

Doctrina

Responsabilidad del Estado como garante del derecho a la atención sanitaria



Alfredo Silverio Gusman

Presidente de la Sala II de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. Profesor Universitario de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Anatomía del sistema de atención sanitaria vernáculo.— III. Un intento de diagnóstico sobre un cuadro particularmente agudo.— IV. Epicrisis: el colapso de los tribunales. La judicialización como terapéutica.— V. Responsabilidad del Estado y del resto de los actores ante medicamentos y tratamientos de alto precio.— VI. Prognosis.

I. Introducción (*)

Esta ponencia versará sobre el grado de responsabilidad que le corresponde al Estado como garante del derecho a la atención sanitaria (1) con respecto a aquellas prestaciones que, dada su significativa onerosidad, normalmente exceden las posibilidades de cobertura por parte de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga o, al menos, las desfinanciarían de tal modo que puede ponerse en riesgo su subsistencia.

La pregunta concreta que intentaré responder es si existe un deber del Estado, en los casos mencionados, de brindar la asistencia requerida, sea a título solidario, concurrente o subsidiario de la obligación de la obra social o prepaga a la que el paciente se encuentra afiliado. Centraré mi análisis en un escenario particularmente complejo como el que se presenta en Argentina, que intentaré radiografiar.

II. Anatomía del sistema de atención sanitaria vernáculo

El esquema de la organización del sistema de salud argentino presenta un actor principal que es el Estado y sus redes de establecimientos públicos de salud y actores de reparto, que son las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. Tiene entonces un carácter tripartito, conformado por la salud pública, la seguridad social y la medicina

privada (2). De acuerdo con el diseño de la ley 23.661, que creó el Sistema Nacional de Salud "...a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país"; el deber de atención sanitaria reposa en primer lugar sobre el Estado, que es quien asume la conducción general del sistema; mientras que las obras sociales y prepagas participan en la gestión directa de las acciones.

Cada sector del sistema de salud se financia de forma diferente. El sector público a través de los fondos asignados en el presupuesto; las obras sociales, básicamente, con las contribuciones patronales y los aportes de los trabajadores —que son fijados en un porcentaje del salario— y el Fondo Solidario de Redistribución (arts. 16 de la ley 23.660 y 22 de la ley 23.661) y las empresas de medicina prepaga se sustentan con las cuotas de sus adherentes (arts. 2 y 17 de la ley 26.682) (3).

A su vez, el Estado tiene tres funciones esenciales: reguladora (sancionando las normativas pertinentes), gestora (prestando servicios de atención sanitaria que el sector público organiza y administra) y controladora (de superintendencia, respecto a la actuación de obras sociales y prepagas) (4).

III. Un intento de diagnóstico sobre un cuadro particularmente agudo

taciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud, mediante la asociación voluntaria y el sistema de pago de adhesión. También lo integran las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones que otorgan prestaciones de salud (arts. 1 y 2 de la Ley Nº 26.682).

(3) Conf. PETRE, Carlos - URIARTE, Fernando, "Derecho a la salud y acción judicial", en RIVERA (h), Julio C., "Tratado de Derechos Constitucionales", t. II, ps. 1073/1127.

(4) Dicho deber también emana de la ley 26.682.

dro particularmente agudo

Nuestro sistema de salud exhibe varias debilidades y algunas amenazas se ciernen sobre su futuro.

Asumiendo que por razones de espacio editorial y complejidad de la problemática estoy dejando de lado del análisis la situación de los jubilados, la cuestión de las obras sociales sindicales (5) —que merecería dedicarle algunas páginas a cada una de ellas— y la complejidad de los efectos de la pandemia provocada por el COVID-19 —cuyo brote es

(5) El art. 2 de la ley 23.660 contempla a las obras sociales sindicales, que cuentan con personería jurídica propia y funcionan con individualidad administrativa, contable y financiera.

(6) El 11/03/2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el coronavirus COVID-19 como una pandemia. En Argentina, la cuarentena fue dispuesta inicialmente a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 que estableció el aislamiento social preventivo y obligatorio desde el 20 de marzo, prorrogada hasta el 12/04/2020 por el DNU 325/2020, luego hasta el 26 de ese mes por el DNU 355/2020, hasta el 10 de mayo por el DNU 408/2020, luego hasta el 24 de mayo por el DNU 459/2020, hasta el 7 de junio por el DNU 493/2020, prorrogada hasta el 28 de

posterior a la realización de esta investigación (6) y su impacto negativo aún difícil de medir— solo mencionaré las siguientes:

- Insuficiencia de los recursos públicos sumada a la deficiente gestión de los disponibles.

- Prestadores de la salud pública colapsados que, además, atento a lo dispuesto en el art. 8 de la ley 25.871, también deben atender a los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria.

junio por el DNU 520/2020 —en la medida en que se resida o transite en los aglomerados urbanos y en los partidos y departamentos de las provincias que verifiquen en forma positiva los parámetros del art. 2º de la norma—, extendida hasta el 17 de julio por el DNU 576/2020, luego prorrogada hasta el 2 de agosto por DNU 605/2020, prorrogada hasta el 16 de agosto por DNU 641/2020, prorrogada hasta el 30 de agosto por DNU 677/2020, extendida al 20 de setiembre por el DNU 714/2020, continuada hasta el 11 de octubre por el DNU 754/2020, prorrogada por dec. 792/2020 hasta el 25 de octubre, prorrogada hasta el 8 de noviembre por DNU 814/2020, prorrogada hasta el 29 de noviembre por el DNU 875/2020, prorrogada hasta el 25/01/2021 por DNU 961/2020. Para un profundo análisis de la problemática

Columna de opinión

El Estado y el contrato



Eugenio Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la UBA. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Véase el texto completo en p. 5

Nota a fallo

Empleados no declarados

Ministros en una Iglesia. Ausencia de base jurídica para una condena por violación a las normas previsionales. CFed. Seg. Social, sala II, 26/03/2021. - Iglesia de Scientology de Argentina c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ Impugnación de deuda. 7

Los servicios prestados en una comunidad religiosa y la cuestión de la relación de dependencia laboral

Pablo A. Devoto

8

prescripción. Procesamiento de otro imputado. Usina de facturas apócrifas. Indicios valorados por la pericia. CFed. San Martín, sala I, 07/04/2021. - Piap Técnica SA y otros s/ Evasión agravada tributaria. 11

Jurisprudencia

Delitos tributarios

Evasión fiscal simple. Extinción de la acción penal por

- “Demagogia/Irresponsabilidad del legislativo” al ampliar generosamente las prestaciones reconocidas. En nuestro nivel de decisión parlamentaria, las respuestas en materia de atención sanitaria son más bien aisladas y reactivas, a veces producto de cabildos, pero raramente reflejan análisis sobre logística, infraestructura, responsabilidades y recursos para su futura instrumentación. Desde luego que profundizar las coberturas no es criticable, pero sí lo es que las decisiones legislativas no estén precedidas de evaluaciones acerca de qué, cómo y quién las va a financiar y sin indagar, ante nuestro déficit sistémico, cuáles deben considerarse prioritarias. La cuestión debería ser evaluada de manera prudente (7), pues, con fundamento en el principio de no regresividad consagrado en los arts. 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos que impera en materia de derechos fundamentales, como lo es el de atención sanitaria, bien podría llegar a sostenerse que, una vez plasmados por el legislador, luego no pueden suprimirse (8). Los ejemplos sobran y aclaro que no voy a ser taxativo ni valorativo en la enunciación: leyes 26.130 (contracepción quirúrgica), 26.279 (de detección y tratamientos de determinadas patologías en el recién nacido), 26.396 (trastornos alimentarios), 26.588 (celiaquía), 26.657 (de salud mental), 26.689 (atención de enfermedades poco frecuentes, comúnmente llamadas “enfermedades huérfanas”), 26.743 (identidad de género, obliga a cubrir intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida) (9), 26.862 (reproducción asistida), 26.914 (diabetes), 27.350 (uso medicinal del *cannabis*), 27.552 (fibrosis quística). La última, hasta donde tengo conocimiento, es la ley de cobertura integral y gratuita de la interrupción del embarazo, que también contempla la cobertura de diagnóstico, medicamentos y terapia de apoyo, incluidas todas en el Programa Médico Obligatorio conforme al art. 12 de la ley 27.610.

