

HOSPITAL ALEMAN

**CURSO ANUAL DE AUDITORIA MEDICA 2016**

DIRECTOR: Dr. ORLANDO AGUSTIN

**MONOGRAFIA :**

**ASPECTOS LEGALES EN AUDITORIA MÉDICA**

**“Aspectos Legales en Auditoría Médica, Responsabilidad Civil del Médico Auditor, Jurisprudencia”**

**AUTOR:**

- Mule, Graciela
- Rodríguez, Nadia Elizabeth
- Soria, Yesica
- Terrón Villagrán , Lourdes



**INDICE**

<b>INTRODUCCION</b>	<b>3</b>
<b>AUDITORIA MEDICA</b>	<b>3</b>
<b>AUDITOR MEDICO</b>	<b>3</b>
<b>OBLIGACION</b>	<b>4</b>
<b>OBJETIVO</b>	<b>4</b>
<b>AUDITORIA DE LA ATENCION MEDICA</b>	<b>5</b>
<b>HISTORIA CLINICA</b>	<b>5</b>
<b>AUDITORIA DE LA HC</b>	<b>6</b>
<b>CAMPOS DE ACCION DE LA AUDITORIA MEDICA</b>	<b>7</b>
<b>ASPECTOS MEDICOS-LEGALES</b>	<b>7</b>
<b>ASPECTOS TECNICOS</b>	<b>7</b>
<b>ASPECTOS ETICOS</b>	<b>7</b>
<b>ASPECTOS FINANCIEROS, ADMINISTRATIVOS Y DE MERCADO</b>	<b>8</b>
<b>ASPECTOS DOCENTES Y DE INVESTIGACION</b>	<b>8</b>
<b>CONOCIMIENTOS DE LAS LEYES</b>	<b>8</b>
<b>ESTANDARES Y PROTOCOLOS DE LAS SOCIEDADES MEDICAS Y HOSPITALARIAS</b>	<b>8</b>
<b>RELACION MEDICO-PACIENTE</b>	<b>10</b>
<b>ACTITUD FRENTE AL ERROR PROFESIONAL</b>	<b>10</b>
<b>MEDICINA DEFENSIVA</b>	<b>11</b>
<b>MEDICO AUDITOR</b>	<b>11</b>
<b>RESPONSABILIDAD DEL AUDITOR</b>	<b>12</b>
<b>RESPONSABILIDAD LEGAL Y ADMINISTRATIVA DEL MEDICO AUDITOR</b>	<b>14</b>
<b>DEBER MEDICO</b>	<b>15</b>
<b>OBLIGACION DE MEDIOS</b>	<b>16</b>
<b>EXIMENES DE CULPABILIDAD</b>	<b>17</b>
<b>RESPONSABILIDAD COMPARTIDA</b>	<b>18</b>
<b>PRESUNCION DE CULPA</b>	<b>18</b>
<b>RESPONSABILIDADES</b>	<b>18</b>
<b>CONSENTIMIENTO INFORMADO</b>	<b>19</b>
<b>OBLIGACION JURIDICA DE OBRAR</b>	<b>20</b>
<b>DERECHOS DE LAS PERSONAS</b>	<b>22</b>
<b>DERECHOS A LA ATENCION MEDICA</b>	<b>23</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>25</b>
<b>ANEXO</b>	<b>27</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>27</b>
<b>RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO AUDITOR</b>	<b>27</b>
<b>RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL DEL MEDICO AUDITOR</b>	<b>28</b>
<b>DERECHO A LA SALUD DE LA CONSTITUCION NACIONAL</b>	<b>29</b>
<b>AMPARO</b>	<b>29</b>
<b>COBERTURA DE PRESTACIONES MEDICAS</b>	<b>37</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>63</b>

## INTRODUCCION

La **Auditoría Médica** nació en los hospitales norteamericanos a comienzos del siglo pasado, iniciándose como parte de un sistema de acreditación de hospitales colocándose especial énfasis en el perfeccionamiento de las historias clínicas. Se define como una evaluación crítica y periódica de la calidad de la atención médica que reciben los pacientes, mediante la revisión y el estudio de las historias clínicas y las estadísticas hospitalarias. Su propósito fundamental es procurar que el enfermo reciba la mejor atención médica posible.

El **Auditor Médico** es en esencia un profesional de la salud con autonomía científica, más allá de la subordinación laboral que pueda tener, y sobre él recaen todas aquellas obligaciones y derechos propios de su función específica. En la práctica, el médico auditor de una obra social, prepaga o institución médica actúa fiscalizando la realización efectiva de las prestaciones y controlando el consumo proveniente de las solicitudes o indicaciones de los médicos que forman parte de la cartilla de prestadores. Debe entonces el auditor asumir el desafío que representa la responsabilidad de proceder conforme al conocimiento científico vigente en el allí y el ahora de su opinión como médico. Pero fundamentalmente entendiendo que su criterio debe ser éticamente justo para con el paciente, también presenta una valiosa herramienta al entregar su contribución al uso racional de los recursos.

Los principios esenciales de la **Ética Médica** se refieren básicamente a lo sagrado del secreto profesional que obligan al respeto para el colega, relevancia de la relación médico-paciente en la calidad asistencial: La relación médico-paciente es el acto central de la actividad clínica y va más allá de los conocimientos científicos y desarrollos tecnológicos básicos para la práctica médica e imprescindible para la formación de los médicos y otros profesionales de la salud. La relación médico-paciente tiene factores sociales y culturales que la afectan. Se desarrolla en un plano intelectual y teórico como también en uno afectivo y ético. La relación médico-paciente comprende un conjunto complejo de pautas, actitudes y comportamientos socialmente establecidos que se dan como supuestos de los encuentros clínicos. En esta relación es básica la

comunicación que permita a ambas partes sentirse comprendidas y valoradas, tanto al médico como al paciente. La comunicación debe formar un vínculo continuo en el tiempo y abarcar a la familia del paciente.

Se deben aceptar las opiniones y el punto de vista de paciente y familia, para lo cual el médico debe tener empatía y sensibilidad y actuar con una conducta adecuada, escuchando con atención, usando al hablar un lenguaje claro y adecuado al nivel cultural del paciente, asegurándose de ser atendido y haciendo un sabio uso de la autoridad que le confiere su mayor conocimiento.

Los efectos de la relación médico-paciente se pueden observar en ambos participantes del acto médico. Es fundamental la preservación de la capacidad del paciente de interactuar con los profesionales para arribar a un mejor resultado.

La **obligación** del médico no es la curación misma pero si poner a disposición de la persona enferma, con pericia y buena diligencia todos sus conocimientos, habilidades, destreza y los medios necesarios o con los que cuenta para obtener la curación, si ella es posible. Si el Auditor no cumple con corrección la vigilancia o control de los prestadores y prestaciones, eludiendo dar consejos o suministrando dictámenes equivocados a las autoridades administrativas, podrán también ejercer acciones legales contra el Auditor, en caso de ser condenadas por aquellas circunstancias o actos en los que éste obvió o erró la correcta apreciación. Si el Auditor se sujeta a las normas que el sistema de salud implementa y su trabajo es en rol de dependencia, la única obligación será el avisar a sus superiores acerca de dichos posibles problemas sobre aquellas prestaciones que, médicamente hablando, son necesarias y no sustituibles por similares.

Siempre el **objetivo** del Auditor Médico debe ser proporcionar al paciente lo mejor para su salud, cumpliendo con la legislación vigente, al menor costo posible para el financiador, optimizando la calidad del servicio prestado. El eje principal en la Auditoria Médica debe ser el paciente.

## AUDITORIA MEDICA

La palabra Auditoría deriva del *latín* audire: oír. Se relaciona con examinar la gestión económica de una entidad a fin de comprobar si se ajusta a lo establecido por ley o costumbre. A su vez, la palabra gestión también deriva del *latín* gestio, -ōnis, y puede definirse como acción y efecto de administrar.

La **Auditoría Médica** es el control de la gestión de los recursos en salud a fin de lograr la eficiencia en la prevención y tratamiento de la enfermedad. En segunda instancia busca alcanzar la satisfacción del paciente y su entidad de cobertura.

La Auditoría Médica nació en los hospitales norteamericanos a comienzos del siglo pasado, iniciándose como parte de un sistema de acreditación de hospitales colocándose especial énfasis en el perfeccionamiento de las historias clínicas.

Se define como una evaluación crítica y periódica de la calidad de la atención médica que reciben los pacientes, mediante la revisión y el estudio de las historias clínicas y las estadísticas hospitalarias. Su propósito fundamental es procurar que el enfermo reciba la mejor atención médica posible.

La **Auditoría de la Atención de Salud**, al trabajar sobre la base de registros de lo efectuado, además de evaluar la calidad de estos, valora también la calidad de la atención misma, demostrando que hay una relación directa entre la calidad de los registros y la de la atención prestada.

La sistematización actual de la calidad en auditoría toma en consideración el concepto de control de calidad, el cual consiste en que el producto o servicio se adecua a las especificaciones determinadas previamente.

Su aplicación se basa en la evidencia médica disponible, la legislación vigente y los contratos pactados. Es decir que la auditoría médica intenta alcanzar tres objetivos:

- La **eficacia**: resultado en salud sobre el paciente

- La **eficiencia**: con una ecuación costo beneficio acorde
- La **efectividad**: logrando la satisfacción del cliente, empresa y afiliado o beneficiario.

Para la realización de una auditoría médica el documento esencial es la Historia Clínica. Ésta junto a las estadísticas hospitalarias, normas, protocolos, y la capacidad de observación del auditor, permiten realizar un análisis del trabajo médico.

La **Historia Clínica** es el documento en el cual se registra la totalidad de las prestaciones médicas recibidas por el enfermo, los exámenes realizados, además de los solicitados y todo aquello de lo que se requiere dejar constancia, con relación a la patología del paciente y a las acciones desarrolladas para obtener su curación. Es única para el establecimiento. Es un documento reservado, característica que surge de la propia esencia de ella y en lo que atañe al médico se encuentra protegida por el secreto profesional. La historia clínica como instrumento y por constituir un medio de prueba judicial que influye en el proceso, debe reunir ciertos requisitos básicos, tales como: Los registros deben ser completos, oportunos y pertinentes, la información debe ser clara, concisa y ordenada para que permita un análisis eficiente. Es importante considerar que lo que no está escrito se supone que no fue realizado.

La “**auditoría de la historia clínica**” es un proceso que incluye la revisión de ella, y de otros registros vinculados al paciente, la comparación con la evidencia científica existente y la consulta a expertos, lo que puede ser relevante para el análisis que se está efectuando.

El provecho que puede obtenerse de la auditoría médica es múltiple, por ejemplo:

- Permite el conocimiento de los errores cometidos y sus causas; además, de la corrección de ellos para obtener mejores resultados.
- Otorga la posibilidad de actuar con rapidez sobre aquellas causas que dicen tener relación con la organización del trabajo médico.
- Los médicos adquieren una conciencia informada respecto a la responsabilidad que les cabe en los resultados obtenidos.
- Influye favorablemente en el perfeccionamiento de las historias clínicas

- Se transforma en una herramienta de educación de post-grado que permite el perfeccionamiento del trabajo médico.
- Este proceso entrega información a las autoridades, permitiéndoles orientar recursos a la solución de los problemas detectados.

## CAMPOS DE ACCIÓN DE LA AUDITORÍA MÉDICA

La auditoría médica es considerada actualmente como una herramienta de gestión clínica, que puede abarcar diferentes aspectos del quehacer médico asistencial, administrativo y financiero-contable.

- **Aspectos médico legales:** En este campo se actúa con el sentido de prevenir prácticas erróneas o ineficientes, monitoreando además el cumplimiento de las normas legales y de las disposiciones sanitarias vigentes. A fin de asegurar que se cumplan las normas legales y las disposiciones sanitarias vigentes:
  - a. Prevención de la mala praxis y el error del personal de salud
  - b. Recomendaciones para el manejo de conflictos
  - c. Tratamientos de conflictos y eventos potencialmente indemnizables
  - d. Actuación en estrecha colaboración con la asesoría legal de la institución.
- **Aspectos técnicos:** evaluativos a través de la valoración de los actos y conductas; implica realizar un control de la calidad de éstos.
- **Aspectos éticos:** Se refiere a supervisar el fiel cumplimiento de las normas éticas y morales en las conductas de las personas, la denominada deontología médica, que establece el deber ser del actuar médico.
- **Aspectos financieros administrativos y de mercado:** También tiene incidencia en este campo, compatibilizando una adecuada relación entre eficiencia, costos, calidad y seguridad de la atención brindada.
- **Aspectos docentes y de investigación:** que estimulan la enseñanza y perfeccionamiento teniendo efectos educativos y preventivos que permiten la obtención de aprendizaje y experiencia.

## CONOCIMIENTOS DE LAS LEYES

Se debe conocer las leyes que regulan y afectan el ejercicio de la medicina por diversas razones:

- Para asegurar que el acto médico sea coherente con los principios legales vigentes.
- Para proteger la seguridad pública y, con ello proteger los derechos de las personas enfermas y establecer Normas y Reglas que permitan el ejercicio a los médicos.
- Para diferenciar su responsabilidad personal de la de otros profesionales en el acto diagnóstico y terapéutico.
- Para proteger al médico, a la institución donde presta servicios y a la digna profesión del arte de curar, Prevención acciones judiciales, Leyes que afectan a los médicos
  - a. “Deber Objetivo de Cuidado” en la situación y caso concreto. Corresponde a una “conducta modelo”, razonable, de atención, prudencia y diligencia. Es la base para evaluar los actos de una persona.

## Estándares y Protocolos de las Sociedades Médicas y Hospitales

Para evitar denuncias infundadas, hay que facilitar información correcta, adecuada y comprensible a pacientes y familiares.

El documento debe contar con la historia clínica

- Datos filiatorios del paciente
- N° de Historia Clínica
- Explicación del procedimiento, Objetivos
- Duración probable o prevista de las prestaciones
- Descripción de todos los riesgos típicos
- Diagnostico presuntivo, sindromático o nosológico
- Pronóstico
- Medicamentos
- Firmas del paciente/familiares y testigos
- Firma y aclaración del médico
- Consentimiento Informado

El médico debe analizar y ver la relación con el paciente como una relación



humana, y como una relación jurídica de la que derivan derechos y obligaciones para ambas partes. Al paciente es conveniente tratarle como si fuera un cliente, esperando su nueva visita. Se debe sentir comfortable y mostrar su confianza.

## RELACION MEDICO-PACIENTE

La obligación del médico no es la curación misma pero si poner a disposición de la persona enferma, con pericia y buena diligencia todos sus conocimientos, habilidades, destreza y los medios necesarios o con los que cuenta para obtener la curación, si ella es posible. Esto es lo que significa en derecho una obligación de medios. Garantizar medios, nunca resultados.

La Historia Clínica es un documento médico-jurídico de gran importancia, como práctica médica y en los procesos judiciales, las buenas Historias Clínicas se hallan entre los factores más importantes tanto para prevenir como para ganar un juicio.

El actuar diligente del médico también incluye realizar los registros correspondientes de su actuación en la Historia Clínica de manera completa, con fechas y horarios, cronológica, ordenada, sustentada, legible, clara, veraz, y con firma aclarada.

- **Supuesto de Irresponsabilidad:** omisiones, enmiendas, ilegibilidad, sobrescritos, etc. Historia Clínica, todo el tiempo que se invierte en su elaboración cuidadosa y exacta, es un tiempo valioso para el profesional de cualquier nivel jerárquico, probatorio invaluable en caso de cualquier acción judicial o ética.

