



Acciones Judiciales sobre medicamentos y tratamientos en salud pública en Córdoba en el período 2012 - 2014

Agustín Carignani.

Tesis - Maestría en Salud Pública - Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Ciencias Médicas.
Escuela de Salud Pública, 2018

Aprobada: 11 de diciembre de 2018.

Este documento está disponible para su consulta y descarga en RDU (Repositorio Digital de la Universidad Nacional de Córdoba). El mismo almacena, organiza, preserva, provee acceso libre y da visibilidad a nivel nacional e internacional a la producción científica, académica y cultural en formato digital, generada por los miembros de la Universidad Nacional de Córdoba. Para más información, visite el sitio <https://rdu.unc.edu.ar/>

Esta iniciativa está a cargo de la OCA (Oficina de Conocimiento Abierto), conjuntamente con la colaboración de la Prosecretaría de Informática de la Universidad Nacional de Córdoba y los Nodos OCA. Para más información, visite el sitio <http://oca.unc.edu.ar/>

Esta obra se encuentra protegida por una Licencia Creative Commons 4.0 Internacional



Acciones Judiciales sobre medicamentos y tratamientos en salud pública en Córdoba en el período 2012 - 2014 por Agustín Carignani se distribuye bajo una [Licencia Creative Commons Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

(Primera hoja en blanco)

**“Acciones Judiciales sobre medicamentos y tratamientos en salud pública en
Córdoba en el período 2012 - 2014”**

Ab. Esp. Agustín Carignani

Director: Dr. Rodolfo Héctor Rodríguez

Co Directora: Dra. Maria Celia Delduque Pires

- Córdoba -

Tribunal de Tesis:

- 1- Prof. Dr. Jorge Alberto Aguirre.**
- 2- Prof. Dr. Roberto Marcelo Bernal.**
- 3- Prof. Ab. Claudia Elizabeth Zalazar.**

Dedicatoria

A mi amada esposa Maria Eugenia por su amor, apoyo y compañía incondicional; a nuestra hija Catalina que llegó al mundo en medio de este trabajo para iluminar y alegrar nuestras vidas; a mis hermanos y a mis padres que son mi otro gran pilar fundamental; a mi querido amigo Rodolfo que me introdujo al mundo de la Salud Pública donde encontré mi vocación; y a mi querida amiga Maria Celia, al llevarme por el camino del Derecho Sanitario.

Agradecimientos:

A mis compañeros de cursado, con quienes tuve la inmensa alegría de recorrer el camino de aprendizaje de la mano de nuestros dedicados profesores todos a quienes agradezco infinitamente lo aprendido; al Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Nuñez” por medio del cual tuve el acceso a la información necesaria para poder llevar adelante gran parte del presente trabajo y al Directorio de la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) por darme la oportunidad de conocer la problemática judicial de este seguro de salud.

Art. 23° - Ordenanza Rectoral 03/77:

“La Facultad de Ciencias Médicas no se hace solidaria con las opiniones de esta tesis”

ÍNDICE

	Página
Índice de Abreviaturas	1
RESUMEN	2
SUMMARY	3
1.- INTRODUCCIÓN – FUNDAMENTACIÓN – DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	4
2.- OBJETIVOS	6
2.1.- Objetivo General	6
2.2.- Objetivos Específicos	7
3.- MATERIALES Y MÉTODO	8
4.- MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO	10
4.1.- Marco Normativo	10
4.1.a.- El marco constitucional	13
4.1.b.- Modificación de la Ley de Amparo Provincial	14
4.1.c.- Las leyes de Presupuesto Anual de la Provincia de Córdoba	17
4.1.c.I.- Las modificaciones planteadas en la Ley nº 10.249	18
4.1.d.- El marco normativo aplicable a los procesos de contratación	22
4.2.- Marco Teórico	24
4.2.a.- La cuestión de la competencia judicial federal	24
4.2.a.I.- La acción de amparo federal	25
4.2.a.II.- La Competencia y la jurisdicción federal	26
4.2.a.III.- Competencia <i>Ratione Materiae</i>	28
4.2.a.IV.- Competencia <i>Ratione Personae</i>	28
4.2.a.V.- El análisis de algunos casos	29
4.2.b.- La determinación del tipo de competencia provincial	39
4.2.b.I.- El principio de prevención	43
4.2.b.II.- El plazo de perención de la acción	45
4.2.b.III.- El desdoblamiento de la instancia ante la perención de instancia	46
4.2.c.- El esquema de protección de la salud en Argentina	47
4.2.d.- El Derecho a la Salud y el Derecho Sanitario: El alcance judicial	50
4.2.e.- El deber del Estado de garantizar la salud	55
4.2.f.- El derecho a la salud como un derecho subjetivo	58
4.2.g.- La importancia de la salud pública	62

5.- RESULTADOS	66
5.1.- Antecedentes	66
5.2.- Las acciones de amparo en el período 2012-2014	67
5.3.- La investigación de campo en una segunda instancia	70
5.4.- El análisis de las acciones judiciales estudiadas	72
5.5.- Lo que dijeron las sentencias judiciales	74
5.6.- Las sentencias judiciales luego de la Ley n° 10.249	84
6.- DISCUSIÓN	90
7.- CONCLUSIONES	93
8.- BIBLIOGRAFÍA	98

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

A.PRO.S.S.: Administración Provincial del Seguro de Salud.

C.I.D.H.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte I.D.H.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

C.N.: Constitución Nacional.

C.S.J.: Corte Suprema de Justicia.

C.S.J.N.: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

O.M.S.: Organización Mundial de la Salud.

O.P.S.: Organización Panamericana de la Salud.

S.A.C.: Sistema de Administración de Causas.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las acciones judiciales de amparo en la Provincia de Córdoba que tienen como objeto la cobertura de una prestación médica, medicamentosa, protésica en el período del año 2012 al 2014 y luego del año 2015 y analizar si estas acciones judiciales modifican o repercuten en las políticas públicas de salud. Durante el desarrollo de la investigación, se dictó una Ley en la Provincia de Córdoba (Ley n° 10.249) prevista para que la misma comienza a regir a partir del 01 de enero de 2015, que por su importancia y repercusión se incluyó en el presente trabajo. Se verificó que a partir del dictado de esta ley, existió en la jurisprudencia local un cambio importante en el andamiaje normativo que justificaron las sentencias judiciales. La importancia del presente trabajo radica en la necesidad de conocer si las políticas públicas de salud dictadas conforme las atribuciones exclusivas y excluyentes del Poder Ejecutivo son o no modificadas por las decisiones judiciales de los tribunales locales. Se verificó que existe un cambio en las decisiones judiciales desde la entrada en vigencia de la Ley n° 10.249 y desde los fallos del máximo cuerpo nacional a partir del año 2014 que destacan la importancia del respeto de la división de poderes y las atribuciones propias de cada uno de éstos. Con ello también se destaca el respeto y la necesidad de verificar las reglamentaciones dictadas por los órganos competentes que autorizan al acceso a los distintos programas o prestaciones de salud.

SUMMARY

The objective of this study is to analyze the judicial actions in Córdoba State, whose judicial actions purpose is to cover a medical, pharmaceutical and prosthetic service in the period from 2012 to 2014 and after 2015 and to analyze if these judicial actions modify or have an impact on public health policies. During the course of the investigation, an act was issued in Córdoba (Law No. 10.249), scheduled for to take effect from January 1, 2015 which, because of its importance and impact, was included in the present study. It was verified that from the validity of this law there existed in the local jurisprudence a significant change in the normative scaffolding that justified the judicial sentences. The importance of the present work lies in the need to know if the public health policies dictated according to the exclusive attributions of the government are or not modified by the judicial decisions of the local courts. It was verified that there was an evident change in judicial decisions since the entry into force of Law N° 10.249 and from the rulings of the maximum national body from the year 2014 that emphasize the importance of respect for the division of powers and the proper attributions of each one of these. This also highlights the respect and the need to verify the regulations issued by the competent bodies that authorize access to different health programs or services.

1. INTRODUCCIÓN – FUNDAMENTACIÓN – DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Con la información disponible en este mundo globalizado, las personas pueden conocer los tratamientos y medicamentos disponibles en el mercado mundial para la atención de las distintas patologías; y esta globalización además, ha facilitado su acceso.

Las políticas públicas de salud están dirigidas a una comunidad específica (municipal, provincial y nacional), con necesidades propias y conforme recursos asequibles por el sistema público de salud. Entonces, muchas veces, estos medicamentos o tratamientos disponibles en el mercado mundial, no siempre están cubiertos por los distintos programas de salud o bien, no están incluidos en los protocolos médicos o no están nombrados entre las distintas alternativas que ofrecen los seguros de salud u obras sociales.

Ello genera en muchas ocasiones la interposición de distintas acciones judiciales denominadas “acciones de amparo” que tienen como objetivo lograr la provisión de estos medicamentos, tratamientos, etc., en los casos en que los pacientes consideraban, por diversas razones conforme se desarrollará en este trabajo, que dicha provisión debía ser efectuada por su prestador de servicios de salud o por el Estado. Se erigen así estas acciones judiciales como los “remedios” extraordinarios por medio de los cuales los pacientes intentan acceder a uno o más tratamientos médicos a los cuales se consideran con derecho, pero que les resultaren denegados por parte de sus proveedores de servicios de salud, se trate de una empresa de medicina prepaga, una obra social o el Estado en su condición de garante del sistema de salud, en una negativa que es también, entendida como arbitraria y/o ilegal.

En este marco, el eje de estudio de esta investigación lo constituyeron esas acciones judiciales en salud que procuran tratamientos y/o medicamentos previstos o no en las políticas públicas de salud, y en este marco, detectar las repercusiones que dichas acciones traen desde el punto de vista político/normativo en Argentina.

A fin de delimitar el estudio, se tomaron en consideración las acciones de amparo en salud de los años 2012 al 2014 y posteriores al año 2015 dada su importancia, repercusiones y consecuencias desde la sanción de la Ley n° 10.249 de la Provincia de Córdoba, fundamentalmente teniendo presente la evolución jurisprudencial. Se revisó la repercusión legislativa en las normas provinciales cordobesas dentro del andamiaje constitucional provincial y nacional.

El problema principal es el alcance de la protección del derecho a la salud desde una óptica social y las implicancias políticas y jurídicas del reconocimiento de este derecho en el marco de la realidad sanitaria cordobesa, ámbito territorial sobre el cual se erige el presente trabajo.

Un particular inconveniente que se presenta durante el desarrollo del presente trabajo es el acceso a un número representativo de causas judiciales que permita valorar la corriente jurisprudencial a tenor de las normas que regulan el acceso a la salud y así poder detectar el impacto o no en las políticas públicas. Si bien el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba dispone de un sistema informático de causas (o Sistema de Administración de Causas –por sus siglas: S.A.C.-), este tipo de acciones judiciales tienen la especial particularidad que por los derechos e intereses que se ventilan son especialmente protegidas y su acceso es restringido. Por tal motivo fue necesario llevar adelante ciertos trámites administrativos para obtener una lista de amparos en salud del período analizado.

El Derecho a la salud, desde la reforma constitucional de 1994 y la inclusión de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la pirámide kelsiana del derecho argentino repercutió fuertemente en la rama de los derechos sociales y especialmente en la interpretación del alcance del derecho a la salud y su aplicación. Ello trajo consecuentemente implicancias innovadoras tanto para la actuación del Poder Legislativo como asimismo del Poder Ejecutivo del Estado, lo que generó la necesidad de reformular las políticas públicas en salud.

El fenómeno de la “judicialización de la salud”, entendido como la intervención de la justicia para promover la autorización de prácticas o la provisión de elementos o

medicamentos indicados por fuera de los protocolos médicos¹, tanto en la Argentina como en algunos de los países limítrofes, como es el caso de Brasil; es una realidad tangible y presenta un crecimiento exponencial donde se obliga a las provincias a entregar los más diversos medicamentos y prestaciones de salud a los ciudadanos aún en casos en que dichos medicamentos y tratamientos no están aprobados para su comercialización o para el tratamiento que se pretende aplicar.

Es justamente en este marco donde se podrían estar ocasionando las mayores desigualdades sociales, representando ello un posible peligro no sólo para el acceso a la salud de las personas, sino para todo el sistema público de salud.

2. OBJETIVOS:

2.1.OBJETIVO GENERAL:

En el trabajo propuesto se propone descorrer en las acciones de amparo, las normas que regulan dichas acciones judiciales como asimismo las vías de acceso a la salud que se proponen. Ello, con el objetivo de poder llegar a conocer con mayor profundidad las complicaciones de este tipo de acciones judiciales, más aún, en el caso de las acciones de amparo en salud para luego introducir este conocimiento en el concepto de las políticas públicas de salud y cómo éstas son dictadas a los fines de garantizar, un sistema de salud sustentable y equitativo.

El objetivo general se circunscribe a analizar las acciones judiciales sobre medicamentos y tratamientos médicos que sirvan para analizar el alcance de la protección del derecho a la salud desde una óptica social y analizar la posible repercusión en cuanto a implicancias políticas y jurídicas del reconocimiento de este derecho en el marco de la realidad sanitaria cordobesa tomando como eje normativo el andamiaje constitucional argentino en el período del año 2012 al 2014. Luego también, aquellas acciones judiciales del mismo tipo posteriores al año 2015 a raíz del

¹ Cuando se hace alusión a medicamentos que se encuentran fuera de protocolos, se incluyen medicamentos no aprobados por ANMAT, no previstos en el vademécum médico, ni en el Programa Médico Obligatorio.

dictado de la Ley n° 10.249 en la Provincia de Córdoba, atento las importantes modificaciones normativas devenidas y sus consecuencias.