- Tanto las normas constitucionales internas como la generalidad de las convenciones supranacionales reflejan una grieta

entre las prestaciones comprometidas y las efectivamente otorgadas en materia de derecho a la salud, que obligan a Argentina; es necesario evocar al art. 75, tanto en su inciso 22 —jerarquía de los Tratados Internacionales (10)— como en el 23 —exigencia de adoptar medidas de acción afirmativa respecto de colectivos vulnerables— (11). En especial, en materia de atención sanitaria, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza “el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental”, de consuno con el numeral 2.1.1. que exige a los Estados destinar hasta el máximo de sus recursos disponibles para arribar a esa meta (12). Además esta protección se encuentra reforzada para las personas con discapacidad (art. 25 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad) (13) y para los niños (art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (14); ambas de jerarquía constitucional en Argentina, la primera nación que, a partir de la ley 27.044, le otorgó ese rango.

- Desigualdades sociales y económicas entre la población y asimetría entre los servicios de salud que prestan las distintas provincias. Pese al enunciado de la ley 23.661 y de las pautas exigidas en la cláusula constitucional de nuevo progreso acerca de equilibrar el desarrollo entre provincias y regiones (art. 75 inc. 19) y de la obligación de adoptar medidas positivas para empapar desigualdades (art. 75 inc. 23), en la realidad se presentan importantes brechas en cuanto a la calidad y a la extensión de la cobertura brindada. A su vez, esto se traduce en mayores costos ante la necesidad de efectuar constantes traslados de pacientes para tratamientos a centros territoriales que poseen la infraestructura material y profesional para llevarlos a cabo (15). También, bajo la excusa del régimen federal de gobierno e ignorando el sano criterio del federalismo de concertación (16), es frecuente que los Estados nacional y local se imputen de manera recíproca responsabilidad sobre quién debe hacerse cargo de las prestaciones, ante la mirada atónita del enfermo y su familia, quienes, muchas veces, se ven obligados a iniciar un litigio judicial para dirimir la controversia (17).

tica, conf. DIAZ RICCI, Sergio, “El sistema de fuentes del derecho en Argentina en la emergencia sanitaria”, en AA. VV., *-e book-* BARCELÓ ROJAS, Daniel - DIAZ RICCI, Sergio - GARCÍA ROCA, Javier - GUIMARAES TEIXEIRA ROCHA, María Elizabeth, “COVID-19 y Parlamentarismo. Los Parlamentos en Cuarentena”, Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, p. 285.

(7) Cierta doctrina señaló la necesidad de una morigeración a la proliferación de leyes que regulan coberturas sin contemplar la totalidad del sistema (conf. CIRES ETCHEVERRY, Julia - ZAMBRANO (h), Martín, “La justa distribución de los recursos estatales en la salud argentina frente al impacto de nuevas prestaciones médicas y tecnologías sanitarias”, en *El Derecho* del 15/03/2016).

(8) La prohibición de regresividad o retroceso en los derechos fundamentales reconocidos puede derivarse de los arts. 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Nuestra Corte Suprema en el caso “Aquino” (21/09/2004, LA LEY 27/09/2004), sostuvo que las políticas regresivas son incompatibles con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de idéntica alcurnia (art. 75 inc. 22).

(9) La res. 3159/2109, en su art. 1, incluye en el Programa Médico Obligatorio la cobertura del 100%.

(10) En general, el derecho a la atención sanitaria puede considerarse contemplado en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —que establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y, en especial, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios— el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —que tutela la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad—, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 24 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el art. 10 del Protocolo Adicio-

nal a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 25 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(11) Si se desea ampliar respecto de la interpretación de ese artículo constitucional y acerca de las medidas de acción positiva, ver el fallo de la Corte Suprema “García c/A.F.I.P.”, 26/03/2019, relativo a la aplicación del impuesto a las ganancias a jubilados y el caso “Furlan” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (del 31-08-2012, en especial párr. 211, 268 y 269) que condenara a nuestro país por la demora en establecer una indemnización a favor de una persona con necesidades especiales, quien la precisaba para afrontar un tratamiento médico de rehabilitación.

(12) La Declaración E/C 12/2007/1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas interpretó que la disponibilidad de recursos condiciona la obligación de los Estados de adoptar medidas, pero no modifica su carácter inmediato, pues el hecho de que los recursos sean finitos no constituye en sí mismo una justificación para que no adopten medidas tendientes al más amplio disfrute de los derechos. Mencionara a nuestro país por la demora en establecer una indemnización a favor de una persona con necesidades especiales, quien la precisaba para afrontar un tratamiento médico de rehabilitación.

(13) La Corte Suprema ha destacado que la protección y la asistencia integral de las personas con discapacidad constituye una política pública a la que se comprometió nuestro país. Por lo tanto, atañe a los jueces procurar soluciones que se avengan con la urgencia de dichos conflictos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (conf. Fallos: 327:2127).

(14) La Corte Suprema ha ponderado que cuando se encuentran implicados el derecho a la salud, al desarrollo pleno e integración de un niño con capacidades diferentes, los padres del menor solo deben acreditar la con-

- Encarecimiento de prácticas médicas, como consecuencia del creciente aprovechamiento e incorporación de tecnologías, así como el descubrimiento de otras patologías a ser cubiertas y el desarrollo de nuevas opciones terapéuticas, aunque algunas de ellas sean de carácter meramente paliativo.

- Relacionado con lo anterior, en materia de farmacología los resultados de las investigaciones —en especial respecto de medicamentos biológicos— suelen encontrarse amparados por el derecho de exclusividad que otorgan las patentes y que repercuten en el mayor precio de los productos que se lanzan al mercado (18).

- Aumento de las expectativas de vida de la población, lo cual por cierto es un dato favorable por más que acarree sobrecostos de cobertura al sistema.

- Problemas estructurales macroeconómicos por inestabilidad del tipo de cambio.

IV. Epicrisis: el colapso de los tribunales. La judicialización como terapéutica

Algunas de esas flaquezas del régimen, añadidas a otras que por razones de espacio editorial no puedo desarrollar, repercuten en un alto grado de reticencia a suministrar las prestaciones por parte de los distintos actores del sistema de salud y, como consecuencia, en que se opongan obstáculos a los pacientes a la hora de obtenerlas. Esto, a su vez, lleva a que los reclamos se canalicen hacia los tribunales y que los beneficiarios recién puedan gozar en forma efectiva del derecho si obtienen una respuesta favorable —por lo general, a título cautelar—, provocando un incremento continuo de la litigiosidad en materia de salud. Las estadísticas judiciales me eximen de mayores comentarios sobre este punto. Entre amparos y procesos sumarisimos de salud durante el 2020 se iniciaron, sólo en el fuero civil y comercial federal —en el que me desempeño—, 4262 procesos (19). Como pauta indicativa de la magnitud del asunto, destaco que en el año 2008 —en el que me incorporé a ese tribunal— se litigó por ese motivo alrededor de 1700 causas,

dición de su hijo, su carácter de afiliado y la prescripción profesional; mientras que la demandada debe probar y poner a disposición una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio análogo al que se persigue en el proceso judicial y demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna. Añadió que frente a la disyuntiva que puede generar limitaciones impuestas por resoluciones ministeriales —como se aprecia sin dificultad, de rango normativo muy inferior al del bloque de constitucionalidad federal—, debe estarse a las directrices tuitivas que impone el régimen propio de la ley en favor del niño y sus cuidadores (CS, “R., D. y otros c/Obra Social del Personal de la Sanidad”, 27/11/2012), AR/JUR/72014/2012.

