

LA ACCIÓN DE AMPARO COMO MEDIO JUDICIAL IDÓNEO PARA LA OBTENCIÓN DE MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO*

THE ACTION OF AMPARO AS THE IDEAL JUDICIAL MEANS FOR THE OBTAINING OF HIGH-COST MEDICATIONS AND TREATMENTS

Matías Dante Berardo **

Resumen: La acción de amparo regulada en el artículo 43 de la Constitución Nacional es el medio judicial idóneo para que las personas obtengan medicamentos y tratamientos de alto costo ante las negativas de las obras sociales, mutuales o empresas de medicina. Delimitar el alcance del proceso constitucional, y fijar los alcances de las prestaciones a cubrir conforme el Plan Médico Obligatorio, requiere que los operadores jurídicos deban extremar los recaudos para proteger el derecho a la salud e impedir el otorgamiento excesivo de resoluciones a favor de los amparistas.

Palabras clave: Amparo - Derecho a la salud - Prestadores de salud - Medicamentos de alto costo.

Abstract: The amparo action regulated in article 43 of the National Constitution is the ideal judicial means for people to obtain high-cost medicines and treatments due to the refusals of social, mutual or medicine companies. To delimit the scope of the constitutional process, and set the scope of the benefits to be covered under the Mandatory Medical Plan, requires that legal operators exercise extreme precautions to protect the right to health, and prevent the excessive granting of resolutions in favour of amparists.

Keywords: Amparo - Right to health - Health providers - High cost medications.

*Trabajo recibido el 29 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 7 de agosto del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Procesal Constitucional (UNC). Profesor de la materia Opcional Proceso de Amparo (UNC). Tutor a distancia de Derecho Administrativo en las carreras Licenciatura en Gestión de la Seguridad y Licenciatura en Seguridad (Universidad Blas Pascal/UBP). Especialista en Derechos Procesal Constitucional (UBP).

Sumario: I. Introducción. II. Regulación legal de la acción de amparo. III. Derecho a la salud en Argentina. IV. El amparo como el medio judicial idóneo. V. Los medios de prueba suficientes. VI. Medicamentos y Tratamientos de alto costo. VII. Límites a las prestaciones conforme el Programa Médico Obligatorio. VIII. La autorización de medicamentos o tratamientos experimentales. IX. Improcedencia del argumento del alto costo para negar la prestación. X. Consideraciones finales. XI. Citas y referencias bibliográficas.

I. Introducción

La tendencia en el derecho procesal constitucional es fijar los alcances de la acción de amparo ante la falta de prestación de las obras sociales, mutuales o empresas de medicina prepaga de medicamentos y tratamientos de alto costo, cuando manifiestamente se encuentra afectado el derecho a la salud.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que "*tiene –el amparo– por objeto una efectiva protección de derechos*"¹, y ha explicitado "*la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud*"².

La problemática repercute sobre los afiliados que ante la imposibilidad económica de acceder a los medicamentos deben realizar reclamos administrativos, y en ocasiones debido a las negativas de los prestadores de los servicios de salud, deben recurrir a la justicia lo que conlleva tiempo que puede traer aparejado la pérdida de la vida o detrimento de la salud, sumado a los gastos judiciales.

Mientras que los prestadores de servicios de salud con la incorporación de nuevas tecnologías, medicamentos de alto costo, el reconocimiento de tratamientos novedosos que excede el Plan Médico Obligatorio, conlleva la falta de cobertura completa, que en ocasiones puede resultar justificada cuando se basa en medicamentos experimentales que carecen de certificación científica o ante los abusos de los amparistas que por la alta erogación económica ponen en riesgo el normal funcionamiento de las instituciones.

Por lo tanto, el presente artículo tiene como objetivo conocer los criterios de admisibilidad legales y jurisprudenciales del amparo para que los afectados que carecen de recursos económicos puedan acceder a los medicamentos o tratamientos de altos costo en el sistema de salud argentino.

Cabe aclarar que se tomarán como base opiniones doctrinarias diversas y fallos de distintas competencias federales y provinciales para conocer la realidad tribunalicia en todo el Estado argentino, sin pretender agotar la totalidad de los casos y normas legales.

¹ CSJN: Fallos: 321:2823.

² CSJN: Fallos: 325:292 y sus citas.

II. Regulación legal de la acción de amparo

El surgimiento de la acción de amparo en el derecho público argentino es creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1957 con el caso "Siri"³, que argumenta para su procedencia: "*Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer (...)*".