En base a la nueva corriente jurisprudencial que se advierte a partir del dictado de la nueva Ley n° 10.249, coincidente con la jurisprudencia nacional a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se consideró importante analizar las aristas legales que otorgan las herramientas necesarias para analizar los objetivos del presente trabajo.

A estos fines, se realizó una búsqueda en los Juzgados de la ciudad de Córdoba y Tribunales del interior provincial de acciones de amparo en salud impetradas contra el Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba –Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba- y contra la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) sobre medicamentos y tratamientos médicos, su razón y repercusión en la política sanitaria del sistema público de salud de la Provincia de Córdoba en el marco de las normas existentes en Argentina en el período comprendido desde el año 2012 hasta el 2014, y 2015 en adelante. Asimismo, tomando en consideración que la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) es una entidad autárquica del Poder Ejecutivo provincial y que resulta legitimada pasiva en muchas de estas acciones judiciales, el presente trabajo se extendió también a las acciones judiciales en las cuales APROSS resultó demandada.

Finalmente, en orden a las importantes modificaciones legales introducidas por la Legislatura de la Provincia de Córdoba en relación al procedimiento del amparo, se analizarán dichas normas y su repercusión en el acceso a la justicia y consecuentemente cómo ello repercute en el acceso a la salud.

2.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Identificar las decisiones judiciales en materia de salud que fueron solicitadas en los procesos judiciales ante los Tribunales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (ciudad de Córdoba) en el período de los años 2012-2014. Luego se incorporaron las mismas acciones judiciales a partir del año 2015. Ello dada la

necesidad de complementar el trabajo tomando en cuenta la importancia de la modificación legislativa habida luego del dictado de la ya mencionada Ley n° 10.249.

2. Identificar cómo se ven afectadas estas políticas públicas con las decisiones judiciales, cuando las mismas resuelven tratamientos que no están previstos en las políticas públicas sanitarias.

3. Identificar cuáles son los principales medicamentos y tratamientos médicos solicitados a los jueces en la Provincia de Córdoba.

4. Identificar si dichos medicamentos y tratamientos se encuentran contemplados en las políticas públicas de salud.

5. Analizar cuáles fueron las sentencias pronunciadas en consecuencia y si dichas resoluciones judiciales afectan las políticas públicas de salud.

3. MATERIALES Y MÉTODO:

Se trata de un trabajo cualitativo, de análisis documental teniendo en vista que fue una investigación acerca de las sentencias judiciales y como éstas afectan, o no, las políticas públicas de salud.

Para la realización de esta tesis se propició una investigación de seguimiento de casos judicializados en derecho sanitario y se tomó un muestreo de aquellos casos que fueron analizados. Las acciones judiciales tomadas fueron de los procesos con sentencia en los Tribunales de 1ª Instancia de la Jurisdicción Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y resoluciones del Supremo Tribunal de Justicia de la misma Provincia sobre medicamentos, tratamientos médicos desde el año 2012 al año 2014.

Además, se amplió el campo de estudio a aquellas acciones judiciales que fueron sometidas a decisión de las Cámaras Contencioso Administrativas de la Provincia de Córdoba a raíz de la sanción de la Ley n° 10.249 que entró en vigencia a partir del mes de enero del año 2015.

Se estudió y analizó también la legislación vigente aplicable y las modificaciones de las normas legales que resultasen aplicables a los distintos casos.

Se estudió por último la bibliografía de salud pública científica y jurídica y el marco normativo aplicable a las acciones judiciales interpuestas.

En razón de que, y como se puntualizó supra, el objetivo de estudio comprendieron a las acciones judiciales que se pudieron identificar, que buscaron la cobertura de alguna prestación en salud (*lato sensu*), en los tribunales provinciales y en el margen temporal de los años 2012 hasta 2014, y posteriores al 2015, el método elegido fue el denominado “muestreo por conglomerados o racimos”, método este empleado “... cuando no es posible obtener una lista de todos los elementos de la población”. Su empleo es adecuado si la población es muy grande y dispersa. Los conglomerados se caracterizan por ser homogéneos entre sí, pero internamente presentan un alto grado de heterogeneidad en sus componentes. La técnica consiste en lo siguiente: se divide a la población en grupos o racimos, luego se selecciona aleatoriamente algunos de esos grupos, por considerar que cada uno de ellos es representativo de la población y posteriormente se toma una muestra aleatoria de cada uno de los grupos que se han seleccionado².

Para este trabajo, se analizaron aquellas acciones judiciales, específicamente de amparo a las cuales se tuvo acceso y de éstas, específicamente se seleccionaron aquellas en las cuales el Gobierno de la Provincia de Córdoba y la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) fueron demandadas. De estas acciones judiciales, con este polo pasivo específico, se seleccionaron solamente aquellas que tenían como objeto medicamentos, tratamientos, prótesis y toda otra prestación médica sanitaria.

“El muestreo por conglomerados es una técnica de muestreo utilizado cuando grupos "naturales", pero relativamente homogéneo son evidentes en una población estadística. ... La población dentro de un grupo ideal debe ser lo más heterogéneo posible, pero debe haber homogeneidad entre los medios de racimo. ... Los grupos deben ser mutuamente excluyentes y colectivamente exhaustivos. ...”³.

² CANTONI RABOLINI, Nélica Mónica, 2009, “Técnicas de muestreo y determinación del tamaño de la muestra en investigación cuantitativa”, Revista Argentina de Humanidades y Ciencias Sociales, Volumen VII, n° 2, publicado on line en: http://www.sai.com.ar/metodologia/rahycs/rahycs_v7_n2_06.htm.

El método elegido, produce una muestra más precisa a un menor costo ya que se utiliza cuando hay variación considerable dentro de cada grupo, siendo los grupos similares entre sí.

³ <http://centrodeartigos.com/revista-digital-educacion-tecnologia-educativa/contenido-6491.html>

Se buscó una muestra que sea suficientemente representativa para poder realizar inferencias sobre una cantidad adecuada y suficiente. *“El muestreo es por lo tanto una herramienta de la investigación científica, cuya función básica es determinar que parte de una población debe examinarse, con la finalidad de hacer inferencias sobre dicha población. La muestra debe lograr una representación adecuada de la población, en la que se reproduzca de la mejor manera los rasgos esenciales de dicha población que son importantes para la investigación”*. Dentro de los métodos de muestreo probabilísticos encontramos los siguientes tipos: ... Muestreo aleatorio por conglomerados: *Los métodos presentados hasta ahora están pensados para seleccionar directamente los elementos de la población, es decir, que las unidades muestrales son los elementos de la población. En el muestreo por conglomerados la unidad muestral es un grupo de elementos de la población que forman una unidad, a la que llamamos conglomerado”*. ... El muestreo por conglomerados consiste en seleccionar aleatoriamente un cierto número de conglomerados (el necesario para alcanzar el tamaño muestral establecido) y en investigar después todos los elementos pertenecientes a los conglomerados elegidos”⁴.

Las técnicas que se utilizaron consisten en estudios doctrinarios, de casos de agrupamiento de patologías, estudios legislativos nacionales e internacionales y análisis documental en base a datos judiciales. Se trata de un estudio cualitativo, retrospectivo en base de datos secundarios.

La obtención del acceso a estos casos fue, como se anticipare, extremadamente compleja ya que se trata de acciones judiciales que reservan especialmente el tema tratado por protección de datos personales y la especial sensibilidad de la información acompañada en este tipo de acciones judiciales como la Historia Clínica de los actores, entre otra información ponderable.

4. MARCO NORMATIVO Y TEÓRICO

4.1. Marco Normativo:

⁴ <http://www.estadistica.mat.uson.mx/Material/elmuestreo.pdf>

A los fines de llevar adelante un trabajo ordenado, se propone comenzar con el marco normativo para establecer el andamiaje legal sobre el cual se asienta el objeto de estudio, que son las acciones de amparo en salud.

Ello, toda vez que atento la complejidad del tema a tratar y su natural especificidad, se considera un requisito imprescindible a los fines de poder tener todos los elementos necesarios para luego avanzar en el marco teórico de la presente investigación.

Como ya lo explicamos antes, la complejidad del trabajo que se propone radica en el amplísimo espectro normativo alcanzado por este tipo de acciones, su dificultad resolutive que llevan a la balanza de la justicia principios humanos y sociales y que además, traen consecuencias directas al sistema de salud y a la estructura de las políticas sanitarias pública provincial.

Existen aspectos básicos que son importantes a la hora de encarar el análisis de los “bioamparos”⁵ como la competencia judicial, la Ley de Amparo provincial, el sistema legal de contratación y compras del Estado provincial, aspectos que deben conocerse y que sirven a los fines de establecer “las reglas de juego”. Por esto se planteó el marco normativo que regula este tipo de acciones y sus modificaciones más trascendentes, la determinación de la competencia judicial, el análisis de algunos casos paradigmáticos en relación a esta competencia judicial (federal y provincial); la última reforma a la ley de amparo provincial, todo a los fines de tener un panorama jurídico lo más completo posible.

Además, se revisan algunas resoluciones judiciales sobre estos puntos propuestos que permitirán también, adelantar la complejidad de la tarea que se emprende en este trabajo.

El esquema normativo aplicable al tema en estudio es en primer orden, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución de la Provincia Córdoba, leyes fundamentales que consagran a la “acción de amparo” como una “acción procesal constitucional”, Ley de Amparo Provincial N°

⁵ Concepto acuñado por el Prof. Dr. Walter F. Carnota replicado en distintas obras de su autoría.

4.915⁶ sancionada con fecha 9 de enero de 1967, que toma su articulado de la Ley Nacional de amparo N° 16.986⁷ sancionada el 18 de octubre de 1966, presentando una reglamentación muy similar. En segundo orden, se estudiará también el Código Tributario Provincial (Ley n° 6.006⁸) y sus leyes modificatorias por la implicancia de la reforma de esta Ley en la Ley de amparo provincial⁹.

Desde la reforma constitucional de 1994 y las sucesivas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las adecuaciones de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los Tratados de Derechos Humanos forman parte del vértice superior de nuestra pirámide kelseniana, revisten junto con la Constitución Nacional las normas máximas a las cuales, como se verá a lo largo de este trabajo, no sólo los jueces deben adaptar sus pronunciamientos, sino asimismo las autoridades administrativas en su obrar.

La acción de amparo, desde su origen pretoriano en los casos “Siri”¹⁰ y “Kot”¹¹, ha sido prevista y diseñada como un remedio urgente “contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares” de carácter estrictamente “excepcional”, lo cual se consolidó en la Reforma Constitucional de 1994, mediante la introducción del art. 42. Puntualmente la vía del amparo en salud y para la integridad psicofísica surge de los artículos 19, 23, 41, 42 y 75 inc. 19 de la C.N. y los artículos 18, 19 inc. 1), 27, 48 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

La judicialización de la salud, no sólo en Argentina, sino también en otros países que integran el Mercosur como por ejemplo Brasil, países donde esta “patología” ha sido estudiada a fondo, es una realidad tangible y presenta un crecimiento exponencial donde se obliga a las provincias (o Estados) demandadas a entregar los más diversos medicamentos y prestaciones de salud a los ciudadanos aún muchas veces en casos en

⁶ Ley Provincial de Amparo, sancionada el 09.01.1967, publicada en el B.O. el 20.01.1967 y entró en vigencia el día 20.01.1967.-

⁷ Ley Nacional de Amparo, sancionada el 18.10.1966, publicada en el B.O. el 20.10.1966 y entró en vigencia el 20.10.1966.-

⁸ Código Tributario Provincial. Sancionado con fecha 10.02.1977, publicada en el B.O. el 16.02.1977.

⁹ La Ley n° 10.249 aludida a lo largo de este trabajo, modifica algunos aspectos del Código Tributario Provincial.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Siri, 1957, Fallos, 239: 459.

¹¹ CSJN, Kot, 1958, Fallos, 241: 291.

que dichos medicamentos y tratamientos no están aprobados para su comercialización por la autoridad de aplicación¹², o para el tratamiento que se pretende aplicar.

Es justamente en estos casos donde en definitiva la judicialización de la salud, implica la “intervención jurídica” en las políticas públicas de salud y podrían ocasionar aquellas desigualdades sociales que justamente se procuran evitar, pudiendo representar ello un peligro no sólo para el acceso a la salud de las personas, sino también para todo el sistema público y privado de salud.

En este orden de cosas, tampoco se puede soslayar analizar al menos de manera sucinta tres cuestiones: 1) La modificación a la ley de amparo provincial con la sanción de la Ley de Presupuesto Provincial del año 2015 art. 9 de la Ley 10.249¹³ (Modifica el Código Tributario Provincial); 2) La determinación de la competencia judicial federal y la revisión de algunos casos que resultan paradigmáticos, permitiéndonos realizar algunas observaciones en los mismos; 3) El escollo que muchas veces genera el marco normativo a los procesos de licitación y adquisición de medicamentos por parte del Estado.

4.1.a. El marco constitucional:

Al decir del Prof. Dr. Carnota¹⁴ el derecho a la salud, está ubicado específicamente en el “constitucionalismo social”, el cual, en su primera formulación, fue derivado del derecho a la vida y se lo consideraba relacionado con el bienestar psicofísico del individuo.

Este autor identifica al derecho a la salud en el constitucionalismo provincial. La Constitución provincial se organiza como “Estado Social de Derecho”¹⁵ y explica que una de las implicancias de esa forma política es “sin dudas la consagración de los

¹² ANMAT: Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología.

¹³ Ley 10.249 dada en la legislatura de la Provincia de Córdoba el 10/12/2014 y entró en vigencia el 01/01/2015.-

¹⁴ Cfr. CARNOTA, Walter F., 2011, *El derecho a la salud en el constitucionalismo provincial argentino*, Publicado en Revista Jurídica UCES, número 15.