(15) Como apuntan BRACAMONTE, Silvina - CASSINERIO, José Luis, en “La judicialización del derecho a la salud”, documento de investigación 112, South Centre, junio de 2020.

(16) Respecto del federalismo concertado, conf. BILDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, t. I, p. 469.

(17) Es ilustrativo al respecto lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Passero de Barreira”, 18/09/2007. Conf. también Fallos: 323:1339, (“Asociación Benghalensis”); 323:3229 (“Campodónico de Beviacqua”). En pronunciamientos más recientes, se advierte cierto retroceso en algunos precedentes de la Corte Suprema en el nivel de protección del derecho (conf. “P., M.L. c/Agencia Nacional de Discapacidad”, 23/04/2019, que remite a un dogmático dictamen de la Procuración General de la Nación). A mi modo de ver, esta última decisión no pondera en su cabal magnitud lo interpretado respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al formular una observación a Suiza. Sostuvo que la estructura federal exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero igualmente el Estado federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del Pacto (20 y 23 de noviembre de 1998, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Aplica-

lo que equivalía al 14% de la totalidad de las que se sustentaban en el fuero civil y comercial federal. Al día de hoy ese porcentaje se ha incrementado al 43,9%. Entre 2011 y 2014 la cantidad de amparos por cuestiones de salud presentados aumentó un 64% (20). Desde el ámbito oficial no existen análisis o preocupaciones respecto del impacto en el gasto público que representa el trámite de miles de causas sobre el ya de por sí alicaído presupuesto que se asigna al Poder Judicial.

Entonces, lo que debería haberse resuelto en un trámite ágil —atento a la problemática en cuestión— en alguna instancia interna de cada entidad o a través de la instauración legislativa de un procedimiento conciliatorio, o bien en la órbita administrativa con la intervención de algún ente público de superintendencia y control o en alguna oficina de defensa del consumidor, termina en tribunales. Esfera en donde, antes de la digitalización —que, por cierto, también presenta inconvenientes y fallas—, dada la saturación de causas, muchas veces siquiera se contaba con casilleros suficientes para hospedarlas.

Los jueces, entonces, se ven en la delicada faena de evaluar factores tales como la gravedad del enfermo, la urgencia y terapéutica del fármaco o intervención quirúrgica pretendida, con el agravante de que la falta de cobertura del medicamento o la interrupción de un tratamiento en curso puede generar perjuicios irreversibles en la salud del paciente. La providencia debe resolverse con premura, en los exiguos plazos que establecen las normas rituales para el despacho de las cautelares. Para peor en un escenario poco propicio para la toma de decisión meditada, muchas veces de colapso por atiborramiento de causas de las más variadas y complejas competencias, déficit de infraestructura, insuficiencia de personal, obsoletos sistemas informáticos que suelen interrumpirse, conflictos gremiales, etc. (21) y, en ocasiones, con la angustia del paciente o sus familiares aguardando en los pasillos del tribunal. Este cuadro se agrava en la Justicia Federal Civil y Comercial de la

ción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informes iniciales presentados por los estados parte con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto; pub. en “Investigaciones”, 1, 1999, págs. 180/181, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia). En el mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en una condena contra nuestro país, que “... según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (conf. “Garrido y Baigorria c/Argentina”, 27/08/1998).

(18) Conf., Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual o, según su acrónimo en inglés, TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), expedido en el seno de la Organización Mundial del Comercio y aprobado por ley 24.425. Explicado a grandes rasgos pues no es el objeto de este ensayo, el otorgamiento de un derecho de patente de invención, tiene su justificación económica en el aporte del conocimiento a la comunidad y, una vez expirado el período de exclusividad que dicho título reconoce -20 años computados desde su solicitud-, ese descubrimiento ingresa al dominio público y cualquiera puede emplearlo.

(19) Es de aclarar que, posiblemente a raíz de las dificultades generadas por la pandemia y las ferias judiciales, la cifra es menor a las causas de esa naturaleza que se iniciaron en 2019, que llegaron a ser 6040 expedientes en el mismo fuero.

(20) Dato extraído de la investigación “Implicancias socio-económicas de la utilización de instrumentos judiciales para la prestación de bienes y servicios sanitarios”, realizada en el seno del programa de becas “Ramón Carrillo-Arturo Oñativia” otorgadas por el Ministerio de Salud de la Nación.

(21) Por res. 217/2019 (pub. en el BO. del 03/10/2019) el Consejo de la Magistratura de la Nación declaró la emergencia judicial en materia de infraestructura edilicia y tecnológica por el término de un año.

Ciudad de Buenos Aires, en donde se procesan la mayoría de estos litigios, pues de once juzgados de primera instancia hay solo siete nombrados y otro integrado por un juez perteneciente a otra jurisdicción (22), situación parecida a la de la Cámara, que de nueve vocalías apenas están cubiertas cinco; exigiendo a los magistrados multiplicar sus esfuerzos en desmedro de su propia salud personal. Cabe a esta altura llamar la atención de los operadores políticos y parlamentarios, pues además del incumplido deber de priorizar la agenda sanitaria, deben atender el preámbulo constitucional que enuncia el mandato de afianzar la Justicia y asignar al Poder Judicial los medios técnicos y materiales necesarios para que este pueda asumir con plenitud las funciones que constitucionalmente le incumben y cubrir las vacantes existentes con la premura del caso. Además, ante el creciente volumen de amparos y sumarísimos de salud, si no se adoptan medidas de fondo que lleven a reducir la cantidad de esos procesos, al menos deben dotarse de recursos humanos y tecnológicos que permitan a los tribunales brindar respuestas oportunas a los pacientes y enfermos.

Con respaldo, entre otras, en las normativas ya mencionadas, se reclama una variedad de prestaciones, algunas de las cuales van más allá de lo estrictamente sanitario. La lista parece interminable: tratamientos de salud reproductiva de baja y alta complejidad, escolaridad especial, apoyo pedagógico, internación geriátrica, internación en centro de vida asistido, internación en un establecimiento especializado contra la obesidad, acompañamiento terapéutico (en algunos casos, las 24 horas los siete días a la semana), terapia psicológica para el paciente (en algunos casos a domicilio) y también para sus familiares, reacondicionamiento de viviendas para continuar tratamientos, entrega de viviendas en cercanía del lugar de tratamiento, transporte no público, viáticos por traslados, musicoterapia, equinoterapia, auriculoterapia, kinesiología, fonoaudiología domiciliaria (en algunos casos con rehabilitación para la deglución), acompañante áulico en la escuela, maestra de apoyo, electroestimulación muscular activa, equipamiento auditivo con procesador y vincha elástica en ambos oídos, suministro de leche medicamentosa, terapia ocupacional (en algunos casos a domicilio), curso de formación para el empleo, taller para habilidades sociales, bombas de insulina de determinada marca, prótesis importada no cementada (y su colocación al paciente), glucómetro

para el autocontrol de la diabetes, microinfusora de insulina con sensor integrado y apagado automático en caso de riesgo de hipoglucemia, silla elevadora para bañera, suministro de pañales, cuidados domiciliarios (en algunos casos las 24 horas), cama ortopédica, rampa para vehículos, colchón anti escaras, inversor de corriente (para cargar baterías en sillas de rueda), grúa hidráulica levanta pacientes, concentrador de oxígeno ambulatorio, tratamientos experimentales no aprobados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) (23), medicamentos de uso compasivo, tratamientos en el Boston Children's Hospital en EE.UU., cirugías bariátricas, etc. Como se aprecia, los reclamos judiciales comprenden todas las etapas de la vida, desde tratamientos para la concepción, la viabilidad del embarazo y el desarrollo de los menores, la educación de las personas con necesidades especiales, la prevención y curación de enfermedades, hasta la institucionalización de ancianos con discapacidad sin grupo familiar que pueda hacerse cargo de su cuidado por su enfermedad (24).