Un año más tarde con el fallo "Kot"⁴ reafirma la incorporación del amparo en el régimen nacional, ampliando los legitimados pasivos a las conductas lesivas de los particulares. En el año 1966 se creó la ley 16986⁵, que regula aspectos sustanciales y procesales de la vía de amparo en el orden federal, que luego fue seguida por la mayoría de las provincias como, por ejemplo, Córdoba que en el año 1967 dictó la ley 4915⁶.

Ante la falta de regulación en la legislación nacional cuando el legitimado activo es un particular, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el año 1967 se incorporaron los artículos 321 y siguientes.

El otorgamiento de jerarquía constitucional se produjo en la reforma del año 1994: "Artículo 43. *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*".

Del análisis del artículo constitucional, normas infraconstitucionales y jurisprudencia se pueden extraer los siguientes requisitos de admisibilidad para dar trámite a la acción:

- El afectado en el amparo individual es el único legitimado para iniciar el proceso judicial. Cuando se encuentra impedido de poder firmar por su grave estado físico, es necesario labrar un acta mediante escribano público que certifique la situación, y permita la presentación de un familiar para iniciar las acciones judiciales.
- Los tribunales deben resolver el caso de manera sumaria y con celeridad, dejando de lado obstáculos procesales y evitar que se ordinarice el procedimiento (acción expedita y rápida). En el amparo a la salud, la urgencia en el cumplimiento del tratamiento o prestación de la medicación juega un rol trascendental para evitar daños o deterioros en lo físico o psicológico de la persona afectada. Adolfo Rivas afirma que "*expedita*

³ CSJN: Fallos: 329:459.

⁴ CSJN: Fallos: 241:291.

⁵ Sancionada con fecha 18 de octubre de 1966. Boletín Oficial, 20 de octubre de 1966.

⁶ Sancionada con fecha 9 de enero de 1967. Boletín Oficial, 20 de enero de 1967.

es una virtud del amparo según la nueva Constitución, a la que se une la rapidez que no puede ser sino del trámite ulterior; en tanto que el primer calificante hace a la posibilidad de iniciación" ⁷.

- Inexistencia de otro medio judicial idóneo. En función del estándar de la idoneidad que surge del artículo 43 Constitución Nacional resulta que el amparo se constituye en la vía procesal presuntivamente más idónea, puesto que tiende a la protección de un derecho fundamental. De allí, que en caso de que el tiempo propio de la vía ordinaria conduzca a graves e irreversible afectación del derecho, el amparo es admisible aun cuando exista otra vía alternativa. Lo que resulta actualmente claro que amparo no es un proceso subsidiario del agotamiento de los recursos administrativos. Sin embargo, Gozaíni en posición contraria afirma en determinadas circunstancias debe recurrirse a la vía administrativa cuando "*a) la decisión administrativa no reviste la condición de definitiva; b) cuando el reclamo administrativo previo puede aportar soluciones útiles; o c) cuando el procedimiento administrativo no presenta disfunciones manifiestas ni una morosidad tal que evite la acción rápida y expedita que el amparo promete" ⁸.*
- Agravio producido por particulares (Obras sociales o empresas de medicina prepaga) o Estado Nacional (Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados/Programa de Asistencia Médica Integral (INSSJyP - PAMI). Reflejo de las sentencias en los casos "Siri" y "Kot".
- Declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva. Conforme el sistema judicial difuso de control de constitucional argentino, se permite que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de una norma. Asimismo, con la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron en el artículo 75 inciso 22 con jerarquía constitucional tratados de derechos humanos que tienen aplicación en el derecho interno procediendo la tutela judicial mediante la acción de amparo. Así encontramos que la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre establece en el artículo XVIII "*Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve para el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*". La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece, en el artículo 25: "*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen: a) a*

⁷ RIVAS, A. "Pautas para el Nuevo Amparo Constitucional. Temas de Derecho Constitucional", *El Derecho*, 29 de junio de 1995, p. 8.

⁸ GOZAÍNI, O. *Amparo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 316.

garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos en el artículo 2 inciso 3: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

III. Derecho a la salud en Argentina

La salud incluye el bienestar físico, mental y social. Es un derecho humano fundamental reconocido en el derecho público constitucional. Su importancia fue establecida por la Corte Federal: *"el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"*⁹.

Históricamente fueron reconocidos los derechos de la vida y salud del artículo 33 de la Constitución Nacional: *"la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (artículo 19 de la Constitución Nacional) (...). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. Asimismo, indicó que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de la autonomía personal (artículo 19 de la Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida"*¹⁰.

A nivel transnacional, a partir de la reforma constitucional de 1994 el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22, siendo además resaltado en la jurisprudencia: *"Los tratados internacionales*

⁹ CSJN: Fallos 338:1110.