¹⁵ Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 1.-

derechos económicos, sociales y culturales, entre los que podríamos encasillar sin mayores dificultades como ya vimos al derecho a la salud”.

El artículo 16 de la Constitución Nacional establece que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento. ... La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. Gelli¹⁶ nos dice que “*el artículo 16 de la Constitución Nacional admite que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que concurran objetivas razones de diferenciación que no sean irrazonables*”.

El artículo 43 de la Constitución Nacional fue incorporado con la reforma de 1994, instaurado como garantía constitucional, y tiene la naturaleza reconocida en la Convención Constituyente que lo caracteriza como una vía excepcional, residual y heroica, en concordancia con la doctrina sentada por la Corte de Justicia de la Nación¹⁷. Grillo¹⁸ por su parte afirma que estamos en presencia de un proceso con rango constitucional supremo que pone en marcha la jurisdicción constitucional la que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de todos los actos, sin excepción.

Sin perjuicio de una u otra, el acceso a la justicia para las acciones de amparo es irrestricto, tal como lo planteaba la antigua ley de amparo, y como lo hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es importante remarcar en este punto que no existe diferenciación alguna que se pueda argumentar para el acceso a la justicia. Y así lo establece la Constitución Nacional.

4.1.b. La modificación a la ley de amparo provincial con la modificación a la Ley Tributaria Provincial de la Ley 10.249: Una discusión insoslayable.

La Ley Tributaria propuesta para que comience a regir a partir del primero de enero de 2015 en la Provincia de Córdoba, impone una serie de modificaciones a otras

¹⁶ GELLI, María Angélica, 2005, *Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, p. 201.

¹⁷ GELLI, María Angélica. Ob. Cit. p. 485.

¹⁸ GRILLO, Iríde Isabel María, *El amparo frente a la injusticia*, disponible en la página web oficial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-amparo-frente-a-la-injusticia. [Consulta: 28/02/2016].

cuantas leyes provinciales. Modifica así los arts. 9, 20, 37, 38 entre otros de la Ley Provincial n° 6.006¹⁹; modifica también los arts. 2 y 6 de la Ley Provincial n° 9.505²⁰; y finalmente el artículo 9 viene a modificar los artículos 4 y 17 de la Ley de Amparo provincial n° 4.915.

Una primera aproximación que corresponde hacer (con signos de adelantada conclusión), es que las modificaciones propuestas a la Ley de Amparo n° 4.915 no tiene relación alguna con la materia propia de la Ley n° 10.249 y tampoco con la Ley Provincial n° 6.006.

Ciñéndonos a la Ley de Amparo, encontramos en primer lugar la modificación al artículo 4 donde se introduce “con las excepciones previstas en esta ley”, el cual como se verá a lo largo de este trabajo, constituye el eje de discusión en cuanto al tema de la competencia de los Tribunales.

Luego, una segunda modificación es el agregado del artículo 4 bis que fue luego también modificado por la Ley n° 10.323²¹ el cual determina la competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos en aquellos casos en que el Estado provincial resulte demandado; incluyendo a las entidades autárquicas y descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta. Establece que en todos (o cualquiera) de estos casos, la competencia es de la Cámara en lo Contencioso Administrativo que esté de turno. En el caso de las circunscripciones del interior, la Competencia (en primera instancia) se limita a la Cámara Contencioso Administrativo. Finalmente agrega que cuando varias personas fueran legitimadas pasivas de la acción de amparo y el Estado en cualquiera de sus formas sea codemandado, corresponde aplicarse la misma regla. Además, establece que en caso de la Cámara Contencioso Administrativa o de las Cámaras Civiles y Comerciales, podrán actuar de forma unipersonal. En otras palabras, en cualquier caso que el Estado

¹⁹ Ley de la Provincia de Córdoba n° 6.006. Código Tributario Provincial. Sancionado el 10/02/1977 y publicado en el B.O. el 16/02/1977.

²⁰ Ley de la Provincia de Córdoba n° 9.507. Ley de Creación de Fondos Especiales. Sancionada el 06/08/2008 y publicada en el B.O. el 08/08/2008.

²¹ Ley de la Provincia de Córdoba n° 10.323 sancionada con fecha 30/11/2015 y publicada en el B.O. el 04/12/2015.

Provincial resulte demandado o codemandado, la competencia corresponde a la Cámara Contencioso Administrativa.

La tercera modificación que interesa, es en relación a las normas supletorias en razón del fuero en el cual se haya promovida la acción. Además, se incorpora el artículo 17 bis que regula en materia de perención de instancia, reduciendo el plazo de perención a tres meses, sólo en aquellas acciones judiciales en las cuales resulta demandado el Estado Provincial.

Con los puntos planteados hasta aquí, podemos ir viendo que las modificaciones introducidas repercuten no sólo en la Ley de Amparo, sino además, en el propio Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

Para su análisis, se estimó necesario revisar la situación actual de la Ley Provincial de Amparo, esto es la Ley Provincial n° 4.915²² a la luz de las reformas introducidas por la Ley Provincial n° 10.249²³ en el marco constitucional y convencional de la acción de amparo en salud.

Es por ello, que la propuesta en este apartado es comenzar con distintas discusiones que presenta esta modificación a aquella hasta ahora inmutable ley de amparo.

La Ley Provincial n° 10.249, modifica de raíz cuestiones esenciales del instituto del amparo, el cual, como sabemos, es una herramienta del derecho de absoluta importancia por cuanto tutela los derechos de raigambre constitucional de los ciudadanos y operativo en aquellos casos en los cuales las acciones ordinarias no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos conculcados²⁴.

²² Ley de la Provincia de Córdoba n° 4.915. Sancionada el 9/01/1967 y publicada en el B.O. 20/01/1967.-

²³ Ley de la Provincia de Córdoba n° 10.249 modificatoria del Código Tributario Provincial (Ley 6006). Sancionada el 10/12/2014 y publicada en el B.O. 19/12/2014.-

²⁴ Ekmekdjian 1991:227 APUD SABSAY, Daniel Alberto, *El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales*, disponible en página web: <http://farn.org.ar/wp-content/2014/06/art02.pdf>. (Consultado: 22/02/2016).

En cuanto a esta modificación introducida a la ley de amparo se han levantado muchas voces²⁵ en más de una dirección. La importancia que revisten estas modificaciones que alteran la competencia y el procedimiento, radica en que se trata de una cuestión donde está en juego el acceso a la jurisdicción o derecho de tutela judicial efectiva lo que se vincula con aquellas normas del Derecho imperativo o perentorio que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo, será declarado como nulo, es decir, las del *jus cogens*²⁶.

4.1.c. Las leyes de presupuesto anual de la Provincia de Córdoba:

Como preludio, cabe hacer un rápido recuento de unas muy pocas modificaciones que traen estas leyes impositivas anuales, con las que se ha ido avanzando modificando tanto el Código Tributario como también otras normas provinciales, que a la postre atañe la ley que ahora se revisa.

Los motivos legislativos para el dictado de estas normas han sido muchos, explicando entre otras cosas, que esta norma obedece a razones superiores de política tributaria y a pautas de gobierno tendientes a la superación de la crisis económica estatal y propenden a la imposición de una disciplina fiscal, con una finalidad compulsiva para que el contribuyente cumpla oportunamente las cargas que, como ciudadano, le corresponden²⁷.

Así, el art. 5 quinquies de la Ley de Creación de los Juzgados Civiles y Comerciales Fiscales (Ley n° 9.024²⁸), artículo que fue introducido por medio de la Ley n° 10.117²⁹, la cual también es justamente una ley que viene a modificar el Código

²⁵ A guisa de ejemplo se recogen las notas (ambas disponibles en internet) en: <http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/desamparo-en-cordoba/> (Consultada el 20/02/2016) y <http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/ley-10249-las-cosas-en-su-lugar/> (Consultada el 20/02/2016).

²⁶ CIDH “La Cantuta vs. Perú” APUD PERRACHIONE, Mario C., *Comentario a la reforma de la competencia y procedimiento del amparo contra el Estado provincial*, Semanario Jurídico T III – 2015 – A.

²⁷ HIRUELA DE FERNANDEZ, Maria del Pilar, 2009, *La ejecución Fiscal en la Provincia de Córdoba*, Alveroni, Córdoba, p. 17.

²⁸ Ley de la Provincia de Córdoba n° 9.024 “Creación de los Juzgados Civil y Comercial en lo Fiscal” sancionada el 19/06/2002 y publicada en el B.O. el 25/06/2002 y el 28/11/2002.

²⁹ Ley de la Provincia de Córdoba que modifica el Código Tributario Provincial. Sancionada el 12/12/2012 y publicada en el B.O. el 21/12/2012.

Tributario Provincial, modifica el plazo de perención cuando el actor es el Gobierno de la Provincia de Córdoba en una acción de ejecución fiscal, ampliándolo a dos años.

Si bien es cierto que se trata de dos tipos de acciones judiciales diferentes, la acción de amparo y la de ejecución fiscal, no es menos cierto que en ambos casos, las modificaciones introducidas en las distintas normas en beneficio del Gobierno de la Provincia de Córdoba, atentan contra prerrogativas constitucionales, entre ellas, las previstas en el artículo 178 de la Constitución Provincial y artículo 16 de la Constitución Nacional.

4.1.c.I.- Las modificaciones planteadas en la Ley n° 10.249:

Con la referencia del apartado anterior, se propone razonar cada uno de los artículos modificatorios de la Ley de Amparo.

Resulta importante remarcar la importancia de la entrada en vigencia de esta ley ya que como se verá en los párrafos que siguen, ha traído importantísimos cambios no sólo procedimentales, sino también sobre el fondo de las cuestiones planteadas a los tribunales.

Razonar sobre este aspecto legal resulta de sustancial importancia toda vez que esta modificación fue rodeada de las más diversas críticas de la doctrina local; y en tanto norma específica, es necesario analizarla pormenorizadamente tomando en cuenta el interés del lector y las diferentes especializaciones del campo del derecho y la medicina que atraviesan este trabajo de manera transversal y poder así, universalizar la terminología usada.

Las antinomias del derecho:

Las antinomias del derecho son planteadas como posible resultado de la modificación que propone la Ley n° 10.249 a la Ley Provincial de amparo. Esto implica realizar un estudio normativo más claro para a la postre, ilustrar las aristas y dificultades del tema abordado.

Ante la coexistencia del Código de Procedimiento Civil y Comercial, la Ley Provincial n° 4.915 y las Leyes n° 10.249 y n° 10.323 una primer pregunta que surge

es si esta coexistencia genera antinomias. La antinomia del Derecho -siguiendo a Bulygim³⁰- resuelve el caso genérico de forma inconsistente, esto es, mediante dos o más normas incompatibles entre sí.

Existen ciertos criterios para resolver los conflictos normativos, siendo el más reconocido de ellos el criterio clásico. Rápidamente conviene hacer algunos apuntes de estos criterios.

Alf Ross³¹ enseña que existe un tipo de antinomia que la identifica como inconsistencia parcial – parcial, y se da cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que entra en conflicto con el de la otra y a su vez un campo de aplicación dentro del cual el conflicto normativo no existe. Explica que tal inconsistencia se expresa con dos círculos en intersección.

Por su parte, los criterios de resolución de conflictos pueden definirse como aquel tipo particular de metanormas metodológicas cuya función consiste en establecer: a) cuál, de entre dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre otra; b) de qué manera ésta debe prevalecer, esto es, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, o bien de un sector o subsector de aquél³².

La doctrina ha establecido distintos criterios para resolver estos conflictos normativos. Los criterios clásicos están diferenciados en los siguientes: el de especialidad, el cronológico y el jerárquico. El criterio de especialidad, es aquel que se aplica cuando se produce un conflicto normativo entre una norma general y otra especial respecto de aquella. Bobbio³³ justifica la aplicación de este procedimiento explicando que “El paso de una regla más amplia (que abarca cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una *species* del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría”. El criterio cronológico, es aquel por medio del

³⁰ BULYGIM (2006) APUD HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*, disponible en página web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000100012&script=sci_arttext [Consulta: 25/02/2016].

³¹ ROSS, Alf, *On law and Justice*, New Jersey, The Lawbook Exchange. Disponible en página web: <http://www.lawbookexchange.com/pages/books/40749/alf-ross/on-law-and-justice>.

³² CHIASSONI, Pierluigi APUD Henriquez Viñas, Miriam Lorena. Ob. Cit.

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, p. 269.

cual, la norma posterior en el tiempo prevalece sobre la anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Es un principio importante para resolver los conflictos diacrónicos entre normas válidas y de igual jerarquía. La consecuencia de la aplicación de esta forma de resolución de conflictos, es la derogación de la ley anterior. Finalmente, el criterio jerárquico determina que la norma de rango superior prevalece sobre la norma de rango inferior. Ello, presupone la determinación de la norma superior, lo que a su vez requiere la identificación de las relaciones jerárquicas entre las distintas fuentes del derecho.

Bobbio³⁴, explica que esta forma de resolución de conflictos no es suficiente y no alcanza para resolver todos los tipos de antinomias. Explica que existe un conflicto de segundo grado cuando existen conflictos entre el criterio jerárquico y el cronológico, entre el de especialidad y el cronológico y entre el jerárquico y el de especialidad. Cuando el conflicto se da entre el criterio jerárquico y el cronológico, entiende que prevalece el criterio jerárquico. Cuando el conflicto es entre el de especialidad y el cronológico, el conflicto se resuelve sobre el de especialidad; y finalmente cuando el conflicto es entre el jerárquico y el de especialidad, no existe una regla general consolidada³⁵.