Por cierto, ante el cuadro jurídico que acabo de describir, al judicializarse la mayoría de estos procesos empiezan con el requerimiento y dictado de una medida cautelar satisfactoria a los intereses del solicitante y, a su vez, buena parte de ellos terminan en una condena hacia los demandados. Cierto es que algunas de estas pretensiones han recibido un abordaje casuístico, cuyo otorgamiento se sustentó en prescripciones médicas adecuadamente fundadas para persuadir respecto de la necesidad del tratamiento terapéutico y, en algunos casos, hubo de requerirse dictámenes periciales y hasta la intervención del Cuerpo Médico Forense (25).

Conocido es que muchos de los compromisos asumidos por Argentina en los convenios enunciados en el inc. 22 del art. 75 tienen como base la extensión de los derechos en el Estado contemporáneo, que son de naturaleza económica, social, cultural. Y también la problemática que se genera cuando ese crecimiento de las obligaciones estatales no viene acompañado de normas internas que reconozcan el correlativo derecho a obtener las prestaciones correspondientes (26). Sin embargo, este escollo no se presenta con frecuencia en materia del derecho de atención sanitaria. Por lo general, las legislaciones especiales —como, por ejemplo, varias de las indicadas en el ante-

rior acápite— no son, por cierto, genéricas ni mucho menos programáticas o precisadas de mayor despliegue regulatorio para exigir su cumplimiento. Son claras, al menos en lo sustancial, en cuanto a las coberturas reconocidas y quienes resultan los obligados a cumplirlas. Lo que quiero enfatizar es que no puede tildarse a los tribunales que emiten las condenas contra los diversos operadores del sector salud de “garantistas” o entrometidos en decisiones sobre políticas públicas que conciernen a los otros departamentos del Estado como, en ocasiones, suele criticarse algunas sentencias que no son del agrado del poder político o del poder económico. Pero, además, dado que el derecho a la atención sanitaria se encuentra reconocido en los ya enunciados Tratados Internacionales de *status* constitucional, los jueces deben actuar como garantes cuando aquel no es satisfecho.

Por cierto, la crítica hacia la llamada “judicialización del derecho a la salud” de todos modos subsiste, incluso en el sector del espectro que suele ser llamado “progresista” (27). Debo reconocer que ante las estadísticas reseñadas que reflejan omisiones casi sistémicas, en este, como en tantos otros campos (28), si el Poder Judicial puede brindar respuestas prestacionales para remediar incumplimientos puntuales, no es el órgano al que le corresponde solucionar fallas estructurales como las descripciones, ni tampoco cuenta con las herramientas para hacerlo (29), debiendo ser resueltas por la planificación gubernamental administrativa.

Un intento que se ha propuesto para ordenar el sistema es la iniciativa legislativa tendiente a crear una Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud —AGNET— (30), cuyo real objetivo sería reducir los costos que representan para los financiadores del sistema la judicialización de los reclamos de cobertura (31). El proyecto presentado indica que, entre otras funciones, actuaría como un órgano de consulta en los procesos judiciales en los que se discuten cuestiones de índole sanitaria relativas a la evaluación e incorporación de nuevos tratamientos o medicamentos, cuyo dictamen sería obligatorio para los distintos órganos y entes del sector público nacional, mas no para los tribunales. La iniciativa legislativa se presentó hace más de cuatro años, sin registrar avances (32). En 2018 se debatió en la Comisión de Salud del Senado con la presencia del por entonces ministro, empero esa Comisión nunca emitió despacho, habien-

do ya caducado el trámite parlamentario. Durante 2020, el senador Mario Fiad —que pertenece a la oposición— presentó un proyecto tendiente a la creación de ese ente, que actualmente se sustancia —sin registrar avances— por expediente S 921/2020.

En cambio, en 2018, por resolución ministerial de salud 623/18 se creó la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC) como un órgano de consulta. Su actuación se ha limitado a producir informes abiertos a contribuciones de la sociedad civil y el ámbito científico (33) y documentos técnicos relativos a su organización interna y al desarrollo de su actividad. No se le da intervención en los procesos judiciales ni ha requerido involucrarse en los litigios.

Ante el recambio de autoridades consecuencia del resultado de los comicios de 2019, pareciera que no es intención del gobierno insistir con la creación de la AGNET, aunque sí se considera justificado que la CONETEC, con las limitadas atribuciones comentadas, continúe en funcionamiento (34). Además, a través del art. 2 de la res. 1114/2020 del Ministerio de Salud, se creó el Programa Nacional de Seguimiento de Tecnologías Sanitarias Tuteladas, cuyo objetivo principal, según surge de los considerandos de la disposición 02/2021 de la Subsecretaría de Medicamentos e Información Estratégica, sería velar por una adecuada y correcta utilización de las tecnologías sanitarias en medicamentos y prácticas médicas y establecer los alcances de su cobertura, intentando evitar la inadecuada utilización de dichas prácticas con base en “principios fármaco-económicos” (*sic*), impacto en la salud, grado de seguridad, efectividad y eficiencia clínica. Dicho programa debe evaluar la incorporación de las tecnologías sanitarias o “patologías priorizadas” (*sic*, art. 1 inc. “b” de la resolución de marras) y elevarlas a la mentada Subsecretaría para su aprobación.

V. Responsabilidad del Estado y del resto de los actores ante medicamentos y tratamientos de alto precio

La compleja organización del sistema de salud descrito en el acápite II genera distintos problemas al momento de determinar el sujeto responsable de garantizar el derecho a la atención sanitaria (35). No abrigo dudas acerca de que en nuestro fragmentado sistema, tanto las obras sociales —incluyendo aquellas constituidas como entes autárquicos del sector público (36)— como las

(22) De los cuales, uno se cubrió recién el pasado 5 de abril, ocasión en que juró el magistrado titular del Juzgado 3 —Dr. Juan Stinco—, mientras que otro se cubrió el 31 de marzo, al jurar la titular del Juzgado 9 —Dra. Mercedes Maquieira—. El primero estuvo 3 años vacante y el segundo casi 5 años.

(23) En algunos casos en donde se condenó a la entidad demandada a que se haga cargo del suministro de un medicamento que carecía de la aprobación de la ANMAT, se ponderó que su uso había sido autorizado por la *Food and Drugs Administration* (FDA) de U.S.A. y por la *European Medicines Agency* de la Unión Europea (conf. Sala II del fuero Civil y Comercial Federal, 12/05/2017, “B.L.J.”; Sala III del mismo tribunal, 16/04/2018, “B. L.M.”).

(24) Conf. PETRE, Carlos - URIARTE, Fernando, “Derecho a la salud y acción judicial”, en RIVERA (h), Julio C., “Tratado de Derechos Constitucionales”, t. II, ps. 1073/1127.

(25) *Ibidem*.

(26) Si se desea ampliar respecto de los conflictos que esta ausencia genera, consultar DIETZ, María Fernanda, “Tutela judicial de los derechos humanos” y, en especial, el estudio introductorio a esa obra de GUSMAN, Alfredo Silverio, Ed. Astrea y Ediciones RAP, 2018, ps. 4/5 y 8.