¹⁰ CSJN: Fallos 323:1339.

*reconocen el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción (...) obligándose hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dichos tratados"*¹¹. En ese contexto, distintos instrumentos internacionales regulan el derecho a la salud:

- Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *"toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, vestido, la vivienda y asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"*.
- Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"*.
- Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *"entre las medidas que los estados parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (Inc. c) y las creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"*.
- Artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador de 1988, Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: *"toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social"*.

La obligación de cumplir con el Derecho a la salud corresponde al Estado en todas sus competencias provinciales y federales, sumado a las obras sociales y prepagas *"el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga"*¹².

IV. El amparo como el medio judicial idóneo

En la protección del derecho a la salud, atento la urgencia y gravedad de las enfermedades, el artículo 43 Constitución Nacional, no cabe dudas que constituye la vía judicial idónea a interponer por el afectado. Así lo afirma el doctrinario German Bidart Campos: *"la acción de amparo constituye la vía más idónea para la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad físico-psíquica de las personas"*¹³.

¹¹ CJSN: Fallos fallo 323:3229.

¹² CSJN: Fallos 323:3229.

¹³ BIDART CAMPOS, G. "El derecho a la Salud y al amparo", en *La Ley*, 1997-B, 297.

En igual sentido, se pronuncia la Corte Suprema de Justicia de la Nación "*la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como (...) la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole*"¹⁴.

En otro fallo: "*el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la Ley Fundamental, explicitando la imprescindible necesidad de ejercer tal vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud*"¹⁵.

La discusión en la doctrina y jurisprudencia se encuentra en debate con relación a los posicionamientos en cuanto a si el amparo en la protección de los derechos constitucionales es una vía principal (Rivas¹⁶, Morello¹⁷, Bidart Campos¹⁸, y Gelli¹⁹) o una vía subsidiaria (Sagüés²⁰ y Badeni²¹).

Resultan adecuadas las palabras del doctrinario Bianchi que, tomando en consideración fallos de la Corte Suprema de Justicia, analiza las posiciones mencionadas: "*Luego de la reforma constitucional, las dos grandes cuestiones pendientes para el amparo fueron su reglamentación y su carácter principal o subsidiario (...). En lo que a la Corte se refiere, el problema está claramente definido a favor de la posición tradicional anterior a la reforma: el amparo es una acción excepcional que procede solamente ante la ineficacia de los procesos ordinarios. Sin perjuicio de otros pronunciamientos esta postura puede verse en Orlando c. Provincia de Buenos Aires (Fallos 328:1708), donde se ha dicho claramente que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas peligró la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita. En igual sentido pueden verse "Sánchez c. Estado Nacional" (Fallos 328:4640), "Granillo Fernández c. Universidad Nacional de La Plata" (G. 2052. XL, 10/04/2007) y, más recientemente, "María c. Instituto de Obras Social de la Provincia de Entre Ríos" (M.2648.XLI; 30-10-2007), donde la Corte ha dicho: '... la acción de amparo*

¹⁴ CSJN: Fallos 330:4647.

¹⁵ CSJN: Fallos 325:292 y sus citas.

¹⁶ RIVAS, A. "Vigencia constitucional del amparo y derogación de la ley 16.986", en J.A. 1996-III-46.

¹⁷ MORELLO, A. *El derrumbe del amparo*, E.D. 18/4/1996.

¹⁸ BIDART CAMPOS, G. *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 377.

¹⁹ GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 393.

²⁰ SAGÜÉS, N. P. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Tomo 3, 5ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007, p.171.

²¹ BADENI, G. *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 15 y ss.

*no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias... y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado... [pues] su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias"*²².

Asimismo, en caso de existir dudas o conflictos con relación al proceso judicial que resulte adecuado para dar trámite a una acción ordinaria o utilización de la vía del amparo, el test de idoneidad permite dar eficacia y seguridad jurídica para los afectados.

En tal sentido, Lorenzo Barone considera que debe realizarse previamente un análisis integral con parámetros para realizar el test de idoneidad: "*Los parámetros para concretar el test de idoneidad del amparo, siguiendo los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que importan un avance y el aporte de la doctrina permiten señalar que ellos son: a) El desplazamiento de la vía del amparo no es postulable en abstracto; b) La carga de la alegación y demostración de la inidoneidad de la vía del amparo es una obligación de la parte demandada y no del amparista. c) La otra vía debe tener mayor aptitud; d) El Tribunal debe indicar la vía que considerar más idónea; e) Vía particularmente pertinente o imprescindible para la defensa de los derechos a la vida y la salud; f) Interpretación a favor de la admisibilidad del amparo"*²³.

