desde el origen contractual —en la cobertura de una prepaga contratada en un sistema cerrado—, deben distinguirse de las sobrevivientes, ya que en casos límite de servicios de salud novedosos “para la supervivencia del paciente”, éstos deben atenderse aunque exceden la estricta previsión contractual, las imposiciones de la ley 24.754 o las que resulten del Programa Médico Obligatorio. La obligatoriedad de suministrar un medicamento al paciente para una concreta y eficaz preservación de su salud no debe ser desconocida arbitrariamente por la prestadora que debe proveerlo de manera ineludible y la omisión adquiere mayor gravedad si el fármaco prescrito es costoso y de difícil alcance para el común de los afiliados y no existen otros

21 justicia.salta.gov.ar/nuevo/index.php?option=com_content&view=art...

igualmente idóneos para la terapia a seguir. La evaluación del costo-beneficio no sólo debe evaluarse por el precio del medicamento sino por los eventuales daños derivados de nuevas enfermedades que se podrían contraer de no proveerlo. Desde esta perspectiva corresponde admitir la provisión del medicamento prescripto por el profesional que atiende a un paciente y que responde al estadio de la enfermedad que padece —lupus eritematoso sistémico más síndrome antifosfolípídico—, en tanto las manifestaciones de su dolencia fueron mutando y por ello evidencia una gravísima merma de plaquetas en sangre. Máxime cuando se demostró la mejoría experimentada desde su aplicación y el deterioro que padeció con su cese, circunstancia que motivó que el médico tratante prescribiera nuevamente la medicación.²²

8) MEDICACIÓN ONCOLÓGICA

Autos: “O.J. (en representación de E.S.) c/ PAMI y otro s/ Acción de Amparo DERECHO A LA SALUD Y LA VIDA. RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO Y EN TRATADOS INTERNACIONALES DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL. FALLOS CSJN.

PROVISIÓN DE MEDICAMENTO. OBRA SOCIAL SISTEMA NACIONAL DE SEGURO DE SALUD. DEBER DEL ESTADO.

La Plata, 26 de marzo de 2.009. Expte. n° 15667/09 proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín. El actor, O.J., en nombre y representación de su madre, promovió acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicio Social para Jubilados y Pensionados (PAMI) y el Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social a fin de que se le haga entrega a su progenitora, con carácter urgente, la provisión del medicamento oncológico Tarceva 150 mg por 30 comprimidos. Manifestó que sus gestiones para conseguir los medicamentos habían sido infructuosas, y que la obra social estaba desatendiendo una de sus funciones básicas, cual era el atender a la salud de sus afiliados. Se verifica que la Sra. padece cáncer de páncreas. El peligro en la demora se encuentra configurado ya que, de no ser admitida la tutela, la enferma vería vulnerado su derecho a la Salud y a su integridad física. En este contexto, cabe tener presente que la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que los requisitos antes analizados se encuentran de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro de daño y -viceversa- cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable. La sentencia se funda en resguardar el derecho a la salud y el derecho a la vida, que se encuentran receptados en nuestro derecho interno, en diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 de

22 <http://www.infojus.gov.ar/C0405824>

nuestra Constitución Nacional (artículo 12 inc. C del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 4 y 5 del Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica). El hecho de que la amparada fuera afiliada a PAMI y esta tenga la obligación directa de cubrir los gastos de tratamiento no es óbice para que de así resultar, el Estado tenga el deber de afrontar el desembolso en cuestión, sin perjuicio de que posteriormente ejercite sus derechos contra esa obra social, en su carácter de obligada principal de la prestación, máxime cuando la requirente de protección en autos necesita una cobertura amplia y continua para su afección, la que aparece recortada ante la posición asumida por la coaccionada PAMI. Por otra parte, PAMI se encuentra comprendida entre los agentes que integran el Sistema Nacional de Seguro de Salud de la Nación y, en consecuencia, su actividad se halla fiscalizada por la Superintendencia de Servicio de Salud de la Nación que depende de la apelante; organismo que a tenor de las normas legales vigentes, está obligado a disponer medidas concretas para garantizar las prestaciones a cargo de las obras sociales como autoridad de aplicación. Se rechaza el recurso de apelación interpuesto contra la resolución apelada, la que se confirma.²³

9) MEDICACIÓN ONCOLÓGICA

R.S. del C. C/ASOC. M.C.T. y otro c/Amparo. Expediente N°2183142/36.

R.S. padece un carcinoma de endometrio y promovió amparo porque, estando afiliada tanto a la Asoc.M.C.T. como al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), se verificaron diferentes demoras y negativas de dichos entes respecto de la cobertura de la enfermedad. La jueza de primera instancia justificó su decisión en el hecho de tornar más eficaz la tutela del derecho o interés lesionado en el caso.

Al hacer lugar al amparo planteado a fin de que se otorgue cobertura total de la enfermedad oncológica que padece la accionante, la jueza G.B.B.(50ª Nominación Civil y Comercial de Córdoba) detalló el mecanismo que debe implementarse, ejemplificando los porcentajes en que los gastos médicos deben ser afrontados por cada obra social a las se encuentra afiliada la paciente, pese a que ello no fue solicitado en la demanda. Si bien no fue pedido expresamente en la demanda, además dispuso la forma en que cada una de la instituciones debe proveer los medios para cubrir el tratamiento, ordenando —entre otras cosas— que los medicamentos en general y material descartable que no tengan cobertura a 100% de PAMI sean cubiertos en partes iguales por ambas demandadas, al tiempo que la internación en la clínica Reina Fabiola sea a cargo de la mutual de taxistas en 60%. En ese orden, el pronunciamiento expuso que

“en los juicios de amparo debe atenderse a la situación del momento en que se decide”, agregando que, “sobre esa base, puede ser procedente que el tribunal se aparte en alguna medida de la petición concreta, siempre que sea para mejorarla o hacerla más eficaz”, y “en tales circunstancias se ha sostenido que el Tribunal está autorizado a disponer medidas instrumentales de ejecución de la condena aún cuando éstas no hubieran sido así peticionadas por el amparista, a los fines de garantizar la efectivización de la tutela constitucional”.

A su vez, el fallo trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que informa que “atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso y en ese lapso quedaran desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere”.²⁴

10) ESCLEROSIS MÚLTIPLE

S. S. M. R. c/ OSPECON s/ amparo. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal decidió rechazar una acción de amparo presentada con el fin de obtener la cobertura de las vacunas T Linfocitarias para afrontar la enfermedad de esclerosis múltiple, debido a que dicho tratamiento se encuentra en etapa de investigación y no cuenta con la aprobación de las autoridades sanitarias. En el marco de la causa citada la parte actora apeló la resolución del juez de grado que rechazó el amparo presentado a través del cual se había solicitado la cobertura de las vacunas T Linfocitarias para afrontar la enfermedad “esclerosis múltiple”. En su recurso, la apelante se agravió al entender que debía respetarse su derecho a la salud otorgando la cobertura de la vacuna T Linfocitaria, remarcando que dicha vacuna posee un costo menor que los tratamientos habituales de la esclerosis múltiple, a la vez que cuestionó el carácter experimental del tratamiento. Los magistrados que componen la Sala I decidieron rechazar el recurso planteado por la apelante, al considerar que no había rebatido las razones científicas del dictamen del Cuerpo Médico Forense.

En tal sentido, en el fallo del 10 de julio de 2012, el tribunal determinó que la recurrente no se había hecho cargo de que el tratamiento de la esclerosis múltiple con vacuna T Linfocitaria se encuentra en etapa de investigación, no se encuentra aprobado por las autoridades sanitarias de la República Argentina y debería ser gratuito para el paciente”, así como tampoco se encuentra incluido en el

24 <http://www.comercioyjusticia.com.ar/2011/08/31/pami-y-mutual-de-taxista>

Programa Médico Obligatorio. Al confirmar la resolución apelada, la mencionada Sala destacó que debía “enfatzarse que el referido tratamiento es experimental”, dejando en claro que “en función de las pruebas producidas en la causa, se advierte que no existirían estudios concluyentes que demuestren los beneficios del tratamiento experimental con vacuna T Linfocitaria —claro está, a excepción de los informes proveídos por el médico tratante— ni que sea un tratamiento debidamente autorizado por autoridades sanitarias del país”.²⁵

11) ESCLEROSIS MÚLTIPLE

En el caso “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta”, la Corte Suprema aseguró el derecho de las personas que padecen esta enfermedad a recibir el tratamiento médico que necesitan. (Resuelto el 18/12/2003). La “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta” —constituida para proteger los derechos de las personas que padecen esa enfermedad— presentó un amparo contra una disposición del Ministerio de Salud de la Nación que interrumpía la provisión de remedios a cierta clase de estos enfermos. El organismo argumentaba que había ordenado el cese de la entrega de medicamentos porque producían serios efectos colaterales, y en ocasiones eran aplicados incorrectamente a personas que en realidad sufrían otras enfermedades. Disconforme con las decisiones judiciales que habían hecho lugar al amparo, el Ministerio de Salud llevó el caso a la Corte Suprema.

La Corte confirmó que la disposición del Ministerio violaba el derecho a la Salud de los enfermos de esclerosis múltiple. (Voto de los jueces Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez y Zaffaroni. Disidencia de Fayt por cuestiones formales).

El máximo tribunal recordó que el derecho a la salud se encuentra especialmente protegido en la Constitución. Sostuvo que presenta un aspecto individual —en tanto toda persona lo necesita para ejercer sus demás derechos y optar libremente por su propio plan de vida— y otro general, porque se relaciona con la salud colectiva. Esta última justificación es importante porque avala el carácter de incidencia colectiva del derecho a la Salud, lo que permite que el Defensor del Pueblo y las asociaciones dedicadas a la promoción de la salud puedan accionar en defensa del colectivo humano afectado. En este caso, la legitimación de la asociación posibilitó que la decisión judicial beneficiara a todos los enfermos de esclerosis múltiple que residieran en Salta.