(27) En ese sentido, se ha argumentado que los tribunales carecen de conocimientos especializados en cuestiones socioeconómicas complejas y que la naturaleza casuística de las decisiones judiciales les dificulta tomar en cuenta la totalidad de las consideraciones distributivas generales pertinentes cuando elaboran una decisión

con consecuencias presupuestarias (conf., GLOPPEN, Siri - ROSEMAN, Mindy, “¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?” en AA.VV., “La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?”, p. 8). Una solvente réplica a esa línea argumental puede encontrarse en ABALOS, Eduardo, “Derecho a la salud: una visión desde la jurisprudencia”, LA LEY, 2015-E, 933. En Argentina, estudios llevados a cabo por jueces especializados en la resolución de conflictos en esta materia advierten que la intervención de la Justicia produce efectos individuales positivos ya que efectivizan el reconocimiento del derecho a la salud y a la vida. Pero también negativos, pues genera un problema adicional o agrava el existente porque puede tener incidencia en el uso de los recursos del sistema de salud sin planificación y aquellos que pueden hacer oír su voz en las acciones judiciales no suelen ser los más desfavorecidos y vulnerables. De todos modos, los autores coinciden en que la judicialización no es la causa primaria de la inequidad del sistema (conf. BRACAMONTE - CASSINERIO, ob. cit., documento de investigación 112; PETRE - URIARTE, ob. cit.).

(28) Durante las Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral en 2016, tuve oportunidad de reflexionar sobre los incumplimientos de las normativas que garantizan derechos a las personas con diversidad funcional y llegar a las mismas conclusiones que ahora. Conf. mi aporte “Políticas de acceso al empleo público para personas con capacidades diferentes”, en AA.VV. “El Estado Constitucional de Derecho y

el Derecho Administrativo”, Ediciones RAP, 2017, p. 191 y ss. Otro ejemplo acerca de las limitaciones del Poder Judicial para resolver tales falencias es el litigio entablado para promover que el Congreso cumpla de una vez por todas con el deber de designar al Defensor del Pueblo (CNFed. Contencioso-administrativo, sala III, “Asociación por los Derechos Civiles y otros”, 18/08/2016), omisión que también tuvo ocasión de examinar en “El alcance del control de las Defensorías del Pueblo”, en AA.VV. “Control público y acceso a la justicia”, Editorial Astrea y Ediciones RAP, p. 73; falencia que, pese al tiempo transcurrido, lamentablemente todavía subsiste.

(29) Conf. GUSMAN, Alfredo Silverio, “Enjuiciamiento de la función administrativa”, LA LEY, 2016-C, 877. Como bien apunta María Alejandra D’AMICO, el Poder Judicial no es el órgano al que le corresponde diseñar política pública y los casos que llegan a tocar la puerta de los tribunales, de manera aislada, no solucionan el fondo de la cuestión (ver AA.VV., NEGRI, Carlos (dir.) - RAMA, Marcela (coord.), “Manual de Instituciones de Derecho Público”, p. 247).

(30) Sobre la intervención de una agencia administrativa de esa naturaleza, ver CIREZ ETCHEVERRY - ZAMBRANO, ob. cit.

(31) Así lo manifiestan VILOSIO, Javier - LIFSCHITZ, Esteban, “Hacia una Agencia de ETS en Argentina. Estado de situación”, en AA.VV. (LIFSCHITZ, Esteban, coordinador), “Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias en Argentina. ¿Por qué, para qué, cómo?”, Fundación Sanatorio Güemes, 2018, p. 43).

(32) Conf. Mensaje 76/2016 enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso.

(33) Se trata de Informes de Evaluación de Tecnologías Sanitarias, por ejemplo, el N° 1 referido al medicamento Nusinersen para la Atrofia Muscular Espinal, emitido el 13/11/2019, en el que no recomienda su incorporación a la cobertura obligatoria.

(34) Durante 2020 presentó el documento “Proceso de Priorización para Evaluación de Tecnologías Sanitarias 2020-informe final”.

(35) Conf. PETRE, Carlos - URIARTE, Fernando, “Derecho a la salud y acción judicial”, en RIVERA (h), Julio C., “Tratado de Derechos Constitucionales”, t. II, ps. 1073/1127.

(36) Se ubican en esta categoría entidades como la Dirección General de la Obra Social de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA) creada por la ley 24.741 y el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA) que unificó al Instituto de Obra Social del Ejército, la Dirección de Bienestar de la Armada (DIBA) y la Dirección de Bienestar Personal de la Fuerza Aérea. La circunstancia de que esta tipología de organizaciones no fueran mencionada en las leyes 23.660, 23.661 y 26.682, no puede redundar en una situación de carácter privilegiado respecto de aquellas otras que también prestan servicios de salud, ni de desamparo hacia sus propios afiliados. Por ende, no se encuentran exentas de cumplir ante sus beneficiarios con todas las obligaciones que corresponden a las restantes obras sociales (conf. CS, “Chamorro”, Fallos: 331:453; CNFed. Civ. y Com., sala III, “Romero c/IOSFA”, 13/12/2019).

empresas de medicina prepaga —estas últimas, de conformidad con lo establecido en la ley 26.682 (37)—, deben hacerse cargo de aquellos reclamos por asistencias ordinarias y que las diferentes normativas le imponen dar cobertura con el elevado standard de “al mejor nivel de calidad disponible” (38). Incluso, dado el carácter fundamental del derecho que vengo abordando y que, por ende, no necesariamente va a estar subordinado en forma exclusiva por vínculos contractuales o regulatorios, en algunos casos, el deber de las prestadoras puede extenderse más allá de lo que establece el contrato de adhesión y hasta puede llegar a exceder las previsiones del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) (39). Este no es un techo sino un piso. Se ha interpretado que establece un mínimo prestacional no taxativo por debajo del cual ninguna persona habría de verse privada y no un máximo de cobertura, debiendo, en principio, respetarse y garantizarse las indicaciones terapéuticas más aptas para preservar la salud del paciente (40), pues es dable presumir por parte del médico tratante un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para la curación del enfermo (41). Máxime si se atiende a la dinámica y evolución de los tratamientos médicos y que el mentado P.M.O. no se actualiza al mismo ritmo o, al menos, en tiempos que puedan considerarse razonables y, en algún caso, las políticas seguidas en cuanto a la incorporación de medicamentos han sido erráticas y fluctuantes (42). Si el Estado se tuviese que ocupar de atender cada tratamiento o fármaco que requiera cualquier paciente con prescindencia de si se encuentra afiliado a alguna entidad, no tendría sentido la existencia de obras sociales y prepagas, pues estas carecerían de incentivos para cumplir con sus obligaciones si, en definitiva, sus adherentes las obtienen del sector público estatal.

Entonces, el principio que rige en la materia es el de actuación estatal subsidiaria. Pero no puedo extender esa regla respecto de aquellos tratamientos extraordinarios de última generación y alta onerosidad —algunos, incluso, de carácter experimental—, con aptitud para afectar la sustentabilidad económico-financiera de la entidad. De ser su costo cubierto exclusivamente por las obras sociales o la medicina prepaga, sin eufemismos ni exageraciones, harían entrar en crisis la viabilidad misma del sistema.

El esquema legal se asienta en la provisión de prestaciones de salud con base en criterios de justicia distributiva, orientados a brindar el mejor nivel de calidad disponible y garantizar una equidad entre los beneficiarios para el efectivo goce del derecho de atención sanitaria sin discriminaciones de índole social, económica, cultural o geográfica (conf., además de las disposiciones constitucionales indicadas en el acápite III, el art. 2 de la ley 23.661 y art. 1 de la ley 24.754). Entonces, ante una sobrecarga

para uno de los actores de ese sistema, corresponde que el Estado Nacional asuma el rol de garante del derecho a la salud que le imponen los compromisos internacionales a los que adhirió y financie la parte sustancial de la terapéutica de alta incidencia requerida. Si Argentina se desentiende de las prestaciones positivas que exigen no solo su ordenamiento jurídico doméstico, sino los deberes convenidos en el concierto interamericano, ignora el papel que debe protagonizar en un Estado Constitucional y Social de Derecho (43). En el mismo sentido, serias investigaciones han concluido que el Estado debe ser solidariamente responsable para todos los supuestos en que los efectores que tienen la responsabilidad primaria no puedan cumplir con la prestación (44).