La Ley que reforma el Código Tributario anual, modifica la ley de amparo, y por cierto, ingresa en materia que hasta entonces se regía supletoriamente con las normas del Código de Procedimiento Civil y Comercial de Córdoba (vgr. la perención de instancia). Con todo, la Ley n° 10.249 introduce modificaciones en la ley de amparo, ya sea en los artículos que ya existían como asimismo aditando nuevos, pero no deroga a la antigua ley de amparo; y en este sentido subsisten los conflictos normativos. Más aún por ejemplo en el caso del instituto de la perención de instancia cuando el Estado es codemandado, que resulta con la modificación una doble regulación normativa de este instituto.

El tribunal competente:

³⁴ BOBBIO, Norberto. Ob. Cit. p. 191.

³⁵ BOBBIO, Norberto. Ob. Cit. p. 204.

Previo al análisis del presente, se destaca que el “tribunal competente” no hace referencia a aquellos que resolvieron las acciones judiciales que se investigaron, sino es una enunciación genérica que trata el tema que se propone en cuanto a la modificación introducida por la Ley de Presupuesto que se analiza y su impacto sobre los tribunales naturales de las causas.

Mario C. Perrachione³⁶ afirma que esta modificación (Ley n° 10.249) reviste de una gravedad particular. La Ley que introduce el art. 4 bis en la Ley Provincial de Amparo bajo el paraguas de “con las excepciones previstas en la presente ley” y luego la modifica con la Ley n° 10.323, desplaza la competencia en el caso en que el demandado sea el Estado Provincial otorgando competencia material (casi exclusivamente) a los tribunales contenciosos administrativos.

La Dra. Silvia B. Palacio de Caeiro³⁷, en su obra, cita un fallo del Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba en el cual explica que “el legislador local ha seguido el criterio de la competencia difusa, desconcentrada y amplia”, cuando dispone que será competente para conocer en la acción de amparo el juez de primera instancia, con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto y cualquiera fuera su competencia en materia y que esté de turno.

Luego de un repaso por los distintos acuerdos reglamentarios dictados por el TSJ, concluye Palacio de Caeiro que la modificación operada por la Ley analizada hacia el fuero contencioso administrativo para que entienda en todas las acciones de amparo interpuestas en contra del Estado Provincial, se asemeja al sistema nacional que concentra la competencia en razón de la materia en el fuero material respectivo, y admite la intervención del juez especializado, conforme la naturaleza de la pretensión sustancial deducida en el amparo.

Pero no podemos soslayar en este punto, que en relación a esta postura amplia afirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al acceso a la justicia y en el marco de las acciones de amparo, tiene dicho que “todos los jueces

³⁶ Semanario Jurídico, T° 111- 2015 – A.

³⁷ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B, 2016, *Acción de Amparo en Córdoba*, Advocatus, Córdoba, p. 305.

nacionales, dentro del ámbito de sus respectivas jurisdicciones territoriales y sin distinción de fueros, son competentes para conocer en demandas de amparo”³⁸, lo que difiere tangencialmente con lo que propone en definitiva la Ley n° 10.249 en materia de competencia cuando entiende que por jueces (cuando el Estado Provincial es parte) son sólo aquellos de la Cámara Contencioso Administrativa ó en su defecto, de las Cámaras Civiles y Comerciales.

Como se analizará en los párrafos siguientes, la cuestión de la competencia judicial es un tema muy discutido y que trae una gran cantidad de dificultades al momento de interponer una acción judicial, máxime cuando se trate de una acción de amparo cuyo objeto esté dado por la protección del derecho a la salud presuntamente lesionado o en riesgo. En las del caso que nos ocupa, reviste de fundamental importancia el factor tiempo. Analizaremos este aspecto más adelante.

4.1.d. El marco normativo aplicable a los procesos de contratación de provisión de medicamentos y licitación:

Para terminar de establecer el contexto en el cual se desarrolla una acción de amparo dentro de los objetivos de este primer capítulo, completa el cuadro normativo el esquema correspondiente al proceso de contratación del Estado provincial, leyes que determinan (o encorsetan) el campo de actuación de la Administración Pública Provincial entendiendo este esquema como necesario para luego entender cómo funciona este sistema de contratación en el esquema jurídico político de la salud pública.

Estas normas administrativas, son las que en definitiva sirven de guía a todo el trámite administrativo y en base a ellas, el Estado provincial adquiere los bienes e insumos necesarios a los fines de poder cumplir con los programas de salud propuestos para atender la necesidad sanitaria de la población.

En este marco, es que se introduce la regulación normativa en relación a la monodroga o droga genérica. Es así que la ley de Prescripción de la droga genérica o

³⁸ CSJN, 16-12-59 “Sindicato Obrero del Vestido c/ Comisión Provisoria del Gremio s/ Recurso de amparo”. Fallos: 245:435. Postura ratificada en: 28-3-60, “Losch, Francisco J. s/ Amparo” Fallos: 246:118; 15-11-65, “Pinedo Corina y otros”, Fallos: 263:296.

monodroga (Ley Provincial N° 9.010) y la ley de Promoción de medicamentos por su nombre genérico N° 25.649, artículos 2 y 3, prevén: A nivel Nacional, la ley prescribe en su artículo 2: *“Toda receta o prescripción médica deberá efectuarse en forma obligatoria expresando el nombre genérico del medicamento o denominación común internacional que se indique, seguida de forma farmacéutica y dosis/unidad, con detalle del grado de concentración. La receta podrá indicar además del nombre genérico el nombre o marca comercial, pero en dicho supuesto el profesional farmacéutico, a pedido del consumidor, tendrá la obligación de sustituir la misma por una especialidad medicinal de menor precio que contenga los mismos principios activos, concentración, forma farmacéutica y similar cantidad de unidades”*. Por su parte, el artículo 3 del mismo plexo normativo establece *“Toda receta o prescripción médica que no cumpla con lo establecido en el primer párrafo del artículo 2° de la presente ley se tendrá por no escrita, careciendo de valor alguno para autorizar el expendio del medicamento de que se trate”*.- Ahora, en consonancia con esta norma de carácter nacional, la Ley n° 9010, prescribe *“Los profesionales médicos y odontólogos, habilitados y autorizados debidamente, para ejercer en el ámbito de la Provincia de Córdoba, deberán prescribir al paciente la droga genérica o la monodroga con la cual deberá ser tratado, y el grado de concentración forma farmacéutica y cantidad de unidades, debiendo indicar, en el caso que así lo deseen, el nombre de fantasía que sugiere de la misma, precedida de la leyenda “sugiero aplicar”*”.

Este dato es fundamental desde el punto de vista administrativo, ello atento a que el Gobierno de la Provincia de Córdoba a través de su Ministerio de Salud, a los fines de adquirir los medicamentos o insumos farmacéuticos, debe sujetarse a los procesos de licitación y/o compra directa a tales fines dispuestos, en el marco de lo estipulado por la Ley Provincial n° 10.155 y decreto reglamentario n° 305/2014 y subsiguientes y correlativos.

En este marco, el estado provincial y la Administración Provincial del Seguro de Salud –APROSS- (como entidad autárquica del gobierno de la Provincia de Córdoba) debe llevar adelante los procesos de contratación de las prestaciones de salud y la adquisición de medicamentos, tratamientos, prótesis y órtesis; generando ello un difícil

y ajustado marco de compra de medicamentos para ser adaptado a las normas que rigen la materia sanitaria y cumplir de esta manera los términos que propone el Programa Médico Obligatorio³⁹, como asimismo aquellas disposiciones judiciales que ordenan coberturas que exceden toda política pública sanitaria.

4.2. Marco Teórico:

El planteo del marco teórico desde el punto de vista judicial, reviste una trascendencia fundamental para no sólo el conocimiento de la infinidad de aristas que presenta el tema, sino además, comprender que el problema de investigación y la complejidad en la resolución tienen una explicación legal que en definitiva viene a afectar las políticas públicas de salud. Con esta - quizás excesiva - determinación de la arista jurídica se busca llevar al lector por un sendero conceptualmente claro, dotándolo de todas las herramientas jurídicas necesarias.

Luego, con todo el bagaje de conocimiento teórico y ya también normativo, se habrá logrado un enriquecimiento suficiente para poder avanzar en definitiva sobre el terreno de las políticas públicas, contando con los elementos de análisis necesarios para poder comprender en su real dimensión el Problema planteado en este trabajo, junto con su implicancia práctica y su proyección en materia sanitaria.

4.2.a. La cuestión de la Competencia judicial federal:

En el orden propuesto en el presente trabajo, en esta instancia, se estima importante comenzar por delimitar la competencia federal ceñido a las acciones de amparo en salud.

La determinación de la competencia jurisdiccional es un tema que muchas veces presentan discusiones y esto genera grandes complicaciones en materia procesal lo que repercute en un elemento que resulta esencial hasta llegar a una decisión final y fundada, que es el tiempo. En especial, en el marco de las acciones de salud en las cuales muchas veces este elemento no es un aliado de la parte actora y la interposición

³⁹ El PMO es definido como la canasta básica de prestaciones obligatorias para todas las empresas de medicina prepaga y Obras Sociales. Información disponible en: <http://www.derechofacil.gob.ar/leysimple/programa-medico-obligatorio/>

de una acción en un fuero incompetente puede generar una dilación que en definitiva repercute de manera directa en la necesidad de los justiciables.

Es amplio el espectro de casuística que envuelven las acciones de amparo, particularmente cuando se discuten normas de fondo como lo son las Leyes de Obras Sociales y del Seguro Nacional del Seguro de Salud, Leyes n° 23.660 y n° 23.661 respectivamente; según el demandado sea una empresa de medicina prepaga, una obra social o una administración del seguro de salud provincial adherida al Seguro Nacional de Salud⁴⁰; ya sea por el objeto del reclamo, la cobertura de una prestación médica asistencial o la pretensión de reembolso de los gastos afrontados por una prestación médica, etc.

4.2.a.I. La acción de amparo federal:

Como se adelantó en los párrafos que anteceden, las cuestiones de competencia en este tipo de acciones revisten de importancia fundamental al momento de procurar mantener este concepto de medida rápida característico de las acciones de amparo.

Si bien las acciones de amparo federal (esto es, las intentadas por ante Tribunales Federales, ya sea por el sujeto demandado o por lo pretendido o cuestionado) no son objeto de estudio del presente. Las mismas se analizan, sucintamente, por su importante caudal jurisprudencial y la riqueza de sus decisiones en materia de amparos en salud.

Como nos explica Toricelli⁴¹ en esta clase de procesos mucho se ha discutido sobre la conveniencia o no de crear tribunales especializados, sobre la posibilidad de plantear la misma como excepción previa, de admitir o no la declaración de oficio por parte del juez y de distribuir las causas según caigan en la órbita provincial o federal.

⁴⁰ A modo de adelanto, por cuanto el tema será tratado más adelante, el lector debe comprender que el sistema de salud argentino se caracteriza, entre otros aspectos, por su fragmentación y dispersión en diversos sub-sectores: Público, Obras Sociales, Privado (Empresas de Medicina Prepaga), sin contar los “híbridos” (obras sociales universitarias, de las fuerzas armadas, seguros de salud provinciales, etc) que cuentan con cuerpos normativos propios, o aplicables por analogía en virtud de su objeto, y de lo que se dispara una nutrida y siempre compleja discordancia al establecer qué autoridad judicial debe intervenir, sumando otra complejidad más a un asunto de por sí delicado.

⁴¹ TORICELLI, Maximiliano, 2014, *La competencia en el Amparo*, *Revista de Derecho Procesal 2014-2 – Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 374.-

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido su postura amplia, entendiendo que “todos los jueces nacionales, dentro del ámbito de sus respectivas jurisdicciones territoriales y sin distinción de fueros, son competentes para conocer en demandas de amparo”⁴².

Aún antes de la sanción de la ya mencionada Ley n° 16.986 se mantuvo la distinción entre el fuero federal y el local⁴³. En autos “Asociación Bancaria-Sociedad de Empleados de Banco s/ Recurso de Amparo”, la CSJN afirmó que “habida cuenta de que el acto que los demandantes impugnan como restrictivo de la libertad ha emanado de una autoridad nacional, resulta evidente que [...] la acción sólo ha podido promoverse ante la justicia federal”⁴⁴. Esta teoría fue ratificada en distintas oportunidades tales como en el fallo “Sindicato Obrero del Vestido”⁴⁵ y reafirmada en “Prayones de Lauraglia” al sostener que “la presente acción de amparo tiene por objeto examinar la validez de actos emanados del Gobierno de la Nación, por cuyo motivo corresponde la intervención –*ratione materiae*- de la justicia federal, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la Constitución Nacional”⁴⁶.

4.2.a.II. La Competencia y la jurisdicción federal⁴⁷:

El Prof. Dr. Ricardo Haro⁴⁸ a partir de una concepción genérica del vocablo, identifica a la competencia como “el conjunto de atribuciones que la ley -en sentido material- concede a un órgano estatal”. En una acepción más específica, y remitiéndose en este punto a Rosenberg⁴⁹, entiende por competencia la “delimitación del círculo de negocios de los distintos tribunales, basada en consideraciones de conveniencia”.

⁴² CSJN, 16-12-59 “Sindicato Obrero del Vestido c/ Comisión Provisoria del Gremio s/Recurso de amparo” Fallos: 245:435. Postura ratificada en: 28-3-60, “Losch, Francisco J. s/ Amparo”, Fallos: 246:118; 15-11-65, “Pinedo, Corina y otros”, Fallos: 263:296.

⁴³ TORICELLI Maximiliano, Ob. Cit. p. 385.

⁴⁴ CSJN, 26-8-59, Fallos: 244:337 apud TORICELLI, Maximiliano Ob. Cit. p. 385.

⁴⁵ CSJN, 16-12-59, Fallos: 245:435.

⁴⁶ CSJN, 3-3-70, Fallos: 276:89.