Los jueces argumentaron que la decisión acerca de si el tratamiento era el indicado o no correspondía a los médicos, y que el Ministerio no había podido justificar por qué dejaba sin protección a quienes padecían una enfermedad discapacitante como la esclerosis múltiple, que tenía por ley el 100% de

25 comercial.abogados.com.ar/rechazan-amparo...la.../11032

cobertura en medicamentos. En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado había quitado injustificadamente la cobertura a estos enfermos, que además merecen una protección jurídica especial por su discapacidad.²⁶

12) FERTILIZACIÓN IN VITRO

“L., M.B. c/ OSPOCE INTEGRAL s/ AMPARO” (Expte. n° 5.294/2011) que tramitara ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 6 Secretaría N° 12 la señora M.B.L. de abril de 2012. Iniciando acción de amparo contra OSPOCE INTEGRAL a efectos de que se le ordene otorgar la cobertura del tratamiento de fertilización in vitro de alta complejidad. Funda su derecho en la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires y decreto 564. Detalla las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron y manifiesta que padece una obstrucción en ambas trompas y trombofilia. Agrega que la única posibilidad que quedar embarazada es con un tratamiento de fecundación in Vitro de alta complejidad.

La Obra Social del Personal del Organismo de Control Externo (OSPOCE) presenta el informe previsto en artículo 8 de la ley 16.986, solicitando que se rechace el amparo con costas. Dice que la prestación solicitada por la actora no se encuentra incluida en el PMO y que, por ello, no resultan obligatorios. Detalla los riesgos del tratamiento y sostiene que la vía legal para lograr el deseo de ser madre de la actora es la adopción. Entiende que la ley 14.208 no es compatible con la normativa federal de aplicación al sistema nacional de seguridad social. Considera que, por no ser una ley nacional no puede modificar el PMO. Considera que no se encuentra obligada a brindar a la actora la prestación solicitada y pone de relieve que los médicos y centros que llevarían adelante el tratamiento no se encuentran en su cartilla. La actora acreditó que padece una obstrucción en ambas trompas y trombofilia, que determina que la fertilización y utilización de heparina, sea la propuesta terapéutica adecuada para que puedan lograr un embarazo. En los considerandos se señala que los progresos de la medicina moderna conllevan logros espectaculares, pero enfrentan también a los operadores del derecho con situaciones inéditas que cuestionan las categorías jurídicas elaboradas por la dogmática y promueven su revisión mediante soluciones actualizadas. A la zaga de los problemas emergentes de la casuística cotidiana, las disposiciones normativas no resultan suficientes. El activismo judicial se alza entonces como generador de respuestas tendientes a garantizar el acceso a los derechos fundamentales. En ese desafío social, aparece una clara tarea inherente a los jueces, cual es por un lado la de asegurar el control de las leyes que dicta el Congreso y por otro lidiar con los diversos supuestos traídos a su jurisdicción. Así, es propio de la función judicial la búsqueda de soluciones justas y

26 www.derecho.uba.ar/.../fallos/Asociacion-de-Esclerosis-Multiple-de-S

adecuadas para la adjudicación de los derechos (véase CSJN Fallos: 263-453). Es oportuno recordar que la reforma constitucional de 1994 el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. En efecto, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la Salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. En el mismo sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. A su vez, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los Estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En procura de la consecución de los mismos fines, el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, establece —en cuanto aquí resulta pertinente— entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. En el orden local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral (art. 20). En este ámbito, la obligación de los Estados que resulta de los tratados internacionales —en tanto, claro está, no esté en riesgo la vida de las personas— es de dar efectividad a los derechos económicos y sociales con progresividad y sin retrocesos. Lo particular de esta materia es que ni la ley 23.660 (sistema de obras sociales), ni la ley 23.661 (seguro de salud), ni los decretos reglamentarios, ni la ley 25.673 (programa nacional de salud sexual y procreación responsable), así como tampoco el PMO (Resolución 210/02 del Ministerio de Salud, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 1991/05 del mismo Ministerio) —que han sido citados en este expediente— llegan a imponer a los agentes del seguro de salud la obligación de prestaciones asistenciales referidas a la reproducción asistida. También es pertinente destacar que del art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no se desprende directamente la obligación de cobertura de tratamientos de fertilización asistida, toda vez que se refiere a la necesidad de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica, inclusive a los de planificación

familiar (inc. 1) y los relacionados con el embarazo, el parto y el período posterior (inc. 2). 5.- Corresponde señalar que (OMS). Asimismo, se reconoce la cobertura integral de las prácticas médicas a través de técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización, conforme lo normado en la presente y su reglamentación (art. 1º). A fin de determinar si se cumplen en la especie los requisitos exigidos en dicha norma (artículos 4 y 6) para acceder a la cobertura objeto de autos, cabe tener en cuenta que que no está cuestionado que la actora reside en la Provincia de Buenos Aires desde hace muchos años (cfr. documento de fs. 7 y constancias de fs. 5/6) ni la actuación de la demandada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. En tales condiciones, la demandada no puede sustraerse a la aplicación de la ley 14.208, cuya constitucionalidad no ha sido discutida, con la sola invocación de su carácter “nacional” (CNCCFed, Sala 1 en las causas n° 9.437/08 del 24/05/11 y 8.617/08 del 31/05/11 y Sala 2 en la causa n° 11.482/09 del 24/08/11). El artículo 6 de la ley 14.208 ha sido recientemente reglamentado por el decreto 564/11 —publicado en el B.O. del 08/06/11— que modifica el anexo único del decreto 2980/10 —publicado en el B.O. 26.507 del 3 y 4 de enero de 2011— y dispone que “Las obras sociales y entidades de medicina prepaga con actuación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires brindarán a sus afiliados la cobertura de las prestaciones previstas en el artículo 1 de la ley 14.208 con el alcance establecido en el artículo 5 de la presente reglamentación”, que a su vez remite al artículo 4, que determina los requisitos para acceder a dichas prestaciones (cfr. Anexo único del decreto 2980/10). Allí se establece que accederán a los tratamientos de fertilización asistida aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los treinta y los cuarenta años, requisito que se verifica en la especie. También corresponde considerar las limitaciones establecidas en el primer párrafo del artículo 4 del Anexo único del decreto 2980/10, cuya constitucionalidad no ha sido debatida por la actora puesto que allí se dispone —en lo pertinente— que “se brindara la posibilidad de un tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos”. Consecuentemente, con este alcance corresponde hacer lugar a la presente acción. Se hace lugar a la demanda interpuesta por la señora M.B.L. contra OSPOCE condenándola a otorgar la cobertura médica al 100 % de la prestación de fertilización in vitro de alta complejidad, cuya cobertura deberá extenderse a todo el tratamiento completo (prestación médica, honorarios y medicamentos), con la limitación establecida en el primer párrafo del artículo 4 del Anexo único del decreto 2980/10.²⁷

13) MIELOMA MÚLTIPLE

G.J. c/ UNION PERSONAL y otro s/ AMPARO”. Expediente N° 12.137 Cámara de Apelaciones de Mar del Plata. 05/05/2010 Excm. Cámara Federal de

27 www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=fertilizacionmbl.pdf

Apelaciones de Mar del Plata Expediente N° 12.137 proveniente del Juzgado Federal N° 4, Secretaria N° 3 de esta ciudad (Expediente N° 47.127).

En virtud del recurso de apelación incoado por la representante letrada del Estado Nacional –Ministerio de Salud de la Nación contra la sentencia dictada por medio de la cual el Sr. Juez aquo acogió la acción de amparo promovida por Josefa Alicia Giangioffe contra la Obra Social Unión Personal Civil de la Nación, en su carácter de obligada principal y en forma subsidiaria contra el Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación–, reordenando por ello en consecuencia a la antedicha obra social que proceda a otorgar a la amparista la cobertura total en un 100% los gastos de medicación, así como toda otra erogación que pueda generarse en pos de la adquisición del medicamento, ello mientras dure el tratamiento y la prescripción que así lo indique, bajo expreso apercibimiento de ley, con costas.-

Los agravios del recurso están dirigidos a cuestionar esencialmente la condena subsidiaria del Estado Nacional. Sostiene el apelante que el incumplimiento de la obra social demandada debería determinar la procedencia de la acción de amparo exclusivamente contra a Unión Personal y que la obra social codemandada funciona con individualidad jurídica, financiera y administrativa, es decir, como organismo autárquico. Expresa en los agravios que se debió endilgar el incumplimiento denunciado en autos a Unión Personal, en forma exclusiva, y no hacer extensiva la responsabilidad, en un mismo rango o parangón, al Ministerio de Salud; Entiende que tampoco puede sostenerse la existencia de una responsabilidad subsidiaria del Estado-Ministerio, pues el principio de subsidiariedad del Estado es operativo solo en los casos en que los afectados carecieren de cobertura de obra social, situación que alega que no se produce en autos. Se señala en el fallo que no es al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación sino a Unión Personal a quien le compete la obligación primaria de proveer a la cobertura de las prestaciones aquí requeridas (cobertura del 100% del costo de todos los gastos de medicación que genere el tratamiento de la patología que presenta la accionante).

Como garante del sistema de Salud el Estado tiene una responsabilidad subsidiaria en la cuestión, de manera que si la obra social demandada no brindara una adecuada atención a sus beneficiarios –como en este caso–, el Estado Nacional no podría desentenderse de su deber de suplir tal déficit con acciones positivas encaminadas a brindar la prestación retaceada. Es que la Salud es un asunto público, relacionado incluso con el derecho a la vida, y es precisamente por ello que el Estado debe mantener el equilibrio en sus acciones a fin de que la mayor cantidad de población posible –sobre todo las personas carentes de recursos y sin cobertura, que se encuentran en situación más vulnerable frente a la enfermedad– cuenten con un servicio de salud adecuado.-

En el mismo orden de ideas, considero que el análisis de las circunstancias de cada caso en concreto son esenciales para determinar si el Estado debe subsidiariamente asumir obligaciones en principio en cabeza de una obra social. En el caso, nos encontramos ante un amparo promovido por una persona de 66 años de edad afiliada a Unión Personal (fs. 3) que —de acuerdo a los informes y certificados médicos agregados al expediente— padece mieloma múltiple, o lo que es lo mismo, cáncer en la médula ósea (ver fs. 25/27). Debido a dichas patologías la médico especialista en hematología que la atiende le indicó, como tratamiento, comenzar con el suministro de la droga denominada Lenalidomida (ver fs. 25/27 y 35). Por último, no debe perderse de vista el elevado costo del medicamento requerido para el tratamiento al que debe someterse la amparista.