En los últimos años, desde la magistratura, se ha advertido la situación que se presenta en los tratamientos de alta incidencia y baja frecuencia. Una de las alternativas de solución fue la citación del Estado al pleito —sea en calidad de tercero o demandado— y, llegada la oportunidad procesal de sentenciar, en algunos casos se lo ha condenado a hacerse cargo de una parte mayoritaria del tratamiento o fármaco requerido.

En ese sentido, la Sala II del fuero civil y comercial federal en el fallo del 26/11/2018 recaído en la causa “Sáez”, hizo lugar al pedido de la prepaga de traer al juicio tanto al Ministerio de Salud en su carácter de garante último del derecho de atención sanitaria como a la Superintendencia de Servicios de Salud que administra los fondos a financiar a los agentes del seguro de salud en prestaciones de alto impacto económico y tratamiento prolongado, proceso judicial que en la actualidad se encuentra en trámite.

Similares temperamentos adoptaron otros tribunales. Por ejemplo, la Sala A de la Cámara Federal de Córdoba en el caso “T.L.” fallado el 06/09/2018 se encontró ante el pedido de una medicación cuyo valor ascendía a 358.400 euros, efectuado por una paciente que padece una enfermedad poco frecuente. Luego de un informe de la contadora del Tribunal previa compulsión de los libros contables de la obra social acerca de cuánto se encontraba en condiciones de costear la entidad, la sentencia dispuso que esta se haga cargo del 10%, mientras que el porcentaje mayoritario restante correspondía que sea abonado por el Estado. En otro caso, fallado durante la feria judicial de enero de 2019, el tribunal de la docta distribuyó esa carga por mitades entre la obra social y el Estado Nacional (45). La pauta para decidir la parte proporcional que debe asumir cada demandado trasunta por el estado patrimonial de la obra social, luego de verificar en qué medida puede afrontar esa obligación.

Por su parte la Cámara Federal de La Plata, por intermedio de su sala II, con relación a la

solicitud de la misma droga que en los procesos anteriores, estableció una suerte de responsabilidad solidaria entre la prepaga y el Estado para hacer frente a la ejecución de la medida cautelar (46), lo cual implica que el afiliado podría exigir esa decisión a cualquiera de los condenados.

Si bien no se trató de un reclamo relativo a la cobertura de un tratamiento de alto costo, es interesante como parámetro traer a colación el caso “S. A. M. c/U.P.C.N.”, en donde la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal otorgó una medida cautelar tendiente a abonar el alquiler de una vivienda para el grupo familiar que permitió continuar el tratamiento en el hogar de los menores con capacidades diferentes enfermos. En ese amparo el Tribunal, primero de oficio, dispuso hacer comparecer al pleito al Estado por considerar que, dada la naturaleza de las pretensiones y el derecho en debate, debía ser parte de un litisconsorcio pasivo necesario (47). En segundo término, al resolver la cautelar, advirtió que se trataba de un caso excepcional en el que el valor económico de lo requerido “... excede las posibilidades de una obra social que se sustenta sobre los principios de igualdad y solidaridad de todos sus afiliados”. Sin embargo, ello no implicó desatender el reclamo de los amparistas, sino que dispuso que el costo fuera soportado en un 20% por la obra social y el 80% por el Estado (48).

En fin, las distintas soluciones ideadas por los tribunales intervinientes, en el marco provisorio propio de toda tutela cautelar y dada la complejidad del asunto, lucen todas ellas razonables y deben ser adaptadas a las particularidades de cada caso. Además, de presentarse complicaciones a la hora de ejecutar lo resuelto, bien se podrá cambiar la modalidad de cumplimiento. Por cierto, sin desmedro de potenciales reclamos entre las obligadas a cumplir la manda judicial, tendientes a compensar la parte que cada una asumió, cuya procedencia deberá, va de suyo, ser debatido en un contexto procesal diferente (49) y que, por exceder el tema de la presente ponencia, me abstengo de analizar.

Esta tendencia jurisprudencial que incorpora al Estado como obligado directo en aquellos casos de prestaciones excesivamente onerosas que comprometen la subsistencia de la entidad asistencial, no es fruto de una interpretación caprichosa o arbitraria de un tribunal que manifiesta empatía con el paciente e indiferencia hacia los recursos presupuestarios públicos. Por encima de la ya mencionada ley 23.661, cuyo art. 1 le atribuye el papel de conductor general del sistema y en su art. 22 crea el Fondo Solidario de Redistribución, también se asienta en el bloque constitucional, supranacional y otras leyes ya indicadas, entre las que se destaca, en

materia de protección de las personas con discapacidad, la ley 24.901, que compele al Estado a asegurarse los tratamientos médicos, en la medida que no pueda afrontarlos la persona de quien dependa o la obra social a la que está afiliado y, si el sujeto carece de cobertura, deberá ser atendido “... a través de los organismos dependientes del Estado” (50).

Asimismo, es bien conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema cuando debió ocuparse de asuntos en que se encontraba en riesgo el derecho a la salud y condenó a la Administración a que satisfaga las obligaciones asistenciales reclamadas, a fin de que el ejercicio de los derechos constitucionales no se vuelva ilusorio, reconociendo la responsabilidad del Estado en materia de atención sanitaria. Ha dicho que “es un deber estatal impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas” (“Asociación Benghalensis” (51), “Campodónico de Beviacqua” (52), “Chamorro” (53) “que exige una inversión prioritaria” “garante principal del sistema” [“Policlínica Privada de Medicina y Cirugía” 1998 (54)], “garante último del derecho a la salud”, que ha asumido “compromisos internacionales explícitos” orientados a promover y facilitar el sistema de salud [“Sánchez” 2005 (55)], garante subsidiario del derecho a la salud y por ello debe otorgar tratamiento médico si la mutual a la que el paciente está adherido se encuentra concursada [“Floreancig” (56) 2006], dar medicamentos a una persona carenciada [“López” (57) 2005], garantizar la entrega oportuna y regular de un medicamento oncológico [“Defensor del Pueblo de la Nación”, 2007 (58)], responsable subsidiario ante la falta de respuesta de la obra social en que el paciente se encuentra afiliado [“Agüero” (59), 2005], que no puede sustraerse a su responsabilidad aduciendo demoras en la puesta en funcionamiento del sistema sanitario imputable a las provincias [“Monteserin” (60)]. La misma Corte desarticuló el argumento de que al contar el paciente con una obra social o prepaga nada podría reclamarle al Estado pues, de ser así, el adherente, al no obtener las prestaciones oportunas de la organización a la que se afilió, carecería del derecho a la atención sanitaria pública, quedando en peor situación que quien no dispone de cobertura asistencial alguna [“Sánchez” (61)].

Además es la interpretación que surge de distintas normativas emergentes del propio sector público de salud. Entre otras, pueden mencionarse: a) El dec. 53/1998 que crea la Administración de Programas Especiales —A.P.E.—, cuya función es compensar a aquellas entidades que se vieron obligadas a cubrir patologías de alto impacto económico, financiado por aportes provenientes de los propios integrantes del sistema de salud; b) El dec. 904/2016, que crea un mecanismo denominado “integración”, para el financia-

(37) Aún antes de la ley mencionada, la Corte Suprema por aplicación de la Ley 24.754 consideró que las empresas de medicina prepaga debían cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales (“Cambiaso Péres de Nealón c/CEMIC”, 28/08/2007, Fallos: 330:3725). También la Corte Suprema ha recordado que más allá de su constitución como empresas, los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que se encuentra por encima de toda cuestión comercial (Fallos: 328:4747, “Sartori”).