⁴⁷ CARRIGNANI, Agustín., 2015, *La Competencia Federal en el marco del Amparo en Salud en: Derecho a la Salud: Desafíos, Problemática y Aspectos Novedosos*. Editorial Lerner SRL: Córdoba, p. 145. Punto sintetizado del artículo referenciado.

⁴⁸ HARO, Ricardo; *La Competencia Federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 13.

⁴⁹ ROSENBERG, Leo apud HARO ob. cit. p.13.

Por su parte, Gomez⁵⁰ siguiendo al Dr. Alvarado Velloso, enseña que la “competencia es la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre jurisdicción y competencia una relación cuantitativa y no cualitativa, de género a especie”. Define también a la jurisdicción como “el poder – deber de administrar justicia, y la competencia fija los límites dentro de los cuales el juez puede ejercer aquella facultad (deber)”.

Para hacer un distingo entre jurisdicción y competencia, podemos decir que mientras la jurisdicción es la potestad o función tomada en forma total y completa, la competencia es la delimitación parcial del ejercicio siempre plenario de la jurisdicción ya sea en razón de la materia, del territorio, de las personas, del grado o del turno. Es decir, la jurisdicción es la potestad de administrar justicia, y la competencia fija los límites dentro de los cuales el juez puede ejercer aquella facultad.

En palabras de Gomez⁵¹ “la competencia es la medida de la jurisdicción, porque el juez debe ejercer su jurisdicción en los límites de su competencia”. En definitiva, “la competencia es el ámbito dentro del cual se puede ejercer una actividad conforme con la ley y, en el caso que nos ocupa, la actividad jurisdiccional”⁵².

La competencia federal, está establecida en los arts. 116, 117 y 75 inc. 30 de nuestra Constitución Nacional. Se establece la competencia de la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (art. 116 CN); el art. 117 establece la competencia de la Corte Suprema por apelación pero reserva su competencia originaria para los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia sea parte, la ejerce de manera originaria y exclusiva.

Finalmente, el art. 75 inc. 30 establece la Competencia del Congreso de ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la

⁵⁰ ALVARADO VELLOSO apud GOMEZ, Claudio Daniel; *Competencia Federal*, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 21.

⁵¹ GOMEZ, Claudio Daniel., 2003, *Competencia Federal*, Mediterránea, Córdoba, p. 21.

⁵² FALCON, Enrique M. 2014, *La jurisdicción, la competencia y el proyecto de Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho Procesal 2014-2 – *Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 42.

legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República.

4.2.a.III. Competencia *Ratione Materiae*:

La razón de la competencia de la justicia federal *ratione materiae* se explica cuando entra en juego de modo directo un interés o propósito federal, que deberá ser objetivo, legítimo, real, concreto y con suficiente entidad; se refiere a la naturaleza intrínseca o sustancia federal.

Por lo tanto, si la materia es de esencia federal, necesariamente deberá estar reglada por el derecho federal. El tribunal debe tener muy presente la sustancia de la cuestión jurídica debatida. Se atiende a la naturaleza de la relación litigiosa y a la legislación aplicable al caso. “Esta competencia comprende las causas regidas por la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y demás tratados internacionales, las leyes federales y todo el conjunto de normas que integran el derecho federal”⁵³.

Esto se explica porque la interpretación y aplicación del orden jurídico federal le corresponde preeminentemente al Poder Judicial de la Nación como custodio de la supremacía en la jerarquía normativa del derecho federal sobre el provincial.

La competencia federal en este caso, es improrrogable. Ello porque atento la naturaleza federal de la cuestión y de su pertinente regulación, no resulta coherente que dichas causas deban ser radicadas, conocidas y decididas por tribunales provinciales. La razón se asienta en el carácter de orden público constitucional y por su carácter privativo y excluyente respecto de la justicia provincial.

4.2.a.IV. Competencia federal *ratione personae*:

⁵³ HARO Ricardo., 2014, *La competencia federal de los tribunales del poder judicial de la Nación*. Revista de Derecho Procesal 2014-2 – *Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 267.-

En este supuesto, el elemento que determina la atribución de la competencia, está referido a las personas que intervienen como partes en el proceso. Aquí no interesan ni la materia en discusión ni el lugar donde sucedieron los hechos.

Se atiende en definitiva, a la investidura federal de alguna de las partes en juicio, o al carácter de Estado provincial o a la distinta vecindad o nacionalidad que les corresponde a los litigantes.

Haro⁵⁴ explica que “... ya no interesa el contenido o materia jurídica en debate, sino que se atiende primordialmente a la pertenencia o investidura federal de las personas que actúan como sujetos de la relación litigiosa”. El autor nos ejemplifica en este sentido lo previsto en el art. 116 CN al señalar las causas en que sean partes la Nación, las provincias entre sí o con vecinos de otra provincia, entre vecinos de diferentes provincias, entre vecinos con ciudadanos extranjeros.

La competencia en razón de las personas puede ser prorrogada hacia los tribunales locales o provinciales, y se permite que, aún en el caso en el cual la Nación sea parte, o alguna de sus reparticiones autárquicas, pueda declinar la jurisdicción de sus propios tribunales federales en favor de los tribunales provinciales. Esta discrecionalidad -salvo los casos excepcionales de expresa prohibición legal- no tiene otro límite ni condicionamiento que la prudente discrecionalidad que el ejercicio y renuncia que todo derecho implica.

Finalmente, esta prórroga puede ser expresa o tácita según las diversas formas de manifestarse en su concreción ya sea por explícita renuncia o por allanarse a ser demandada en los tribunales provinciales sin articular la declinatoria como excepción de previo y especial pronunciamiento.-

En definitiva, la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal y responden a fundamentos distintos.

⁵⁴ HARO Ricardo, 2014, *La competencia federal de los tribunales del poder judicial de la Nación*, Revista de Derecho Procesal 2014-2 – *Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 267.-

4.2.a.V. El análisis de algunos casos:

Aunque luzca adelantado traer casos judiciales en esta instancia del trabajo, estos fueron tomados como paradigmáticos para poder cumplir con el objetivo de esta primera parte que es como ya lo dijimos, adelantar el criterio sustentado por los distintos tribunales al momento de expedirse sobre las acciones judiciales aludidas.

Estos casos fueron recolectados e investigados en la justicia nacional argentina, tanto en los tribunales federales de las distintas provincias como asimismo las opiniones de los tribunales locales, y permiten al lector examinar, en supuestos concretos, cómo los conceptos traídos a colación hasta aquí son puestos en juego al momento de resolver un planteo por ante una autoridad jurisdiccional. Veamos:

S.. J. c. Sociedad Española de Beneficiencia Hospital Español⁵⁵:

El accionante promovió acción de amparo ante la Justicia Nacional en lo Civil en contra de una empresa de medicina prepaga a los fines de que le brinde el 100% de la cobertura necesaria para afrontar el tratamiento tendiente a mejorar la afección neurológica que afectaba al actor. Expone que la empresa de medicina prepaga se habría desentendido de prestar cobertura al tratamiento médico que dice necesitar a fin de mejorar la afección neurológica, lo cual según el accionante manifiesta violaría sus derechos esenciales a la salud y a la prestación médica. Agrega que se violan disposiciones normativas, entre ellas las determinadas por el Programa Médico Obligatorio, la Ley Nacional 23.661 y la Ley Nacional 24.901 que determina la cobertura integral para las personas con discapacidad.

Surge evidente que lo peticionado por la parte actora excede el cumplimiento de cualquier convención existente entre las partes, sino que lo que se requiere es el cumplimiento de normas nacionales que implementan el Sistema Nacional de Salud, la Prestación Médica Obligatoria.

En su oportunidad, el Señor fiscal de Cámara entendió que “no se vislumbra que la acción pueda incidir en el sistema de salud”.

⁵⁵ Publicado en La Ley 2003-E, 109, cita online AR/JUR/743/2003.-

En el plan de medicina prepaga, las prestaciones de salud no estaban cubiertas al 100%.

Sin embargo la Cámara Nacional de apelaciones entiende que en el marco de la Ley n° 24.754⁵⁶ las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga deberán cubrir en sus planes de cobertura médico asistenciales como mínimo las prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales conforme lo establecido por la Leyes n° 23.660 y n° 23.661 y reglamentaciones.

En el caso, la Cámara concluye que atento a que se encuentran en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado nacional, entiende que es de plena aplicación al caso lo establecido por la CSJN que determinó sobre el tema puntual que debe declararse la competencia del fuero civil y comercial federal para entender en la demanda que trata sobre las prestaciones de salud previstas en la Ley n° 23.661.

Comentario: Si bien como se ha planteado, en el caso en que la vulneración de un derecho provenga por parte de un particular, *prima facie* es la justicia provincial la competente para resolver el caso puesto a consideración de los tribunales. Máxime toda vez que existía en el caso un contrato celebrado por las partes que así lo establecía. En este sentido, la CSJN ha determinado que “es doctrina reiterada de la Corte que la intervención del fuero federal en las provincias es de excepción, vale decir que se encuentra circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, las cuales son de interpretación restrictiva”⁵⁷. Sin embargo en el caso, la competencia federal es clara por estar determinada *ratione materiae* atento a que lo planteado era justamente una prestación prevista en las Prestaciones Médicas Obligatorias y Leyes n° 23.660, 23.661, 24.754 y Ley de discapacidad n° 24.901 y en este marco, lo reclamado repercute en el sistema de salud. Como se analizó en los puntos que anteceden, la competencia material de la justicia federal resulta improrrogable, ya que se reserva en el Poder Judicial de la Nación como custodio de

⁵⁶ Ley Nacional de Medicina prepaga. Sancionada con fecha 28/11/1996 y publicada en el B.O. con fecha 23/12/1996.

⁵⁷ CSJN, 12-3-96, “YPF SA c/ Municipalidad de la Matanza” Fallos: 318:218.

la supremacía en la jerarquía normativa del derecho federal sobre el provincial. Torna plenamente operativo la característica de la competencia federal de privativa y excluyente, siendo que la materia que en definitiva se discute está reservada a la justicia federal y es imposible que sea delegada a la provincia. El mero acuerdo de las partes a someterse a una jurisdicción determinada, no obsta al necesario apartamiento de la justicia provincial a tenor de la entidad de los principios y normas en juego.

Di Franco, Luciano L. c. Swiss Medical S.A. s/ amparo⁵⁸.

La parte recurrente interpone su remedio recursivo a la resolución que rechazó una medida cautelar innovativa sin observar los extremos formales previstos a tales efectos (fundamentación), razón por la cual entiende la Cámara que dicho motivo basta para su rechazado.

Sin embargo, explica que tratándose de un recurso de amparo que versa sobre un tema de salud, y que se ha cuestionado la competencia de los tribunales locales alegando que el tema debió ventilarse ante la competencia federal, siendo ésta de orden público, improrrogable, privativa y excluyente y que puede ser declarada en cualquier estado del proceso, la Cámara entiende que corresponde atribuir la competencia *ratione materiae* al fuero civil y comercial federal resolviendo en definitiva remitir las actuaciones a la Justicia Federal.

Comentario: La conclusión arribada en el presente caso se asemeja en gran medida a la anterior, ello toda vez que la competencia material queda establecida en tanto se encuentra en juego normas y principios institucionales y constitucionales concernientes al sistema de salud implementado por el Estado. Sin embargo lo que enriquece el caso, es la postura superadora expuesta por el tribunal toda vez que a pesar de haberse interpuesto un recurso sin cumplir con los requisitos formales previstos por la norma legal, particularmente la falta de fundamentación en violación a lo previsto en el art. 365 del Código Procesal Civil, lo que implicaría su denegatoria *in limine*⁵⁹, y, en su caso, otorgado, implicaría la tacha de mal otorgado por la Cámara revisora.

⁵⁸ Publicado en La Ley Online, cita online: AR/JUR/45169/2012.-

⁵⁹ El rechazo *in limine* de una acción judicial, implica el rechazo desde el mismo momento de la presentación de la demanda. Puede ser resuelto de esta manera por vicios insalvables.

Sin embargo al haberse planteado la incompetencia de los tribunales provinciales, conforme la urgencia del caso y a los fines de evitar dilaciones, y dado que la competencia federal es de orden público, improrrogable, privativa y excluyente características propias de la competencia federal, pudiendo ser declarada en cualquier estado del proceso, la Cámara resolvió declarar la incompetencia del Tribunal provincial y remitir las actuaciones a la Justicia Federal. Sin perjuicio de lo expuesto, la solución resulta acertada cuando además se toma en consideración que “la incompetencia del juez, no impide decretar medidas cautelares a los fines de evitar perjuicios irreparables a los justificables”⁶⁰

M., L. c. O.S.P.I.S. (Obra Social Personal de Instalaciones Sanitarias)⁶¹

Es competente la justicia federal para entender en una acción de amparo impetrada por una afiliada a fin de que se ordene a la obra social demandada suministrar el tratamiento médico recomendado para el cáncer de mamas por encontrarse en riesgo su vida. Atento la asignación de competencia establecida en el art. 38 de la Ley n° 23.661, al ser accionada una prestadora de salud y encontrándose en juego cuestiones relativas a la prestación de sus servicios, resulta inadmisibles la alteración de la competencia *ratione materiae* por vía de convenio entre partes.

La Cámara trajo a colación un antecedente análogo de la Corte local (Salta) donde atento la naturaleza de orden público que reviste la Ley n° 23.661 como también el hecho de que se encuentran en juego cuestiones relativas a la prestación de los servicios de salud del agente de salud entre las cuales se encuentra la cobertura obligatoria de medicamentos, resulta inadmisibles la alteración de la competencia “*ratione materiae*” por vía de convenio entre las partes.

