

La salud en los Tribunales

Dr. Ricardo Hayes

Evento Internacional sobre Sostenibilidad
Financiera del Sistema de Salud Argentino.
Del diagnóstico al tratamiento.

Buenos Aires, 27, 28 y 29 de marzo de 2019

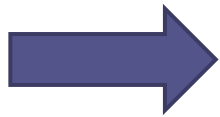
Distintos supuestos



- Acciones por accidentes o enfermedades laborales
 - Acciones por daños y perjuicios
 - Acciones de amparo de salud

Acciones de amparo de salud

La cuestión constitucional



Salud no como DDHH universal

Art. 41 (ambiente sano y equilibrado)

Art. 42 (protección salud consumidores)

Art. 75 inc.22 (incorpora tratados int.)

- a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. I y XI);
- b) La Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3º y 25);
- c) El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 12, incs. 1º y 2º, apartado d);
- d) La Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 4, inc. 1º, art. 5º, inc. 1º, arts. 19 y 26);
- e) La Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, 6º, 23, 24 y 25).

Leyes Nacionales

- Ley 22.431 Discapacidad (1981)
- Ley 23.660 (1989) Obras sociales
- Ley 23.661 Sistema Nacional del Seguro de Salud (1989)
- Ley 23.753 Diabetes (1989/2013)
- Ley 23.798 Lucha contra el SIDA (1990)
- Ley 24.091 Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad (1997)
- Ley 25.415 Hipoacusia (2001)
- Ley 25.649 Genéricos (2002)
- Ley 25.673 Salud Sexual y Procreación responsable (2002)
- Ley 25.871 Migraciones (2004)
- Ley 25.929 Embarazo, parto y post parto. Prestaciones y derechos (2004)
- Ley 26.061 Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes
- Ley 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica (2006)
- Ley 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral (2006)
- Ley 26.396 Trastornos alimentarios (2008)
- Ley 26.485 Protección integral a las mujeres (2009)
- Ley 26.529 Derechos del paciente (2009)
- Ley 26.588 Enfermedad celíaca (2009)
- Ley 26.657 Salud mental (2010)
- Ley 26.682 Medicina prepaga (2011)
- Ley 26.689 Enfermedades poco frecuentes (2011)
- Ley 26.743 Identidad de género (2012)
- Ley 26.862 Reproducción asistida (2013)
- Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación (2014)

Acciones de amparo de salud

- **Corresponde al Estado**

Garantizar el cumplimiento de los derechos que emanan de las normas supralegales a través del establecimiento de políticas adecuadas en el área de salud

RECURSO DE AMPARO

TIPOS MÁS COMUNES:

POSITIVOS: Acceso a tratamientos o provisión de medicamentos (mayoría), otros como prótesis, órtesis y materiales especiales, maestras integradoras, traslados, etc.

NEGATIVOS: Prohibición a la empresa médica de rescindir contrato

Respuestas desde las sentencias

- A) hacen lugar
- B) hacen lugar parcialmente (limitaciones)
- C) hacen lugar c/ responsabilidad estatal
 - D) rechazan la pretensión

Fallos que establecen limitaciones

- **“L. D. F. c/ Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) s/ amparo” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata- Sala I (23/10/2018)**
- La sentencia de grado hizo lugar a la demanda de amparo que la Sra. M. D. D. interpuso en representación de su hija menor F. L. D. contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E.) condenando a esta última a autorizar en forma expeditiva y con la mayor celeridad posible, la cobertura regular de todo tratamiento, incluyendo honorarios médicos, eventuales honorarios por internaciones, terapias educativas especiales, tratamientos de rehabilitación y suministro de toda medicación que se prescriba para la atención de la enfermedad que padece la menor, como asimismo las patologías que resulten consecuencia de la misma.
- Apelado el fallo, fue revocado por la Cámara por cuanto sostuvo que la amplitud del pronunciamiento otorga a la obligación de la demandada contornos tan indefinidos que la llevaría a atender cualquier tratamiento, prestación y consecuencia médica futura, sin atender a límite legal alguno.
- En consecuencia estableció límites y rechazó prestaciones (cuidadora, silla de ruedas, audífono)

Fallos que establecen limitaciones

• D. I. c /Osde s/ Amparo (CSJN 19/03/2019)