Un espacio laboral cuidadosamente diseñado y organizado reduce las probabilidades de errores y facilita las medidas correctoras. Permite la respuesta apropiada e inmediata a los eventos y complicaciones. Espacio laboral bien diseñado. Atender y estudiar las quejas.

No todos los accidentes son consecuencias de errores. No todos los errores son consecuencias de acciones enmarcadas dentro de las condiciones violatorias de la responsabilidad jurídica (negligencia, imprudencia, impericia).

### **Actitud frente al error profesional**

El médico debe admitir de inmediato cualquier error, sin que ello implique reconocer que ha violado el deber de cuidado, ni reconocer culpabilidad reduciendo la litigiosidad y se autoafirma la humildad. Hay errores honestos, excusables o invencibles.

Los abogados litigantes informan que las sentencias judiciales condenan, más que verdaderos actos médicos, la desidia del profesional, el abandono del paciente, el trato injusto o el mal trato y la falta de comunicación. Dar explicaciones satisface al paciente y familiares.

Las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara, de lo contrario se está violando un derecho del paciente. Se debe mantener el contacto personal y directo con la familia hasta que la situación referida al accidente se resuelva completamente. Se deberá ofrecer apoyo ante tan difícil situación.

### **La Medicina defensiva**

Se define como: “ Una alteración en la forma de la práctica médica, inducida por amenazas o posibilidad de demandas, que intenta prevenirse de las quejas de los particulares, dejando bases de defensa en caso de una acción legal”.

Ésta medicina lleva a dos consecuencias:

- El aumento de los costos de la atención
- La negativa de los médicos a involucrarse en procedimientos que impliquen grandes riesgos, deteriorándose la relación médico – paciente.

La mejor defensa es la medicina de calidad y **NO** la medicina defensiva. Evitar comentarios intencionales entre colegas, no compartir comentarios críticos sobre habilidades, destreza y conocimientos de colegas en lugares inadecuados ni ante extraños.

El médico es responsable de la prestación que se brinda. Debe formar, educar, supervisar y extremar la selección del personal paramédico que le colabora en su trabajo

## **MEDICO AUDITOR**

### **Ejecutivo de riesgo**

Persona instruida en cuestiones médicas, cuya responsabilidad consiste en actuar como representante del médico o la institución. Debe ser informado con inmediatez. Diligenciar todos los pasos informativos intrainstitucionales. Revisar la Historia clínica y asegurarse que contenga todos los registros adecuados, correctos y completos. Es un Canal de comunicación bidireccional con el paciente-familia-médicos-institución

Un buen ejecutivo de riesgo puede ahorrar a los médicos y a la institución, una gran cantidad de preocupaciones, tiempo y dinero.

### **Responsabilidad del Auditor**

La Auditoría Médica es generadora de educación médica permanente, a través de las normas de atención que de su actividad surgen, manteniendo la atención médica dentro de los andariveles legales y éticos.

El Auditor Médico es en esencia un médico, y sobre él recaerán todas aquellas obligaciones y derechos que hacen a su categoría genérica.

Cuando el Auditor Médico es autónomo, vale decir no tiene dependencia de un tercero, él es el soberano en el ejercicio de su quehacer científico y por lo tanto será el único responsable de sus acciones.

El Auditor de las Obras Sociales cumple un doble rol:

- 1- Fiscalizar el cometido de los médicos.
- 2- Conceder o denegar autorizaciones para el suministro de una prestación determinada. Para que el Auditor cumpla con ese precepto debe inexcusablemente contar con una Norma escrita que le diga cuál es la extensión de la cobertura y cuáles son las prácticas autorizadas. En los sistemas de salud prepagos, esta normatización va detallada en el contrato que se obliga al cliente-paciente. La ineficiencia de la prestación de salud responsabiliza a la Obra Social, siendo tal deber irrefrenable.

Es decir que si el Auditor, en atribuciones conferidas expresamente por la Obra Social, autoriza o deniega una práctica, y para ello se ajusta al recto criterio médico y a las pautas que regulan su competencia, no le podrá ser reprochada falta alguna. Será la Obra Social la que deberá responder por dicha denegatoria. Lo que sí debe hacer el auditor, cuando su criterio médico así lo dicte, es poner en conocimiento fehaciente de las autoridades de la Obra Social tal circunstancia, para que sea la misma la que asuma la responsabilidad de aceptarla o denegarla. De no hacerlo, y resultar la Obra Social demandada y condenada por la falta de prestación médica no concedida, ésta podría repetir la demanda contra el Auditor por incumplimiento de sus deberes administrativos de comunicar aquellas situaciones o presuntos focos potenciales de problemas.

Al Auditor de un Sistema Privado le caben las mismas consideraciones y su responsabilidad primaria es ante todo con su Categoría Ontológica (**“el estudio del ser”, estudio de discurso, ciencia y teoría**)

Si el Auditor no cumple con corrección la vigilancia o control de los prestadores y prestaciones, eludiendo dar consejos o suministrando dictámenes equivocados a las autoridades administrativas, podrán también éstas ejercer acciones legales contra el Auditor, en caso de ser condenadas por aquellas circunstancias o actos en los que éste obvió o erró la correcta apreciación.

Si el Auditor se sujeta a las Normas que el Sistema de Salud implementa y su trabajo es en rol de Dependencia, la única obligación será el avisar a sus superiores acerca de dichos posibles problemas sobre aquellas prestaciones que, médicamente hablando, son necesarias y no sustituibles por similares.

Pero si autoriza una práctica o atención en un sanatorio o clínica del que fehacientemente sepa que no reúne las condiciones idóneas para realizarse, será responsable indirectamente ante un posterior demanda contra la Obra Social, pudiendo incluso responder económicamente por el perjuicio causado a la institución, salvo que haya dejado planteado ante sus superiores la situación potencialmente conflictiva.

Si no entra dentro de sus atribuciones la acreditación de establecimientos, o no ha tenido noticias en razón de su cargo de tales anomalías, nada se le podrá imputar. Ante el caso de las internaciones prolongadas sin finalidad benéfica para el paciente, se debe poner en conocimiento que la Obra Social o Institución para la cual trabaje, a fin de que por otra vía se ejecuten las acciones que correspondan contra el médico responsable.

## **Responsabilidad legal y administrativa del Médico Auditor**

### **Normas**

En los sistemas de Salud Pre Pagos, estas **Normas** se detallan en el contrato entre el Afiliado y la Entidad.

En las Obras Sociales, estando en vigencias las leyes 23.660 y 23661,

conformando el Sistema Nacional de Seguro de Salud, está sujeta a las Normativas y Disposiciones que la regulan. Actualmente el catálogo, menú o canasta de prestaciones se basa en el Programa Médico Obligatorio (PMO), Res. 201/02 del M.S.

Esta continuación del Nomenclador Nacional que no fija valores, (conserva la estructura, el formato, la distribución en cirugías y prácticas especiales, bioquímica, odontología, etc., encolumnándose códigos identificatorios en orden creciente por aparatos y sistemas, con la descripción de la prescripción de cada código y las unidades propuestas para su arancelamiento, no así este último, porque dejó de ser un tarifario para convertirse en un catálogo de prestaciones básicas y obligatorias, dejando en libertad a las partes para concensuar el arancelamiento.

A partir del Decreto 09/06, los aranceles surgen del libre juego de la oferta y la demanda entre prestadores e instituciones.

El PMO tiene ítems con límites difusos, dando lugar a controversias y complicaciones en la proyección de costos.

Para las Obras Sociales y las Empresas Prepagas obligadas a cumplir el PMO, éste es demasiado amplio y permisivo, agravándose la situación por la incontrolable proliferación de aparatología y fármacos nuevos de dudosa o aún carentes de una relación aceptable costo -beneficio.

El Médico Auditor, debe contar con la nómina de las prácticas y/o prestaciones que las Obras Sociales y Prepagas cubren y otorgan, porque a ellas deberá ajustar su labor de médico dependiente de una Estructura Administrativa y Normas escritas, o precisas y puntuales de sus atribuciones.

Si el médico auditor en atribuciones conferidas expresamente como principio básico autoriza o deniega una práctica y se ajusta al recto criterio médico y las pautas que regulan su competencia, no le podrá ser reprochada falta alguna, y la Obra Social deberá responder en caso de denegatoria.

Debe poner en **conocimiento** fehaciente de las autoridades de las obras sociales tal circunstancia, para que ésta asuma la responsabilidad de aceptar o denegar.

Si el médico auditor no comunica fehacientemente, puede ser objeto de repetición de la demanda por incumplimiento de sus deberes administrativo. Si la práctica es considerada **imprescindible, improrrogable o insustituible** por el médico auditor y la Obra Social se niega a cubrir su costo, deberá dejar **constancia** en forma expresa y documentada.

El médico auditor “no podrá dar el Alta por su propia responsabilidad al paciente, ya que no entra dentro de sus atribuciones”, colisionando con su deberes, llevará sus propios registros con comentarios sobre la prescindibilidad de la internación, pero se abstendrá absolutamente de registrar comentarios, firmas, o sellos en los documentos sanatoriales, que lo involucraría en cualquier acción judicial o administrativa que se suscitara.

En internaciones prolongadas, meramente utilitarias o dispensadoras de recursos sin finalidad benéfica para el afiliado, él pondrá en conocimiento de la prestataria tal hecho, para que por otra vía se ejerciten las acciones correspondientes con el prestador. El Estado delega la Atención de la Salud y se reserva el poder de controlar y fiscalizar su cumplimiento.

Existe primero el **deber médico** y las normas constitucionales y legales que tutelan la vida y la salud de los habitantes, a posteriori, existirán los reglamentos.

El Médico Auditor debe dar respuestas ágiles y debidamente fundadas, no debe esgrimir razones administrativas, que para la jurisprudencia es ineficaz ya que una medida administrativa no puede oponerse a un derecho constitucional.

Se considera que la relación médico-paciente es extra contractual con el objetivo de no causar daño al otro.

Según algunos autores la relación médico-paciente se encuadra en un marco contractual de características peculiares:

- **Obligación de Resultado:** Alcanzar un resultado específico.
- **Obligación de Medios:** Compromiso de poner por parte del médico lo mejor de sí y de su ciencia, para el diagnóstico y su tratamiento.

Jurídicamente, la relación médico -paciente es un contrato de característica no codificado ni descripto taxativamente, por el cual una parte (médico) se obliga a poner lo mejor de sí y de su ciencia, acorde al tiempo, lugar y circunstancia de la prestación, a fin de intentar la curación, comprometiéndose el enfermo a cumplir con las prescripciones y mandatos y a retribuir por sí o por Instituciones Intermedias la atención recibida.

### **El médico asume una obligación de medios**

Ej.: la cirugía: está dirigida a un resultado terapéutico o a beneficiar a terceros (transplante) o mejoramiento de la belleza corporal (estética), en estos casos no se puede prescindir de resultados.

La conducta del Médico se debe caracterizar por:

- Adecuada adopción de los deberes y la clara conciencia de los requerimientos de los enfermos.
- Análisis de su propia aptitud.
- Límites para tratar el caso con tiempo.
- Dedicación suficiente para estudiarlo y analizarlo científicamente.
- Uso prudente y necesario de todos los medios diagnósticos que el caso requiera.
- Realizar la prestación con los medios adecuados, no superficial ni apurada o porque sí, sino con lo correcto.



La Conducta es el Objeto de la Obligación: “Eje de la culpabilidad del Médico”, error inexcusable”

**Supuestos:**

- Conducta presuntamente irreprochable
- Daño inferido
- Relación causal.

Daño originado por la “cosa” (deficiencia, ignorancia, negligencia, mal manejo). Responsabilidad objetiva por vicio o riesgo creado por la cosa. Al **médico auditor** no le compete analizar jurídicamente todas las situaciones posibles, atenuantes o agravantes en cada caso en particular. Le compete, en base a sus “deberes éticos” y a su “conducta técnica”, “científicamente correcta”, hasta lo que esté a su alcance.

La historia clínica debe ser el reflejo cotidiano de su actuar o accionar, que debe quedar impreso, legible, fechado, firmado, sellado, sin errores ortográficos, con buena redacción, refleja de su grado de educación de nivel superior. Es un elemento fundamental de tipo médico, y como prueba eximente legal.

**Eximentes de culpabilidad**

- La no culpa.
- El caso fortuito: aquel que no puede ser previsto y/o aún de ser previsto, no pudo ser evitado.

“Con respecto a la historia clínica y ante una causa judicial, solo existe lo que está en el expediente”. Si la misma no cuenta con todos los requisitos imprescindibles para eximir la culpa, logra enervar (quitar fuerzas, debilitar la fuerza de los argumentos), a los jueces.

**Responsabilidad Compartida:**

El Médico como tal está obligado por principio o normas básicas, desde el:

- Juramento Hipocrático.
- Ley 17.132 en Capital Federal y Provincias.
- Código Penal: “Obligación de Actuar”.

## Presunción de Culpa

- **El Médico:** es responsable por sí.
- **El jefe de un equipo:** es responsable directa o indirectamente. Profesionales con autonomía científica dentro de un equipo. (cardiólogo, anestesista).
- **Clínicas y Sanatorios:** por sus dependientes profesionales o no, deber de seguridad física y de cuidados, corresponsable del equipo actuante y del staff médico perteneciente a la Institución.
- **Hospitales Estatales:** deber de garantía y seguridad.
- **Obras Sociales y Prepaga:** contratantes de Clínicas y Sanatorios y RRHH, deber de seguridad.

## Responsabilidades

- **Deberes y Obligaciones del Médico :** son imposible de denegar o subordinar a Normas Administrativas y muchos menos a factores de economía que rigen lamentablemente los sistemas de salud, cualquiera sea su tipo, donde su aceptación tácita de correr riesgos innecesarios por carencias de elementos, no tienen justificativos éticos ni legal alguno.
- **Seguro Médico:** Res. 15517, no es obligatorio, pero sí es solicitado en los sanatorios y clínicas e incluso obra sociales para ingresar como Prestadores.

## Defensa en Juicio:

Los Médicos con relación de dependencia privada o pública, deben tener cobertura gratuitas por parte de la patronal para la asistencia letrada (Legislación Laboral) y administrativa de mantener la integridad de la contraprestación y también por la “Obligación Tácita de Indemnidad” de toda situación contractual.

## Las Demandas

Se realizan contra el o los médicos actuantes, clínicas, sanatorios, institutos, centros, Obra social o Prepaga. El letrado de cada uno debe ser distinto, por incompatibilidad de intereses (es de buena práctica), e iniciar acciones por los daños morales y/o patrimoniales a la aseguradora.

## Consentimiento Informado

Ley 17132 (art. 19) es la debida autorización del paciente o sus responsables legales, para realizar operaciones mutilantes.

- **Peligro de Vida:** el médico debe actuar, con o sin consentimiento informado si la práctica quirúrgica tiene razonable posibilidad de salvar dicho bien y sin una clara negativa del paciente y en uso de razón, a dejarse intervenir.

Ley 24.193 Transplante de Órganos ( art. 13) informar clara, suficiente, y adecuadamente (derechos personalísimos del ser Humano).

### Consentimiento

La doctrina del consentimiento informado se ha desarrollado en base a dos valores:

- a) el principio de individualismo que supone una decisión basada en la AUTONOMIA de la VOLUNTAD
- b) El principio de maximización de la salud.