Por tal razón, se resuelve la incompetencia de la justicia local debiéndose remitir las actuaciones al Fuero Federal.

Comentario: En el caso, los justiciables se habían sometido a la competencia de los tribunales provinciales a tenor del convenio de afiliación firmado por la actora con

⁶⁰ GOMEZ Claudio Daniel, Ob. Cit. p. 626.

⁶¹ Publicado en LLNOA (abril), 284 Cita Online AR/JUR/65/2009.

la empresa de medicina prepaga. El juez se declara incompetente de oficio a la luz de las cuestiones que se discuten, aún con el sometimiento de ambas partes a la justicia provincial a tenor del contrato que los vinculaba. Ya desde “Fernandez Bedoya”⁶² la Corte dijo que “la declaración de incompetencia en la acción de amparo está expresamente admitida por el artículo 4, segundo párrafo, de la ley 16.986”, aceptando la posibilidad de declaración oficiosa de incompetencia en diversos pronunciamientos⁶³.

Se hace un análisis pormenorizado de la correspondencia de la competencia en el caso, y el juez resuelve declararse incompetente a la luz de las cuestiones planteadas, entendiendo que en definitiva el caso estaba alcanzado por la inadmisibilidad de la competencia federal *ratione materiae*.

Arcuri, Carmen Alicia c. Galeno S.A.⁶⁴

Resulta competente el fuero civil y comercial federal para entender en una acción de amparo impetrada por un afiliado contra una empresa de medicina prepaga a fin de obtener la extensión del plazo de cobertura de su internación clínica, pues en este caso cualquier conflicto vinculado con el reparto de competencias judiciales es susceptible de proyectar una demora en la atención del necesitado agravando su situación por motivos de excesivo formalismo.

En el caso, el juez del fuero federal se declaró incompetente por estimar que las circunstancias fácticas que motivaron este proceso guardan conexidad con las cuestiones planteadas en los autos caratulados “Arcuri Carmen Alicia s/ art. 482 del Código Civil” que se tramite en la justicia nacional en lo civil, y, así las cosas, atribuyó su conocimiento al mencionado juzgado. El titular del juzgado nacional no aceptó la competencia que le fue asignada por entender que no existía la vinculación aludida y las devolvió al juez federal que la había remitido anteriormente, quedando configurado de esta manera un conflicto negativo de competencia.

⁶² CSJN, Fallos: 270:346.

⁶³ CSJN, Fallos: 276:89; 310:1378, apud TORICELLI, Maximiliano Ob. Cit. p. 391.

⁶⁴ Publicado en DJ 2007-III, 1127. Cita online AR/JUR/6793/2007.

Así la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, dijo tener entendido que el conjunto de normas que integran el sistema nacional de salud debe ser flexible, justamente a los fines de evitar que cuando se ventilen contingencias vinculadas con prestaciones médico asistenciales no se vean divididas en cuanto a su competencia en fueros judiciales distintos a pesar de tener connotaciones de estricta analogía. Se busca evitar la falta de certeza en los litigantes la cual atenta de modo directo contra la seguridad jurídica que es uno de los bienes más preciados del derecho y, por consecuencia necesaria, incertidumbre que dificulta la vigencia real y efectiva de los presupuestos que hacen a la consecución del bien común.

Entendió que un conflicto vinculado con el reparto de competencias judiciales es susceptible de proyectar una demora en la atención del necesitado agravando su situación por motivos de excesivo formalismo.

Concluyó que en atención a que las prestadoras privadas de servicios médicos conforman el sistema nacional constitutivo de la dispensa del servicio constitucional y legal de amparo de los derechos a la salud y a la vida, particularmente resguardados por tratados internacionales que tienen rango superior a la legislación común para elevarse al nivel de Carta Magna; declarándose finalmente la competencia del fuero civil y comercial federal.

Comentario: El presente fallo pone de resalto la dificultad en la determinación de la competencia. La Ley Nacional de amparo y sus concordantes normas provinciales preceptúan que "... no podrán articularse cuestiones de competencia..." (art. 16 Ley n° 16.986), procurando que no se vea afectado el rápido trámite de los amparos. Ello no obsta a que sea el propio juez interviniente quien declare su propia incompetencia con arreglo a las normas del art. 4 de la misma Ley n° 16.986. En el caso, la Cámara Federal sopesando los intereses en pugna, dio prevalencia a la celeridad y se expidió por la competencia federal.

Como se verá en el próximo caso a analizar, la solución arribada se opone diametralmente a la que se expondrá en el caso siguiente.

Se interpone la acción de amparo en contra de una obra social y el Ministerio de Salud de la Nación para la entrega o pago de las prótesis necesarias para un menor. La obra social se niega a la prestación con base en una resolución del Ministerio de Salud que limita la cobertura. El Ministerio codemandado interpone la excepción de incompetencia aduciendo que en el caso debe entender la justicia federal. El Juez de primera instancia hace lugar a la incompetencia. La Cámara de Apelaciones revoca esa decisión y divide la jurisdicción manteniendo la competencia provincial para la obra social demandada, asimismo analiza la pretensión de la amparista haciendo lugar a la pretensión.

En el caso, la Cámara entiende que la suerte de la causa puede ser distinta para los dos litisconsortes pasivos facultativos, ya que al Estado Nacional se lo demanda en base a su deber de acatar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, mientras que a la obra social para que asigne la cobertura que le es propia. En este orden de ideas, entiende que la causa puede escindirse dividiendo la competencia y mantenerse vigente en sede provincial sólo respecto de la obra social codemandada – que no planteó la incompetencia de dicha jurisdicción- y hacer lugar a la incompetencia planteada por el Ministerio de Salud de la Nación codemandada, pretensión que deberá deducirse ante la competencia federal, ya que no hay razón para extender oficiosamente la jurisdicción federal que es de excepción y de interpretación restrictiva.

Comentario: Se entiende que la solución adoptada por la Cámara de Trenque Lauquen no encuentra razón en la solución arribada. Ello toda vez que en definitiva lo que los amparistas buscan es una prestación médica, y en este orden de ideas, no se pueden escindir las prestaciones como pretende la resolución. Pero además, se encontraban en discusión actos emanados de una autoridad federal –Ministerio de Salud de la Nación-. Se pone de manifiesto la naturaleza “federal” de la acción desde que el codemandado reviste ese carácter y además, las normas que regulan los derechos a la salud encuentran sustento en el andamiaje constitucional y los tratados

⁶⁵ Publicado en LLBA2003, 1288. Cita Online AR/JUR/2394/2003.

internacionales. Es así que en definitiva, correspondía se avocara la competencia federal a la resolución de la controversia judicial, ya que se entiende que no existía tal posibilidad de escindir las pretensiones y en definitiva el objeto del amparista no era otro que la cobertura médica.

Si bien en el caso, como se expone en la sentencia, no se plantea expresamente la solidaridad pasiva, el Estado Nacional –Ministerio de Salud de la Nación- resulta el garante último del derecho a la salud y a la vida, razón por la cual, se entiende que no se debió apartar de la acción al Estado Nacional y dejando como único demandado a la empresa de medicina prepaga entendiendo que las obligaciones demandadas a cada una de las partes podrían ser escindidas.

Rosenfeld, Ernesto c. Asociación Mutualista Empleados del Banco de la Provincia y otro⁶⁶.

Es competente la justicia en lo civil –y no la Justicia en lo Civil y Comercial Federal- para tramitar la demanda promovida contra una mutual si no se encuentra en juego normativa alguna del Programa Médico Obligatorio o del Sistema Nacional de Salud, sino que la discrepancia surge entre el afiliado y la demandada en cuanto al cese de su internación en un instituto de recuperación, a cuyo fin obtuvo una medida cautelar.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K entiende que no se encuentra en juego normativa alguna de dichos sistemas la que ni siquiera ha sido invocada por el accionante en el escrito introductorio sino que la discrepancia surge entre el afiliado y la mutual a la que pertenece en cuanto al cese de su internación en un instituto de recuperación, a cuyo fin obtuvo la medida cautelar ratificada por la Sala.

Agrega que en el caso, en relación a la aplicación del art. 38 de la Ley n° 23.661 que implementa el sistema nacional de seguro de salud establece la jurisdicción federal para la ANSSAL y los agentes de seguro, se ignora si la demandada reviste este último

⁶⁶ Publicado en La Ley Online. Cita online AR/JUR/8969/2005.

carácter por cuanto no surge de autos que haya efectuado el trámite previsto en el art. 16 del mismo cuerpo legal.

Comentario: En el caso se advierte la competencia local toda vez que lo discutido es sobre el cese de la internación de un afiliado y no se cuestionan las normas n° 23.660, 23.661 ni ninguna norma legal del Sistema Nacional de Salud. Además, el acto lesivo tampoco deviene de autoridad nacional ni se encuentran en pugna derechos con rango constitucional. En definitiva, entiende a la competencia federal como limitada y de excepción, ya que no se encuentra discutida norma nacional alguna ni emanado de autoridad nacional, por lo tanto, no corresponde el fuero federal.

Sin embargo, sería para remarcar que si bien de las constancias de autos puede no surgir que la demandada haya dado cumplimiento al trámite de inscripción previsto en el art. 16 de la Ley n° 23.661, por su actividad no escapa al marco legal previsto por el Sistema Nacional del Seguro de Salud ni de la autoridad de aplicación en los términos del art. 7 de la misma ley, razón por la cual le cabría la competencia federal *ratione personae*.

S.I. c. Sociedad Italiana de Beneficiencia en Buenos Aires y otros s/ amparo de salud.

Un afiliado a una sociedad prestadora de servicios de salud inició acción de amparo contra esta y contra el Ministerio de Salud de la Nación, a fin de obtener el reintegro de las facturas abonadas en concepto de cobertura médico asistencial de su hija menor discapacitada. El Juez Federal en lo Civil y Comercial declinó su competencia. La Cámara revocó dicha resolución.

El Juez Federal civil y comercial se declaró incompetente.

Ante la declaración de incompetencia, la parte actora interpuso recurso de apelación atento a que “no solicitó en la demanda el reintegro de suma alguna abonada por ella, lo que se peticiona es abonarle a la prestataria del servicio la parte impaga de las facturas que la prepaga se niega a pagar aduciendo no corresponderle”.

La Cámara entendió que las cuestiones que se debaten no se ciñen a la decisión respecto de meras desavenencias de índole contractual, sino que se exigirá el examen de las normas que estructuran el sistema de salud.

Comentario: La Cámara Federal entiende que lo que se discute en el fondo, son en definitiva normas que estructuran el sistema de salud. Siendo estas leyes las n° 23.660, 23.661, 24.901, entre otras, corresponde la competencia *ratione materiae* de la jurisdicción federal. Como ya lo han dicho distintos autores, el problema para determinar la competencia pasa por dilucidar si la solución del pleito depende en concreto, es decir, en forma directa e inmediata del derecho federal invocado, pues si la tutela que se pretende hacer valer en juicio no está directamente fundada en la constitución, tratado o ley especialmente regidos pues la competencia queda reservada para los tribunales locales⁶⁷.

Como corolario de lo expuesto en este punto, podemos asegurar que la acción de amparo ha sido consagrada como acción expedita y rápida orientada a lograr la mayor celeridad posible en el acceso a la justicia, sin perjuicio del deber de garantizar el principio dispositivo y el derecho de defensa, y así viene siendo usada por los distintos tribunales provinciales, nacionales y federales.

Más allá de toda discusión sobre el acierto o desacierto de los fallos judiciales expuestos, esto pone en evidencia en definitiva la importancia del resguardo de la salud de las personas como derecho primordial de la vida humana. Y es en esta tesitura que los distintos jueces que resuelven las causas, en aras de salvaguardar la exigüidad de los plazos o el posible derecho conculcado, se advierte en esta jurisprudencia que las interpretaciones resultan de lo más diversas en relación a un tema tan complejo como la determinación de la competencia judicial.

4.2.b. La determinación del tipo de competencia provincial:

Como ya se adelantó en relación al tratamiento de la competencia judicial, ahora nos referimos específicamente a la competencia judicial provincial esto es la ejercida

⁶⁷ Cfr. TORICELLI, Maximiliano, Ob. Cit. p. 389.

por los Tribunales que integran el Poder Judicial Provincial y más particularmente, la de la Provincia de Córdoba.

Si bien en la modificación de la Ley tributaria que se citó en los apartados precedentes no establece taxativamente si el desplazamiento de la competencia al fuero contencioso administrativo es una cuestión *ratione personae* ó *ratione materiae*, reconocida doctrina⁶⁸ local se inclina por esta última.

Determinar el tipo de competencia reviste de mucha importancia, ya que como es sabido, la competencia material es improrrogable, sin embargo, la competencia personal sí puede ser prorrogada por las partes, ya sea de manera expresa o tácita. Aún en el caso en el cual la Nación sea parte, o alguna de sus reparticiones autárquicas, la competencia personal puede ser declinada desde la jurisdicción de sus propios tribunales federales en favor de los tribunales provinciales.

Siguiendo a Velloso⁶⁹, la competencia como límite funcional de la extensión del poder jurisdiccional, admite diversos tipos de clasificación funcional, que ya han intentado otros autores ateniéndose a diferentes pautas que parten desde el punto de vista de la ley o del litigante.

Velloso clasifica a la competencia distinguiéndola en pautas objetiva y subjetiva, y dentro del primer tipo, diferencia a la competencia material de la personal. En cuanto a los criterios de clasificación en razón de la materia litigiosa, explica que mira a la materia a que pertenece la pretensión deducida. Esto es: la pertenencia de la pretensión a una materia determinada la realizan las leyes de fondo que señalan el radio de acción, el círculo dentro del cual todos los hechos, actos o negocios jurídicos serán alcanzados por ellas. Por tanto, la fijación de la materia surge *ab initio* según sea civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc., acto o negocio jurídico constitutivo de la pretensión.