V. Los medios de prueba suficientes

En el ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba, que se realiza con la demanda en el amparo, se deben probar los requisitos de admisibilidad formales y sustanciales, (artículo 7 ley 16986).

La obtención de medicamentos o tratamientos de altos costos va a depender de cada caso en concreto, acreditar, pero podemos fijar ciertos medios de prueba:

- *Informe médico*: Es la prueba documental por excelencia, donde un profesional especialista en el tema, mediante informe escrito realiza una descripción de los antecedentes, situación actual, y tratamientos o medicamentos que considera idóneos para solucionar la enfermedad del paciente. Además, en ciertas oportunidades debe hacer referencia a las Clínicas, y lugares específicos para realizar el tratamiento.
- *Pericial médica*: En caso de desconocimiento o duda sobre la pretensión médica del amparista, resulta esclarecedor ofrecer como prueba informe de perito médico oficial. Deben fijarse como puntos de pericia, las ventajas de realizar el tratamiento o medicamento de alto costo, con relación a otras opciones del mercado.

²² BIANCHI, A. "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", *La Ley* del 18/02/2008, 1; *La Ley* del 20/02/2008, 1; *La Ley* 2008-B, 717.

²³ BARONE, L. D. *Proceso de Amparo*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 120.

- *Documental*: Se debe acreditar el estado de afiliado a la obra social o prepaga; historia clínica; en caso de personas con discapacidad certificado expedido por los organismos públicos estatales; acreditar el incumplimiento de peticiones realizadas a los prestadores, para comprobar además el cumplimiento del plazo de quince días del artículo 2 inciso e) ley 16986. Además, por las particularidades que presenta este tipo de amparo, se torna imprescindible detallar con presupuestos de entidades públicas y privadas los altos costos de las prestaciones médicas.
- *Insuficiencia de fondos del amparista*: En la práctica judicial, en el marco del carácter arbitrariedad manifiesta de la acción de amparo, resulta relevante acreditar por diversos medios de prueba, que el afectado y su núcleo familiar no cuentan con fondos, bienes inmuebles, bienes muebles registrables, situación laboral, etc. con fondos para afrontar la situación.
- *Testimonial*: Permiten acreditar con sus testimonios los padecimientos y tratamientos que ha sufrido o sufre actualmente el afectado. También se puede citar a profesionales de la salud para que describan la patología, su evolución y tratamiento.

VI. Medicamentos y tratamientos de alto costo

Debe considerarse de alto costo un medicamento o tratamiento cuando el valor económico excede las cifras habituales de los fármacos genéricos, creando un estipendio elevado al afiliado y los prestadores de salud.

Un medicamento y tratamiento puede tener elevados costos por el resultado de diversos factores vinculados con la situación económica del amparista, con el Plan Médico Obligatorio, o con la cobertura prestacional contratada en el sistema de salud.

El poder adquisitivo del afectado y su núcleo familiar para proporcionarse los medicamentos o continuar con los mismos, es una variable determinante atento que la demora por parte del prestador de salud puede generar un daño irreparable.

En tal contexto, un afiliado un puede obtener un medicamento o tratamiento por sus propios medios y luego iniciar una acción ordinaria de daños y perjuicios, mientras que a otras personas conforme su situación económica les resulta imposible la compra, lo que transforma al medicamento para ellas en uno de alto costo.

En tal sentido, el PIDESC en la Observación general N° 14 sostiene que "*una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población*"²⁴.

²⁴ Observación general N° 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)", ítem 19.

En el orden federal, el amparista, para dar inicio al proceso, se encuentra exento de abonar la tasa de justicia conforme la ley N° 23898 (artículo 13 inciso b): "*Estarán exentas del pago de la tasa de justicia las siguientes personas y actuaciones: (...) b) Los recursos de habeas corpus y las acciones de amparo cuando no fueren denegados*".

VII. Límites a las prestaciones conforme el Programa Médico Obligatorio

Para la protección del derecho a la salud el Estado argentino ha ideado el sistema de salud, que se compone del sector público, el sector del seguro social obligatorio, y del privado.

El primero de manera gratuita presta atención a toda persona que no pueda ingresar al sistema de seguridad social, con el financiamiento de los recursos fiscales del Gobierno Nacional, Provincial o Municipal. Las obras sociales incluyen a los trabajadores y grupo familiar, financiados por los asalariados y patronales según la actividad que realizan. Finalmente, la medicina prepaga, que es el sector privado, se financia con las cuotas que pagan las familias y/o las empresas.