- Los padres de una niña con discapacidad promovieron una acción de amparo para que la empresa de medicina prepaga a la que está afiliada su hija cubra el total de las prestaciones asistenciales que requiere su tratamiento.
- El Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia hizo lugar a la acción de amparo y **condenó a la prepaga a “brindarle a la niña la cobertura médico asistencial en forma total e integral -100%- que la misma requiere, conforme a la discapacidad que padece, en cumplimiento de las leyes [22.431](#), [24.901](#), [26.480](#) y concordantes, de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio de Salud ([Res. MS 1512/2013](#)) y de acuerdo a lo que prescriban los médicos tratantes”**.
- Esa decisión fue cuestionada por la empresa demandada. La Cámara Federal de Comodoro Rivadavia rechazó el recurso y confirmó la sentencia apelada.
- Iniciada la etapa de ejecución de la sentencia, **los padres de la niña denunciaron que los reintegros efectuados por la prepaga eran incompletos por no haberse respetado los términos de la condena. La prepaga respondió que satisfizo su obligación en función de los valores establecidos por el Ministerio de Salud**, conforme la sentencia de primera instancia, confirmada por la cámara de apelaciones.
- Ese argumento fue admitido por el juzgado de primera instancia. Sin embargo, la cámara consideró había cumplido de manera parcial la condena pues los reintegros efectuados fueron calculados de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio de Salud y no al 100%.
- Contra esa decisión, la prepaga interpuso un recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja.
- La Corte indicó que **la decisión de condenar a la prepaga a brindar cobertura “de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio de Salud y de acuerdo a lo que prescriban los médicos tratantes” había quedado firme** debido a que fue confirmada por la cámara de apelaciones. En consecuencia, la cámara no podía ordenar llevar adelante la ejecución por rubros distintos al objeto de la condena sin violar el alcance de la cosa juzgada.
- Por ello, el Máximo Tribunal hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia impugnada. Disidencia del Dr. Lorenzetti y D. Rosatti (cobertura integral)

Responsabilidad subsidiaria Estado

- **“H.V.,D.A. Y OTRO c/ PARQUE SALUD S.A. y otro s/ PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS” Cámara Federal de Córdoba –Sala A (18/12/2017)**

La acción fue promovida por el Sr. Hermoza en representación de sus hijos menores de 5 y 2 años tendiente a que se le otorgue la cobertura completa del medicamento NUSINERSEN-(SPINRAZA-NR) 12 MG/5 CUATRO VIALES DE LABORATORIO BIOGEN. En el fallo de primera instancia se hizo lugar a la pretensión y se condenó inicialmente a Parque Salud SA a cubrir los costos. Llegados los autos a la Alzada, esta confirmó la medida cautelar de la instancia de grado, con la salvedad de que si la empresa acreditaba su imposibilidad económica para hacer frente a los costos el juez debía hacer extensiva la responsabilidad al Estado Nacional, en su carácter de garante de la salud. La empresa acompañó sus estados contables y demostró con los mismos su estado financiero, razón por la que el juez de grado resolvió que la empresa abone el 30% y el Estado el 70% del costo. Apelado ello por la demandada, la Cámara dispuso variar los porcentajes en un 10% y un 90% respectivamente. Se dijo que el Estado debe obrar como garante del efectivo cumplimiento de las prestaciones necesarias para resguardar la salud o la vida de los menores como máximo interés jurídico protegido por la Constitución Nacional

En la sentencia hay referencia a fallo anterior “Bello, F.S. y otra c/ OSECAC y otros – Amparo” 21/10/2011

Responsabilidad subsidiaria Estado

- **“Raineri, Gonzalo Jesús en representación de su hijo menor c/ Instituto de la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) y c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/acción de amparo (en feria)” STJ ER (31/01/2019)**
- El fallo de primera instancia acogió el amparo y ordenó la cobertura integral de la medicación, denominada comercialmente **Qarziba**. Su prescripción fue dispuesta por la médica oncóloga que atiende al niño en el Hospital de Niños "Dr. Ricardo Gutiérrez", de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los fines de tratar el padecimiento del menor, consistente en **neuroblastoma estadio IV**.

Apelado el fallo, la Cámara esta consideró que si bien la droga no se comercializa la autoridad administrativa autorizó su ingreso para este caso concreto. Además destacaron el rol del Estado como responsable subsidiario en los servicios de salud, que los profesionales tratantes tomaron los recaudos necesarios, y que en el país hay nosocomios que realizaron tratamientos con la droga requerida. Se destacó además que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Se tuvo presente asimismo que: "El derecho a la salud constituye hoy en día un derecho personalísimo, indiscutible, ostentando además raigambre constitucional dado que su reconocimiento y protección se desprenden de varias disposiciones de la Carta Magna".

- Sin perjuicio de ello, y en disidencia el presidente del Tribunal de Feria, Bernardo Salduna, entendió que ante la falta de autorización para la comercialización del medicamento en cuestión "los costos de las investigaciones en seres humanos" no deben ser soportados por el Estado provincial ni por el IOSPER. En ese sentido subrayó que se desconocían los efectos adversos de lo pretendido, con apoyo del dictamen del Instituto Nacional del Cáncer agregado al expediente.
- Tras mencionar antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Salduna señaló que "únicamente la demostración de la eficiencia del medicamento constituye una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado un tratamiento médico ya escogido". Y consideró que deben observarse "las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que exceden el caso, y que los magistrados no pueden ignorar".