El equilibrio entre ambos valores (para algunos autores contradictorios) sigue siendo motivo de debate.

El médico debe tener en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención, y hacer conocer al paciente dichos riesgos, siendo su consentimiento indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, su ausencia torna ilegítimo.

### Doctrina del Consentimiento

#### Carácter:

- es instrumento o documento privado
- Obligatoriedad: de hacerla registrar o llenar firmada por el director médico, responsable también de su conservación o archivado (art. 40 Ley 17.132).
- Su Alteración: es violación de documento (art. 255 C.P.) y (art. 292 falsificación de documentación).

- Forma: variable, no existe norma legal que obligue que sea manuscrita. Es de buena práctica utilizar modelo único de Historia Clínica institucional.
- Sentido: secuencia histórica de todos los eventos médicos detallados cronológicamente.
- Historia Clínica Informatizada: Ley de firma digital N° 25.506 art. 2 No puede aplicar por causa de muerte, en los actos de derechos de familia y en los actos que por ley o contrato deben respetar otros tipos de existencias formales.
- Certificado: Desde el punto del médico auditor que deberá sentar su opinión cuando deba evaluar una atención, como desde la óptica del médico asistencial, poco amigo de escribir o dibujando jeroglíficos que nada dicen.

### Obligación Jurídica de Obrar

Paciente grave o que se presume, debe brindarse cuidados básicos que el profesional y la Institución puedan brindar hasta delegar a otra Institución o Profesional

“Asistir = estar al lado”

En la URGENCIA existe la Obligación cuando existan recursos técnicos y físicos.

En la actualidad el médico se halla frecuentemente expuesto a diversos conflictos éticos que han ido variando de forma, aunque no de fondo, desde los orígenes de la humanidad. Entre ellos cabe mencionar la amplia tecnología disponible y la discordancia que se suscita entre ésta y la idoneidad para saber cuándo y cómo usarla, las presiones económicas que a veces atentan contra el correcto proceder, la discordancia posible entre aquello que el paciente, la familia, internet, etc. La actual globalización solo podría ser revertida con la firmeza de las posturas éticas. Las instituciones de la salud, a través de sus normativas internas, son responsables de la calidad médica de los servicios que el sistema, sea cual fuese, debe ofrecer.

En este sentido debemos tener presente la Bioética, un término que fue utilizado originalmente por el médico americano Van Rensselaer Potter (año 1970). Alude a los problemas derivados del enorme desarrollo de la tecnología y las

dificultades para regular la aplicación de las mismas al ser humano de manera responsable, cuyos principios básicos son: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

Etimológicamente términos relacionados con la ética y la moral que entendiendo que la etimología representa una vía de entrada a lo real que nos devuelve el sentido primigenio de las palabras ya gastadas por su uso, y que nos remite a la autenticidad de lo original. El término ética nos reenvía a dos vocablos griegos de idéntico sonido pero disímil significación. Uno como “residencia, morada, lugar donde se habita, raíz profunda de donde brotan todos los actos humanos” o en otras palabras y según la concepción de Heidegger, “la morada del hombre en el ser”. Y otro según la interpretación de Aristóteles, lo define como “modo de ser, carácter”, forma de vida libremente apropiada, adquirida mediante los hábitos. En latín solo existe un término para expresar ambas concepciones: *mos, moris* (costumbre, y por derivación, moral). Resumiendo la ética es una teoría o un tratado de los hábitos y las costumbres, pero más ligada a la adquisición y la conquista a lo largo de la vida de una “segunda naturaleza”.

Y acá se ingresa en el terreno básico donde juega la intervención y el asesoramiento del **Médico Auditor**, como garante de la calidad de atención. Porque, ¿Qué se entiende como mejor calidad de atención médica? ¿Quién la define y cómo se mide? La ley expresa que las prestaciones deben ser igualitarias, integrales y humanitarias, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y que garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones, y delimite toda la forma de discriminación sobre la base de un criterio de justicia distributiva (art. 2 de la ley 23661).

No hay que forzar mucho la imaginación para entender por qué es el médico en este caso el auditor que colocado como evaluador de las prestaciones necesarias, o como garantía de ellas, será el que deberá en casos conflictivos autorizar, denegar u opinar sobre prácticas o procedimientos que hagan la correcta atención médica. Y como médico que es, su decisión o elección, más allá de los criterios o de la adecuación a lo que la buena práctica indique, deberá estar regido por criterios de beneficencia, de no maleficencia y de respeto al

paciente. Y ésta es la dimensión ética que deberá asumir, ubicado como ésta, a manera de puente entre un sistema y el paciente-cliente.

Los **derechos de las personas** los podemos encontrar explicitados en el preámbulo de nuestra constitución, donde se habla de promover el bienestar general. También en el artículo 42 de la misma, donde dice "...las personas tienen derecho a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, una información adecuada y veraz a la libertad de elección y a las condiciones de trato equitativo y digno..."

La ONU en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 25, inciso primero, dice "toda persona tiene derecho... a la salud y al bienestar y en especial a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios..."

Seis meses antes la OEA reunida en la ciudad de Bogotá, sancionó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En su artículo XI dice: "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".

El **Pacto de San José de Costa Rica**, en la convención realizada entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, no hace especificaciones sobre la salud, pero en el artículo primero habla del compromiso de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades de las personas sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Del respeto a los **derechos generales del hombre**, surgen como consecuencia los derechos particulares de los pacientes.

Lo que nos interesa en este caso es el derecho de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud, los cuales están contemplados en nuestro país en la ley 26.529 promulgada en noviembre de 2009.

Esta ley fue enmendada por la ley 26.742 promulgada en mayo de 2012. El derecho fundamental del paciente es el de recibir tanto atención médica apropiada sin distinción de edad, raza, sexo, nacionalidad, creencia religiosa, inclinación sexual, idioma o nivel social. El derecho del paciente no debe estar limitado a la atención de la enfermedad sino que debe comenzar con la prevención y la promoción en Salud, uno de cuyos primeros pasos es la procreación responsable.

El **derecho a la atención médica** implica inalienablemente que ésta sea prestada según los principios de la calidad de atención médica, es decir que sea oportuna, accesible, adecuada y continuada, sin discriminación. El paciente tiene derecho a recibir el mejor tratamiento disponible para su estado de salud.

Del mismo modo existe el derecho a la información, que trae como consecuencia inmediata el derecho a la aceptación o denegación de la práctica ofrecida. El paciente puede elegir al profesional que lo atienda dentro de los límites de la oferta. El paciente tiene derecho a la decisión anticipada.

Otro derecho importante del paciente es el de ser legítimo propietario de su historia clínica.

En este contexto, la relación médico-paciente, en la actualidad un tanto menoscabada por los deslumbrantes exámenes complementarios, las presiones económicas y los tiempos disponibles para la atención resurge como la base a la que debe recurrirse para entender el aumento de la litigiosidad y la dicotomía entre los imperativos morales inherentes al accionar humano.

## CONCLUSIONES

Siempre el objetivo del Auditor Médico debe ser proporcionar al paciente lo mejor para su salud, cumpliendo con la legislación vigente, al menor costo posible para el financiador, optimizando la calidad del servicio prestado. El eje principal en la Auditoría Médica debe ser el paciente.

Cumpliendo con las coberturas correspondientes a los afiliados (PMO y Legislación especial), existen situaciones conflictivas frecuentes, que el médico debe abordar con delicadeza a fin de no acrecentar el conflicto ***puediendo resolver lo que son los límites en la cobertura.***

El equipo de Auditoría médica, debe enfrentarse a las crecientes expectativas de los afiliados-beneficiarios, que aumentan en número, a la tecnología en permanente expansión que encarece los procedimientos diagnósticos y terapéuticos y a las presiones que se generan desde los entes financiadores para disminuir sus gastos. Existe también un aumento gradual en las tasas de judicialización que no termina de resolverse con la escasa reglamentación de las leyes respecto de patologías especiales. Todo esto lleva a ampliar la incomunicación entre pacientes-enfermos, médicos y financiadores, con lo cual al médico auditor se le dificulta aun más la tarea conciliadora.

1. la responsabilidad médica está fundamentada en la igualdad ante la ley, que es la garantía común de la convivencia humana. EL ser médico no crea privilegios, por el contrario da obligaciones.
2. el médico es un ser social, inserto en la sociedad, teniendo la responsabilidad moral de preocuparse por ella, correspondiéndole velar por la salud cuando se pierde y protegerla a través de la medicina preventiva.
3. jurídicamente la relación medico-paciente constituye una responsabilidad de carácter contractual
4. el médico contrae por lo general una obligación de medios y excepcionalmente de resultados.
5. al médico, en ausencia de intención dolosa, se le aplica la teoría general de la culpa, que se refiere a provocar un daño sin la intención de cometerlo.



6. Al menos que el paciente se encuentre despojado de sus plenas facultades mentales, caso en el que debe intervenir la justicia, la voluntad del enfermo prevalece ante la obligación de curar del médico.
7. las instituciones son responsables de cumplir el contrato tanto con el paciente como con el cuerpo médico.
8. en los equipos médicos cada individuo tiene una responsabilidad directa, teniendo el jefe además la responsabilidad indirecta.
9. son la ética y la moral humana las que nos dicen que primero somos hombres en todo sentido del término, que realizamos determinada actividad, pero obligados a nuestra condición primigenia e íntima de seres humanos, y sujetos por lo tanto al reproche tanto jurídico como moral que nuestra conducta pueda engendrar.
10. Los médicos debemos adaptarnos y recordar que en caso de conflicto judicial, no será un médico quien nos juzgará, sino un profesional del derecho, el juez, imbuido de una concepción filosófica del derecho que muchas veces colisiona con nuestro discurso interpretativo. Debe recuperarse el sentido ético de la profesión y asumir en todo momento la conducta correcta.

La posmodernidad en la que estamos insertos y el avance tecnológico globalizado que nos compele hacia el futuro como individuos aislados, amalgamados por una gran red social virtual, e invadidos por imágenes que marcan nuestra vida y orientan nuestro deseo, traen aparejada una situación nueva para el ser humano. Por un lado, signado por un “yo” frágil en su esencia íntima, y por otro lado, omnipotente en el armado de su individualidad a gusto del consumidor y de lo que nos ofrece el mercado siempre cambiante.

Los médicos no podemos seguir demorándonos en reconocer que nuestra forma ética presenta falencias acordes a los nuevos paradigmas, generadores no solo de carencias que podrían deshumanizar la gestión sino también de variadas situaciones que ante la carencia también de marcos jurídicos y normativos terminan en denuncias por presuntas mala praxis y cuyo origen está en olvidar que antes de lo técnico, lo legal y lo administrativo debe primar la relación médico-paciente (o médico familiar), que es el punto crítico de cualquier acercamiento empático. Entendido entonces que el médico no debe ser un mecánico de partes individuales, sino un **hombre que siente al otro como semejante y no como un número o caso.**

## **ANEXO**

### **JURISPRUDENCIA**

#### **Responsabilidad profesional del médico auditor**

Un fallo reciente que condena a una médica auditora por los daños ocasionados a una paciente a raíz de la negativa de aquella a la realización de un estudio, nos invita a reflexionar sobre la naturaleza de la actividad del auditor y de la responsabilidad individual que les cabe a estos profesionales. Los auditores médicos, que suelen encontrarse en relación de dependencia o contratados por las instituciones y financiadores, se desenvuelven en un medio cada vez más demandante de recursos escasos, los cuales deben ser administrados eficientemente. No se discute que dentro de las importantes funciones que cumplen los auditores, la del control de tratamientos o estudios que se consideran excesivos o innecesarios resulta fundamental. No puede hablarse de una atención de calidad si no hay eficiencia y equidad en la administración de los recursos. Esta responsabilidad los enfrenta cotidianamente con situaciones conflictivas, en las cuales deben balancear los intereses del médico tratante, del paciente y del financiador. La medicina gerenciada, por otra parte, aumenta cada vez más la presión sobre los auditores para contener costos innecesarios, y el excesivo celo en el control de los recursos puede llegar a ocasionar daños a los pacientes y exponer a los médicos auditores a juicios por responsabilidad profesional.

#### **Los hechos y el fallo**

El 16 de diciembre de 2011, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, condenó a una obra social, al centro asistencial y a la médica auditora de esta última, a la reparación de los daños ocasionados a una beneficiaria por la denegación de un estudio, lo que retrasó el diagnóstico de un cáncer de mama y restó chances a una paciente que finalmente falleció durante un proceso, siendo finalmente su hija la creadora de la sentencia de condena.

La paciente de 63 años, había concurrido en julio de 2002 a una consulta ginecológica en la clínica demandada en donde fue examinada por una médica ginecóloga, quien constató la presencia de una displasia mamaria bilateral y requirió la realización de una mamografía bilateral con prolongación axilar. En su pedido, la médica puntualizó la edad de la paciente y el hecho de que habían pasado 3 años desde la última mamografía. La auditora del centro asistencial denegó el estudio con una leyenda lacónica: “no justifica práctica por el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE)”. Nueve meses después, en abril de 2003, la paciente concurrió al Hospital de Clínicas José de San Martín, donde finalmente se realizó la mamografía bilateral, y el estudio histopatológico que determinó la presencia de un carcinoma intraductal infiltrante con receptores estrogénicos positivos. Fue intervenida quirúrgicamente en mayo de 2003,

continuando con quimioterapia adyuvante. Pese a este y otros tratamientos, la paciente falleció en abril del 2006.

La paciente inició la demanda contra la obra social, la clínica y la médica auditora, alegando que el retraso en el estudio incidió significativamente en la posibilidad de su curación.

Durante el proceso, los peritos pudieron demostrar la impericia y la responsabilidad de la médica auditora, basándose en los siguientes argumentos:

- La mamografía bilateral con proyección axilar no es un estudio costoso, siendo de gran valor para la detección precoz del cáncer mamario. La misma puede detectar tumores de pocos milímetros y que como pautas de orientación aceptables para mujeres de hasta 40 años se realizan en forma bianual y para las de más edad con una frecuencia anual. Si bien la displasia no es un factor predisponente para producir cáncer, la justificación del estudio en esta paciente puntual estaba dada por su edad y por el hecho de que habían transcurrido tres años sin realizar dichos estudios.
- Es muy probable que se hubiese detectado la patología en ese mes de julio, no pudiendo afirmarse que la evolución hubiese sido distinta. Pero no hay ninguna duda de que el diagnóstico precoz favorece al paciente.

Tales son, en resumidas cuentas, los datos a los que se refirió el juez al ponderar la conducta de la médica auditora demandada:

- Se advierte que existió una negativa basada en puras razones presupuestarias, la cual tampoco se sostenía en justificación sólida alguna toda vez que la actora era inequívocamente acreedora a este tipo de prestaciones en razón del referido programa médico. Concretamente el propio personal médico de la clínica pidió un estudio adecuado para el diagnóstico de la enfermedad que padecía la causante y el mismo fue denegado sin motivo alguno por otra dependiente de la misma clínica.

Finalmente, la Cámara confirmó los montos establecidos en Primera Instancia, obligando a los codemandados a indemnizar a la hija de la paciente a título de pérdida de chance de curación, daño moral y gastos médicos por la suma total de \$117.000, más intereses y costas.