En este marco, si Unión Personal no brindara adecuado cumplimiento a la obligación puesta primariamente a su cargo, el Estado Nacional no podría desentenderse de su deber de suplir tal déficit con acciones positivas encaminadas a brindar la prestación retaceada.-

La responsabilidad del Estado Nacional – Ministerio de Salud de la Nación es, pues, subsidiaria en el caso, no quedando liberada la obra social codemandada del cumplimiento de las referidas prestaciones, como obligado primario o principal.

El temperamento expuesto es el que viene sosteniendo la misma Cámara desde los autos “S.C.R. c/ INSSJyP y Otro s/ Amparo” y “R.Z. c/ INSSJyP y Otro s/ Amparo”. En ocasión de dictar sentencia en estos precedentes, se planteó como interrogante si en aquellos casos en los que el amparista acciona contra el I. N.S. S. J. y P. y el Estado Nacional, y el Juez condena a la obra social a proveer los medicamentos con un 100% de cobertura, cabe la condena subsidiaria del Estado Nacional. Cuestión que fue resuelta por la subsidiariedad del Estado en virtud de su carácter de garante del sistema de salud y por los fundamentos señalados supra. Es menester dejar a salvo que si bien en los precedentes citados se había accionado en contra del INSSJyP, el temperamento adoptado en ellos resulta aplicable al presente por la estrecha similitud de la cuestión planteada. Se confirma la sentencia en todo y en cuanto hubiere sido objeto de apelación y agravios, con costas de Alzada al apelante vencido (art. 14 Ley 16.986).-²⁸

AMPARO Y JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN AMÉRICA LATINA

El derecho a la Salud, el recurso de amparo y la salvaguarda constitucional se encuentran expresados en algunas cartas magnas de países de América Latina.²⁹

²⁸ <http://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>

²⁹ <http://www.iadb.org/es/temas/salud/publicaciones,6570.html> .Cubillos- Zurriago Leonardo, Presentación desarrollada para la Webinar del BID 27 de Septiembre de 2012.

País	Derecho a la Salud	Recurso de amparo	Tribunal Constitucional o Sala Constitucional	Año de la Constitución
ARGENTINA	ARTS. 41 y 42	ART.43	CSJN	1994
URUGUAY	DERIVADO de los ARTS. 7, 44 y 72	ART.332	SI	1997
BRASIL	ARTS. 6, 196 y 197	ART.5	SI	1988
CHILE	ART.19 N° 9	ART.20	SI	1980
PERÚ	ARTS. 7, 9, 10 y 11	ART.200	SI	1993
COLOMBIA	ARTS. 48, 49 y 50	ART.86	SI	1991
COSTA RICA	ARTS. 21, 46, 50, 73 y 74	ART.48	SI	1949

En el Segundo Encuentro Regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, realizado entre el 4 y 6 de diciembre de 2011, los países expusieron sus posturas.

1) URUGUAY

Caracterización del sistema de Salud del Uruguay. La reforma del sistema sanitario uruguayo de 2005 creó el Sistema Nacional Integrado de Salud que tiene como principios fundamentales: universalidad, solidaridad, participación de la sociedad civil y articulación público-privada. El sistema reconoce tres grupos de usuarios: aquellos cuya financiación está a cargo del Seguro Nacional de Salud y con los fondos del FONASA; los usuarios que financian su asistencia médica en forma particular; los beneficiarios de asistencia gratuita o casi-gratuita que brinda el Estado. La estructura asistencial del sistema, se integra con instituciones —públicas y privadas— de cobertura integral de tres tipos A) las instituciones privadas de asistencia médica colectivizada y sin fin de lucro; B) las instituciones privadas de asistencia médica particular con fin de lucro (Seguros Privados) y C); la institución pública principal de asistencia médica del Estado (ASSE - Servicio Descentralizado). También participa del sistema el Fondo Nacional de Recursos, que es una persona pública no estatal y que tiene como objeto financiar prestaciones de alta tecnología y medicamentos de alto costo.

Marco constitucional del derecho a la Salud. La Constitución uruguaya no hace referencia expresa al “derecho a la Salud”, sin embargo, la doctrina y la

jurisprudencia nacional reconocen la existencia de un derecho fundamental a la salud derivado de los derechos a la vida y a la dignidad humana, planteándose las discrepancias en cuanto al alcance de dicho derecho y, en especial, si comprende el derecho subjetivo a recibir determinadas prestaciones asistenciales en concreto.

La reclamación judicial de medicamentos y otras prestaciones médicas comienza a desarrollarse en Uruguay a comienzos de la década del 2000, siendo aún pocos los casos planteados. Ello se debe, entre otras razones, al alcance relativamente amplio de los medicamentos y prestaciones priorizadas, a las limitaciones que impone la legislación procesal sobre amparo y al criterio generalmente ponderado de los jueces. La mayoría de las acciones entabladas reclaman el suministro de fármacos de alto costo para el tratamiento de la esclerosis múltiple o enfermedades oncológicas. Se detecta en los últimos años, un crecimiento de la cantidad de demandas planteadas y una mayor flexibilidad judicial en la valoración de los requisitos legales del proceso de amparo y si bien el tema ha cobrado una significativa trascendencia a nivel de medios de comunicación, se estima que los casos en que han planteado acciones con dicho propósito y que han culminado en sentencias, no superarían la centena, la mayor parte de los cuales se han dado en los últimos tres años.

Priorización de la lista de medicamentos en Uruguay. Conforme a la ley, el Ministerio de Salud Pública determinará taxativamente las prestaciones que deberán incluir. En cuanto a los criterios de actualización, la ley establece que deberá considerarse la evidencia científica, la realidad demográfica y epidemiológica de la población y el estudio de costos. El Formulario Terapéutico de Medicamentos tiene cuatro listados taxativos de prestaciones, de los cuales las instituciones están obligadas a cubrir los medicamentos incluidos en los Anexos I y IV. En el caso de los medicamentos del Anexo II, se deberán brindar por las instituciones a partir de lo que establezcan los Protocolos del MSP sobre dichos medicamentos y se defina la forma de financiación nacional de los mismos. En el caso de los medicamentos del Anexo III, se brindarán bajo la cobertura financiera del Fondo Nacional de Recursos y sujetos a los protocolos, guías y reglamentaciones que éste apruebe. La cobertura en medicamentos a través del financiamiento del FNR es reciente, siendo incorporada por una ley de diciembre 2005.

Efectivo acceso a los protocolos clínicos - Uso de la auditoría externa en el Fondo Nacional de Recursos. Uno de los grandes cuestionamientos que la judicialización hace en algunos países es que los planes de beneficio no cobran vigencia más allá de la norma. Es decir, en muchas ocasiones no se traducen en un efectivo acceso para la población y, en consecuencia, se deben interponer recursos de amparo para lograr que el juez levante esas barreras de acceso. La experiencia del Fondo Nacional de Recursos, entidad encargada

de suministrar tratamientos y medicamentos especializados y de alto costo, muestra como el FNR se asegura de definir explícitamente lo que va a entregar y hacer seguimiento y auditoría externa al proceso.

El primer paso es normatizar las coberturas. Esto incluye la definición explícita de lo que se cubre y el establecimiento de protocolos clínicos para cada caso. Las normativas del FNR son basadas en la evidencia científica y son de conocimiento público. Contienen el listado explícito de las situaciones clínicas incluidas y excluidas en cada patología o medicamento, y los requisitos para acceder a las mismas. Incluyen requerimientos asistenciales que benefician el manejo integral de la patología. Se establecen criterios para que la inversión en el paciente sea efectiva y tenga los mejores resultados en salud. Se pide consentimiento, historia clínica y estudios de medicamentos para ratificar que el medicamento si le sirve al paciente y que la patología esté en el protocolo, previsto por el FNR. Las normativas son revisadas periódicamente y auditadas con el fin de garantizar su cumplimiento y los ajustes requeridos. La referida auditoría se efectúa por organismos consultores especializados e independientes del FNR y se integra por dos tipos de procesos. Uno que incluye la valoración de los protocolos mismos contrastándolos con la evidencia científica internacional. Otro que realiza el control de la adecuada aplicación del protocolo general a los casos de pedidos específicos de cobertura. Esto último se lleva a cabo mediante el análisis de un grupo de resoluciones escogidas al azar, en las que se autoriza o rechaza el pedido formulado y se ve si esto se corresponde con el protocolo que el FNR aprobó oportunamente o existe alguna desviación.

2) CHILE

Caracterización del sistema de Salud de Chile. El modelo de Salud chileno es mixto. Existe un sistema de Salud general compuesto por dos sub-sistemas, uno público y uno privado, que funcionan bajo lógicas diferentes. El primero es de carácter solidario y redistributivo, e individual y bajo una lógica general de seguros. La Constitución Política expresa que las prestaciones de salud pueden ser otorgadas por entidades públicas o privadas, y consagra la libertad de las personas para elegir el sistema de salud que deseen, sea público o privado. En la estructura del Sistema, está el Ministerio de Salud, que le corresponde formular, fijar y controlar las políticas de salud; las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud que desconcentran administrativa y territorialmente el Ministerio; el Fondo Nacional de Salud, entidad de aseguramiento público que recauda, administra y distribuye los recursos del Estado en salud, la administradora privada y las Instituciones de Salud Previsional - ISAPRE. En el Sub-sistema público de salud radica el imperativo constitucional de realizar el derecho a la protección de la salud. Los establecimientos asistenciales del

Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas fijadas a este efecto. El sub-sistema privado de Salud diferencia entre prestadores y seguros.

Marco constitucional del derecho a la Salud. La Constitución Política consagra el derecho a la protección de la salud en el numeral 9° del artículo 19. Establece el derecho a la protección de la salud y no el derecho a la salud, debido a que el constituyente originario partió de la premisa que el Estado no está en condiciones de garantizar el pleno otorgamiento de los contenidos de la salud, y la plena ausencia de enfermedades, por lo que se obliga a realizar acciones de tutela pero limitada a sus posibilidades.