La ley N° 24455 fija de manera obligatoria que las obras sociales y asociaciones de obras sociales del sistema nacional²⁵ incluidas en la ley N° 23660 y N° 23661 deben cumplir con las prestaciones del Programa Médico Obligatorio dispuesto por el Ministerio de Salud de la Nación, supervisado por la Superintendencia de Servicios de Salud en su cumplimiento.

El Programa Médico Obligatorio en la prestación de medicamentos y tratamientos fija para las obras sociales, agentes del seguro, mutuales y empresas de medicina prepaga la cobertura mínima y máxima, asegurando las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico a sus beneficiarios mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados.

Se advierte en diversas resoluciones judiciales que los tribunales son proclives a otorgar la protección de los derechos de la vida y la salud, en detrimento del cumplimiento estricto al Programa Médico Obligatorio, por diversos motivos que de modo sucinto podemos mencionar:

- La disputas judiciales por vía de amparo, pueden tener como antecedentes la desactualización en la cartilla de prestaciones del Programa Médico Obligatorio, siendo la justicia la vía para dar soluciones, como fue el caso resuelto por la Corte Suprema Federal: "*El derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibile la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha*

²⁵ Tiene como objetivo fundamental proveer al 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.

*cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales"*²⁶.

- En ocasiones la falta de cobertura al paciente encuentra fundamento en el exceso de medicamento de las prestaciones máximas del Programa Médico Obligatorio, por ello, se recurre a la vía del amparo a la salud "*cuando están en juego el derecho a la vida o a la salud e integridad física de una persona, las instituciones que integran el sistema nacional de salud deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del PMO, cuyas prestaciones significarían un piso mínimo para el aseguramiento de los derechos constitucionales a la vida y a la salud"*²⁷. "*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"*²⁸.
- En otras oportunidades el proceso constitucional se inicia para incluir prestaciones en el extranjero como traslados o gastos extras que exceden la cobertura acordada²⁹.
- Mientras que existen fallos que ordenan cubrir medicamentos de alto costo novedosos que en principio no presentan beneficios superiores con respecto de versiones anteriores de iguales productos cuyo valor económico es sensiblemente inferior³⁰.

²⁶ CSJN: "Duich Dusan Federico c. CEMIC /s Amparo del 29/04/2014", con remisión al dictamen del Procurador Fiscal.

²⁷ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II: "C., A. H. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo", 22/12/2011, elDial.com - AA7386; Cám. Fed. Córdoba, 9/5/12, "G, N R c/ Galeno Argentina S. A. y otro — Amparo", citado en "R. A. A. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS)-Amparo -(Expte. N°2234278/36)" - Cámara de Apelaciones Civil y Comercial 3ª Nominación de Córdoba, 26/02/2013 - elDial.com - AA7E87, entre muchos otros.

²⁸ CSJN: "Reynoso, Nilda Noemí c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", R. 638. XL.

²⁹ Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba, Sala A, caratulados: "CML c/ Estado Nacional y otros - Amparo" (Expte. N° 184/2013), 9/5/13, disponible al 1/4/16.

³⁰ Congreso 80º Aniversario de la AABA, 27, 28 y 29 de agosto de 2014, Fder-UBA, Comisión Sobre "Responsabilidad Médica". María Cristina Cortesi hizo referencia a este fenómeno en el caso de los medicamentos conocidos como "biológicos".

Sin embargo, estas posiciones extremas aperturistas de los jueces generan deficiencias en el sistema de salud al incrementar los costos de las prestaciones para ciertos sujetos en perjuicio de los prestadores de salud, e indirectamente del resto de los afiliados. *"La protección del derecho a la salud no implica, que ante cualquier afectación, deban satisfacerse todos y cada uno de los pedidos que puedan formularse, sin limitación alguna"*³¹.

*"El informe del Cuerpo Médico Forense concluye –como se verá– que los métodos de ejercicio, stretching, yoga y masoterapia no forman parte de la cobertura integral a la que todos los agentes de salud se encuentran obligados a garantizar"*³².

En posición intermedia, algunos juzgados consideran que, en casos de tratamientos o medicamentos fuera del Plan Médico Obligatorio, el esfuerzo económico debe ser realizado por los afiliados y prestadores: *"tanto la Obra Social como los amparistas deben poner su esfuerzo para el logro pretendido (...) tres prestaciones de fertilización asistida por técnica ICSI, con provisión de la totalidad de la medicación a su cargo. En cuanto a los honorarios médicos, dispuso que los mismos debieran asumirse en un 100% para la primera prestación, en un 50% para la segunda y en un 25% para la tercera, corriendo a cargo de los amparistas las diferencias de aranceles"*³³. *"Se limitó al número de tres los tratamientos cubiertos, considerando que ése es un límite razonable que debe reconocer el derecho a la salud reproductiva de la accionante, en miras a la importancia económica de los costos correspondientes, del derecho del resto de los afiliados a acceder a las prestaciones y del resguardo que merece la posibilidad de acceso al mismo derecho, en condiciones de igualdad, a todos aquellos que pudieran tener la misma dolencia"*³⁴.