Lo novedoso de este fallo, es que a la clásica condena que suele recaer en estos casos sobre el financiador y el centro en su función de garantes y responsables por la selección y vigilancia del personal que emplean, se condenó también al médico auditor, cuyo desempeño constituyó una mala praxis a título personal, toda vez que en su labor de análisis ejerció la medicina. Su opinión, dictamen o consejo cae dentro del ejercicio monopólico de la medicina, que “solo puede ser llevado a cabo por un médico legitimado y que recae sobre el cuerpo humano vivo o muerto y que tiene una finalidad curativa directa o indirecta. En definitiva, el acto de autorizar o denegar un estudio constituye un acto médico y el mismo puede ser reprobado cuando no se asienta sobre bases científicas.

## **Responsabilidad civil profesional del médico auditor**

El auditor médico es en esencia un profesional de la salud con autonomía científica, más allá de la subordinación laboral que pueda tener, y sobre él recaen todas aquellas obligaciones y derechos propios de su función específica. En la práctica, el médico auditor de una obra social, prepaga o institución médica actúa fiscalizando la realización efectiva de las prestaciones y controlando el consumo proveniente de las solicitudes o indicaciones de los médicos que forman parte de la cartilla de prestadores. Esta labor de “filtro” de las indicaciones prescriptas por otros profesionales, de cara de reducir, o al menos controlar, el gasto prestacional, es la que cobra mayor relevancia para el derecho de daños y la que más expone al médico auditor.

Al hablar de responsabilidad profesional en esta especialidad, deben analizarse entonces los daños que podrían ocasionarse en la salud de los usuarios que tuviesen como causal directa el desempeño de los auditores en el ejercicio estricto de su actividad.

El análisis se complica por la inexistencia de un marco legal que contenga y defina la actividad de estos profesionales. En general, la responsabilidad del auditor se incluyó siempre dentro de la responsabilidad de las instituciones que actúan como empleadoras. Es que más allá de la relación jurídica laboral que puedan tener los auditores con éstas últimas, lo concreto es que actúan como dependientes. Si bien en cada acto o consejo los auditores ponen en juego su autonomía científica y su capacidad técnica como profesionales de la medicina, ello no implica desplazarlo del área de la dependencia, en la medida en que la dirección y organización de la actividad compete a quien en definitiva posee o comparte el interés en la satisfacción de la prestación principal, que es la entidad de salud como deudor obligado.

Como dependientes de las organizaciones para las cuales trabajan los auditores realizan en ocasiones tareas meramente administrativas, consistentes en verificar que las prácticas médicas realizadas por los efectores se encuentren contempladas en la cobertura legal o contratada. En esta labor no se aprecia la necesidad de aplicar su conocimiento científico, ya que el auditor sólo se limita a determinar cuándo una práctica médica será brindada., independientemente de que se encuentre justificada médicamente.

### **El derecho a la salud en la Constitución Nacional.**

#### **Acción de amparo.**

#### **Su evolución desde la creación jurisprudencial hasta nuestros días.**

Textualmente el art. 43 de la Constitución Nacional en lo pertinente dice:  
“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idónea contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione,

restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegales ad manifiesta , derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad, es decir, en la ley suprema, luego de la reforma del año 1994, se cubrió un vacío señalado en el ordenamiento jurídico nacional. El amparo, nacido como una creación jurisprudencial luego del caso Siri, (F239:459) y al año siguiente en el caso de Samuel Kat, siendo luego regulado por la ley 16986.

El amparo es un género de tutela, y como tal una acción referida a la protección de todos los derechos constitucionales.

Sentado ello, corresponde a analizar la primera cuestión a dilucidar, ¿Cuál es el fundamento del amparo en análisis?

Y el propio fallo da respuesta, cuando dice "...el derecho a la salud es reconocido en documentos internacionales ratificados por nuestro país (art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional y Declaración americana de derechos y deberes del hombre, art. XI; Declaración universal de derechos humanos, art. 25.1; Convención americana de derechos humanos, art. 29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, art. 12.1 y 12.2.D). Además es doctrina de la corte suprema de la Nación: Fallos 323:3229, consid. 16y sus citas (321:1684 y 323:1339) y 324:3569, consid. 11 y sus citas, entre otros".

En este valioso párrafo se da la respuesta que tanta veces se debe buscar una acción de amparo, y no es otra que la aplicación irrestricta de la ley suprema, es decir de La Constitución Nacional.

¿Cuál es el basamento fundamental para ello?

La aplicación y/o interpretación de la ley suprema de la Nación, es decir la Constitución Nacional.

De esta forma, el fallo analiza ahora si existió prima facie en un acto discriminatorio como el alegado en la acción, el negarse a intervenir a una paciente para reemplazarle una prótesis infectada, una violación a una garantía y derecho constitucional, que como bien se menciona, es el derecho a la salud, expresamente incorporado a la Carta Magna.

### El derecho a la salud

**Chamatropulos, Demetrio Alejandro**

#### **I.- Introducción**

En los últimos años se han podido observar numerosos planteos y decisiones judiciales en el país (a los cuales no ha sido ajena la región patagónica) en los cuales se ponían (y se ponen) en juego relevantes aspectos relacionados con el denominado derecho a la salud como garantía constitucional.

Así, hemos visto como las derivaciones prácticas del derecho a la salud han llegado a transitar caminos inexplorados que hasta hace no muchos años era objeto poco frecuente de debate jurídico.

Se trata de cuestiones particularmente trascendentales de la vida cotidiana del "ciudadano de a pie" que bien ameritan efectuar un breve repaso sobre cómo entienden el tema (y especialmente su aplicación) los magistrados de la región.

## **I.-Generalidades**

Deviene improcedente el rechazo in limine de la acción de amparo intentada, si se encuentra involucrado un derecho de superlativa jerarquía como es el de la salud —en el caso, se solicita la continuidad de un tratamiento médico— pues, en modo alguno se patentiza la hipótesis que la jurisprudencia admite para justificar el rechazo, esto es, cuando no exista duda alguna respecto de su inadmisibilidad, es decir, que ella resulte tan manifiesta como para ser declarada en forma categórica y sin necesidad de la verificación de supuestos de hecho que requieran mayor debate o prueba.

### **Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, 20/04/2010, T., E. c. I.S.S.N., LLPatagonia, 2010 (agosto), 392, AR/JUR/25283/2010**

Es procedente la acción de amparo tendiente a defender los intereses colectivos de los afiliados al Instituto Provincial del Seguro de Salud residentes en la zona atlántica de la Provincia de Río Negro, atento al trato desigualitario que reciben respecto al monto que deben abonar por consulta médica —Primer Nivel de Atención— en relación al resto de la Provincia, pues, si bien la situación de emergencia declarada por la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) autoriza medidas extraordinarias en orden a la tutela de los bienes primarios básicos, como la vida y la salud, no puede entenderse ni justificarse la decisión individual de un médico que pretenda actuar al margen de las limitaciones impuestas por la leyes de orden público, o que el Colegio Médico pretenda permanecer fuera de las obligaciones que surgen de los contratos celebrados por las respectivas federaciones que los aglutinan, ya que de otro modo se acciona en contra de la ley, la moral y las buenas costumbres (del voto del Dr. Soderó Nievas).

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 17/09/2007, Defensora del Pueblo de la Provincia de Río Negro, LLPatagonia, 2007 (diciembre), 1345, AR/JUR/6463/2007.

Debe responsabilizarse a una prestadora de servicio de salud por la demora injustificada en el otorgamiento a un afiliado de la cobertura de un estudio previo al trasplante renal que pretendía realizarse toda vez que la respuesta dada para justificar la demora (en el caso, atender a las supuestas dudas que existían en torno al carácter congénito o preexistente de la dolencia que



generó el requerimiento de cobertura) comportó lisa y llanamente un incumplimiento obligacional que aparejó, con motivo de la demora que debió afrontar en la obtención de la cobertura acordada mediante un ulterior reclamo judicial, la causa adecuada del daño moral que se denuncia. (Del voto del doctor Lucero).

**Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala B, 25/02/2008, G., R. R. c. I. de S. S. Y. S., LLPatagonia, 2008 (junio), 278, AR/JUR/1141/2008.**

Corresponde admitir la medida de no innovar interpuesta en el marco de una acción de amparo a fin de que la Provincia de Neuquén se abstenga de aceptar la renuncia de dos anestesiólogos de un nosocomio público hasta tanto pueda reemplazarse su trabajo en el hospital, dado que frente a la crisis del sistema de salud de la provincia se acreditó con suficiente verosimilitud que el cese de los profesionales renunciantes podría ocasionar daños irreparables en la salud de pacientes que requieren indispensablemente de sus servicios, desde que ellos aparecen como los únicos en condiciones de paliar en alguna medida la situación planteada, pues, el derecho a trabajador o dejar de hacerlo que los asiste está sujeto a las limitaciones que circunstancias excepcionales como la planteada puede imponer, máxime si se encuentran constreñidos por el código de ética que rige su actividad a no abandonar sus indispensables funciones antes de poder ser reemplazados adecuadamente.

**Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, 12/09/2007, Defensora del Niño y del Adolescente c. Provincia del Neuquén, DT, 2007 (octubre), 1118, LLPatagonia, 2007 (diciembre), 1371, AR/JUR/5128/2007.**

Corresponde confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del decreto 232/07 y de la Ley 5.598 de la Provincia del Chubut en cuanto, suspenden el efecto de las renunciaciones formuladas por los anestesiólogos que trabajaban en hospitales públicos por el período de un año, con posibilidad extenderlo un año más, pues, si bien la declaración de emergencia del servicio hace incuestionable la existencia de hechos de gravedad para el dictado de la medida, el plazo establecido en la norma cuestionada excede el límite de lo jurídicamente tolerable desde que, el derecho a la vida y a la salud de la población pudo obtener adecuado resguardo con una restricción mucho más acotada en el tiempo (del voto del doctor Passutti).

**Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, 31/03/2008, Provincia del Chubut c. Asociación Austral de Anestesiología y otro, LLPatagonia, 2008 (junio), 247, AR/JUR/1331/2008.**

## II.- Casuística

## 1.-Adicciones

Corresponde condenar a la Provincia del Chubut a brindar el tratamiento a la patología de adicción que sufren los actores de conformidad con las pautas del programa terapéutico dispuesto por la resolución nacional conjunta 326/97 y 154/97 del Ministerio de Salud y Acción Social y Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico, pues el derecho a la salud está consagrado constitucionalmente y el Estado se encuentra obligado a asegurar el ejercicio pleno de ese derecho.

**Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A, 21/05/2007, Almonacid, Patricio I. c. Provincia del Chubut, LLPatagonia, 2007 (agosto), 1165, LA LEY 2007-E, 480, AR/JUR/2746/2007.**

## 2.- Discapacidad

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

**Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche, 29/07/2009, Nardini, Vanesa, La Ley Online, AR/JUR/27014/2009.**

Corresponde hacer lugar a la acción de amparo promovida en representación de un menor discapacitado a fin de que se ordene a la empresa de medicina prepaga demandada cubrir la aplicación de toxina botulínica y sesiones de fisioterapia ya que, si bien tales prestaciones no se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio, las obligaciones de protección del derecho a la salud de las personas con discapacidad, son impostergables y no admiten, como razón justificatoria, la escasez de recursos. (Del voto del Balladini).

**Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 21/09/2009, Smrcek, Victor y otra, La Ley Online, AR/JUR/33341/2009.**

El Instituto de Seguridad Social de la Provincia del Chubut debe cubrir las prestaciones de apoyo a la integración escolar y asistencia terapéutica domiciliaria brindadas a un menor discapacitado por una fundación que fue elegida por sus padres, ya que dicho ente es idóneo, cuenta con habilitación provincial y se halla inscripto en el Registro Nacional de Prestadores, máxime cuando la libre elección de los prestadores es el sistema previsto por la ley



art. 25 de la ley 23.661 y el demandado no acreditó contar con un prestador que brinde similares prestaciones a un costo inferior.

**Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 30/05/2011, V., Héctor Elvio y otra c. Instituto de Seguridad Social, LLPatagonia, 2011 (agosto), 417, AR/JUR/23018/2011.**

### **3.- Entrega de medicamentos**

Debe condenarse a la obra social accionada a hacer entrega de los medicamentos que le fueron recetados a un afiliado a fin de tratar una enfermedad progresiva de vista —maculopatía diabética—, aun cuando las drogas no figuren en el listado de cobertura que contempla el Programa Médico Obligatorio dispuesto por la resolución 247/1996 del Ministerio de Salud y Acción Social, pues, la facultad de éste para definir las prestaciones que deben brindar los Agentes del Seguro de Salud no implica que la selección que hace tenga carácter taxativo, ya que debe atenerse al principio básico que apunta a garantizar a todas las personas las prestaciones necesarias para el cuidado integral de su salud.

**Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche, 02/12/2009, Altamirano, Pedro, IMP, 2010-5, 295, AR/JUR/48604/2009.**

### **4.- Gastos de traslado para tratamiento**

Corresponde revocar la resolución que declaró abstracta la acción de amparo deducida por un afiliado de una obra social a fin de que le cubra los gastos de traslado y estadía necesarios para efectuarse los controles médicos requeridos para el tratamiento de su enfermedad, pues, si bien el a quo entendió que el cumplimiento de la medida cautelar requerida agotó el objeto de la acción, la prestación debe ser otorgada en forma integral, no pudiendo tener por cumplida la obligación respecto de la cobertura del tratamiento por cumplimientos parciales.

**Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, 06/08/2009, Bontes, Gladys Betty c. OSPCN, LLPatagonia, 2010 (junio), 232 con nota de Griselda Isabel Bard, AR/JUR/37829/2009.**

### **6.- Intervención quirúrgica**

Corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta y condenar a la empresa de medicina prepaga de la actora a articular los mecanismos

necesarios para que se lleve a cabo la intervención que pueda poner fin a la dolencia que padece la actora, pues, si bien la dicha empresa sostuvo que se trataba de una dolencia relacionada con el lugar de trabajo y que debía ser la ART quien cubriera dicha contingencia, los estudios acompañados por la amparista dan cuenta de un sinnúmero de complicaciones anteriores al suceso que motiva la causa y que podrían ser la causa eficiente de la dolencia y su derecho a la salud debe anteponerse a cualquier cuestión patrimonial.

**Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche, 17/12/2009, Alvarado, María Cristina, Exclusivo Derecho del Trabajo Online, AR/JUR/48605/2009**

## **7.- Kinesiología**

Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar interpuesta por una afiliada al Instituto de Seguridad Social a los fines de obtener la prestación con cobertura integral de un tratamiento kinesiológico, pues, si bien el demandado sostuvo que intimó al círculo de kinesiólogos a tales fines, de las constancias de la causa surge una apariencia de derecho a favor de la actora, sin que corresponda un análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes en juego como pretende el demandado.

**Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala III, 16/04/2009, L., A. c. I.S.S.N. y otro, LLPatagonia, 2009 (octubre), 1130, AR/JUR/14509/2009.**

## **8.- Salud mental**

Corresponde disponer la internación provisoria de un joven que sufre de una alteración mental —en el caso, psicosis paranoide— a fin que se compense su organización interna, debiendo la misma ser limitada por las necesidades terapéuticas y la seguridad del paciente y la de terceros, ya que en virtud de lo dispuesto por el art. 13 de la Ley I N° 384 de la Provincia del Chubut, esta medida se debe utilizar como último recurso terapéutico y porque toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado resulta indispensable para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

**Cámara de Apelaciones de Esquel, 29/09/2010, F., J. N., LLPatagonia, 2010 (diciembre), 591, AR/JUR/74369/2010**

## **9.- Síndrome de Down**

Es procedente la acción de amparo promovida por un paciente que padece síndrome de Down a fin de obtener la cobertura total del tratamiento, en tanto la postura negativa de la obra social se evidencia como un acto arbitrario en

la medida en que se desentiende por completo de la situación expuesta, lo cual pone en peligro el derecho a la salud de su afiliado en contravención al art. 59 de la Constitución Provincial

**Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche, Sala III, 30/11/2010, Saracho, Marcela, LLPatagonia, 2011 (abril), 217, AR/JUR/86336/2010.**

## **10.- Personas privadas de su libertad**

Si bien resulta improcedente el habeas corpus deducido ante el Juez de Instrucción a fin de que se verifique el cumplimiento de lo ordenado oportunamente por el Juez de Ejecución, en cuanto dispuso la designación de un psiquiatra en una unidad carcelaria, ello porque debe ser el mismo magistrado que tomó la decisión el que lleve adelante su control, corresponde encomendar a los Jueces de Ejecución la implementación urgente de las medidas necesarias a fin de que los internos gocen de la debida y adecuada asistencia médica-psiquiátrica a fin de garantizar su salud.

**Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 09/11/2007, Doctora A. P., La Ley Online, AR/JUR/10086/2007.**

### **Derecho a la salud.**

#### **Amparo.**

#### **Cobertura de prestaciones médicas**

**Cifuentes (h.), Santos E.**

## **I. Derecho a la salud. Amparo. Cobertura de prestaciones médicas**

1. La decisión adoptada por un centro de educación especial en el sentido de no continuar con la prestación de sus servicios de educación terapéutica a dos menores con Síndrome de Down, alegando disconformidad en los valores cubiertos por la obra social, configura una violación al estatuto administrativo educacional equiparable en sus efectos a una expulsión, lo cual torna procedente ordenarle que retome el cumplimiento de las prestaciones de forma inmediata

**Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Resistencia, sala I, Hidalgo, Raúl A. y Rodriguez, María Itati, 16/04/2010, LLLitoral, 2010 (septiembre), 890, AR/JUR/19676/2010.**

2. La Obra Social demandada debe cubrir en forma integral las prestaciones básicas por discapacidad de dos menores con "Síndrome de Down",

solventando la educación especial en el establecimiento elegido por los padres, pues no quedó demostrado que las necesidades de los niños se puedan satisfacer adecuadamente mediante otros prestadores ni que dicha cobertura comprometa su patrimonio al punto de impedir atender a otros beneficiarios del sistema

**Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Resistencia, sala I, Hidalgo, Raúl A. y Rodríguez, María Itati, 16/04/2010, LLLitoral, 2010 (septiembre), 890, AR/JUR/19676/2010.**

3. Corresponde ordenar la continuidad de la cobertura inmediata, total e integral de las prestaciones vinculadas a las incapacidades que requieran los beneficiarios de una obra social —en la especie, educación terapéutica con transporte— y a cargo de ésta, en el marco de una acción de amparo interpuesta por los padres de dos menores con "Síndrome de Down", atento que se encuentran reunidos los requisitos exigidos en el art. 25 de la ley 6.477 de la Provincia de Chaco, en el sentido que los niños poseen certificado de discapacidad y se acreditó la necesidad de la prestación.

**Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Resistencia, sala I, Hidalgo, Raúl A. y Rodríguez, María Itati, 16/04/2010, LLLitoral 2010 (septiembre), 890, AR/JUR/19676/2010.**

4. El derecho a la salud está ligado a la protección social colectiva por impactar directamente en la calidad de vida de las personas, por tanto, contiene carácter relevante y debe ser protegido por el Estado con medidas adecuadas e inversión prioritaria, garantizando el acceso a un nivel de prestación, que se traduce en asegurar asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

**Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Resistencia, sala II, L., A. E. S/acción de amparo, 13/02/2009, La Ley Online, AR/JUR/150/2009.**

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

**Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Resistencia, sala II, L., A. E. S/acción de amparo, 13/02/2009, La Ley Online, AR/JUR/150/2009.**

6. Cabe hacer lugar a la acción de amparo iniciada con el fin de que la obra social a la que se encuentra afiliada la actora le entregue la medicación que requiere su hijo discapacitado, ya que el comportamiento de la demandada de alterar sorpresivamente la especie, cantidad y cobertura de los medicamentos prescritos, constituye una abstención inadmisibles de su misión primordial, cual es la atención de la salud y la vida de sus afiliados.

---

**Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, Niebur, Erica Cecilia c. Obra Social de la Provincia de Entre Ríos, 28/04/2006, LLLitoral, 2006 (noviembre), 1323, AR/JUR/4572/2006**

7. Cabe hacer lugar a la acción de amparo deducida con el fin de que el Estado Provincial otorgue un subsidio económico destinado a cubrir una intervención quirúrgica que encare la grave patología de obesidad que padece el amparista, toda vez que la vía procesal elegida es el medio más idóneo para recabar del Estado un proceder concreto a favor del derecho a la salud, y con ello el derecho a la vida

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala I, Corrales, Mario L. c. Estado de la Provincia de Misiones - Instituto Social de Previsión Social, 14/12/2006, LLLitoral, 2007 (mayo), 456, ED, 221, 544, AR/JUR/9323/2006.**

8. La obra social debe cubrir la intervención quirúrgica reconstructiva postoperatoria de cirugía bariátrica requerida por el paciente, aunque el galeno escogido para ello requiera cobrar una diferencia por sus honorarios, ya que se encuentran involucrados el derecho a la salud, igualdad, a la vida y a la buena calidad de vida, lo que comprende una adecuada atención médica.

**Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, T., M. E. c. Sancor Salud (Medicina Prepaga) s/ amparo, 24/09/2013, LLLitoral, 2014(febrero), 104, AR/JUR/66340/2013.**

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

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, Vaca, Héctor Horacio y Otra c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de los Bancos Oficiales Nacionales, 26/05/2009, LLLitoral, 2009 (setiembre), 924, JA, 2009-IV, 430, AR/JUR/19164/2009.**

**El derecho a la salud integral, apotegma primigenio de nuestra Carta Magna**

**Urbina, Paola Alejandra**

Publicado en: LLBA 2011 (marzo) , 171

Fallo Comentado: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (CFedMardelPlata) ~ 2010-05-04 ~ A., L. y Otro c. Obra Social de Empleados Cinematográficos Mar del Plata**

## I. Introducción

Una vez más se presenta un caso en el que la economicidad como meta en las obras sociales pretende minar y restarle operabilidad al derecho a la salud. Con ella se ha pretendido por quienes la defienden a ultranza dar respuesta monolítica y de protección a quien ha asumido su cobertura, diciendo que ésta nada puede asumir sino meramente las prestaciones contempladas en el Programa Médico Obligatorio; y que la acreedora o afiliada no puede pretender la prestación de un tratamiento no incluido en el referido programa.

Éste sencillamente es el tema planteado en la sentencia que asumiremos el comentario intentando resaltar algunas cuestiones que la legitiman como señera en la protección del ser humano ante la crueldad del sistema.

## IV. Conclusión

Es pues el pronunciamiento comentado un claro ejemplo de un Poder Judicial al servicio de los seres humanos, que no duda en echar por tierra la por demás lamentable dicotomía onto-deóntica entre normatividad y facticidadesto es, entre el reconocimiento formal y la negación de nuestro derecho fundamental a la salud. Enhorabuena.

(1) El Programa Médico Obligatorio constituye una prestación mínima que todos los entes prestadores de servicios de salud -públicos o privados- deben cumplir. De este modo, pone en un plano de igualdad a las prestaciones médicas que se reciben, independientemente de quien las presta.

(2) GONZÁLEZ PEREZ, J. (1986). La dignidad de la persona. Madrid: Civitas, p. 19 señala con razón que "La dignidad humana es intangible porque así se ha decidido [...] El derecho positivo solo será derecho en la medida en que sus normas sean expresión de aquellos principios y regulen los procedimientos idóneos para su plena realización en la vida social".

(3) HABERMAS, J. (1998). Problemas de legitimación en el capitalismo tardío. Buenos Aires: Amorrortu.

(4) Art. 42: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". Art. 75, inc. 22: "...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; [...]; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; [...]; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de [la] Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Precisamente, entre estos derechos y garantías está el derecho a la salud.



5) Es dable aclarar que si bien el Estado puede delegar su función de brindar prestaciones médico-asistenciales no puede renunciar a su función supletoria, exclusiva o concurrente con otras entidades -públicas o privadas- cuando esta actividad no resulta cubierta suficientemente por las mismas. Y ello es así, puesto que como ha reiterado nuestra Corte Suprema de Justicia, el Estado es quien debe garantizar el fiel cumplimiento de los derechos esenciales y, por consiguiente, el derecho a la salud, mediante "acciones positivas", esto es, mediante un rol activo y no de mero espectador. Fallos 323: 1339; 323:3229; 324: 3569, entre muchos otros.

(6) Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en Organización Panamericana de la Salud: documentos básicos, documento oficial 240, Washington, 1991. Creemos que "El estado ideal al que apunta la norma es deseable pero no constituye la realidad sobre la que opera el derecho. Por eso debe ser concebido como un objetivo que debe ser perseguido por el Estado con sujeción al principio de progresividad [obligación de avanzar lo más eficazmente posible hacia la plena realización del derecho a la salud] y no como un deber actual, inmediato". CAMELO DÍAZ, G. (2006). "Medidas cautelares en resguardo del derecho a la salud. Los niños, los discapacitados y las obligaciones de las empresas de medicina prepaga", en J.A. 2006-I, fascículo N° 12, p. 36.

(8) FERNÁNDEZ, E. (1991). Teoría de la justicia y derechos humanos. Barcelona: Debate.

9) Decimos "razonablemente" pues no cualquier expectativa puede ser protegida, sino sólo la que es resolutive, esto es, suficientemente diligente, que en nuestro derecho se mide con el parámetro del art. 512 del Código Civil. Por tanto, no puede obligarse a la obra social a asumir erogaciones que excedan el régimen de la legislación imperante, como sería el caso de obligarla a cubrir tratamientos costosos en el exterior cuando existen otras instituciones enlistadas en nuestro país, apropiada para el tratamiento.

(10) En nuestro concepto la "protección de la salud" implica preservar la vida ya sea prestando un tratamiento médico-asistencial o suministrando los medicamentos, como también mejorar la calidad de vida.

(11) C.S.J.N., "Reynoso, Nilda Noemí c. I.N.S.S.J.P. [Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados] s/amparo, R. 638.xl. En el caso, la Corte de conformidad con lo dictaminado por el Procurador Fiscal, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada por la actora una anciana de 75 años, con deterioro cognitivo, imposibilidad de desplazarse por sus propios medios e incontinencia de esfínteres como complicaciones directas del estado avanzado de diabetes padecida- en orden a la cobertura de un 100 % del medicamento "Ampliactil" -y no de un 40 % como lo establecen los anexos del Programa Médico Obligatorio- y pañales descartables. La Corte consideró que el medicamento y los pañales le eran absolutamente indispensables a la actora debido a sus escasos ingresos, carencia de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad e incontinencia padecidas. Dijo el Tribunal al fundar su decisión: "El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requieren necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está

íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo [...] enfermo no está en condiciones de optar por su propio plan de vida

(12) Esta dicotomía constituye una característica de nuestro "ethos", es decir, de nuestra cultura. Es el "...conjunto de actitudes, convicciones, creencias y morales y formas de conducta, ya sea de una persona individual o de un grupo social. Es [...] un fenómeno cultural -el fenómeno de la moralidad- [...] que no puede estar ausente de ninguna cultura. Es [...] la facticidad normativa que acompaña ineludiblemente a la vida humana". El "ethos", por ende, nos ayuda a comprender un pueblo por sus acciones y a éstas por aquel. Véase MALIANDI, R. (1994). Ética: Conceptos y problemas. Buenos Aires: Biblos, p. 14.

(13) HABERMAS, J. (1998). Facticidad y validez. Madrid: Trotta.

## **El derecho a la salud en los amparos y las medidas autosatisfactivas**

### **AA. VV.**

#### **I. Introducción**

##### **I.1. El derecho a la salud en la Constitución Nacional**

El derecho a la salud es un derecho constitucional al que tradicionalmente se lo considera incluido como derecho implícito en el art. 33 de nuestra Constitución Nacional (BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. 1, p. 319, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1992; EKMEKDJIAN, Miguel A., "Manual de la Constitución Argentina", p. 81, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997). Recordemos que según el texto de dicho artículo "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

También se lo incluye en el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto hace referencia a los beneficios de la seguridad social (GHERSI, Carlos A. y Colaboradores, "Derecho Civil. Parte General", p. 319, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999).

La reforma constitucional del año 1994, incorporó el art. 42 de la Constitución Nacional, según el cual "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud...".



Conforme expresa BIDART CAMPOS, Germán J. ("Manual de la Constitución Reformada", t. II, p. 107, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998) dicho art. 42 sólo recepta un aspecto parcial del derecho a la salud, esto es el derecho a la protección de la salud en la relación de consumo.

También el art. 41 de la Constitución reformada se relaciona con el derecho a la salud al contemplar el derecho de todos los habitantes "...a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...".

Por otra parte, muchos de los tratados internacionales incorporados por la Constitución de 1994 con jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22) se refieren al derecho a la salud. Así, cabe citar las siguientes normas, sin perjuicio de aclarar que en dichos tratados hay otros varios artículos que también se vinculan con el derecho a la salud:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. 11 se refiere al derecho a la preservación de la salud y el bienestar.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, según el cual, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece en su art. 12 el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y obliga a los Estados Partes a adoptar una serie de medidas a fin de asegurar su efectividad.
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que en su art. 5 impone la obligación a los Estados Partes de garantizar respecto de toda persona el goce del derecho "a la salud pública, la asistencia médica...".
- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la que prevé en su art. 12 que los Estados Partes deberán eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar su acceso en igualdad de condiciones a los servicios de atención médica.
- Convención sobre los Derechos del Niño, que establece en su art. 24 el derecho del niño "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", disponiendo que los Estados Partes deberán adoptar las medidas que en dicho artículo se enumeran para la plena aplicación de este derecho.

En suma, los arts. 42 y 41 de la Constitución Nacional apuntan a proteger aspectos parciales del derecho a la salud, pero éste tiene un contenido mucho más amplio que también goza de protección constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 33 de la Constitución Nacional y tratados internacionales antes mencionados.

## I.2. Contenido del derecho a la salud

En relación con el contenido del derecho a la salud, cabe citar la definición de la Organización Mundial de la Salud, según la cual la salud "es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."(Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados —Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, N° 2, p. 100— y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido enmendada desde entonces).

Lo que implica que la salud no puede aislarse de la educación, el medio ambiente, las condiciones socioeconómicas y laborales, los hábitos de vida, la pobreza, las condiciones de vivienda y alimentación. (GHERSI, Carlos A. y Colaboradores, "Derecho Civil. Parte General", cit., p. 317).

Dada la amplitud del concepto de salud, el contenido del derecho a la salud es muy vasto ya que no sólo implica no daño a la salud sino que también impone obligaciones en cuanto a su atención.

En este sentido expresa BIDART CAMPOS, Germán J. ("Manual de la Constitución Reformada", cit., p. 107) que si bien el contenido inicial del derecho a la salud pudo ser que nadie infiera daño a la salud, es decir que obligaba a una actitud omisiva, hoy, con el curso progresivo de los derechos humanos en el constitucionalismo social, "el derecho a la salud exige, además de la abstención de daño, muchísimas prestaciones favorables que irrogan en determinados sujetos pasivos el deber de dar y hacer."