Dimensión de la tutela judicial del derecho a la Salud. La tutela jurisprudencial a nivel constitucional en el sub-sistema público no se ha instituido como un problema de judicialización, sino de «tutela por excepción». Las acciones en pro del amparo del derecho a la protección de la salud, principalmente en los Tribunales Superiores de Justicia, se han dado en un marco de casos muy puntuales y concretos, que, frente a determinadas acciones u omisiones vulneradoras del derecho de las entidades estatales, se han impetrado solicitudes de protección. Los casos de justicia constitucional con relación al sistema público han estado radicados en los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose recurrido, aún, ante el Tribunal Constitucional. El sub-sistema privado ha sido objeto de una judicialización en los últimos 5 o 7 años. ISAPRE se ha enfrentado a la radicación en sede judicial de los reajustes de los planes. La judicialización de la salud privada se ha dado en el reajuste anual y en lo relacionado con el alza por la tabla de factores.

Priorización de la lista de medicamentos en Chile. La Ley 19.966, de 2004 profundiza el derecho a la salud desde el ángulo de las prestaciones de Salud, en conformidad a los nuevos desafíos sanitarios. La reforma sanitaria creó un Régimen General de Garantías en Salud, el cual contiene un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud con Garantías Explícitas en Salud en materia de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera, elaboradas por el Ministerio de Salud. Las GES son revisadas y modificadas cada tres años. Son las mismas para los beneficiarios del sistema público y privado de salud, estando obligados a asegurar su otorgamiento el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional.

En el subsistema público, las sentencias revelan una germinación de una posición pro tutela de las Cortes de Apelaciones, y en algunos casos, de la propia Corte Suprema, la cual ha obligado a la autoridad sanitaria acceder a determinados medicamentos. En el subsistema privado la judicialización se observa en el reajuste anual de los planes de Salud y en lo relacionado por el alza del plan debido a la aplicación de tablas de factores por riesgo (sexo y edad principalmente).

3) BRASIL

Caracterización del sistema de Salud de Brasil. Es una red compleja de diversos componentes. Un mix público-privado. Según datos de la OMS, en 2010, el Sistema Único de Salud (SUS) tenía 190 millones de afiliados con un financiamiento de R\$ 71 billones por año. El SUS opera desde el Ministerio de Salud a nivel federal, las secretarías estatales a nivel de las 27 unidades federadas y las secretarías municipales a nivel de los 5.564 municipios. El Sistema Complementario de Salud tiene 40 millones de adherentes con un financiamiento de R\$ 98 billones por año. Los actores de este sistema son los operadores, los empleadores y las autoridades que son la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria y la Agencia Nacional de Salud Complementaria. Están también los proveedores (de medicamentos, materiales y equipos) y más abajo, los distribuidores y desde allí, las droguerías, los prestadores de servicios (médicos, clínicas, laboratorios y hospitales) y el usuario que está usando los servicios ofrecidos, en ambos sistemas se tiene cobertura en el SUS y complementaria.

Marco constitucional del derecho a la Salud. Artículo. 196 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988: la salud es un derecho de todos y un deber del Estado. Los artículos 197 y 198 complementan las características del acceso al derecho de Salud en Brasil.

Dimensión de la demanda judicial del derecho a la Salud. En la última década, el derecho a la Salud ha sido la base de un creciente número de demandas en los tribunales brasileños, a nivel federal, estatal y municipal. Más de 60 mil brasileños se vieron obligados a acudir a la justicia para garantizar el acceso a diferentes medicamentos, en general, de alto costo. Estas órdenes judiciales son de aplicación inmediata y requieren recursos considerables.

Priorización de la lista de medicamentos en Brasil. Se han establecido las siguientes directivas: utilización de evidencia científica para apoyar la gestión mediante Evaluación de Tecnologías Sanitarias (ETS), mejoramiento del proceso de incorporación de tecnologías, racionalización del uso de tecnologías, apoyo para el fortalecimiento de la educación y la investigación en gestión de tecnologías sanitarias, sistematización y difusión de información, fortalecimiento de las estructuras del gobierno, y articulación político-institucional e intersectorial. Para la consolidación de la política de gestión de tecnologías sanitarias para el SUS, el Ministerio de Salud está desarrollando las siguientes acciones.

Banco de datos sobre la judicialización de la Salud pública - Minas Gerais. El Estado de Minas Gerais carecía, como sucede en algunas entidades del Ejecutivo de América Latina, de datos confiables sobre Judicialización. Con el fin de atender la situación e informar una adecuada toma de decisiones, la Secretaría de Salud de Minas Gerais en conjunto con la Universidad Federal de Minas Gerais impulsan hoy un banco de datos sobre judicialización en

Salud. El objetivo ha sido realizar un estudio de campo sobre todos los procesos judiciales en contra de la Secretaría de Salud por acciones y servicios de atención en Salud. Con la información se forma un registro de datos electrónicos que alimenta el módulo de gestión de las demandas judiciales del Sistema Integrado de Gestión de la Atención Farmacéutica

El banco tiene datos sobre procesos activos desde 1999 hasta 2009 relacionados por ejemplo con el perfil socioeconómico y demográfico de los demandantes, descripción de las demandas, análisis de los medicamentos demandados de acuerdo con su uso terapéutico principal, identificación de los medicamentos por fabricante y tipo de registro, entre otros aspectos. Este banco ha empezado a producir los primeros resultados que muestran el detalle del estado de la Judicialización en Salud en Minas Gerais.

4) PERÚ

En el Perú, la litigiosidad con respecto a la Salud es reducida, por lo que no existen montos estimados sobre su judicialización. El Tribunal Constitucional ha conocido un promedio de 30 casos relacionados directa o indirectamente con el contenido del derecho a la salud o del derecho a la salud mental. Sin embargo, esto no ha sido óbice para que su tutela sea mínima; por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha concretizado su naturaleza, contenido, obligaciones y límites, así como el test que debe emplearse para resolver un eventual conflicto con otros derechos, principios o bienes constitucionales. Los casos más frecuentes son: Continuación de tratamiento médico en el caso de pacientes con VIH/sida. Continuación de tratamiento médico intramural en el caso de pacientes con enfermedades mentales que son dados de alta. Condiciones de tratamiento médico en el caso de pacientes internados. Acceso a prestaciones médicas suspendidas por entidades privadas. Acceso a determinado medicamento.

5) COLOMBIA

La dimensión de la tutela judicial es la mayor de América Latina. En 2008, las tutelas en Salud alcanzaron un pico histórico de 150 mil. Recientemente han caído por debajo de 100 mil, pero siguen representando casi una cuarta parte del total de tutelas presentadas. Las tutelas más comunes son por medicamentos (oncología y neurología) y prótesis.

Priorización de la lista de medicamentos en Colombia. En Colombia el principal instrumento de acceso al derecho a la Salud es el Plan Obligatorio de Salud (POS) que es el listado de medicamentos, procedimientos y servicios a los que tiene derecho la población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia. La Comisión de Regulación en Salud es la autoridad encargada de definir los contenidos del Plan Obligatorio de Salud-POS

Por Ley, la actualización de los contenidos del POS debe hacerse teniendo en cuenta los estudios de carga de enfermedad, el perfil epidemiológico y la capacidad financiera del Sistema.

Grupo de apoyo especializado para el seguimiento a la implementación de la Sentencia T 760 de 2008 de la Corte Constitucional.

La Sentencia de amparo T760 del 2008 de la Corte Constitucional de Colombia fue elaborada mediante una técnica jurídica de acumulación masiva de casos y detecta veinte problemas estructurales del sistema de Salud colombiano. Esta Sentencia establece órdenes específicas para el Ejecutivo así como cronogramas para su cumplimiento. La legitimidad del diagnóstico de la Corte es muy importante, tanto que se puede decir que el legislador y el ejecutivo empezaron a ver la salida de los problemas del sistema de salud a partir del diagnóstico que hizo la Corte. Atendiendo la complejidad de las órdenes y de las posibles soluciones, los Autos 120 y 147 de 2011 de la Corte Constitucional conforman el Grupo de Apoyo Especializado para el análisis de documentos técnicos y establecimiento de indicadores en el seguimiento de la Sentencia. Invita a instituciones académicas, organismos especializados, ONGs, y gremios del sector, en calidad de “Peritos Constitucionales Voluntarios”, para que presten su colaboración en el estudio de la documentación entregada por las entidades de gobierno en cumplimiento de los mandatos constitucionales. Establece las reglas y criterios de funcionamiento del grupo de apoyo, e invita a los organismos de control, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo a hacer parte de proceso. De forma adicional, le pide al Ejecutivo que nombre interlocutores que lo representen en las sesiones con los peritos voluntarios. El Grupo de Apoyo especializado trabaja en cuatro grupos que revisan de forma particular las distintas órdenes de la Sentencia T760. La Corte Constitucional mantiene su autonomía en las determinaciones, por lo que los conceptos que emiten los citados peritos son objeto de valoración y examen minucioso e independiente por parte de la Sala Especial de Seguimiento en Salud.

6) COSTA RICA

Corresponde a una jurisdicción constitucional concentrada y especializada la protección del derecho fundamental a la salud, especialmente mediante la vía del Recurso de Amparo. Muchas veces se protege este derecho mediante el Habeas Corpus e incluso, aunque de forma indirecta, mediante la Acción de inconstitucionalidad. La Sala Constitucional resuelve más de 19 mil casos anuales, 19.600 en el 2010. 92% de esos casos, corresponde a Recursos de Amparo. En la mayoría de los casos, la Sala Constitucional ha admitido las pretensiones de los recurrentes. El impacto de la jurisprudencia constitucional en la partida presupuestaria específica para medicamentos asciende a 10% anual.