VIII. La autorización de medicamentos o tratamientos experimentales

Se trata de los casos en que se pretende realizar un ensayo clínico para beneficiar a los pacientes con la utilización de un nuevo medicamento o con uno ya existente, dándole nuevos tratamientos curativos o paliativos a personas que los utilizan como última opción debido a la falta de respuesta de la ciencia médica tradicional para tratar determinada patología.

Cabe resaltar que la protección en el ámbito judicial por medio del amparo se amplía el concepto del derecho a la salud, abarcando casos que pretenden dar expectativa a obtener una recuperación o mejoramiento en la calidad de vida de la persona, ligado a drogas o tratamientos experimentales, que en oportunidades carecen de estudios científicos que certifiquen resultados positivos³⁵.

³¹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II: "M. M. M. y otro c/ O.S.P.A.C.A. y otros/ amparo", Causa 1961/09 — 6/07/2010, elDial.com - AA63F2.

³² Cámara Federal de Apelaciones de La Plata: "C. M. A. c/OSPADEP y otros s/ amparo ley 16.986, 28-dic-2017.

³³ Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario: "Pozo Horacio Rubén y Otros c/O.S.E.P. p/Acción de Amparo", sentencia N° 156.672/34.314.

³⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba: "B.I. c/Galeno Argentina S.A. p/amparo", Microjuris MJ-JU-M-74919-AR/MJJ74919, 29/08/2012.

³⁵ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II: "Sánchez R. J. c/ Programas Médicos S.A.C.M. s/ incidente de apelación de medida cautelar" 27/05/2008, elDial.com - AF3E83. Ver asimismo "B.A.J. c/Provincia

Los medicamentos compasivos³⁶ generalmente emplean drogas novedosas en pacientes con enfermedades terminales para paliar los efectos degenerativos en las personas o para continuar con una vida digna.

En Argentina existe la regulación del ensayo clínico dada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, la que por disposición N° 5330/1997³⁷ y sus complementarias y modificatorias fija los requisitos para autorizar los medicamentos, evitando que las practicas novedosas generen riesgos a la salud de los pacientes.

A pesar de que no se encuentran contemplados dentro de las prestaciones médicas de los servicios de salud, los tribunales hacen lugar a las acciones de amparo por diversos argumentos clínicos y humanitarios.

Así, la Suprema Corte provincial de Catamarca accedió a brindar cobertura, considerando "*la dramática y grave situación vivencial que atravesaba el actor ante la enfermedad terminal que lo aquejaba y la importante erogación de recursos que le provocaba, padeciendo al momento de la interposición de la acción un serio y progresivo deterioro físico y psíquico*"³⁸.

En igual sentido, se han autorizado medicamentos que, en principio, tienen un uso diferente, pero también tiene efectos compasivos "*Hay un informe elaborado por el Cuerpo Médico Forense asegurando que el tratamiento es adecuado para la patología del actor; que el fármaco no está contraindicado, pese a no estar autorizado por la ANMAT para el uso oftálmico que se le pretende dar*"³⁹.

Estos tratamientos experimentales son rechazados cuando no se acreditan debidamente los procedimientos en el proceso de amparo, o no se cumplen los protocolos de investigación

de Buenos Aires s/acción de amparo", del fallo de primera instancia, ordenó la inclusión de un paciente en un protocolo compasional para la aplicación de una técnica de implantación de células madre en pacientes con esclerosis lateral amiotrófica.

³⁶ ANMAT por la disposición 840/1995 los regula para *aquellas enfermedades en las que no exista en nuestro país un tratamiento convencional siempre que exista un balance riesgo/beneficio razonable para el paciente* (Conf. expte. 1-47-6653/94-6 del Registro de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, publicado el 22/3/1995.); *o bien cuando existiera tratamiento convencional en el país, pero el paciente presentara intolerancia a él.*

³⁷ Los principios generales que surgen de estas normas y que interesan a los fines de resolver este prolongado proceso indican que: 1. En toda investigación en farmacología clínica deberá prevalecer el bienestar individual de los sujetos sometidos a estudio por sobre los intereses de la ciencia y de la comunidad; 2. La realización de ensayos de investigación clínica debe llevarse a cabo con estricta observación de los principios científicos reconocidos y con escrupuloso respeto por la integridad física y psíquica de los individuos involucrados; 3. Deben estar precedidos por estudios preclínicos que permitan inferir que los riesgos para la salud son previsibles y no significativos; 4. Los costos de una investigación deben ser afrontados por el patrocinante y en ningún caso por el sujeto de investigación.