Siguiendo este lineamiento también se ha dicho que el derecho humano a la salud expresa hoy un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida y configura un derecho de naturaleza prestacional, un derecho de la población al acceso a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud (TINAT, Eduardo Luis, "El derecho a la salud y la omisión inconstitucional del Juez. La tutela de la persona vulnerable en sentido bioético", LA LEY, 2000-C, 546).

Pero no sólo el derecho a la salud implica la obligación de no dañar esa salud (con la consecuencia de que si ésta es vulnerada deben repararse los daños económicos y extraeconómicos que se deriven) como de otorgar prestaciones, sino que también el derecho a la salud incluye el derecho a la disposición del propio cuerpo, al no tratamiento y a la muerte digna; el derecho del paciente a ser informado por parte del profesional médico; el derecho a una vivienda digna; a un hábitat sano; al consumo con protección de la salud;

a trabajar en condiciones de salubridad y seguridad; a la educación, etc. (BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", cit., p. 108).

### **I.3. Prestadores del servicio de salud**

Dado que el derecho a la salud es de naturaleza prestacional, cabe mencionar que, además de los hospitales públicos, brindan el servicio de salud las obras sociales y las empresas de medicina prepaga.

En el ámbito nacional, las obras sociales se encuentran regidas por la Ley 23.660. A su vez, la Ley 23.661 creó el Sistema Nacional de Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Dicho seguro tiene como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva. La ley considera agentes del seguro a las obras sociales regidas por la Ley 23.660 y demás obras sociales y entidades que adhieran al sistema. Su ámbito de aplicación comprende a los beneficiarios de dichas obras sociales, los trabajadores autónomos y todas aquellas personas que con residencia en el país se encuentren en el país sin cobertura médico asistencial.

En relación con el sector privado, en los últimos tiempos, debido principalmente, a la prescindencia del Estado en la atención de la salud pública, la misma es atendida mediante las empresas de medicina prepaga. Esto último supone un previo contrato de medicina prepaga que "es aquel por el cual una persona (o una empresa), promete a otra, llamado asociado o beneficiario, una determinada asistencia médica recibiendo, como contraprestación, el pago generalmente periódico de una suma de dinero."(GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia - IPPÓLITO, Silvia C., "Contrato de Medicina Prepaga", ps. 124/125, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993).

## **II. Jurisprudencia**

En este trabajo se reseñan algunos fallos relativos al derecho a la salud y la posibilidad de su protección por la vía del amparo y las medidas autosatisfactivas. Dado el amplio contenido del derecho a la salud, los fallos que se consignan se refieren a uno de los aspectos de este derecho como es

el derecho a la prestación de servicios y asistencia médica y al suministro de medicamentos.

## II.1. Procedencia del amparo para la protección del derecho a la salud

De conformidad con lo dispuesto en el art. 43 de nuestra Constitución Nacional reformada "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. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva."

Por lo que, por expreso dispositivo constitucional, procede la acción de amparo, ya sea contra actos u omisiones de autoridades públicas como de particulares, para la protección de derechos constitucionales, entre ellos, el de la salud, cuando no exista otro remedio judicial más idóneo.

Y así lo ha sostenido la jurisprudencia en reiteradas oportunidades.

1. La acción de amparo resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud —en el caso, se entabló la acción para lograr que el establecimiento médico mutualista brinde el tratamiento de rehabilitación de drogadependencia de un paciente asociado— y a la integridad física. CNCiv., sala E, 1999/12/21. — R. R., F. M. c. Centro Gallego de Buenos Aires, ED, 188-345.

2. Como la naturaleza del derecho cuya protección se reclama mediante la acción de amparo promovida con el objeto de que la obra social demandada restituya a la accionante las prestaciones médico asistenciales de las que era beneficiaria, prestaciones interrumpidas como consecuencia de la falta de pago por parte del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, de las cápitas correspondientes a sus afiliados, compromete la salud e integridad física de las personas, las vías ordinarias se muestran inidóneas para una adecuada, rápida y eficaz asistencia de los derechos afectados.

**CNFed. Civ. y Com., sala I, 1995/10/12. — Guezamburu, Isabel c. Instituto de Obra Social, LA LEY, 1996-C, 509, con nota de Humberto Quiroga Lavié - DJ, 1996-2-202.**

3. Cuando se está en presencia de una violación constitucional manifiesta y el derecho conculcado tiene la jerarquía y proyección del derecho a la salud e integridad física de las personas, el remedio excepcional del amparo luce como el procedimiento más apropiado para poner la situación jurídica en su quicio.

**CNFed. Civ. y Com., sala II, 1997/08/08. — Aguirre, Juan J. y otros c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario, LA LEY, 1997-E, 1045 (39.925-S).**

4. El artículo 43 de la Constitución Nacional, en la reforma del año 1994, introdujo una modificación trascendente en lo que hace a la acción de amparo, destinada a darle un dinamismo propio al despojarla de aristas formales que fueran obstáculo al acceso inmediato a la jurisdicción, cuando están en tela de juicio garantías constitucionales. Por ende, tal vía es viable para lograr que la entidad previsional suministre al afiliado determinado medicamento oncológico recetado por el prestador médico de la propia demandada.

**CNSeg. Social, sala II, 1998/11/17. — Lazcano, Juan A. c. Pami, DT, 1999-A, 742.**

5. La acción de amparo resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la vida como a la salud y la integridad psicofísica.

6. La acción de amparo, reglada en el artículo 43 de la Constitución Nacional y artículo 20 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como procedimiento o vía de tutela esencial juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa, para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, como el derecho a la salud y la integridad psicofísica.

7. El amparo, especialmente a partir de la reforma de 1994, es garantía constitucional, y es por ello que toda hermenéutica ha de tener como norte el sentido protector de dicha garantía, a través de una interpretación previsoras que deberá asignar al amparo el más alto alcance posible, con miras a la efectiva protección de los derechos fundamentales en crisis, por lo que la existencia de causas ordinarias para discutir una cuestión no conduce, de por sí, al rechazo de la acción de amparo, pues tales procesos deben resultar más idóneos que esta acción.

**JCrim. y Correc. de Transición, Nro. 1, Mar del Plata, 1999/11/05. — M., A.S., LA LEY, 2000-C, 550; ídem, 2000/12/19. — A., C., c. IOMA y otros, LLBA, 2001-968.**

8. La admisibilidad formal y procedencia del amparo resulta incuestionable, cuando el bien jurídico afectado —la salud del recurrente—y el grave peligro que importaría mayores demoras en las largas tramitaciones burocráticas, determina que la acción judicial entablada era el único recurso idóneo al alcance del enfermo para la protección jurisdiccional de la preservación de su salud, en concreto peligro ante la injustificada actitud de la obra social.

**JCrim. Nro. 3, Mar del Plata, 1991/05/03. — Navas, Leandro J. c. Instituto de Obra Médico Asistencial, LA LEY, 1991-D, 79, con nota de Susana Albanese - DJ, 1991-2-673.**

9. La acción de amparo resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la salud cuando el mismo puede verse seriamente afectado por una omisión en la adopción de condiciones mínimas de bioseguridad. Ello así por cuanto el derecho a la salud no es un derecho abstracto, teórico, sino que exige tanto el análisis directo de los problemas que emergen de la realidad

social como la existencia de medios instrumentales, rápidos y eficaces para garantizar su efectiva vigencia.

**JCrim. y Correc. Nro. 3, Mar del Plata, 1993/10/22. — Profesionales del Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata, DJ, 1994-1-454.**

10. La acción de amparo provincial constituye la vía idónea para la protección efectiva del derecho a la vida y su corolario el derecho a la preservación de la salud.

**JCrim. y Corre c. Nro. 3, Mar del Plata, 1996/02/14. —V. V. D. c. Instituto Médico Asistencial y/u otro, LA LEY, 1997-B, 297; ídem, 1996/08/23. — N., M.H., LA LEY, 1997-B, 656.**

11. Tanto el derecho a la vida, como el derecho a la preservación y atención de la salud, gozan no sólo de la protección constitucional sino también de la emergente de convenciones y demás instrumentos regionales e internacionales en materia de derechos humanos, hoy con jerarquía constitucional, a partir de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional y de normas expresas de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

12. La acción de amparo resulta la vía adecuada tendiente a la obtención de una prestación médica —concibiendo a la vida y a la salud como derechos positivos— con miras a la expedita protección jurisdiccional, por resultar el amparo la vía protectora más eficaz e idónea para el resguardo de los derechos en crisis.

**JCrim. y Correc. Nro. 3, Mar del Plata, 1997/09/05. — A., K., LLBA, 1998-584, con nota de Andrés Gil Domínguez, JA del 28/10/1998, p. 52.**

13. El derecho a la salud y su preservación, así como la protección integral de la familia, tiene raigambre constitucional y en tal sentido se encuentra protegida por la acción de amparo que opera como garantía —art. 43 y conchs., Constitución Nacional— a fin de obtener su tutela inmediata y eficaz si se encuentra restringido, amenazado o lesionado.

**CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala II, 2001/03/01. — S., G. c. IOMA, LLBA, 2001-963.**

14. Es procedente la acción de amparo cuya finalidad radica en lograr que el Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Provincia de Santa Fe brinde la cobertura social pertinente para que al peticionario le sea practicado un estudio médico de alta complejidad con carácter de urgente, o —en su defecto— coloque a su disposición los fondos necesarios para su realización en el sector privado, pues las vías judiciales ordinarias no se presentan como el camino procesal más idóneo para su obtención.

**JCiv. y Com. Nro. 7, Santa Fe, 1996/10/23. — Squaglia, Norberto P c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente, LLLitoral 1997-1008.**

15. Procede la vía del amparo cuando está en juego el efectivo cumplimiento de la defensa de la salud.

**SC Mendoza, sala I, 1993/03/01. — Fundación Cardiovascular de Mendoza y otro c. Asociación de Clínicas y Sanatorios de la Prov. de Mendoza y otros, LA LEY, 1993-E, 37 - DJ, 1993-2-1030.**



16. Es procedente la acción de amparo promovida contra una asociación mutual ante su omisión de brindar cobertura médica a la actora, pues dicha omisión lesiona o amenaza en forma actual o inminente el derecho a la salud y a la vida, dada la absoluta necesidad del tratamiento.

**CCiv. y Com. Noroeste Chubut, 1996/10/31. — Perdomo, Delia c. Mutual Gaiman, LA LEY, 1997-C,701 - DJ, 1997-2-689.**

También se ha pronunciado la jurisprudencia en el sentido de que no resulta exigible el agotamiento de las vías administrativas o estatutarias.

1. La acción de amparo provincial constituye la vía idónea para la protección efectiva del derecho a la vida y su corolario el derecho a la preservación de la salud y es directamente operativa, no siendo requisito de admisibilidad el agotamiento de la vía administrativa." "Es procedente la acción de amparo iniciada contra una obra social en virtud de la demora en que incurrió para autorizar las prestaciones médicas necesarias para la preservación de la salud del afiliado. En efecto, la decisión de la obra social demanda que, luego de dos auditoría médicas internas favorables a la prestación solicitada, estableció que la afiliada debería aportar la documentación necesaria sin individualizarla, implica una virtual denegación de prestaciones necesarias para el derecho constitucional a la atención de la salud y, por lo tanto, se presenta manifiestamente arbitraria e ilegítima, pues configura una omisión constitucional.

**JCrim. y Correc. Nro. 3, Mar del Plata, 1996/02 /14. — V., V. D. c. Instituto Médico Asistencial y/u otro, LLBA, 1996-515 - LA LEY, 1997-B, 297.**

2. Es procedente la acción de amparo promovida contra una asociación mutual ante su omisión de brindar cobertura médica a la actora, pues dicha omisión lesiona o amenaza en forma actual o inminente el derecho a la salud y a la vida, dada la absoluta necesidad del tratamiento. Si bien el estatuto de la asociación mutual demandada prevé un recurso que puede interponer el socio afectado en sus derechos por decisiones de la Comisión Directiva, la existencia de esa vía estatutaria no obsta a la admisibilidad de la acción de amparo interpuesta ante la omisión de la mutual de brindar cobertura médica a la actora, pues está lejos de satisfacer el requisito de prontitud y eficacia previsto en el art. 54 de la Constitución Provincial. En efecto, dada la gravedad e inminencia del perjuicio a la vida y a la salud de la actora, la cuestión no puede sustanciarse por otro proceso.

**CApel. Noroeste Chubut, 1996/10/31. — Perdomo, Delia c. Mutual Gaiman, LA LEY, 1997-C, 701.**

## **II.2. Procedencia de las medidas autosatisfactivas**

Por otro lado, en los últimos tiempos, a fin de satisfacer la exigencia de una justicia rápida y eficaz, y plenamente aplicables al campo de la salud, aparecen las medidas autosatisfactivas, que han sido acogidas por la doctrina

y la jurisprudencia en nuestro país y han sido descriptas de la siguiente manera: Son soluciones jurisdiccionales urgentes ya que el factor tiempo aparece como perentorio en miras a la protección de los derechos invocados; despachables sólo mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles (lo que implica un estadio mayor que la mera verosimilitud del derecho aunque no necesariamente certeza); autónomas porque se trata de un proceso que no es tributario ni accesorio de otro y que se agota en sí mismo ya que el dictado de la medida acarrea una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes (más allá de las posibilidades impugnatorias de los destinatarios de la misma); cuyo dictado puede ser, de acuerdo a las características del caso, sin audiencia de parte o con una sustanciación previa y reducida y requiriendo o no la prestación de contracautelar al solicitante. (Vázquez Ferreyra, Roberto A. y Peyrano, Marcos L., "La medida autosatisfactiva y su aplicación efectiva en el campo de la medicina prepaga", JA del 24/11/1999 ps. 28 y sigtes.).

**Varios fallos se han pronunciado al respecto:**

1. Resulta admisible la medida autosatisfactiva, sin previo traslado sumarísimo a la obra social, planteada por el actor —portador del virus HIV— que reclama a su obra social el suministro de manera continua de la medicación requerida. Estando en juego el derecho a la salud es menester su tutela inmediata a través de una medida autosatisfactiva, sin que sea necesaria la dación de contracautela.

**JNCiv. Nro. 67, 1999/09/08. — R. D., J. S. c. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica, JA del 23/5/2001 P. 64.**

2. La medida innovativa denominada autosatisfactiva, es excepcional, urgente, autónoma, no cautelar, de ejecutoriedad inmediata, despachable in extremis e inaudita parte, y tiene por finalidad dar una respuesta adecuada a situaciones inminentes como la planteada, en que el PAMI no hizo entrega de la medicación para tratar la leucemia del afiliado, al nosocomio en el cual éste estaba siendo tratado.

**JCrim. y Correc. Transición, Quilmes, Nro. 3, 2001/09/14. — M. M.I., JA del 5/12/2001 p. 77.**

3. El ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino por el contrario, la restricción que se haga de los mismos debe ser justificada. Aun cuando el amparista, persona vulnerable en atención a la enfermedad que padece, recurrió a la acción de amparo a fin de obtener que IOMA se haga cargo del costo de las sesiones de oxigenoterapia hiberbárica que necesita, por el principio iura novit curia cabe encuadrar procesalmente la petición formulada en la figura de la llamada medida autosatisfactiva cuyo eventual otorgamiento por la vía judicial agota la prestación médica necesaria en este momento para su salud.