Sistema de seguimiento al cumplimiento de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional de Costa Rica. Buscando dar continuidad a las acciones desarrolladas por los Jueces en el sentido de que su papel no termina cuando se expide la Sentencia, sino que es importante verificar su cumplimiento, la Presidencia de la Sala Constitucional y el Programa del Estado de la Nación, bajo la dirección y responsabilidad del Centro de Jurisprudencia Constitucional de la Sala, pusieron en operación en 2010 un sistema cuantitativo y electrónico de seguimiento de sentencias. El nuevo sistema tiene tres componentes básicos: 1) un protocolo de seguimiento de casos, 2) una base de datos y 3) un sistema de reportes al magistrado ponente del asunto. En lo que atañe al seguimiento de sentencias en los amparos de Salud, la Caja Costarricense del Seguro Social es una entidad que tiene un alto grado de cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional. En general, el cumplimiento de los amparos que tienen una orden expresa ha sido muy efectivo. Al respecto, de octubre 2009 a noviembre 2011, sobre 1033 amparos declarados en salud, hubo seguimiento para 792. Casi todos fueron cumplidos. El desafío del sistema es lograr, en el mediano plazo, un cumplimiento de las sentencias en materia de salud cercano al 100% dado el bien jurídico que está en juego.³⁰

Como dato estadístico se menciona lo expuesto en un artículo del año 2012 publicado en la página web de la Universidad de Montevideo: “aunque la magnitud de los problemas en el área de prestaciones médicas no es del todo clara, es un problema que va en aumento en toda América Latina. Alrededor del 79% de los reclamos que se realizan tienen que ver con no haber recibido un servicio que el estado se comprometió a brindar, y en alrededor del 85% de los casos se falla a favor del demandante.”³¹

PROPUESTAS ALTERNATIVAS

Seguro Universal de Enfermedades Catastróficas

En un libro de Federico Tobar y Esteban Lifstchitz (2011) se ha propuesto implantar un seguro universal que garantice cuidados adecuados e iguales en realidad, resolutivez y oportunidad frente a las enfermedades catastróficas a todos los argentinos. Se entiende por catastróficas a una pocas patologías (alrededor de 60 entre las más de 4.000 identificadas) que registran pocos casos pero requieren tratamientos muy costosos. Se les denomina catastróficas por su impacto económico para quienes las financian.

³⁰ Segundo encuentro regional sobre derecho a la salud y sistemas de salud Buenos Aires, Argentina Diciembre 4- 6 de 2011- Sistema de Salud de Costa Rica y mecanismos de judicialización de la salud.

³¹ http://www.um.edu.uy/cienciasbiomedicas/noticias/2047_La-judicializacion-de-prestaciones-de-salud-un-tema-de-creciente-actualidad

El seguro sería un sistema solidario cuya misión consistiría en consolidar el derecho universal a los cuidados adecuados frente a las enfermedades catastróficas. Todos los argentinos que padezcan estas enfermedades recibirán la asistencia y tratamiento acordes al estadio de la misma, de forma independiente a su nivel de ingreso y lugar de residencia. Para alcanzar su misión el seguro dispondría de autonomía, de fondos estables y administra riesgos.

Un seguro para todos los argentinos no solo extendería la protección social en Salud frente a los riesgos catastróficos sino que también resultaría más sostenible por reunir el pool de riesgo adecuado. El mismo se conformaría como un Ente Público No Estatal, administrado de forma autárquica por una estructura profesional estable y presidido por una Junta integrada por siete miembros: un representante del Ministerio de Salud de la Nación (quien la preside), un representante del Consejo Federal de Salud, un representante de las Obras Sociales Nacionales, un representante de las Obras Sociales Provinciales, un representante de las Empresas de Medicina Prepaga, un representante de los prestadores privados y un representante de los usuarios. Los miembros de la Junta directiva serán nombrados por el Congreso Nacional, su mandato será de cuatro años y no se corresponderá íntegramente con los mandatos de la presidencia del Poder Ejecutivo Nacional.

El Seguro conformará un fondo fiduciario integrado por aportes sobre una base capitada homogénea proveniente de diferentes fuentes: a) Tesoro Nacional, para sustentar la cobertura de los beneficiarios cautivos del subsector público, b) Obras Sociales Nacionales (incluyendo el INSJJP), que será debitada del Fondo de Redistribución y del actual presupuesto de la APE, c) Recursos de las Obras Sociales Provinciales para brindar cobertura a sus beneficiarios, d) aportes de las empresas de medicina prepaga, sobre la base de su nómina de beneficiarios. Esto permitirá generar un padrón único de beneficiarios de salud que identificará quién es el financiador de cada ciudadana y ciudadano argentino.

¿Cómo administra los riesgos el Seguro Nacional de Enfermedades Catastróficas? Hay cinco hipótesis de intervención que permitirán al seguro lograr una respuesta adecuada:

1) Generando Economías de escala: El seguro se constituirá en el único comprador (monopsonio) de un conjunto de servicios, pero fundamentalmente de bienes tecnológicos. Las tres cuartas partes de los gastos catastróficos son en medicamentos (en su mayoría biotecnológicos). Las compras se realizarán por Licitación Pública esto permitirá obtener importantes economías sobre los gastos actuales (Brasil, por ejemplo, logra un ahorro del orden del 23,7% comprando estos medicamentos de forma centralizada).

2) Protocolizando tratamientos. Todos los pacientes serán incorporados en un protocolo de atención bajo estricto control. De esta manera, todos los

Argentinos que padezcan la misma enfermedad catastrófica tendrán idéntica respuesta en términos de diagnóstico y tratamiento. El Seguro dispondrá de una comisión de efectividad clínica que evaluará la inclusión de tecnologías y diseñará y validará protocolos de atención a partir de la medicina basada en la evidencia. Sus decisiones tendrán carácter normativo. Esto además de generar igualdad en la respuesta reducirá los requerimientos de cobertura por vía judicial.

3) Acreditando prestadores: El SENEC definirá no solo cómo sino también quien puede tratar las enfermedades cubiertas sea este un prestador público o privado.

4) Gradualidad. Incorporar de forma progresiva protecciones frente a más enfermedades permite controlar los costos y garantizar la sostenibilidad financiera. A medida que la cobertura de enfermedades se expanda, las prestaciones involucradas serán excluidas del Programa Médico Obligatorio (PMO), puesto que se habrá conquistado la implantación de líneas de cuidados homogéneos y universales a través del seguro.

Como consecuencia de este conjunto de medidas complementarias se lograrían tres conquistas relevantes para la respuesta social frente a enfermedades catastróficas. En primer lugar, se incorporarían herramientas para controlar el gasto. En segundo lugar, se incorporarían herramientas para controlar la variabilidad de la práctica clínica. En tercer lugar, como consecuencia de las anteriores, la población argentina tendría acceso igualitario a prestaciones de calidad y efectividad homogénea y controlada frente a los problemas de salud que generan mayor impacto económico.³²

Propuesta 1310/12 SSSALUD

Recientemente prestigiosos expertos han presentado una propuesta ante la Superintendencia de Servicios de Salud de acuerdo a la convocatoria planteada por la Resolución 1310/12 SSSALUD. En este documento se propone un Seguro Universal de Enfermedades Catastróficas. Se adjunta como anexo a la presente.

Pacto Argentino para la Inclusión en Salud (PAIS)

En octubre de 2012, se ha presentado un documento suscripto por destacados referentes en Salud de nuestro país, ante el Ministerio de Salud mediante el cual se convoca a un “Pacto Argentino para la Inclusión en Salud - Una propuesta para re (organizar) la cobertura y transformar la forma de construir salud en la Argentina”.

³² Tobar, Federico & Lifstchitz, Esteban (2011). Modelo Argentino de Salud. Buenos Aires. Maestría en Administración de Sistemas y Servicios de Salud. Facultad de Medicina, UBA – Fundación Sanatorio Güemes.

El documento consta de cuatro ejes en los cuales se efectúan 13 propuestas. Algunos postulados enunciados responderían a la problemática planteada en la presente tesis. La propuesta respalda la necesidad de la creación de un Seguro Universal para la cobertura de enfermedades catastróficas, como así también la de garantizar el acceso a cuidados homogéneos de calidad a todos los habitantes del país y jerarquizar problemas de salud para cada etapa del ciclo de vida, mediante protecciones de salud expresadas en líneas de cuidados, y garantizadas a través de un nuevo Programa Médico Obligatorio. La nueva versión del programa no se limitaría a enunciar un elenco de prestaciones sino que avanzaría en la definición de protocolos de atención. De este modo, se comenzaría a brindar un verdadero programa de cuidados a ser garantizado a toda la población. El nuevo PMO contaría con mecanismos de actualización previamente establecidos y consensuados y debería tener vigencia universal, tanto para beneficiarios de obras sociales y prepagas (PAMI, obras sociales nacionales y provinciales, mutuales, etc.) como para aquellos cuya cobertura es responsabilidad del subsector público. Propone también entre otras cosas un protagonismo creciente del Estado, mediante la configuración de una nueva relación Nación - Provincias, que fortalezca la rectoría de la Nación y al Consejo Federal de Salud (COFESA) como espacio principal de coordinación, como así también la creación de una agencia regulatoria de Salud integrada.³³

33 Pacto Argentino por la Inclusión en Salud (PAIS). Una propuesta para (re) organizar la cobertura y transformar la forma de construir salud en la Argentina. Buenos Aires. 12 de septiembre de 2012. Versión Mimeografiada.

DISCUSIÓN

La judicialización de la Salud en nuestro país se puede considerar un problema, dado que si bien no existe una estadística judicial fehaciente, las demandas y los amparos contra el sistema sanitario se calcula que crecen al 10 por ciento anual. El reconocimiento del problema se extiende a numerosos países de América Latina y en alrededor del 85% de los casos se falla a favor del demandante. En la Argentina, al no haber estadísticas judiciales, no es posible dimensionar su real impacto sobre el sistema, ya que la información corresponde generalmente a los agentes que se encuentran regulados bajo las Leyes 23.660 y 23.661 y no a la totalidad de los sectores. La Res.075/98 SSSALUD o reclamo administrativo previo no da garantías frente al inicio de causas posteriores, o en forma simultánea. No obstante ello, parece haber un mayor conocimiento del afiliado a Obras Sociales sobre la posibilidad de iniciar el reclamo administrativo previo (Res. 075/98 SSSALUD) y de la Obligación de la Obra Social de informar. Según la información de la SSSALUD se registraron 1798 amparos y 7229 reclamos administrativos en el año 2011.

En base a lo revisado sobre la legislación en Salud, se puede concluir que la fragmentación favorece situaciones de falta de cobertura y judicialización. La ausencia de una Ley Federal de Salud, o de un ordenamiento jurídico sanitario armónico, permite eludir la coordinación entre los diferentes sistemas, como así también la articulación de los programas y recursos en materia asistencial y establecer quién debe hacerse cargo de las prestaciones, máxime si ellas no están contempladas en el Programa Médico Obligatorio.