Responsabilidad subsidiaria del Estado

- Sentencias que la niegan



- **“P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo” (CSJN 16/06/2015)**
- **B.B. N c/INSSJYP s/ amparo Ley 16.986) Cámara Federal de Mar del Plata 06/06/2016**

Con fundamento en arts. 3° y 4° de la Ley 24.901 sólo contemplan responsabilidad estatal en casos en que la persona no se encuentre afiliada a OS o bien acredite no tener medios para hacer frente al tratamiento.

Sentencias que rechazan prestaciones

- **“L. U. c/ OSDE” Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza- Sala I (21/06/2018)**
- En primera instancia se hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. U. L., por sí y en representación de su hijo menor, I. S. D. L., contra O.S.D.E. Por ello, se ordenó a la demandada abonar el 100% de las facturas de gastos e insumos que mensualmente presente el Sr. L. y que corresponden a la atención integral de su hijo menor.
- Apelada la sentencia por la demandada, se dijo que corresponde concluir que la negativa de la empresa de medicina prepaga a cubrir prestaciones tales como **reflexología, osteopatía y acupuntura a favor del menor de edad discapacitado**, no configura un obrar ilegítimo o arbitrario, pues ni siquiera están dados en el caso los requisitos exigidos en la última parte del art. 11 de la Ley 24.901 y **no está probado que exista, fuera del plan prestacional acordado, otro tipo de tratamientos superadores, conforme criterios científicos aceptados.**
- 2.-Los progenitores del menor de edad discapacitado no pueden pretender que la empresa de medicina prepaga brinde cobertura a prestaciones tales como reflexología, osteopatía y acupuntura pues, para el caso que se entendiera que existe en el caso un reproche implícito relativo a la calidad de las prestaciones que brinda aquella, **no se probó que las terapias convencionales que cubre sean insuficientes o inaptas para lograr que se haga efectiva, en lo concreto, la tutela que brinda el derecho al niño discapacitado.**

Sentencias que rechazan prestaciones

- **“C. T, N c/OSDE s/ amparo de salud” –CSJN- (23/08/2018)**
 - En el caso, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que admitió un amparo y condenó a OSDE a hacerse cargo de la cobertura integral de la escolaridad de un niño, quien padece trastorno generalizado del desarrollo.
 - Según consta en la causa, el menor requiere asistir a una escuela que cuente con gabinete psicopedagógico y en la que la cantidad de alumnos por curso fuera reducida. En función de ello, la Cámara destacó que en el caso no se encontraba acreditada la oferta de escuelas públicas que cumplieran con los requisitos
 - Contra dicha decisión, la demandada dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja. La apelante manifestó que, conforme la normativa vigente, las prestaciones que se le imponen **“solo deben ser provistas a los beneficiarios que no cuenten con una oferta educativa estatal adecuada a las características de la discapacidad”**, situación que, según afirmó, no se presenta en el caso.
 - La Corte revocó la sentencia de la Alzada estimando que el Tribunal omitió valor el ofrecimiento de la demandada a los padres del menor de trabajar en conjunto para la búsqueda de la escuela pública adecuada cerca de su domicilio a través de su Departamento de Psicología y Discapacidad, como así también sobre la posible utilización de los servicios de integración escolar por medio de los prestadores incluidos en su cartilla.
 - Los ministros afirmaron que tampoco se ponderó, entre otras cuestiones, los informes emitidos por el Gobierno de la Ciudad en el sentido de que sus establecimientos escolares se encuentran orientados a la integración de los niños con discapacidad.

JUDICIALIZACIÓN O ACTIVISMO JUDICIAL

- QUIENES Y PORQUE DEMANDAN?
 - HASTA DONDE?
 - CUALQUIER TRATAMIENTO?
- PPIOS SS VC PPIOS DEL JUEZ, LOS MISMOS?

INTERVENCIÓN JUDICIAL

- SOLUCIONA UN PROBLEMA INDIVIDUAL
- NO ES SUFICIENTE PARA RESTAURAR LAS DIFICULTADES DEL SISTEMA DE SALUD
- A VECES LAS ACCIONES COLABORAN PARA EL AUMENTO DE LAS DESIGUALDADES

POSIBLES SOLUCIONES



- Establecimiento de prioridades y límites de cobertura (agencia??)
- Instancias previas
- Juzgados especializados
- Intervención de las asociaciones profesionales
- Condena daño punitivo / temeridad y malicia



¿quienes son los jueces?

Muchas gracias!!

Dr. Ricardo Hayes

rhayes@juschubut.gov.ar

ricardohayes-ab@live.com.ar