**JCrim. y Correc. Transición, Mar del Plata Nro. 1, 2001/05/25. — B., A., JA del 7/11/2001 p. 33.**



4. La prevención —como mecanismo asegurado por la Constitución como garantía implícita para neutralizar los perjuicios no causados— constituye un mandato para la magistratura, cuya función preventiva de daños es una faceta de su accionar, tanto o más importante que la de reparar los perjuicios causados, en especial cuando se trata de los derechos humanos primeros (en cuyo caso la prevención es preferible a la reparación) y los más vulnerables (en cuyo caso la tutela debe ser mayor).

5. La afiliada al PAMI que padece una grave enfermedad oncológica y solicita que se le suministre un medicamento se encuentra en situación de vulnerabilidad que amerita el mandato preventivo de daños, fundado en la gravedad del mal que la aqueja, en el sufrimiento que genera el padecimiento físico que la afecta, en el escaso ingreso económico mensual y en su edad. En orden a la efectividad de los derechos, el régimen del amparo no resulta idóneo como carril procedimental, pues deviene abstracta la cuestión una vez que se resuelve la medida urgente esgrimida simultáneamente, porque coinciden ambas pretensiones." "Encuadra en la estructura del proceso urgente denominado medida autosatisfactiva, el pedido de cumplimiento del suministro de medicación oncológica a cargo del PAMI, quien dejó de entregarlo alegando defectos formales en la documentación presentada con la solicitud del medicamento.

**TFamilia, Lomas de Zamora Nro. 3, 2001/05/24. — M., H.N. c. PAMI, JA del 29/8/2001 p 73.**

### **II.3. Prestaciones obligatorias**

#### **II.3.1. Programa Médico Obligatorio (PMO)**

Los agentes del seguro de salud comprendidos en la Ley 23.661 (obras sociales regidas por la Ley 23.660 y entidades que adhieran al sistema) tienen la obligación de cumplir con un régimen de asistencia obligatorio conocido como el Programa Médico Obligatorio (PMO), que entró en vigencia a fines del año 1996 y actualmente está regulado por la Resolución 939/2000 del Ministerio de Salud y sus modificatorias. También las empresas de medicina prepaga están obligadas a su cumplimiento (ver punto II.3.4).

Al decir de Gherzi, C. (GHERSI, Carlos A. "El derecho constitucional a la salud y el PMO: las medidas autosatisfactivas", JA del 23/5/2001 p. 66) el PMO implica que existe un límite al nivel de derechos disponibles en el tema de las prestaciones de salud, tanto en el ámbito público como privado; en lo que hace al sistema de obras sociales y hospitales es simplemente una explicitación del derecho constitucional a la salud de que goza todo habitante y por el cual el Estado debe brindar su prestación, mientras que, en el campo de la medicina privada significa que el contrato de adhesión que suscriben las empresas con los adherentes al sistema tiene un límite a sus derechos disponibles, que es precisamente el PMO.

**Cabe consignar un fallo que aplica también los criterios del PMO a las obras sociales provinciales. Así se ha dicho:**

1. Si bien el Programa Médico Obligatorio rige imperativamente con relación a las obras sociales del sistema nacional (leyes 23.660 y 23.661) sus criterios, en cuanto tienden a una mayor protección real y efectiva de la salud de la población con cobertura de obras sociales resultan orientadores en cuanto a la dilucidación de situaciones análogas, como lo es el caso de las obras sociales provinciales. La previsión del Programa Médico Obligatorio que establece que la medicación de baja incidencia y alto costo debe ser otorgada con una cobertura del 100% con base en que el abono de porcentajes por los afiliados de ingresos salariales comunes se tornaría inaccesible, resulta aplicables en el caso de la afiliada a la obra social provincial que solicita la cobertura de un tratamiento médico prescripto a su hijo menor de edad.

**JCrim. y Correc. Nro. 1, Transición, Mar del Plata, 1999/09/13. — B., M.E., LA LEY, 2000-C, 564 - LLBA, 2000-330, JA del 3/11/1999 p. 71.**

Sin embargo, cabe aclarar que el Decreto de Necesidad y Urgencia 486/2002 declaró la Emergencia Sanitaria Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2002, a efectos de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud y facultó al Ministerio de Salud para definir, en el marco del PMO, las prestaciones básicas esenciales a las que comprende la emergencia sanitaria. Dicho Ministerio por Resolución 201/02 aprobó el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud, denominándolas Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), el que tendrá vigencia mientras dure la Emergencia Sanitaria, debiendo la Superintendencia de Servicios de Salud conformar una Comisión de Revisión del Programa Médico Obligatorio definitivo, a ser presentado para su aprobación antes del 31 de Diciembre de 2002. Asimismo, la Resolución citada suspendió los efectos del PMO mientras subsista la Emergencia.

### **II.3.2. SIDA y drogadicción**

En relación con la cobertura del SIDA, la ley 23.798 declaró de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar, la educación de la población. Dicha ley es de aplicación en todo el territorio de la República, su autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud de la Nación y su

ejecución en cada jurisdicción está a cargo de las respectivas autoridades sanitarias.

**Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido:**

1. Si bien los gobiernos locales son responsables directos y primarios en la adopción de las medidas indispensables para que los enfermos de SIDA puedan recibir una atención digna —en los términos del art. 8° de la ley de Lucha contra el SIDA 23.798—, el Estado Nacional asumió la coordinación en la implementación de dicho programa y es responsable por cualquier incumplimiento —en el caso, suministro tardío de medicamentos— en que incurra (del voto del doctor Vázquez).

2. Las asociaciones cuyos estatutos incluyen la protección y asistencia de los enfermos de SIDA están legitimadas para interponer la acción de amparo tendiente a obtener del Estado Nacional el suministro oportuno de medicamentos para aquéllos —en los términos de la ley de Lucha contra el SIDA 23.798—, pues el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos a los directamente afectados" (del voto de los doctores Moliné O'Connor y Boggiano).

3. El Estado nacional está obligado a proteger la salud pública —en el caso, a través del suministro oportuno de medicamentos de los enfermos de SIDA— pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional" (del voto de los doctores Moliné O'Connor y Boggiano).

4. El art. 8° de la ley de Lucha contra el SIDA 23.798 establece el verdadero alcance de las medidas enumeradas en su art. 4°, al señalar que las personas infectadas tienen el derecho a recibir asistencia adecuada, reflejada —en el caso— a través del suministro continuo y oportuno de los medicamentos (del voto de los doctores Moliné O'Connor y Boggiano).

5. La responsabilidad del Estado, en su condición de autoridad de aplicación que diseña el plan de distribución de los medicamentos para los enfermos de SIDA —ley de Lucha contra el SIDA 23.798—, no se agota con las entregas, sino que debe velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento médico" (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

6. El Estado nacional, en su carácter de autoridad de aplicación de la ley de Lucha contra el SIDA 23.798 (Adla, L-D, 3627), es responsable del cumplimiento de dicha norma —en el caso, a través del suministro oportuno de medicamentos de los enfermos de SIDA— en todo el territorio de la República, sin perjuicio de que los gastos que demande tal cumplimiento sean solventados por la Nación y los presupuestos provinciales (del voto de los doctores Moliné O'Connor y Boggiano).

7. Frente al incumplimiento concreto y probado de los gobiernos locales en el suministro oportuno de medicamentos para los enfermos de SIDA, el gobierno nacional debe responder frente a los damnificados, sin perjuicio de realizar el

reclamo pertinente a las provincias, pues tal distribución de responsabilidad guarda concordancia con el objeto de la ley de Lucha contra el SIDA 23.798 (del voto del doctor Vázquez).

**CS, 2001/06/01. — Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional, LA LEY, 2001-B, 126 con nota de Maximiliano Toricelli - DJ, 2001-1-965 - CS Fallos: 323:1339 - ED del 30/11/2000 p. 12.**

Por otra parte, la ley 24.455 establece que las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional incluidas en la ley 23.660, deben incorporar como prestaciones obligatorias: a) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes; b) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes; c) La cobertura para los programas de prevención del SIDA y la drogadicción.

**La jurisprudencia ha obligado a las obras sociales a cumplir con dicha ley.**

En este sentido, se ha dicho:

1. El trámite de la medida autosatisfactiva es aplicable, iura novit curia, en el caso del pedido destinado a que una obra social suministre de manera regular, continua y permanente los medicamentos necesarios para el tratamiento del virus HIV, atento la configuración de un interés tutelable cierto y manifiesto en razón de la expresa obligación que el art. 1° ley 24.455 impone a dichos entes. Corresponde disponer, en calidad de medida autosatisfactiva y sin que sea necesaria la dación de contracautela, que la obra social del demandante suministre de manera regular, continua y permanente los medicamentos necesarios para el tratamiento del virus HIV, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1° ley 24.455, bajo apercibimiento de astreintes y de las demás sanciones que correspondan por desobediencia.

**JNCiv. Nro. 67, 1999/09/08. — R. D., J. S. c. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica, JA del 23/5/2001, p. 64).**

### **II.3.3. Discapacidad**

Las leyes 22.431 y 24.901 regulan lo atinente a la atención a las personas discapacitadas. Así, se instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos y se

dispone que las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura de tales prestaciones. En relación con las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de obras sociales, se prevé que el Estado, a través de sus organismos, prestará los beneficios a dichas personas, en la medida que aquéllas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas.

Sobre esta materia, se ha sostenido:

1. Corresponde condenar al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad a proveer los servicios básicos de rehabilitación a un menor que padece parálisis cerebral con compromiso psicomotriz y retardo cerebral.
2. El Estado Nacional no puede sustraerse a la responsabilidad en la asistencia y atención el niño discapacitado en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario en las provincias.

**CS, 2001/10/16. — M., M. O. c. M.S. y A.S., LA LEY, 2001-F, 505 - DJ, 2001-3-657 - JA del 4/4/2002 p. 42.**

#### **II.3.4. Empresas de medicina prepaga**

La ley 24.754 establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones.

En consecuencia, también las entidades de medicina prepaga se encuentran obligadas por el PMO y a brindar los tratamientos para las personas infectadas por retrovirus humanos y SIDA y para las personas que dependan del uso de estupefacientes.

**Al entrar en vigencia esta ley, las entidades de medicina prepaga cuestionaron su validez. Es relevante el caso que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde se sostuvo lo siguiente:**

1. Es improcedente por falta de ilegalidad o ilegitimidad manifiesta la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la ley 24.754, en cuanto extendió a las empresas de medicina prepaga la cobertura que las obras sociales deben brindar en materia de drogadicción y contagio del virus H.I.V., si el planteo se fundó en que tal norma lesionaría la libertad de contratar al irrogarle un costo económico exorbitante a dichas empresas, mas no se

demonstró un incremento en la onerosidad de las prestaciones médicas que les pudiera provocar un perjuicio concreto (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

2. Las leyes 23.798, 24.455 y 24.754 en cuanto declaran de interés nacional la lucha contra el SIDA e imponen su cobertura médica obligatoria, respectivamente, tienden a garantizar los derechos a la vida y la salud entre otros, arts. 12.2.c), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 25.1, Declaración Universal de Derechos Humanos, y IX, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cumpliendo la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para prevenir y tratar enfermedades (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

3. La ley 24.754 en cuanto extendió a las empresas de medicina prepaga la cobertura que las obras sociales deben brindar en materia de drogadicción y contagio del virus H.I.V., se inscribe dentro de la potestad que tiene el Congreso Nacional para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales respecto de grupos tradicionalmente postergados —conf. art. 75, inc. 23, Constitución Nacional— (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

4. La ley 24.754 se inscribe dentro del ejercicio regular de la potestad reglamentaria de los derechos fundamentales —concretamente, el derecho a la salud— que tiene el Congreso de la Nación —arts. 14, 28 y 75 incs. 18 y 32, Constitución Nacional— (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

5. Son constitucionalmente válidas las restricciones legales a la propiedad y las actividades individuales, si las mismas tienden a asegurar el orden, la salud y la moralidad colectiva, sin que pueda asignársele carácter de adquiridos a los derechos contractuales frente a leyes de orden público (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

6. La ley 24.754 no vulnera la garantía de igualdad ante la ley, dado que si bien dichas empresas no reciben los subsidios estatales asignados a las obras sociales, ello no las coloca en una mejor situación dentro del mercado frente a aquéllas al poder fijar libremente sus tarifas. (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

7. Configura sentencia arbitraria que torna procedente el recurso extraordinario la que declaró inconstitucional la ley 24.754, si se fundó en que tal norma lesionaría la libertad de constatar al irrogarle un costo económico exorbitante a dichas empresas, mas no se demostró un incremento en la onerosidad de las prestaciones médicas que les pudiera provocar un perjuicio concreto.

8. Debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.754, puesto que los afiliados buscan, mediante pagos anticipados verificados periódicamente, protegerse de riesgos futuros en su vida o salud, por lo que la omisión en brindar cobertura aparecería como una alteración unilateral del sinalagma que dejaría a la contraparte con necesidad onerosa e insatisfecha (del voto del doctor Vázquez).



9. Es constitucionalmente válida la ley 24.754, pues dicha norma tiende a equilibrar medicina y economía, ponderando los delicados intereses en juego —integridad psicofísica, salud y vida de las personas—, máxime cuando tales sujetos, no obstante su constitución como empresas, tienen a su cargo una función social trascendental que prima sobre toda cuestión comercial (del voto del doctor Vázquez).

**CS, 2001/03/13. — Hospital Británico de Buenos Aires c. M.S. y A.S., LA LEY 2001-C, 385 - LA LEY, 2001-D, 363 - RCyS, 2001-736 - DJ, 2001-3-87.**

**Otros fallos también se pronunciaron sobre este tema:**

1. Si al momento de entrar en vigencia las leyes 24.455 y 24.754 regía entre el actor y la empresa de medicina prepaga demandada un contrato de adhesión, el hecho de que, con posterioridad el accionante fuera portador del síndrome de inmunodeficiencia adquirido, torna aplicable dichas normas por ser imperativas, debiendo la empresa demandada cubrir íntegramente la asistencia médica del paciente, toda vez que las garantías constitucionales del derecho a la vida, a la seguridad e integridad de la persona, priman sobre cualquier cuestión comercial de las empresas comerciales.

**CNCiv., sala C, 1997/10/14. — T., J.M. c. Nubial S.A. s / amparo, LA LEY, 1999-A, 286, con nota de Irma Adriana García Netto - DJ, 1998-1-1078 - JA, 1998-11-450, cit. en "Selección de Jurisprudencia sobre Contrato de Medicina Prepaga" por Pablo O. Rosales y Graciela Lovece, JA del 24/11/1999, p. 48/49).**

2. La ley 24.754, que entró en vigencia en marzo de 1997, tiende a garantizar a los usuarios de los servicios de empresas o entidades de medicinas prepagas un nivel de cobertura mínimo, que sea similar al que prestan o deberían prestar las obras sociales y demás agentes del seguro del Sistema Nacional del Seguro de Salud, poniendo en un plano de igualdad las prestaciones médicas que reciben independientemente de quien las presta. Así, el art. 1 de la citada ley, prevé que a partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley (23/12/96), las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico-asistenciales las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones. Se equiparan, entonces, las empresas de medicina prepaga a las obras sociales en cuanto al nivel de prestaciones mínimas de manera tal que los contratos que celebren las entidades de medicina prepaga con los usuarios deberán contemplar obligatoriamente, y como mínimo prestaciones similares a las obligatorias dispuestas para aquellas (conforme fundamentos del proyecto luego sancionado como ley 24.754). La norma contenida en el art. 1° de la ley 24.754 es imperativa y, en consecuencia, de orden público.