(38) Art. 2 de la ley 23.661.

(39) Conf. el art. 28 de la ley 23.661, que dispone que los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la autoridad de aplicación establecerá y actualizará en forma periódica las prestaciones obligatorias, dentro de las cuales se incluirán las necesarias para la rehabilitación de las personas con discapacidad. Asimismo deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran. Ver, también, dec. 492/1995 y resolu-

ciones del Ministerio de Salud 201/2002, 1991/2005 y 1714/2007.

(40) Conf., entre otros, CNFed. Civ. y Com., sala II, “Berte”, 11/06/2019; CNFed. Civ. y Com., sala I, “Cimino”, 27/12/2019.

(41) Como lo ha aclarado la CNFed. Civ. y Com., sala II, “Pensalorto”, 29/11/2019, no se trata de considerar que el galeno que interviene en el caso sea el único facultado para dar interpretaciones terapéuticas. No obstante, como regla general, se debe considerar que las recomendaciones del profesional tratante son las más apropiadas para un determinado paciente y, desde un plano procesal, incumbe a los demandados desvirtuar lo prescripto por el médico del actor. Ver en el mismo sentido, CNFed. Civ. y Com., sala I, “Crespo”, 08/11/2019; CFed. La Plata, sala II, La Plata, “Ryan”, 06/07/2017.

(42) Por ejemplo, justamente en un caso de medicamento de alto costo, lo sucedido con el Nusinersen/Spinraza, para el tratamiento de la Atrofia Muscular Espinal. Por res. 1452/2019 de la por entonces Secretaría de Salud se lo incorporó al P.M.O. Al poco tiempo, cambio de

gobierno mediante, la res. 1115/2020 del Ministerio de Salud lo suprimió de la nómina.

(43) Conf. BAZÁN, Víctor, “Inconstitucionalidad por omisión”, LA LEY, 2009-E, 1240.

(44) BRACAMONTE - CASSINERIO en “La judicialización...”, ob. cit., documento de investigación 112; ROSALES, Pablo, “La Corte Suprema y la obligación de cobertura de la discapacidad (Análisis de la reciente jurisprudencia del alto tribunal y las obligaciones del Estado Nacional, las obras sociales y las empresas de medicina privada)”, JA 2002-II, 431.

(45) “Z.C.”, 15/01/2019.

(46) CFed. La Plata, sala II, “Ryan”, 06/07/2017.

(47) Para los lectores que no son abogados y por ende desconocen términos procesales, explicado a grandes rasgos, esto significa que por más que el demandante no lo haya emplazado, el Estado estaba en condiciones de ser demandado.

(48) Fallo del 12/11/2013.

(49) Conf. CNFed. Civ. y Com., sala II, “Sottini Vázquez”, 17/04/2019.

(50) Conf., en especial, arts. 3 y 4 de esa norma.

(51) Conf. Fallos: 323:1339. En este caso se demandó para que el Estado cumpla con la ley sancionada que lo obligaba a proveer medicamentos contra el S.I.D.A.

(52) Conf. Fallos: 323:3229. En este caso se condenó al Estado a cubrir los medicamentos de un niño disminuido en sus defensas inmunológicas. El Supremo Tribunal no sostuyó las obligaciones provinciales en materia de atención sanitaria, que también deben satisfacerse por los gobiernos locales.

(53) Fallos: 331:453.

(54) Fallos: 321:1648.

(55) Fallos: 328:4640.

(56) Fallos: 329:2552.

(57) CS, fallo del 15/03/2005.

(58) Fallos: 330:2800.

(59) Fallos: 328:4303.

(60) Fallos: 324:3569.

(61) Ya citado.

miento directo del Fondo Solidario de Distribución a los agentes del seguro de salud para la cobertura de las prestaciones médico-asistenciales previstas en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (62). A su vez, el art. 1° de la res. 887/2017 de la Superintendencia de Servicios de Salud aprobó el procedimiento y requisitos que deben observar los Agentes de Salud en relación a la solicitud para acceder a ese fondo a presentar ante ese ente; c) La res. 1200/2012 de la Superintendencia de Salud que crea el Sistema Único de Reintegros —S.U.R.— para la implementación y administración de los fondos destinados a apoyar financieramente a los Agentes del Seguro de Salud para el reconocimiento de las prestaciones médicas de baja incidencia y alto impacto económico y las de tratamiento prolongado; d) La res. 1512/2012 de la misma Superintendencia que establece el Procedimiento para Autorización de Reintegros del Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes; e) La Resolución de la Secretaría de Gobierno de Salud del

12/03/2019 que crea el PACES, Programa de Ampliación de la Cobertura Efectiva en Salud para la atención de la mujer embarazada, la mujer en edad fértil y los niños de hasta cinco años de edad, cuyo art. 6 crea el FONAC, el Fondo Nacional de Alta Complejidad, para el financiamiento de enfermedades de alta complejidad en el marco del PACES.

VI. Prognosis

En suma, no encuentro otra salida que la alternativa indicada para los casos extraordinarios y para el financiamiento de los llamados tratamientos de última generación o de medicamentos de alto costo, si es que se pretende, como estamos obligados por compromisos internacionales a hacerlo, garantizar la efectiva vigencia del derecho a la salud y el cumplimiento de las prestaciones otorgadas en las distintas normativas mencionadas. De otro modo, se pondrá en riesgo falencial o de sostenimiento a las obras sociales y a las prepagas y, por consiguiente, al sistema de salud en su conjunto, pues están a la vista los trastornos que, en el mediano plazo, recaerían no solo hacia los restantes adherentes de la entidad requerida, sino también sobre la misma salud pública que no está en condiciones de cobijar a los asociados de los efectores privados si estos co-

(62) Los agentes del seguro de salud deben abrir una cuenta bancaria para la afectación específica y exclusiva de los fondos que se le transfieren del Fondo Solidario de Redistribución, destinada a la cobertura de las prestaciones previstas en dicho Nomenclador.

menzaran a caer en insolvencia, con severo riesgo de extinción.

En ese contexto, será imposible satisfacer los Objetivos para el Desarrollo Sostenible que impulsa la Organización de las Naciones Unidas, a cumplirse para el año 2030, a los que Argentina también se comprometió. En materia sanitaria, específicamente en punto al tema de esta ponencia, resultará inalcanzable la meta 8 del Objetivo 3, que se refiere a la Cobertura Universal de Salud, que incluye protección del riesgo financiero, acceso a servicios esenciales de atención de calidad a medicamentos y vacunas esenciales, seguros, efectivos, alcanzables y de calidad para todos.

La salud es otra área que requiere planificación, cooperación entre los distintos poderes del Estado, entre las distintas jurisdicciones de gobierno y también articulación entre el sector público y privado, para que las políticas públicas se instrumenten a largo plazo. Las distintas administraciones que se han sucedido y los respectivos sectores partidarios de las que emergieron, no han logrado vertebrar políticas de Estado. Desde los tribunales se puede, a lo sumo, aliviar los síntomas de esa carencia pues los litigios hacen las veces de aspirinas. Curar la enfermedad del sistema o, más plausible

aún, lograr la vacuna para prevenirla, es de resorte de las decisiones políticas que se tomen en el Congreso y en el Poder Ejecutivo. Mientras no se ponga el tema en agenda con la seriedad que el caso requiere, el sistema de salud continuará con pronóstico reservado.