⁶⁸ PALACIO de CAEIRO, Silvia B. Ob. Cit. p. 304.

⁶⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado, *Jurisdicción y competencia*, disponible en página web: http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf [Consulta: 28/02/2016]

En cuanto a la competencia *ratione personae*, el Dr. Haro⁷⁰ la identifica explicando que en estas “... ya no interesa el contenido o materia jurídica en debate, sino que se atiende primordialmente a la pertenencia o investidura federal de las personas que actúan como sujetos de la relación litigiosa”.

Agrega Velloso que “independientemente de que la clasificación material corresponda en principio a las leyes de fondo, las leyes procesales efectúan a veces una reclasificación de esta índole al atribuir determinados asuntos a ciertos tribunales”.

Pero lo cierto es que las Leyes n° 10.249 y 10.323 no son leyes de fondo, sino que son leyes que vienen a modificar el Código Tributario Provincial (Ley 6.006), pero que modifican la Ley de Amparo Provincial en los puntos antes aludidos.

Ajustados a la materia de amparos, mucho se ha discutido en relación a la creación de tribunales especializados en amparos que permitan darle a esta acción la dinámica y la rapidez que el proceso mismo exige. Toricelli⁷¹ afirma que en esta clase de procesos, además de la cuestión de los tribunales especializados, se ha discutido sobre la posibilidad de plantear la excepción de competencia como excepción previa, de admitir o no la declaración de oficio por parte del juez y de distribuir las causas según caigan en la órbita provincial o federal.

A pesar de cualquier discusión, la Ley Impositiva Anual no derogó ni modificó el art. 16 de la Ley Provincial de Amparo que establece que “*es improcedente la recusación sin causa y no podrán articularse cuestiones de competencia, excepciones previas ni incidentes*”; y además de ello, la Ley Provincial n° 8.465⁷² en su artículo 1 establece que “*La competencia atribuida a los tribunales provinciales es improrrogable, con excepción de la territorial. ... y la incompetencia del tribunal no puede ser declarada de oficio*”, con lo que parecería que la Ley impositiva analizada, lejos de mantener esa postura amplia a la cual alude la doctrina y que establece la Corte

⁷⁰ HARO, Ricardo, 2014, *La competencia federal de los tribunales del poder judicial de la Nación*, en *Revista de Derecho procesal 2014-2- Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 267.

⁷¹ TORICELLI, Maximiliano, 2014, *La competencia en el Amparo*, *Revista de Derecho Procesal 2014-2- Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 374.

⁷² Ley de la Provincia de Córdoba n° 8.465 sancionada con fecha 27/04/1995 y publicada en el B.O. el 8/06/1995.

Suprema de Justicia, la restringe en aquellos casos en los cuales el Estado provincial se ubica en el polo pasivo de la acción de amparo.

Con todo, si se reconoce que la competencia es personal, pues entonces el Estado Provincial en sentido amplio, podría ser demandado en un Tribunal de primera instancia y atento a que la incompetencia no se puede plantear de oficio, si el Estado no llegara a contestar el traslado del artículo 8 y por tanto no plantear la incompetencia en la primera oportunidad procesal, quedaría radicada la causa en este Tribunal por consentimiento tácito del demandado.

Pero por el contrario, si la competencia que se le reconoce a las Cámaras Contencioso Administrativo y a las Civil y Comercial es material, entonces la competencia no puede ser disponible para las partes.

Como vemos en este punto, no es fácil determinar o fijar una competencia para cada caso en particular. Y ello es conforme con varias conclusiones a las que podemos llegar en relación a la competencia judicial.

Como vemos, desde el punto de vista conceptual teórico normativo, *prima facie* no existen discusiones. Sin embargo, como se analizó en los casos traídos a estudio, cuando se adita el elemento “salud”, esta claridad empieza a ser más y más borrosa, volviéndose los límites cada vez más difusos. Y esto lo podemos explicar en esta instancia asegurando que cuando el tema a tratar es salud, los tribunales deben hacer prevalecer el derecho sustancial en juego, esto es, el derecho a la salud y su correlativo derecho a la vida.

En segundo lugar, y en directa e íntima relación con el anterior, ya lo tiene definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde que nunca un derecho procesal podrá interferir en el cumplimiento o la garantía de un derecho sustancial. Es por ello que, en cuanto al derecho a la salud, y en tanto se encuentre realmente comprometido un tratamiento médico urgente, es obligación de los jueces —e incluso de todo funcionario de los distintos poderes de gobierno— garantizar el acceso a la salud de todas las personas.

Allí radica en parte la complejidad del tema.

4.2.b.I. El principio de prevención:

Otro aspecto que plantea la modificación normativa y no puede soslayarse, es el vinculado al principio de prevención y de conexidad. Este principio de prevención también está previsto en la Ley Provincial de Amparo en su art. 4 último párrafo que establece “*Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el Juzgado que hubiere prevenido, disponiéndose la acumulación de autos en su caso*”.

Ha sido adoptado por el Supremo Tribunal de Justicia en el sentido que “la competencia es desplazada hacia el juez que primero intervino en el tiempo, anticipándose a otro a quien pertenecería igualmente la causa, el que quedaría consecuentemente excluido para continuarla. La naturaleza de la acción de que se trata, requiere evitar las cuestiones que atenten contra su celeridad, y lograr la pronta solución del problema que se debate. La teleología de la norma persigue mantener la unidad de criterio frente a la identidad de objeto y causa que motivan los distintos reclamos”⁷³.

Sin embargo, la doctrina⁷⁴ interpreta este principio “restrictivamente” en cuanto a que debe ser utilizado de modo adecuado y razonable teniéndose en cuenta fundamentalmente las condiciones de identidad exigidas por la norma. Tiene afirmado también que en los casos en los cuales no hay identidad de sujetos ni de objeto por ser las pretensiones reclamadas absolutamente disímiles, no es aplicable; y pone énfasis en este punto trayendo a colación las acciones de amparo por derechos a la salud, que requieren el examen de iguales normas pero con plataformas fácticas y móviles subjetivos diferenciados.

Pero es que resulta difícil entender cómo funciona esta interpretación del principio de prevención ya que sería casi imposible imaginar un caso judicial donde haya plena identidad de sujetos y de objeto con pretensiones iguales sin hablar de una misma acción judicial.

⁷³ TSJ, Sala Civil y Comercial APUD PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. Ob. Cit. p. 307.

⁷⁴ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., Ob. Cit. p. 308.

Más allá de estas interpretaciones, ni el art. 4 de la Ley n° 4915 ni el art. 7 de la Ley n° 8.465 establecen “condiciones de identidad plena”, y menos aún la jurisprudencia.

La Cámara 7a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba⁷⁵ explicó que para que proceda el principio de prevención “debe existir identidad en la afección o patología de los solicitantes, ya que el fundamento del fuero de prevención y concentración de competencia radica en lograr dar análoga solución jurídica a casos idénticos, evitando el dictado de sentencias contradictorias”.

En otro fallo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Córdoba⁷⁶, en cuanto a la no existencia de identidad de partes, el voto en disidencia del Dr. Tinti explica que el desplazamiento de la competencia no opera de manera automática por el simple hecho de que ambas causas se sujeten a igual regla de derecho, toda vez que además debe existir identidad de situación fáctica, cuando no de partes, que justifiquen la intervención de un único tribunal a fin de evitar sentencias contradictorias.

Así también, el Tribunal Superior de Justicia⁷⁷ aplicó el principio de prevención cuando entendió que en el amparo promovido en otra causa ante el mismo fuero se ejerció una pretensión de análogo contenido a la que motivara el pleito, razón por la cual se da la conexidad prevista en el art. 4 de la Ley Provincial n° 4.915 como determinante de la concentración de la competencia.

Con todo, queda claro que el principio de prevención tiene como objetivo mantener una unidad de criterio frente a identidad de objeto, y en este tipo de acciones,

⁷⁵ Cámara 7ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos caratulados “Surroca, Diego Ariel c. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba s/ amparo”. La Ley. Cita online: AR/JUR/3781/2015.

⁷⁶ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos caratulados “Torres, Luis Alberto c. Caja de Jubilaciones de la Provincia de Córdoba s/ Amparo – Recurso de Apelación”. La Ley. Cita Online: \\ar/JUR/56999/2014.

⁷⁷ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala electoral, de competencia originaria y asuntos institucionales en autos caratulados “Gómez, Josefa Natalia c. Dirección General de Rentas. La Ley. Cita Online: AR/JUR/3330/2007.

atento su propia naturaleza, requiere evitar cuestiones que atenten contra su celeridad, y lograr pronta solución del problema que se debate.

4.2.b.II. Plazo de perención de la acción:

Palacio de Cairo⁷⁸ afirma que “en el criterio del TSJ y de los tribunales de la provincia de Córdoba la acción de amparo admite el modo anormal de culminación del reclamo judicial a través del instituto de la perención de instancia”, sin embargo, este criterio no es uniforme en la jurisprudencia nacional⁷⁹ por la naturaleza de la acción que estudiamos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁰ ha fallado en el mismo sentido que nuestro Tribunal Superior de Justicia, incluso ante la existencia de una medida cautelar dictada en el marco de la acción de amparo. Estableció que “La circunstancia de hallarse pendiente de resolución la medida cautelar peticionada por la actora no obsta a la declaración de caducidad de instancia desde que pesaba sobre ella la carga de impulsarla y no lo hizo...”.

Sin embargo, como ya se adelantó, la jurisprudencia nacional no es uniforme, tal por ejemplo en la Provincia del Chaco, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de la Provincia de Chaco⁸¹ entendió que en los términos del artículo 19 de la Constitución Provincial, la acción de amparo no perimía.

Volviendo a la Provincia de Córdoba, y lejos de los amparos en salud, la Ley impositiva reduce el plazo para que opere la perención o caducidad de instancia a tres meses ante la inactividad del actor en el trámite judicial (art. 17 bis) y siempre y cuando el demandado sea el Estado (en sentido amplio). Es decir, sólo cuando el demandado es la Provincia de Córdoba la perención contra esta parte opera a los tres meses, dejando incólume la norma originaria en los otros casos, aplicándose por tanto de

⁷⁸ PALACIO DE CAIRO, Ob. Cit. p. 323.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados “Calas, Julio E. c/ Provincia de Córdoba y otro” La Ley. Cita Online: AR/JUR/10096/2006.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados “Municipalidad de Crespo c/ Provincia de Entre Ríos y otros”. La Ley. Cita Online: AR/JUR/10310/2006.

⁸¹ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Chaco en los autos caratulados “Asociación Gremial Unión de Empleados Legislativos (AGUEL) c/ Gobierno de la Provincia de Chaco y/o IN.S.S.SE.P. La Ley. Cita Online: AR/JUR/158/2008.

manera supletoria el plazo de perención de instancia previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, que según su art. 339 inc. a) es de un año.

4.2.b.III. El desdoblamiento de la instancia ante la perención de instancia:

El artículo 4 bis en su tercer párrafo introducido en la Ley de Amparo establece que “si la acción de amparo se interpone en contra de más de una persona, y alguna de ellas fuera el Poder Ejecutivo, ... será igualmente competente el fuero Contencioso Administrativo, conforme lo establecido en el párrafo anterior”.

Ahora bien, en el marco de una acción judicial en la cual es Estado Provincial sea codemandado, y en tanto no se instare el curso de la acción por un plazo superior a tres meses, el Estado podría interponer la perención de instancia.

Porque así lo dispone el artículo 17 bis ya que “la instancia en la acción de amparo interpuesta en contra de los Poderes ... perimirá cuando la causa se haya encontrado paralizada por más de tres (3) meses sin que el demandante inste su prosecución, cualquiera sea su estado, siendo de aplicación al respecto las disposiciones del Capítulo VII, Título II de la Ley nº 7182”.

En otra norma también del Código Tributario Provincial se genera esta suerte de fractura de la instancia. Es el caso de las previsiones del artículo 302 inciso 1 párrafo segundo de la norma tributaria, que prevé la caducidad de pleno derecho sólo para la Tasa de Justicia en el trámite del Beneficio de Litigar sin Gastos cuando no se instare su curso dentro del plazo de seis meses. La norma que prevé la caducidad del derecho, se refiere sólo en relación al pago de la Tasa de Justicia, y por tanto, como está propuesta en el Código Tributario provincial, implica (como hipotéticamente sucedería en el caso que nos ocupa) la división de la instancia en provecho del fisco provincial, dejando subsistente el procedimiento de beneficio de litigar sin gastos para todas las demás gabelas contenidas en el art. 140 del C.P.C.C.

Parte de la doctrina nacional, entre ellos Falcón⁸², enseña que la instancia es indivisible y es consecuencia de esta regla que la caducidad beneficia o perjudica a todos los que intervienen en el juicio. Esta tesis también ha sido sostenida por el Tribunal Superior de Justicia en autos “Radiodifusora Mediterránea S.A. c/ Centraliza Producciones y otros – Rendición de Cuentas – Recurso Directo” (R 01/07)⁸³.

¿Cabría entonces interpretar finalmente que, entendiendo la instancia como proceso único para las partes, en aquellos casos en los cuales el Estado Provincial sea codemandado, este artículo no sería aplicable y sí el artículo 339 inciso 1) del C.P.C.C., ello toda vez que no podría perimir la instancia sólo para una de las partes del litigio y dejarla subsistente para las otras; teniendo como referencia el principio del mejor derecho para el amparista?.

Con lo planteado, se avisa que las cuestiones planteadas en torno a este tipo de acción judicial, lejos de ser clara y tener criterios unánimes, las situaciones son muy diferentes según las partes involucradas en el proceso, y aún más, no sólo en relación de las partes, sino asimismo, según el polo activo o pasivo que las partes tengan en los distintos procedimientos.