3. La organización empresaria de servicios sociales, incluida la atención de la salud de las personas, crea la necesidad de una activa vigilancia y contralor por parte del poder público. La actividad que asume este tipo de empresas tiende a proteger las garantías constitucionales supra mencionadas, e importa un compromiso social con sus contratantes. Es misión de los jueces analizar con cuidado el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones emergentes de este tipo de contratación masiva y, en especial, la burocratización del quehacer médico, que puede comprometer la vida o integridad física de los beneficiarios.

4. Frente a un padecimiento como el sida, las diversas afecciones que puede sufrir el sujeto deben ser adecuadamente tratadas, porque ello hace a su derecho a vivir en forma digna y a proteger su vida, sin que obsten a tal protección las limitaciones y carencias derivadas de un contrato suscripto con anterioridad a la entrada en vigencia de la mentada ley 24.754. Y ello es así porque el principio de irretroactividad que consagra la última parte del art. 3 del Cód. Civil constituye un criterio interpretativo para el juez, pero no rige para el legislador, que puede dejarlo de lado con relación a ciertas materias. En otras palabras, al hacer la salvedad de la posible disposición en contrario, la aludida norma legal no obliga al legislador sino al intérprete, pues siempre el Poder Legislativo puede dictar normas retroactivas mientras haya material social regulable. No podría sin embargo el legislador establecer derechos ya agotados, ni afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

5. Poco importa que la ley 24.754 no se encontrara vigente al momento en que se celebró el contrato entre las partes, porque dicha ley no hace distinción alguno en punto a su ámbito de aplicación, quedando absolutamente claro que por su propia finalidad tiende a proteger a todos quienes padezcan del síndrome de inmunodeficiencia adquirida con independencia de los condicionamientos emergentes de los contratos que los enfermos pudieran haber suscripto para proveer a su atención.

**CNCiv., sala H, 1998/06/04. — B., V. c. Amil Asistencia Médica Internacional S.A. s/ amparo, cit. en "Selección de Jurisprudencia sobre Contrato de Medicina Prepaga" por Pablo O. Rosales y Graciela Lovece, JA del 24/11/1999, p. 51/52).**

Respecto a si las empresas de medicina prepaga están obligadas a otorgarla cobertura de la ley 24.901 sobre discapacidad, cabe señalar que Rosales, Pablo O. ("La Corte Suprema y la obligación de cobertura de la discapacidad", JA del 4/4/2002, p. 49) considera que si lo están. Así, dice este autor "...Nuestra postura es afirmativa, porque: 1) La ley 24.754 determina en un único artículo que las empresas de medicina prepaga se encuentran obligadas a dar la misma cobertura que las obras sociales. En este sentido, los arts. 2° y 3° de la ley 24.901 no dejan lugar a dudas sobre que las obras sociales son las principales obligadas en los términos de dicha norma. Por otra parte, la Corte Suprema ha declarado recientemente la constitucionalidad de la ley 24.754 cuestionada por todos los actores del sistema, principalmente por las empresas de medicina prepaga. 2) La Corte Suprema... utiliza una terminología muy similar a la de la ley 24.901, afirmando que el Estado Nacional es garante del derecho de preservación de la salud —incluso a



través de acciones positivas— 'sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga...".

### II.3.5. Alcoholismo

La ley 24.788 establece la obligación para las obras sociales y asociaciones de obras sociales, incluidas en la ley 23.660, y también para las entidades de medicina prepaga, de reconocer en la cobertura para los tratamientos médicos, farmacológicos y/o psicológicos, la patología del consumo de alcohol, determinada en la Clasificación Internacional de Enfermedades declaradas por el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud y de brindar a los pacientes alcohólicos la asistencia y rehabilitación que su estado requiera, como asimismo encarar acciones de prevención primaria.

### II.4. Suministro de medicamentos y asistencia

Varios pronunciamientos judiciales tuvieron por objeto obligar al suministro de medicamentos y/o asistencia médica; remarcándose especialmente la obligación de otorgar dichas prestaciones sin interrupción, a fin de evitar la discontinuidad en el tratamiento.

1. Resulta procedente la acción de amparo contra la decisión de la obra social de negar la entrega de un medicamento suministrado al actor desde hace dos años, con fundamento en que el mismo se autoriza en un estadio avanzado de la enfermedad, pues tal decisión resulta manifiestamente arbitraria, toda vez que durante aquel período no se exigió al actor la realización de estudios requeridos al contestar tal acción. Ello así, aun cuando el afiliado haya realizado un tratamiento exitoso que redujo su enfermedad.

2. La incorporación constitucional de los tratados internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 de tal ordenamiento no limita la protección del derecho a la salud a la abstención del daño sino que exige prestaciones de dar y hacer que abarcan la provisión de terapias y medicamentos. En el caso, mediante una acción de amparo se solicitó que una obra social mantuviera sin interrupción la provisión de un medicamento a un afiliado.

**CFed. San Martín, sala II, 1998/12/10. — L. J. c. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados —ex PAMI—, LA LEY 1999-F, 748 (42.056-S), ED 181-732.**

3. Corresponde admitir en calidad de medida autosatisfactiva, el pedido formulado por una afiliada al PAMI afectada de una grave enfermedad oncológica, de que se le provea el medicamento que necesita asegurándose las entregas futuras de la medicación prescrita por los médicos tratantes, en forma continuada, evitando dilaciones burocráticas innecesarias y toda discontinuidad en el tratamiento".

**TFamilia, Nro. 3, Lomas de Zamora, 2001/05/24. — M., H.N. c. PAMI, JA del 29/8/2001 p. 73.**

4. Corresponde admitir el amparo destinado a que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados suministre de manera regular, continua y permanente los medicamentos necesarios y la asistencia médica adecuada para el tratamiento de la patología que presenta actualmente el paciente afiliado a dicho organismo.

**JCrim. y Correc. Transición Nro. 3, Quilmes, 2001/09/14. — M. M.I., JA 2001, p 77.**

5. Ante la discontinuidad de provisión de fármacos destinados a los pacientes con H.I.V. por parte del Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires la tutela solicitada por medio del amparo interpuesto, a los efectos de normalizar la continuidad de dicha provisión, no puede agotarse con la sola entrega de una partida de medicamentos porque no puede alegarse que en caso de reiterarse la omisión vuelvan a plantear una acción de amparo, pues con ello no sólo se violarían los derechos a la salud e integridad física, psíquica y moral de estas personas sino también su dignidad, colocándolos en un riesgo cierto de perder la vida o agravar sus padecimientos.

6. No deviene abstracta la decisión que resuelve la acción de amparo interpuesta para normalizar la entrega, y asegurar la continuidad de la misma, de medicamentos destinados a pacientes con H.I.V. asistidos en nosocomios locales porque el Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires haya hecho entrega de una partida de dichos fármacos, ya que la efectividad del tratamiento que reciben los enfermos requiere que el suministro de drogas tenga una secuencia determinada por especialistas, por lo que la resolución ha concretado la forma en que deben proveerse los medicamentos, esto es con la continuidad que prevé el tratamiento al que son sometidos.

**C1aCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, 1997/09/02. — C., C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, LLBA 1997-1122.**

**Además, se ha obligado a obras sociales a otorgar prestaciones no cubiertas.**

1. Corresponde hacer lugar a la acción de amparo y así obligar a la obra social de la actora a suministrarle al paciente por un año un medicamento no cubierto por la misma, toda vez que la solución contraria resulta inconstitucional por omisión. Asimismo, el ofrecimiento de un tratamiento alternativo que no se condice con la indicación médica, iría contra la libertad del paciente en cuanto a la elección que tiene toda persona, en concordancia con un fundado criterio médico, de elegir un tratamiento terapéutico aconsejable para restablecer o mejorar sus condiciones de salud y de calidad de vida. Esta solución se compadece con los principios bioéticos de autonomía respecto a las

decisiones personales autorreferentes y de beneficencia respecto de aquello que contempla el mejor interés del paciente en relación a su salud.

**JCrim. y Correc., Transición Nro. 1, Mar del Plata, 1998/12/30. — C., M. T., LA LEY, 2000-A, 575, (42.353-S) - ED, 181-738.**

2. Es procedente la acción de amparo cuya finalidad radica en obtener que el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos abone al amparista el dinero faltante para efectivizar un trasplante de médula ósea, pues el retaceo de tales fondos impuesto por la obra social al resguardo de la resolución 009/98 —que al fijar sus topes máximos de cobertura ha marginado de ésta a un afiliado obligado—, compromete sus libertades fundamentales de jerarquía y reconocimiento constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), máxime cuando la suma reclamada no es abusiva ni compromete la estabilidad del sistema.

**ST Entre Ríos, sala I penal, 1998/11/25. — M., R. F. c. IOSPER, LLLitoral, 2000-80 - DT, 2000-A, 1134.**

Asimismo, se obligó a una obra social a otorgar cobertura cuando, a raíz del distracto laboral, la actora había perdido el carácter de beneficiaria. Cabe recordar que el art. 10 de la ley 23.660 dispone que dicho carácter subsiste mientras se mantenga el contrato de trabajo o la relación de empleo público y el trabajador o empleado reciba remuneración del empleador, con la salvedad que en caso de extinción del contrato de trabajo, los trabajadores que se hubieran desempeñado en forma continuada durante más de 3 meses mantendrán su calidad de beneficiarios durante un período de 3 meses, contados de su distracto, sin obligación de efectuar aportes.

Así, se sostuvo:

1. El pedido formulado por una madre desempleada, de que su obra social continúe prestando servicio médico asistencial a su hijo oxigenodependiente más allá del plazo de cese de la cobertura y ante la falta de precisión sobre la fecha de entrega del equipo necesario por parte del ente público correspondiente, se encuadra en el ámbito de las medidas autosatisfactivas.

2. Al estar en juego la insoslayable tutela jurisdiccional oportuna de los derechos humanos primeros —como es el elemental de respirar— de una niña, corresponde aplicar el procedimiento previsto para las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 CPCC Buenos Aires, adaptando a las exigencias de sencillez y urgencia de las medidas autosatisfactivas.

3. Ante el inminente cese del servicio médico asistencial prestado por una obra social a una menor oxigenodependiente, derivado del fin de la cobertura, con el consiguiente riesgo para la vida de la paciente, corresponder disponer, a título de medida autosatisfactiva: a) que la obra social continúe prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud provea a la menor en plazo perentorio la prestación de salud adecuada, responsabilizándose en forma personal al titular del organismo por el incumplimiento de lo ordenado.

**TFamilia, Lomas de Zamora, 1999/05/21. — S., M. I., JA del 7/6/2000 p. 82.**

**Por otra parte, también se ha pronunciado la Jurisprudencia en caso de asistencia de calidad menor a la debida.**

1. No cabe rechazar in limine la acción de amparo promovida contra la empresa de medicina prepaga que ofreció un equipo de menor valor al indicado por el profesional tratante para atender con carácter urgente las necesidades de un menor discapacitado, pues tal conducta resulta prima facie ilegal, hallándose comprometido el derecho a la salud de dicho menor.
2. El rechazo in limine de la acción de amparo estando comprometida la integridad psicofísica de un menor discapacitado atenta contra los derechos a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental posible —arts. 12.2, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y 23, Convención sobre los Derechos del Niño—, y a obtener tutela judicial por una vía sencilla, breve, rápida y efectiva contra actos inconstitucionales o antijurídicos del Estado y los particulares arts. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 80, Declaración Universal de Derechos Humanos y 2°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
3. La admisibilidad de la acción de amparo debe apreciarse con criterio amplio, teniendo en cuenta las facultades del juez para señalar cualquier defecto u omisión en las peticiones de las partes y disponer su subsanación dentro de un plazo prudencial —art. 34, apartado b), Cód. Procesal—, máxime si se trata de una situación de extrema gravedad —en el caso, está comprometido el derecho a la salud de un discapacitado debido a una conducta prima facie ilegal de su empresa de medicina prepaga—, por aplicación de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional.

**CNCiv., sala K, 2001/12/18. — D. la C., G. A. y otros c. Swiss Medical Group S. A., LA LEY, 2002-A, 579.**

## BIBLIOGRAFIA

1. Responsabilidad del Medico Auditor. Biblioteca Noble n° 1. Dr. Fabián Vítolo NOBLE Cía, de Seguros. 2012
2. Medicina Legal y Deontología Médica, Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires. Medicina Legal y Deontología Médica. Buenos Aires, Argentina. 2010. Editorial DosyUna.
3. Basile, A., Fundamentos De Medicina Legal, Deontología Y Bioética. Buenos Aires, Argentina. 2004 Editorial El Ateneo.
4. Patitó, J. Enciclopedia Médico-Legal. Buenos Aires, Argentina. 2010. Editorial Akadia.
5. El nuevo Código Civil y Comercial y la Bioética. Infobae
6. Código Civil y Comercial. Buenos Aires, Argentina. Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina
7. Rencoret, G. Auditoria Médica: Demandas y Responsabilidad por Negligencias Médicas. Gestion de Calidad: Riesgos y Conflictos. Revista Chilena de Auditoria Medica. Vol. 9 N° 3, año 2003; 157-160.
8. Aranguren Ea, Rezzonico RA. Auditoria medica. Garantia de calidad en la atencion de salud, Centro editor de la Fundacion Favaloro. Bs As 1999.
9. Manual de Procedimientos en Auditoria Interna. Auditoria general de la UBA.
10. Escudero, C. Manual de Auditoria Medica. Ed Dunken
11. Carrasco, O. Aspectos Eticos y Legales en el Acto Medico. Rev. Méd. La Paz v.19 n.2 La Paz dic. 2013
12. Arimany-Manso, J., Gómez-Durán, E. La gestión de la responsabilidad profesional médica desde el colectivo de la profesión médica y enfocada a la seguridad clínica. Rev Esp Med Legal. 2013;39(4):142-148
13. Zimmer, MC. Evaluación de la calidad de la asistencia prestada a niños menores de 6 años en centros de salud en Salta-Capital. Original Research Article. Revista de Calidad Asistencial, Volume 21, Issue 3, May 2006, Pages 150-154
14. Acuña, C y Goñi, L. Políticas sobre la discapacidad en la Argentina. Buenos Aires. Argentina. Ed. Siglo XXI. 2010
15. CELS. Derechos humanos en Argentina. Informe 2013. Buenos Aires. Argentina. Editorial Siglo XXI. 2013
16. Sampieri Hernandez R, Fernandez Collado C, Metodología en la investigación. (5ta. Ed). México DF. Editorial McGraw Hill Interamericana. 2010
17. Ramos, E. Acto Medico y el Consentimiento Informado. Primera edición digital. Peru. Octubre, 2013
18. Guzman Hurtado, A. Auditoría de calidad tradicional vs auditoría de calidad y costos en salud. una revisión de sus elementos diferenciadores y comunes. 2015
19. Derecho de los pacientes, Bioética: temas y perspectivas. Organización. Panamericana de la Salud .Publicación Científica n° 527,1.990.
20. Cortesi, MC. Del Error Medico a la Mala Praxis, Entre Mitos y realidades. 2007