Con respecto al rol del Estado como garante de la Salud, se observa que en atención al grado de judicialización de la salud, la justicia comienza a visualizar el problema de forma integral. Si bien, la responsabilidad por la prestación recae normalmente en la parte demandada, se considera la responsabilidad subsidiaria del Estado en los fallos, algunas veces aún cuando no ha sido parte demandada. Cuando no existen garantías de cumplimiento de las prestaciones por parte de los agentes demandados, se fija la responsabilidad subsidiaria del Estado a fin de proteger el derecho la salud (art.75 inc.22 CN).

Los procesos de amparos frecuentemente se inician por enfermedades de alto costo y baja incidencia denominadas catastróficas por ser poco costo-efectivas. Ello implica que dar respuesta a ellas va en desmedro del financiamiento.

Del análisis de casos de jurisprudencia seleccionados de patologías de baja incidencia que conllevan un gasto en Salud excesivo tanto para los usuarios o beneficiarios, como para los agentes del Sistema, se puede concluir que:

Ninguno de los diferentes actores del sistema puede dar respuesta en forma eficaz y prevenir el inicio de estas causas judiciales.

Generalmente la sentencia hace lugar al recurso de amparo, debiendo brindarse la prestación reclamada. Existe un caso de los analizados en el cual se rechazó la acción de amparo por estar en etapa de investigación. No obstante ello, en la mayoría de las causas se hace lugar al reclamo.

Conforme surge de los fallos seleccionados:

Existen acciones individuales o colectivas, frente a la falta de cumplimiento por parte del Estado nacional o local y de los agentes del sistema por prestaciones fuera del Programa Médico Obligatorio.

Las demandas colectivas, evidencian aún más el activismo judicial en procura de mayores garantías.

De los considerandos se desprende la no inclusión de patologías seleccionadas de alto costo en el Programa Médico Obligatorio.

Aún cuando algunas patologías se encuentran incluidas en el PMO, los reclamos por prestadores fuera de cartilla o prácticas no alcanzadas dan lugar al inicio de procesos tanto en el caso de las Obras Sociales nacionales como para las prepagas.

El actual Programa Médico Obligatorio no da respuesta a la totalidad de los casos judiciales.

El actual Programa Médico Obligatorio no abarca a la totalidad de las enfermedades catastróficas.

Las Obras Sociales dentro del Sistema de la 23.660 y 23.661 cuando poseen causas por enfermedades catastróficas corren en muchos casos peligro de desfinanciarse.

Las Obras Sociales fuera del Sistema de Salud no cuentan con reintegro alguno.

Las empresas de Medicina Prepaga, no pueden solicitar hasta el momento subsidios APE.

Los subsidios APE no han dado respuesta inmediata a la judicialización.

Los agentes fuera del Sistema de Salud pueden o no brindar las prestaciones reclamadas según su propio criterio.

¿Existen mecanismos de evaluación y actualización de tecnologías para la ampliación del PMO sustentados en la medicina basada en la evidencia o su ampliación se debe entre otras causas al inicio de acciones judiciales o a decisiones políticas?

Sobre el particular, resultan esclarecedoras las razones que en el siguiente documento se exponen:

“El primer PMO se prestaba a ambigüedades y tenía conceptos que daban lugar a múltiples interpretaciones. En el año 2000 la Resolución 939 constituye un avance

sobre el anterior porque explicita aún más las prestaciones a cubrir. Sin embargo, pese a que en sus fundamentos aducía basarse en la prevención, dar prioridad a los conceptos de atención primaria y la medicina basada en la evidencia, esto no pudo ser llevado a la práctica y, algunos especialistas señalan que alrededor de un 20% de las prestaciones incluidas no cuentan con el aval de evidencia científica.

Posteriormente, a partir de la Resolución 201/2002, para la incorporación de prestaciones y servicios en el PMO se deben respetar criterios de Costo - Efectividad y de Medicina Basada en la Evidencia, con el fin de utilizar eficaz y eficientemente los recursos. Por lo tanto, se podría afirmar que las prestaciones a incluir dentro del PMO variarán periódicamente según la información científica, el desarrollo tecnológico y la disponibilidad de recursos. Desde el inicio de la aplicación del PMO se han realizado estudios específicos para estimar el financiamiento necesario en los que han participado diversos especialistas quienes advirtieron de las dificultades para completar la información básica para el desarrollo de sus correspondientes estudios y, por lo tanto, sus resultados son parciales y muestran la necesidad de resolver la complejidad relacionada con la información para mejorar los estudios en el futuro.³⁴

¿Las obras sociales, prepagas, y los agentes fuera del sistema deben afrontar las enfermedades de alto costo tanto en su faz prestacional como financiera, y luego solicitar reintegros o es el Estado quien debe brindar respuestas efectivas fin de proteger la salud y disminuir la judicialización?

El Área de Evaluación de Tecnologías Sanitarias funciona dentro de la estructura de la Gerencia de Gestión Estratégica de la Superintendencia de Servicios de Salud. Las tareas de revisión de tecnologías vienen desarrollándose en la SSSalud desde el año 2000, con una activa participación en la producción de propuestas de actualización del Programa Médico Obligatorio, la revisión de coberturas de servicios por vía de excepción por parte de los Agentes del Sistema, y el apoyo en la toma de decisiones en todas las áreas de la Institución.

La Evaluación de Tecnologías Sanitarias es el proceso de análisis e investigación dirigido a estimar el valor y contribución relativa de las mismas, destinado a la mejora de la salud individual y colectiva, y teniendo en cuenta su impacto económico y social. Abarca el conjunto de procesos y actividades de investigación, con enfoque en los efectos a corto y largo plazo del uso de tecnologías y modos de intervención, constituyéndose así en un puente entre el conocimiento científico y la toma de decisiones en Salud. Por ello, en virtud del carácter dinámico del conocimiento científico, es importante establecer un mecanismo de evaluación y actualización de tecnologías, que se sustente en la medicina basada en la evidencia, para proveer información sobre la eficacia, eficiencia y seguridad de todo procedimiento diagnóstico o terapéutico en estudio.

34 "Estimación del Gasto necesario para la cobertura asistencial contenida en el Programa Médico Obligatorio", Ernesto Van der Kooy, Laura Rosalía Lima Quintana, Ernesto Pezzella, pág.20 Universidad del Salvador, Fundación Sanatorio Gúemes.

CONCLUSIÓN

La judicialización de la Salud constituye un peligro para todo el sistema y va en aumento en nuestro país y en América Latina. Es necesario, que el Estado provea de mecanismos a fin de morigerar el inicio de causas por prestaciones fuera del Programa Médico Obligatorio. Toda vez que los recursos de amparos frecuentemente se inician por enfermedades catastróficas por tratarse de patologías o prácticas poco costo-efectivas, es fundamental la constitución y puesta en marcha de un Seguro Nacional de Enfermedades Catastróficas. A través de este seguro, todos los sectores se encontrarían representados. Como organismo Público No estatal de administración autárquica y al estar presidido por una Junta integrada por representantes de cada sector cuyo mandato no coincidiría con los mandatos de la presidencia del Poder Ejecutivo Nacional, este Seguro tendría la ventaja de poseer autonomía respecto a intereses económicos y político-partidarios. En cuanto a su financiación la constitución de un fondo fiduciario haría que el gasto sea financiado de forma integrada y a través de los aportes de los distintos sectores y el Tesoro Nacional, y no exclusivamente por aquellos comprendidos en el sistema de salud. Asimismo, la implementación de una comisión de efectividad clínica que evaluara la inclusión de tecnologías diseñando y validando protocolos de atención a partir de la medicina basada en la evidencia y con carácter normativo, haría que se unificaran criterios en la respuesta y ello reduciría los reclamos judiciales. De igual forma, un nuevo Programa Médico Obligatorio que avanzara en la definición de protocolos de atención y cuente con mecanismos de actualización previamente establecidos, consensuados y de vigencia universal, tendría como resultante la disminución de los pleitos.

NOTA ACLARATORIA

En relación a lo expuesto con respecto a la convocatoria efectuada por la Resolución 1310/11SSSALUD, mediante la cual se invitó a las Obras Sociales a la presentación de propuestas por escrito respecto de la Resolución N° 1200/12-SSSALUD, corresponde aclarar que la Resolución N°1511/2011-SSSALUD creó el Sistema Único de Reintegro por Prestaciones otorgadas a Personas con Discapacidad (sancionada con fecha 16 de noviembre de 2011) y por Resolución 1561/12-SSSALUD se creó el procedimiento Procedimiento para la Autorización de Reintegros del Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes (sancionada y publicada con fecha 30 de noviembre de 2012). En igual sentido, se señala que la Resolución N°1560/11-SSSALUD que fuera publicada en el Boletín Oficial con fecha 5 de diciembre de 2012, prorrogó las solicitudes de reintegro por prestaciones médicas por un año. Las normas mencionadas se sancionaron con posterioridad al momento de elaboración de la presente tesis.