³⁸ Corte Suprema Justicia Catamarca: "Robledo, Claudio D. v. Obra Social de los Empleados Públicos", LLNOA 2004-1041. 29/5/2003.

³⁹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 3ª, causa 7438/2011: "Crosa, Abelino A. v. Mapfre Salud S.A s/recurso de queja"; íd., causa 5449/2011: "Crosa, Abelino A. v. Mapfre Salud S.A s/sumarísimo", del 24/11/2011.

aprobado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica: *"Se concluyó que el tratamiento requerido por el actor revestía carácter experimental (no aprobado por las autoridades sanitarias), cuyos costos debía ser soportados por los investigadores o sus patrocinantes y que, según las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, no resultaba indicado para su cuadro, debiéndose optar por los tratamientos convencionales"*⁴⁰.

Existen posiciones intermedias en los tribunales que hacen pesar los gastos de la cobertura de manera proporcional entre el afiliado y la parte demandada: *"En función de tales particularidades, y teniendo en cuenta que la propia demandada manifestó haber ofrecido en su oportunidad otorgar cobertura por el 40% del costo de la medicación reclamada, dispuso limitar el alcance de la medida cautelar dispuesta al porcentaje indicado"*⁴¹.

IX. Improcedencia del argumento del alto costo para negar la prestación

La parte demanda suele utilizar como estrategia defensiva el argumento de la imposibilidad de poder cubrir los medicamentos o tratamientos por su alto costo conforme el presupuesto de la institución. Los tribunales son proclives a rechazarlo, como mecanismo de defensa cuando dicho extremo no es debidamente acreditado: *"La entidad demandada, si bien ha hecho hincapié en los principios de solidaridad y equidad, no ha mostrado el daño o perjuicio que podría acarrearle tal cobertura, lo que permitiría concluir que la citada entidad cuenta con los medios necesarios para llevar excepcionalmente adelante dicha práctica en atención a las particularidades del caso de marras"*⁴². *"El extremo apuntado denota que la negativa no tendría asidero en una cuestión de costos, pues, en tal hipótesis, debería la obra social haber invocado y acreditado tal circunstancia. Su omisión en este sentido no hace más que colaborar a la prueba de la arbitrariedad denunciada por el amparista"*⁴³. *"Es cierto que los elevados costos del tratamiento pueden llegar a comprometer financieramente a la empresa de medicina prepaga y que en estas circunstancias podría justificarse la omisión de brindar un tratamiento de "urgencia vital". En efecto no sería admisible que por los gastos que demanda una cobertura en particular, quedaran insatisfechas las necesidades de otros beneficiarios. Ahora bien, la entidad de los derechos en juego, obliga a requerir la prueba puntual de un desbalance económico en virtud de la onerosidad del tratamiento de fertilización reclamado y no su sola manifestación. Es decir que debe acreditarse fehacientemente, que el excesivo valor de la prestación*

⁴⁰ Corte Suprema: "Sureda, Lucas v. Obra Social del Poder Judicial de la Nación", 26/3/2009, LL Online, AR/JUR/2444/2009.

⁴¹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 2ª, causa 4084/10: "Hazaña, Manuel v. Swiss Medical S.A s/amparo", del 19/11/2010.

⁴² Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en autos: "Rubiolo, Alfredo Andrés c. Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) – Amparo – Expte. N° 2234278/36", Auto N° 381, de fecha 15/08/2014.

⁴³ Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos: "González, Humberto Rafael c. Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) s/ amparo - recurso de apelación - Fecha 22/06/2015".

*requerida, redundará en la afectación ilegítima del derecho, que también asiste al resto del universo de los afiliados a la empresa de medicina prepaga"*⁴⁴.