Cita on line: AR/DOC/1063/2021

Más información

[Cicero, Nidia K.](#), "La pandemia del coronavirus y la responsabilidad estatal: escenarios actuales y futuros", LA LEY 24/08/2020, 1, AR/DOC/2671/2020

[Perrino, Pablo E.](#), "Examen comparativo de la ley de responsabilidad del estado de la Ciudad Autónoma De Buenos Aires con la Ley De Responsabilidad Del Estado Nacional", RDA 2021-134, 49, AR/DOC/363/2021

Libro relacionado

[Responsabilidad del Estado](#)

Autor: Tawil, Guido Santiago

Edición: 2019

Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires

Columna de opinión continuación

El Estado y el contrato

Eugenio Raúl Zaffaroni

I. ¿Pacta sunt servanda?

Acaba de publicarse en Alemania la tesis doctoral (*Deissertation*) que nuestro compatriota Manuel Gonzalo Casas defendió en la Universidad de Heidelberg en 2020 (*Der lukrative Schuldvertrag, Eine historisch-institutionelle Dekonstruktion seiner Physiognomie*, Duncker & Umlot, Berlin, 2021 - *El contrato lucrativo, Una deconstrucción histórica institucionalista de su fisonomía*). Desde la visión a que estamos por demás habituados —o entrenados— en el medio académico, un análisis histórico, filosófico y antropológico acerca de la naturaleza del contrato, parece algo reservado a la *teoría del contrato* del puro derecho civil, así como las teorías de la función de la pena parecen ser una cuestión reservada al puro derecho penal. Sin embargo, en uno y en otro caso —y en muchísimos más, por no decir en todos—, lo que en cada rama del derecho discutimos y elegimos es un *modelo de estado*, o sea que, como materia propia de la rama jurídica a la que dedicamos nuestros afanes o en la que trabajamos como operadores, discutimos y tomamos partido nada menos que por algo que es el *Kern* mismo de la política.

En este caso es mucho más que eso: la discusión civil se proyecta al poder planetario de la llamada *globalización*. Hacemos prosa sin saberlo, aunque tampoco faltan los que prefieren ignorarlo ni los que lo saben.

La investigación de Casas no pretende ser ingenua ni mucho menos, porque desde el comienzo expresa su objetivo, pero preferimos dar vuelta su desarrollo y comenzar por el lado ingenuo, preguntándonos cómo se inicia y evoluciona la idea del contrato en la historia, siguiendo al autor y comenzando por su descripción en el derecho roma-

no, donde no había un concepto general del contrato, sino con un enlistado de contratos tipificados, rodeados de formalidades, que eran los únicos cuyo cumplimiento podía ser demandado en derecho, a diferencia del simple *pacto*, del que no se desprendería ninguna acción civil de exigencia de cumplimiento. El *nudum pactum*, el mero acuerdo de voluntades sin las formalidades requeridas y sin encajar en ninguno de los tipos de contrato, no habilitaba acciones: *ex nudo pacto actionem non nasci*.

Describe luego como surge la idea de los *pacta vestita*, que acerca algunos pactos al *contractus* y cómo la equidad comercial atenuó también la no exigibilidad de los *pacta nuda*, aunque no cambiaban mucho las cosas, pues pareciera que en la edad media europea el *pacto* pasó a ser el género y el *contrato* la especie.

Fue en el derecho canónico donde el principio *pacta sunt servanda* se volvió absoluto, a partir del siglo V, pero como resultado de considerar mentira a la falsa promesa, lo que receptaba también San Agustín, incluso con referencias al Antiguo Testamento: se tenía por suficiente la simple promesa unilateral, pues la falta de cumplimiento era pecado. Los glosadores, por su parte, trataron de reducir un poco la limitación formal romana, pero introdujeron la cuestión de la *causa* del contrato.

Fue con el derecho natural de los siglos XVII y XVIII que la cláusula *pacta sunt servanda* adquirió valor absoluto para cualquier manifestación de voluntad, pero no ya en función de la promesa unilateral sino por el acuerdo de voluntades libres. Como cabe suponer, esto no surgió de la nada, sino que reconocía los antecedentes canónicos, que fueron derivando de la sanción por incumplimiento de la promesa unilateral hacia la del contrato como acuerdo de voluntades libres en el área germánica

a través de las elaboraciones de Grocio, Pufendorf, Thomasio y Wolff. La escuela francesa con Domat y Pothier siguió un camino similar. Para Domat el *pactum nudum* y el contrato se incluían en el género *convenciones*, pero para que la *convención* no fuese nula siempre era necesaria una *causa* que, con Pothier pasó a ser la necesidad de una *causa honesta*.

II. ¿Contrato pre-estatal?

La discusión posterior hasta nuestros días se centra en determinar si el contrato lucrativo es pre-estatal, es decir, si sus protagonistas son únicamente los contratantes, o si el Estado forma parte del concepto mismo del contrato aportando la garantía de ejecución en caso de incumplimiento.

Dado que el libro no está en nuestra lengua, para evitar nuestra eventual síntesis deformante, nos atrevemos a reproducir en traducción un tanto libre y, al correr de la lectura, los resultados de la parte más medular de la respuesta que Casas da a esta pregunta en su investigación.

1. Desde el siglo XIX, el acuerdo contractual bilateral se estructura en ejercicio de la "libertad contractual" como presupuesto y en "fidelidad contractual" como consecuencia. Este último es el necesario correlato funcional de la libertad contractual.

2. La correlación entre la libertad contractual y la fidelidad contractual se apoya y legitima en un modelo de persona bicéfalo a lo Jano. Supone que el ser humano es, por un lado, una persona ética con libertad de voluntad y, por el otro lado, un homo economicus con libertad económica y propensión al intercambio lucrativo.

3. El modelo ético de ser humano con libertad de voluntad individual pertenece a los principales valores de la cultura occidental. Dentro de esta, se entiende que la persona tiene capacidad de auto-determinarse, auto-vincularse y auto-responsabilizarse. Según Hartmann, esto representa su capacidad ética básica. Este poder se manifestaría con suma claridad en la capacidad

natural de las personas de comprometerse con los demás y asumir responsabilidad mediante acuerdos. En consecuencia, un ordenamiento jurídico que quiera respetar esta dimensión ética de la persona debe conferir a todo sujeto de derechos, en forma de correlación de la libertad contractual con la fidelidad contractual, la capacidad de celebrar acuerdos vinculantes separados tanto temporal como espacialmente.

4. El modelo económico de ser humano del liberalismo de los siglos XVIII y XIX, el *homo economicus*, es el actor central de la organización económico-social occidental. Se identifica con un individuo libre, maduro, de comportamiento racional, que se ocupa bajo su propia responsabilidad de satisfacer con su esfuerzo sus requerimientos en el mercado. Este sujeto es el mejor juez de sus necesidades y preferencias. Tiene a su vez, según Adam Smith, una inclinación natural al intercambio lucrativo. Por ello, estas necesidades y preferencias se expresan en el mercado a través del contrato recíproco.

5. En el mercado, según el liberalismo económico, cada ser humano establece una relación de medio y fin entre su capital disponible, sus propias preferencias y el precio de los bienes ofrecidos. En este cálculo se tiene en cuenta tanto el presente como el futuro. Tras un proceso de regateo y ponderación de las distintas opciones, el individuo hace una elección razonable entre lo ofertado. Es decir, en un mundo de escasez, él cambia un bien deseado que tiene por otro más deseable que no posee. Como consecuencia de este principio rector de conducta, los oferentes de bienes que satisfacen las necesidades de los consumidores a un menor precio serían premiados tendencialmente con mayores ventas y ganancias. Esto lleva a una competencia entre los diferentes partícipes del mercado. Es que solo aquellos que adaptan sus mercaderías a la más atractiva relación precio/calidad de sus competidores o innovarán para mejorar tal relación tendrán la oportunidad de atraer la demanda.

6. Basado en el modelo de mercado, el liberalismo económico considera que la más óptima asignación de recursos se alcanza