RECOMENDACIONES

*“El que obedeciendo vive,
Nunca tiene suerte blanda,
Más con su soberbia agranda,
El rigor en que padece,
Obedezca el que obedece,
Y será bueno el que manda”*

Martín Fierro

- *Diseñar* políticas públicas a fin de evitar la judicialización en el marco de la administración de justicia.
- *Capacitar* y *sensibilizar* a los operadores judiciales con relación a la judicialización.
- *Establecer* consensos basados en la evidencia mediante la participación de todos los sectores seguridad social, prepagas, sociedades científicas, universidades, e incluso grupos de defensa al consumidor que provean información respecto a la viabilidad para cubrir determinadas prestaciones.
- *Sugerir* una base de datos de casos judiciales para enfermedades catastróficas y a través de su implementación, llevar un registro de las causas judiciales.
- *Coordinar* los datos de las entidades prestadores de servicios de Salud, con los financiadores, detallando las erogaciones efectuadas para dichas prestaciones a fin de establecer coincidencias con los datos obrantes en expedientes judiciales, e implementar una estadística judicial.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS – REFERENCIAS SITIOS WEB

- 1 Amestoy, Carlos Anibal *“Gestión en Salud - Revista para la Seguridad Social Argentina”* - Año 1 N° 1 - Marzo/Abril de 2012 *“El amparo judicial como instrumento de ampliación del PMO”*.
- 2 Barberio, Sergio J. & Constantino Juan A.C *“Ponencia General Comisión de Procesal Civil, Enfoque General y Particular “*
- 3 Fallos Obligaciones de las Empresas de Medicina Prepaga *“Cambiasso Peres de Nealón Celia M, y otros c/CEMIC s/recurso de hecho, Corte Suprema de Justicia del 28 de agosto de 2007.. resumendefallos.blogspot.com/.../obligaciones-de-las-empresas-de.ht...*
- 4 *“El funcionamiento del sistema de salud argentino en un contexto federal”* Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional, Documento 77 (Septiembre 2002) - Banco Mundial: Emmanuel Abuelafia, Samuel Berlinski, Mariana Chudnovsky, Valeria Palanza, Lucas Ronconi, M. Eugenia San Martín y Mariano Tommasi. Juan Pablo Uribe y de Ariel Fiszbein, Oscar Cetrángolo, Ginés González García, Federico Tobar, Carlos Vasallo, Inés Insaurralde, Mónica Panadeiros, Horacio Rodríguez Larreta e Ing. Ceriani. Sistema de Salud de Costa Rica y mecanismos de judicialización de la salud”. <http://faculty.udes.edu.ar/tommasi/cedi/dts/dt77.pdf>
- 5 Tobar, Federico & Lifstchitz, Esteban (2011). *“Modelo Argentino de Salud”*. Buenos Aires. Maestría en Administración de Sistemas y Servicios de Salud. Facultad de Medicina, UBA – Fundación Sanatorio Guemes.
- 6 Garay, Oscar Ernesto, *“La Legislación Sanitaria: De la Crisis a la equidad (Diagnóstico y Propuesta para salir de la crisis)”* www.unesco.org/uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/Garay.doc
- 7 Vasallo, Carlos, *“El congreso carece de capacidad de análisis de las Leyes que aprueba”*, Buena fuente, Sistema de Salud. Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional
- 8 Tobar Federico, *“Administración de Salud Hoy. Seguro Nacional de Enfermedades Catastróficas”* publicado el 24 de mayo de 2011. Consultor de Salud. <http://administraciondesaludhoy.blogspot.com.ar> 24/05/2011 (consulta virtual: 29/10/2012)
- 9 Vasallo, Carlos (2005) *“PMO y Agencia de Evaluaciones, Un análisis desde la Economía de la Salud”* Cuartas Jornadas Santafesinas y Terceras Federales

sobre Política, Economía y Gestión de Medicamentos Rosario.

10 Tobar Federico, “¿Qué aprendimos de las reformas de la salud? Evidencias de la experiencia internacional y propuestas para Argentina”, (2010) Fundación Sanatorio Güemes.

11 Palacio L.E. Derecho Procesal Civil, T. VII, pag. 137; CNF, Civ. y Com. Sala I, causa 22.354 del 2.6.95; 16.173 del 13.6.95

12 “Segundo encuentro regional sobre derecho a la salud y sistemas de salud Buenos Aires, Argentina Diciembre 4 - 6 de 2011” - Sistema de Salud de Costa Rica y mecanismos de judicialización de la salud. <http://www.iats.com.br/panel/uploads/files/> (consulta virtual: 10/07/2012).

13 Vasallo, Carlos “Salud: racionalizar, no racionar” Salud colectiva – Asociación de Economía de la Salud www.aes.org.ar/archivos/acceso/racionalizar.pdf.

14 Rossi Julieta & Varsky Carolina, “La salud bajo la ley del mercado” en Informe de Derechos Humanos 2002, CELS, Siglo Veintiuno Editores, (2003)

15 XIII Congreso Argentino de Salud que la Asociación Civil de Actividades Médicas Integradas (ACAMI) realizará entre el 1º y el 3 de setiembre en Mendoza y San Juan (2010) www.acami.org.ar (consulta: 10/08/2012)

16 www.juscatamarca.gov.ar/bajar/Boletin14.doc (consulta virtual: 29/09/2011)

17 www.derecho.uba.ar/academica/carrdocente/.../E-A-A-y-otro.doc 2012-03-15 18:08:44 (consulta virtual; 29/09/2012)

18 <http://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html> (consulta virtual: 30/09/2012)

19 www.derecho.uba.ar/.../fallos/Floreancig-Andrea-Cristina-y-otro.doc (consulta virtual: 12/10/12)

20 <http://www.infojus.gov.ar/D0014222> (consulta virtual: 12/10/2012)

21 justicia.salta.gov.ar/nuevo/index.php?option=com_content&view=art (consulta virtual 29/09/2012)

22 <http://www.infojus.gov.ar/C0405824> (consulta virtual: 25/10/2012)

23 www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00004/00027038.Pdf (consulta virtual: 30/09/2012)

24 <http://www.comercioyjusticia.com.ar/2011/08/31/pami-y-mutual-de-taxista> publicado 31/08/11, 05:31 (consulta virtual : 25/10/2012)

25 comercial.abogados.com.ar/rechazan-amparo...la.../11032 publicado por AB10/10/12 (consulta virtual: 25/10/2012)

26 www.derecho.uba.ar/.../fallos/Asociacion-de-Esclerosis-Multiple-de-S (consulta virtual 2/10/2012)

27 www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=fertilizacionmbl.pdf (consulta virtual: 28/09/12)

28 <http://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html> (consulta virtual: 25/10/2012)

29 Webinar del BID 27 de Septiembre de 2012- Cubillos- Zurriago Leonardo. <http://www.iadb.org/es/temas/salud/publicaciones,6570.html> (consulta virtual: 27/09/12).

30 "Segundo encuentro regional sobre derecho a la salud y sistemas de salud Buenos Aires, Argentina Diciembre 4- 6 de 2011-" Sistema de Salud de Costa Rica y mecanismos de judicialización de la salud. [http:// www.iats.com.br/panel/uploads/files/](http://www.iats.com.br/panel/uploads/files/) (consulta virtual: 10/07/2012).

31 "La-judicializacion-de-prestaciones-de-salud-un-tema-de-creciente-actualidad", Artículo publicado con fecha 13.06.12 en la Sección "Noticias" de la página web de la Universidad de Montevideo http://www.um.edu.uy/cienciasbiomedicas/noticias/2047_La-judicializacion-de-prestaciones-de-salud-un-tema-de-creciente-actualidad/ (consulta virtual: 31/10/2012)

32 Tobar, Federico & Lifstchitz, Esteban (2011). "Modelo Argentino de Salud". Buenos Aires. Maestría en Administración de Sistemas y Servicios de Salud. Facultad de Medicina, UBA – Fundación Sanatorio Güemes.

33 Pacto Argentino por la Inclusión en Salud (PAIS). Una propuesta para (re) organizar la cobertura y transformar la forma de construir salud en la Argentina. Buenos Aires. 12 de septiembre de 2012. Versión Mimeografiada.

34 Van der Kooy, Ernesto, Lima Quintana Laura Rosalía & Pezzella Ernesto "Estimación del Gasto necesario para la cobertura asistencial contenida en el Programa Médico Obligatorio" (2012), Universidad del Salvador, Fundación Sanatorio Güemes.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA

Abramovich, Víctor & Curtis Christian; Publicado en LA LEY 2001-D, 22 "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible"

Bergallo Paola - SELA (2005) Panel 4: El papel de los abogados "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina"

Castro Beatriz - Casal Ana –de Lellis Martín –(2006) "Medicina Prepaga Políticas Públicas y Derecho de la Salud" Editorial Proa XXI

De la Sierra Claudia, (2007) "Un panorama sobre la discusión actual en justicia sanitaria" Revista ACTIO nº 9, www.fhuce.edu.uy/actio/Textos/9/DelaSierra9.pdf

Faillace, Horacio A. (2011) *“El Sistema de Salud. Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga”* Editorial Cathedra. Buenos Aires, Argentina.

Findling Liliana, *“Salud y reforma de obras sociales: ¿un capítulo cerrado?”* <http://ebookbrowse.com/findling-pdf-d40501105>

Roa, Rubén (2010) *“Ventajas y desafíos de una Canasta de Servicios Asistenciales para el sector público de salud”* Programa de Salud Documento de Trabajo N° 54 CIPECC-

Ronconi, Liliana M., *“Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos.”*(abril2012) www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652012000200003.

Rosales, Pablo G *“Obligación de cobertura médica de las empresas de medicina prepaga. Programa Médico Obligatorio”* JA- 1999-IV-1219.

Rossi Julieta & Varsky Carolina, (2003) *“La salud bajo la ley del mercado”* en Informe de Derechos Humanos 2002, CELS, Siglo Veintiuno Editores.

Palacio de Caeiro Silvia P. (2011) *“Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”* La Ley

Vasallo, Carlos, (1999) *“Una mirada económica institucional del proceso de cambio del sector salud en la Argentina”* IX Jornada Nacionales, VIII Jornadas Internacionales de Economía de la Salud AES Fundación Isalud.

“Los 40 años del sistema de Obras Sociales “Superintendencia de Servicios de Salud en el año del Bicentenario de la Revolución de Mayo.”(2010) Ediciones Emede S.A.

NORMATIVA – SITIOS WEB

- Constitución Nacional de la República Argentina (1994) Artículos 14, 14 bis., 16, 18, 19, 33, 41,42, 43 y 75 inc.22 <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-999/804/norma.htm>
- Res. 075/98 -SSSALUD http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?opc=bus_norma&cat=consultas
- Res.247/96 (MsyAs) <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ver-Norma.do?id=37172>
- Res.939/00 (MsyAs) <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ver-Norma.do?id=64853>
- Res.1319/11-SSSALUD http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?opc=bus_norma&cat=consultas
- Res.1198/12- SSSALUD <http://www.sssalud.gov.ar/index/index>.