X. Consideraciones finales

Conforme el desarrollo del presente artículo de doctrina puede llegarse a las conclusiones que se exponen a continuación:

- Es notoria la creciente utilización de la acción de amparo para la protección del derecho a la salud, denotando que es un derecho humano superior en la protección del Estado argentino, que se reconoce en la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos del artículo 75 inciso 22.
- Esta nueva apertura por parte de los tribunales hace necesario que se fijen directrices cuando se trata de medicamentos o tratamientos de altos costos, para impedir la utilización abusiva de los amparos en la protección del derecho a la salud.
- La prueba en el amparo a la salud tiene particularidades propias que lo diferencian de cualquier procedimiento judicial, y particularmente cuando nos encontramos con medicamentos de alto costo, donde es necesario además acreditar la imposibilidad económica del amparista y su núcleo familiar para su adquisición, debiendo brindarse informes médicos que describan las ventajas de proporcionar del tratamiento.
- Resulta improcedente que los prestadores de salud manifiesten que no pueden cumplir las coberturas totales, cuando no acrediten con prueba fehaciente los inconvenientes económicos que le generan a la institución, y al resto de los afiliados.
- El Plan Médico Obligatorio es insuficiente para atender a las actuales enfermedades o tratamientos de altos costos, quedando actualmente en manos de la justicia por intermedio de la acción de amparo la ampliación o limitación de las prestaciones.
- Los Tribunales tienen posiciones encontradas con relación a la cobertura total de las prestaciones en casos de medicamentos o tratamientos experimentales. Y, ante las hipótesis que hacen lugar a la demanda de amparo, deben aumentarse los controles para verificar los resultados positivos o negativos en los pacientes.
- Los jueces en todo procedimiento amparo de alto costo, deben armonizar el estado de salud, la urgencia, y situación económica del afiliado, con los intereses de las instituciones prestatarias de los servicios de Salud (públicos o privados). Así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación *"la aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo -instrumento y, a la vez, garantía-, tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional"*⁴⁵.

⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala III, voto de Graciela Gedina, al fundar su disidencia parcial, en fallo del 18/03/2010, en expte. "V. M. C. y otros c/OSEDE s/amparo".

⁴⁵ CSJN: Fallos 332:1394.

XI. Bibliografía

- BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª ed. act. y amp., La Ley, Buenos Aires, 2010.
- BARRERA BUTELER, G. *Derecho Constitucional*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2015.
- BARONE, L. *Proceso de Amparo*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2017.
- Los principios procesales del amparo. Un aporte para su regulación normativa*. 1edición, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2017.
- BASTERRA, M. *El Proceso Constitucional de Amparo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- BECERRA FERRER, G. "Naturaleza y presupuestos del recurso de amparo", *JA*, 1959-v-58, secc. Doctrina.
- BIANCHI, A. *Control de Constitucionalidad*, Tomos I y II, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- "El Derecho Constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", *La Ley* del 18/02/2008, 1; *La Ley* del 20/02/2008, 1; *La Ley* 2008-B, 717.
- BIDART CAMPOS, G. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, Editorial Editar, Buenos Aires, 1995.
- El Derecho Constitucional del Poder*, Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997.
- "El derecho a la Salud y al amparo", *La Ley*, 1997-B, 297, 1997.
- BIDART CAMPOS, G. - SAGÜÉS, N. P. *El amparo constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CARRANZA TORRES, L. *La práctica del amparo*, Editorial Alveroni, Córdoba, 1998.
- EKMEKDJIAN, M. *Manual de la Constitución Argentina*, 3º edición actualizada, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1997.
- FIX ZAMUDIO, H. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993.
- GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- "El valor de la Jurisprudencia Internacional", *La Ley*, 01/06/2010, Buenos Aires.
- GOZAINI, O. A. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Editorial RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 2006.
- HARO, R. Y OTROS. *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba, 2003.
- HERNANDEZ, A. M. *Derecho Constitucional*, La Ley, Córdoba, 2012.
- HIRUELA DE FERNANDEZ, M. P. *El amparo en la Provincia de Córdoba, Ley 4915*, Editorial Alveroni, Córdoba, 2002.
- MORELLO, A. M. "El derrumbe del amparo", *E.D.*, 18/4/1996.
- MORELLO, A. M. - VALLEFIN C. *El amparo. Régimen procesal*, Librería editora Platense SRL, La Plata, 1998.
- RIVAS, A. *El amparo. Doctrina, comentarios, jurisprudencia y legislación*, Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 1987.
- RIVAS, A. "Pautas para el Nuevo Amparo Constitucional, Temas de Derecho Constitucional", *El Derecho* de 29 de junio de 1995.
- SAGÜÉS, N. P. "Vigencia constitucional del amparo y derogación de la ley 16.986", en *JA*. 1996-III-46.
- Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Ley 16986 comentada y concordada con las normas provinciales*, 2ª Editorial, Buenos Aires, 1988.
- "El Amparo Constitucional, A diez años de la reforma de 1994", *JA*, 2004-III-981.