[php?opc=bus_norma&cat=consultas](#)

- Res.560/12- SSSALUD http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?opc=bus_norma&cat=consultas
- Res.1200/12-SSSALUD http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?opc=bus_norma&cat=consultas
- Res.1310/12 www.sssalud.gov.ar/index/index.php?opc=bus_norma&cat=consultas
- Decreto 1615/96 PEN <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ver-Norma.do?id=41312>
- Decreto 1576/98 PEN http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?opc=bus_norma&cat=consultas
- Ley 23.660 <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/0-4999/62/texact.htm>
- Ley 23.661 <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/0-4999/63/norma.htm>
- Ley 26.682 <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/180000-184999/182180/norma.htm>

JURISPRUDENCIA – SITIOS WEB

- <http://www.infojus.gov.ar/>
- www.derecho.uba.ar/academica
- www.csjn.gov.ar
- www.eldial.com.ar
- www.cij.gov.ar
- comercial.abogados.com.ar
- <http://www.legislaw.com.ar/juris/juris.htm>

LEGISLACIÓN – SITIOS WEB

<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet>

www.legislaw.com.ar

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?opc=bus_norma

ANEXO

PROPUESTAS PARA PRESENTAR EN EL MARCO DE LA RESOLUCIÓN 1310 DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD COMO APORTES PARA REFORMULAR LA RESOLUCIÓN 1200.

En el marco de la convocatoria planteada por la Resolución 1310 de la Superintendencia de Servicios de Salud que invita a presentar propuestas para la financiación y cobertura de las enfermedades catastróficas en el sistema del Seguro Nacional de Salud; los abajo firmantes proponemos:

1) SOBRE LA SELECCIÓN DE PRESTACIONES CUBIERTAS

Propuesta 1.1. Definir un listado extensivo de patologías y prestaciones catastróficas y proponer un orden gradual de extensión de la cobertura vertical (como se ha implementado en la definición de Garantías Explícitas de Salud -GES- en Chile, que comenzó con 16 y actualmente alcanza 80 patologías). Aún cuando, como se propone más adelante, esta revisión debería ser competencia de una Comisión Académica, a manera de sugerencia se incluye en el Anexo 1 un cuadro en el que se listan todas la enfermedades catastróficas y prestaciones de alto costo, consignando (con una cruz):

- a. si fueron contempladas en la Resolución 500/2004 de la Administración de Programas Especiales,
- b. si fueron contempladas en Resolución 1200/2012 de la Superintendencia de Servicios de Salud y,
- c. lo que los autores de esta propuesta sugieren que debería ser incluido en forma inmediata, en fases sucesivas o excluido del nuevo sistema de cobertura y financiación de enfermedades catastróficas y prestaciones de alto costo.

En forma correlativa, en el Anexo 2 ese listado es extendido a los medicamentos.

Propuesta 1.2. Desarrollar protocolos de atención para las patologías y prestaciones catastróficas cubiertas. La aprobación de los protocolos será competencia de la Superintendencia de Servicios de Salud, pero su confección y revisión periódica será conducido por una comisión académica integrada por Facultades de Medicina de Universidades Nacionales (como lo hace la Comisión Técnico Asesora del Fondo Nacional de Recursos del Uruguay).

Propuesta 1.3. Implementar procedimientos para acreditación de prestadores en función de los protocolos aprobados. La definición de los procedimientos para acreditación será competencia de la Superintendencia de Servicios de Salud, pero las tareas de acreditación podrán ser realizadas por entidades acreditadoras sin fines de lucro (como lo hace la Organização Nacional de Acreditação – ONA – de Brasil).

Propuesta 1.4. Incorporar un mecanismo informatizado de seguimiento de prestaciones que incluya historias clínicas de cada paciente beneficiario (como lo hace SITRAN-Sistema de Información de trasplantes- del INCUCAI). Con publicación periódica y actualizada (web) de la información respecto de la asignación de fondos.

2) SOBRE LA COBERTURA POBLACIONAL

Propuesta 2.1. Permitir la adhesión de las entidades de medicina prepaga al régimen de cobertura y financiación de las enfermedades catastróficas. Según la Ley 26.682 las empresas de medicina prepaga deben brindar el mismo Programa Médico Obligatorio que los Agentes del Seguro Nacional de Salud y no pueden excluir a pacientes que requieran prestaciones especiales. Si la normativa que establece la cobertura para las enfermedades catastróficas en el régimen del Seguro Nacional de Salud incluye nuevas tecnologías (tal como lo hace la Resolución 1200 de la Superintendencia de Servicios de Salud), estas debieran ser incluidas también para la cobertura de las empresas de medicina prepaga y todas aquellas entidades definidas en el artículo primero del Decreto 1991/2011. De lo contrario, la normativa incorporaría inequidades en la integralidad de la cobertura entre los asegurados. La posibilidad de adherirse para las empresas de medicina prepaga estaría condicionada a su aporte al Fondo Solidario de Redistribución en forma simétrica a cómo lo hacen los Agentes del Seguro Nacional de Salud.

Una ventaja adicional de esta medida es que instauro los mecanismos para luego promover la adhesión de otras entidades financiadoras. Por ejemplo, aunque no es competencia de la Superintendencia de Servicios de Salud, se propone que en el futuro sea evaluada la posibilidad de extender esta cobertura a la población sin obra social o prepaga, mediante financiamiento del Estado Nacional y los provinciales. De esta forma se avanzaría hacia la construcción de un Seguro Nacional de Enfermedades Catastróficas que podría concretar el derecho universal a la protección frente a estas patologías para todos los argentinos (en forma similar al Fondo Nacional de Recursos del Uruguay).

3) SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Propuesta 3.1. Constituir un Fondo Nacional de Enfermedades Catastróficas. Estableciendo su afectación específica al pago de los beneficios del Sistema (en forma similar a lo definido para el fondo de garantía de ANSES, Ley N° 26.425). El Fondo sería integrado por recursos provenientes de:

- a. Fondo Solidario de Redistribución (FSR), y
- b. cotización sobre primas de empresas involucradas en el artículo 1ero de la Ley 26.682 (luego modificado por el artículo 1ero del Decreto 1991 de 2011).

Una ventaja adicional de esta medida es que incorpora mecanismos financieros para promover la futura incorporación de otras entidades financiadoras

permitiendo avanzar, de esta forma, hacia la construcción de un Seguro Nacional de Enfermedades Catastróficas.

El Fondo comenzaría reembolsando a las entidades incorporadas (en forma inmediata a los Agentes del Seguro Nacional de Salud y en forma mediata también a las entidades definidas en el artículo 1ero del Decreto 1991/2011 que adhieran y eventualmente al INSSJyP si sus autoridades así lo definen).

El siguiente paso lo constituiría un cambio en la modalidad de financiación, pasando del mencionado reembolso a las entidades a un subsidio al paciente. Dicho subsidio estará vinculado a una garantía explícita de que el mismo recibirá, a través del Agente del Seguro de Salud responsable por brindarle cobertura, una determinada línea de cuidados que responda a protocolos definidos de diagnóstico, tratamiento y seguimiento.

Este cambio en la modalidad de financiación evitará que los pacientes bajo cobertura de financiadores con incapacidad de afrontar el costo y aguardar su reembolso vean afectado su acceso a las prestaciones definidas para su situación de salud. No obstante, se sugiere la evaluación y discusión pública respecto a si en un futuro no resultaría conveniente que en lugar de un reaseguro el fondo se constituyese en un seguro que avance hacia la contratación centralizada a través de licitaciones nacionales e internacionales de prestadores y compra de medicamentos, prótesis e insumos. Porque esto permitiría reunir el pool de riesgo adecuado y captar las economías de escala suficientes para hacerlo eficiente y sostenible.

4) SOBRE LA ORGANIZACIÓN

Propuesta 4.1. Crear una Gerencia dentro de la Superintendencia de Servicios de Salud para coordinar la cobertura y financiación de enfermedades catastróficas. Como organismo responsable para asumir la conducción operativa del Fondo Nacional de Enfermedades Catastróficas.

Propuesta 4.2. Constituir un Consejo del Fondo Nacional de Enfermedades Catastróficas. Con funciones vinculadas al monitoreo y control del Fondo Nacional de Enfermedades Catastróficas y para velar por la transparencia en la utilización de los recursos. En el mismo deberían tener participación representantes del Congreso de la Nación.

5) SOBRE LOS CONTROLES

Propuesta 5.1. El Fondo ejercerá su potestad dentro del régimen de la ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

Propuesta 5.2. El superintendente y la gerencia encargada de la administración del Fondo serán responsables según su participación, debiendo responder en los términos y con los alcances previstos en los artículos 130 y 131 de la ley 24.156. En ningún caso el Estado Nacional responderá por las obligaciones asumidas por el Fondo que importen un perjuicio para el Tesoro nacional.

FIRMAN EL DOCUMENTO

Los abajo firmante estamos a disposición para acercar información que sustenta esta propuesta y para colaborar con otras acciones específicas o estudios que la profundicen y fortalezcan.

Arce, Hugo E.

Chuit, Roberto

Lifschitz, Esteban

Lugones, Mario

Manterola, Alberto César

Olaviaga, Sofía

Perrone, Nestor

Pracilio, Horacio O.

Regazzoni, Carlos Javier

Sánchez de León, Adolfo

Simonovich, Ventura

Solano, Romina

Tobar, Federico

Vassallo, Carlos

Vilosio, Javier

Este libro se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2013,
en Latingráfica S. R. L., Rocamora 4161,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.



"(...) El abordaje de María Teresa Bürgin Drago sobre el amparo judicial como instrumento de ampliación del PMO, vuelve a abrir la caja de Pandora liberando nuevos males que hasta ahora permanecían ocultos. En este caso se trata de una pandemia de judicialización. La investigación hace lo que debe hacer un abordaje aplicado en Salud Pública: dimensionar el problema, revisar antecedentes y respuestas encontradas a nivel internacional y proponer soluciones posibles.

Aunque María Teresa Bürgin Drago realiza un aporte valioso, no resuelve el problema. Solo comienza a instaurarlo. Cabe a nosotros como comunidad sanitaria (nacional y regional) el darle impulso al debate, el alimentarlo con nuevas investigaciones. Para que los costos políticos de enfrentarlo puedan ser superados. Para que las respuestas sean consistentes y sustentables."

Federico Tobar

E D I C I O N E S

Fundación  Sanatorio Güemes