4.2.c. El esquema de protección de la salud en Argentina:

La arquitectura prestacional compuesta por sistemas y sub sistemas de salud define el sistema de salud argentino; y es el Estado el garante último del derecho a la salud, debiendo intervenir ante la falta de respuesta, o de la respuesta inadecuada o tardía que podrían brindarle las Obras Sociales, Empresas de Medicina Prepagas, Seguros de Salud a sus afiliados.

En todo caso, el Estado Federal deberá responder incluso ante la deficiencia de las provincias, tal como ya lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 323:3229), lo que resulta dentro del marco constitucional, convencional y

⁸² FALCÓN, Enrique M., 1996, *Caducidad o Perención de Instancia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 23.

⁸³ Fallo citado en autos “Pastrana Ivana Anabella – Beneficio de Litigar sin gastos – Recurso de Apelación” (Expte. 2194637). Cámara 1º en lo Civil y Comercial”.

legalmente exigible teniendo en cuenta las obligaciones del Estado Nacional frente a la satisfacción de los derechos fundamentales en el marco de nuestra organización federal.

En definitiva, el esquema prestacional se encuentra contemplado y definido a nivel federal y provincial por un plexo normativo disperso, inorgánico y vasto en el que normas de carácter constitucional regulan las relaciones de los actores del sistema de salud⁸⁴.

En este marco, se entiende junto con Acuña⁸⁵ que en la práctica, el sistema de salud se caracteriza por su fragmentación y presenta dificultades en orden a la coordinación y articulación, lo que atenta contra el uso eficiente de recursos y el logro de niveles aceptables de equidad en su cobertura, y es en estas deficiencias cuando el propio Estado (sea cual fuere la esfera) debe intervenir.

Un caso provincial con repercusión internacional⁸⁶:

Se trae a colación en este punto este antecedente judicial, que ilustra esencialmente los alcances de las acciones judiciales que incluso llegan a impactar de manera directa en sistemas internacionales, como en el caso, en una jurisdicción extraña que es Brasil.

Es un caso que muestra palmariamente los efectos de las acciones judiciales y cómo ellas llegan a modificar de manera directa e indirecta las políticas públicas de salud.

En el año 2012 se estudió una acción judicial cuyo objeto fue la realización de procedimientos quirúrgicos a dos personas menores de edad de nacionalidad argentina que sufrían de fibrosis quística. La sentencia condenó a la parte demandada a cubrir el

⁸⁴ Cfr. CARIGNANI, Agustín, ROBLEDO, Federico. 2015, *El Sistema de Protección de la Salud de la Argentina: perspectiva y desafíos en: Derecho y Salud como realidades interactivas*. Thomson Reuters: ARANZADI.: Navarra, España. Primera Edición, p.990.

⁸⁵ ACUÑA, C.H.; CHUDNOVSKY, M. “El sistema de Salud en Argentina” Disponible en <http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/salud/dircap/mat/matbiblio/salud.pdf> (Consultado el 18.01.2016).

⁸⁶ El caso planteado fue estudiado durante el año 2012 y presentado en el marco de la Especialización de Derecho Sanitario realizada en la Fundación Oswaldo Cruz – Bireme Brasilia.

trasplante de pulmón con donante vivo en el Hospital de la Santa Casa de la Misericordia de la ciudad de Porto Alegre, del Estado de Rio Grande del Sur, Brasil.

La sentencia de esta acción judicial dictada por un tribunal de la Provincia de Córdoba de Argentina, tuvo efectos en Brasil, y allí justamente radica la importancia de este tipo de resoluciones judiciales dadas las consecuencias que la misma tuvo en ambos países y en el marco legal en el cual las mismas fueron dictadas y la consecuente reacción de los Poderes Ejecutivos de ambos países.

La acción judicial fue interpuesta por los representantes legales de la menor en contra del Estado Nacional, Estado Provincial y la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) en la Provincia de Córdoba el 27/08/2010. La sentencia dictada hizo lugar a la pretensión y la operación tuvo lugar en la ciudad de Porto Alegre, Brasil en el Hospital de la Santa Casa de la Misericordia el 18/01/2012 trasplantándose un pulmón con donante vivo, lo que hasta esa estaba prohibido en Argentina.

En el caso, el juez entendió que el Estado argentino debe garantizar la integridad física de la salud y la vida de las personas en base a los principios constitucionales y supra constitucionales introducidos por medio de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos entendiendo que el *holding*⁸⁷ de estas acciones legales está relacionado con que el Estado debe asegurar la integridad física y el derecho a la salud dada la gravedad de la patología de la parte actora.

Argentina hasta entonces carecía de normas legales que previeran procedimientos quirúrgicos de trasplante de órganos entre donantes vivos de pulmón, y a los fines de garantizar el derecho a la salud y con el conocimiento que el procedimiento recomendado era realizado en un país vecino, el juez hace lugar a la pretensión.

Por tanto, el sistema legal argentino hasta el mes de febrero de 2012 carecía de norma legal alguna que permitiera la realización del trasplante de pulmón con donante

⁸⁷ Holding. Es la respuesta para la cuestión central planteada en la acción judicial y el razonamiento seguido por el juez para resolver.

vivo; y Brasil hasta febrero del año 2012 no tenía reglamentación alguna para intervenciones quirúrgicas entre ciudadanos extranjeros no residentes en Brasil. Fue recién con el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 239 de fecha 13/02/2012 que se reglamenta el trasplante de pulmón con donante vivo, el cual modificó el art. 14 del Decreto n° 512 de fecha 17/04/1995. Por su parte, Brasil sufre una modificación muy similar: hasta entonces no existía previsión legal alguna que permita la realización de este tipo de procedimientos legales en extranjeros no residentes en el país hasta la *Portaria*⁸⁸ del Ministerio de Salud de la Nación n° 201 de fecha 08/02/2012 que dispone sobre la remoción de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano entre personas vivas para fines de trasplante en el territorio nacional de Brasil y alcanzando a extranjeros no residentes en el país.

Es decir, después de febrero de 2012 Argentina legisló para autorizar el trasplante de pulmón entre personas vivas y Brasil reglamentó el procedimiento de trasplante para extranjeros no residente en el país, obligando a la inclusión de la lista oficial de espera para trasplante.

Más allá de cualquier discusión sobre la efectividad del tratamiento recomendado para la fibrosis quística, lo cierto es que esta acción judicial trajo aparejada la modificación de las normas sobre trasplantes en dos jurisdicciones distintas de países vecinos, cuyas normas se dictaron con una diferencia entre ellas de apenas cinco días. Lo que a la postre, nos empieza a mostrar la importancia de la repercusión de las intervenciones del Poder Judicial en cuestiones que se entienden reservadas exclusivamente al Poder Ejecutivo, verbigracia, el dictado de las políticas públicas de salud.

4.2.d. El derecho a la salud y el Derecho Sanitario: El alcance judicial.

Neilton Araujo de Oliveira⁸⁹ al explicar el concepto de Derecho Sanitario nos explica que la primera idea que se nos ocurre con la expresión de “Derecho Sanitario”

⁸⁸ Portaria. Es una Resolución dictada por el Ministerio de Salud de la Nación de Brasil.

⁸⁹ ARAUJO de OLIVEIRA, Neilton. “Direito Sanitário: Oportuna discussão via coletânea de textos do blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania” Direito Sanitário: Para além da judicialização da saúde, um campo novo de conhecimento, uma nova articulação política e plural pela cidadania. Libro producido por ANVISA, CONASEMS y CONASS, p. 66. Traducción libre.

es el estudio y el desarrollo de una nueva rama del derecho, y que acompañando el crecimiento de la judicialización de la salud, pasa a tener una mayor entidad. Es por esta razón de que existe el riesgo de vincular el “Derecho a la Salud” con la judicialización de la salud.

Que la salud es un derecho de todos y el Estado debe garantizar este derecho no es una premisa autóctona de Argentina. Este precepto, deviene dado por la norma Constitucional argentina, sí, pero también por los Tratados Internacionales que se incorporaron al bloque constitucional con la reforma de 1994. Se planteó al principio que la premisa no es autóctona de Argentina, porque en realidad, la judicialización de la salud en los países que tienen un sistema público de salud como el nuestro, entre ellos Brasil y en Europa a España, entre otros, este es un fenómeno que preocupa y mucho.

Siguiendo al profesor Neilton Araujo⁹⁰, debemos completar aquella premisa diciendo que este derecho a la salud, debe ser garantizado mediante políticas sociales y económicas que garanticen el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para la promoción, protección y recuperación de la salud.

En esta instancia es importante diferenciar dos términos. Por un lado, la judicialización de la salud, entendiéndola como aquellas acciones judiciales tendientes a garantizar el acceso a la salud; y por otro lado, el término Derecho a la Salud, entendido como la efectivización del derecho a la salud, el derecho de todos los ciudadanos como un término que incluso comprende la judicialización de la salud.

Costa Cardoso⁹¹, explica que la organización de los recursos para la salud es, de hecho, un problema complejo cuya solución debe considerar simultáneamente la satisfacción de las necesidades de salud de la población y la optimización de los medios disponibles.

⁹⁰ ARAUJO de OLIVEIRA, Neilton. Ob. Cit.

⁹¹ COSTA CARDOSO, Antonio José., 2013, *Políticas de saúde: universalizar ou focalizar é a questão* en: *Direito Sanitário em Perspectiva*. ESMPU: Brasília, p.50. Traducción libre.

Piola⁹² enseña que en salud debemos tener también presentes tres principios: el principio del mínimo existencial, entendido como el abanico de servicios de salud a los que tiene derecho la población de forma irrenunciable; el principio de la reserva de lo posible fundado en la idea de que los recursos públicos, necesarios para efectivizar los derechos sociales no son ilimitados; y finalmente, la prohibición del retroceso social, que analiza la posibilidad de que una norma infraconstitucional restrinja derechos o comprometa la integralidad de los derechos ya reconocidos.

Las acciones judiciales en salud contra el Estado sea provincial o nacional como garante último del derecho a la salud, vienen avanzando en procura de todo tipo de medicamentos y tratamientos, insumos médicos y productos de salud. Esto obliga a los jueces a resolver en el marco del bloque constitucional, aún en aquellos casos complejos cuya respuesta no es clara ni fácil de adoptar, el juez debe siempre resolver en aras de su característica *non liquet*⁹³.

Es cierto que los estados deben adaptar sus políticas públicas en función de las mejores opciones curativas o paliativas de una enfermedad, incorporando en caso de ser necesario estas nuevas tecnologías médicas en las políticas públicas de salud. Cuando cuestiones tan sensibles como la salud y la vida están en juego, el Estado debe estar siempre dispuesto a oír las necesidades de los ciudadanos, sea por medio de acciones judiciales individuales o colectivas, sea por movilizaciones, llevando a una progresiva adaptación de las normas a las nuevas necesidades sanitarias.

El crecimiento de las acciones judiciales de amparo en Argentina es un hecho tangible. Robledo⁹⁴ explica que según los datos aportados por la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, rankea a la Salud dentro de los cinco rubros más consultados

⁹² PIOLA, Sergio Francisco. *Financiamento público da Saúde: algumas questões*. APUD CAMPOS ALVES, Sandra, DELDUQUE, Maria Celia y DINO NETO, Nicolao. 2013, *Direito Sanitário em Perspectiva*. ESMPU: Brasilia, p. 94. El concepto que se desarrolla en este punto también ha sido abordado por otros autores como por ejemplo Jarbas Ricardo Almeida Cunha.

⁹³ Cfr. DELDUQUE, Maria Celia; MARQUES, Silvia Badim. 2009, *O Direito Social à Saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões Judiciais*. In: DELDUQUE, Maria Celia (Org). *Temas atuais de Direito Sanitário*. Brasilia: CEAD/FUB. ISBN: 978-85—7804-039-0.

⁹⁴ ROBLEDO, Federico. 2015, *Judicialización: La nueva enfermedad de la salud. Análisis y desafíos de su tutela constitucional a través del bioamparo*, en: *Derecho a la salud: Desafíos, problemáticas y aspectos novedosos*. Lerner: Córdoba, p. 90.

a la línea de atención gratuita de Defensa del Consumidor. Afirma que los reclamos en esta materia, lideran todas las mediciones anuales.

Este crecimiento de la judicialización en materia de salud, muestra un conflicto que se plantea inexorablemente en el sistema político, jurídico y médico sanitario⁹⁵ cuando las necesidades individuales y colectivas se permean en la garantía de un derecho tan complejo como es el derecho a la salud.

Como ya lo dijimos, este conflicto no se ciñe sólo a la frontera Argentina, sino que se presenta en otros países como es el caso de Brasil, donde se ha pactado en llamarlo *judicialización de las políticas públicas en salud*⁹⁶.

Esta judicialización de las políticas públicas en salud se dan cuando las decisiones que toman los jueces trascienden los contornos tradicionales del sistema judicial y afectan cuestiones de otros sistemas, como el político y el económico. Es decir, cuando la decisión judicial se escapa del ámbito del Poder Judicial y trasciende y repercute en el ámbito del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Esta intervención de ámbitos (esferas de gobierno o como lo identifica Niklas Luhmann “sistemas”) dista mucho de ser nueva o novedosa. Luhmann reveló que el comportamiento de los “sistemas sociales” podría explicarse desde la teoría de los sistemas. Entendía que los distintos sistemas, político, económico, jurídico se acoplan entre sí lo que implica una relación no causal entre un sistema y su entorno.

Este autor enseñó que se da la judicialización de las políticas públicas cuando el Poder Judicial, órgano central del sistema jurídico, pasa a actuar más allá de los límites estructurales de ese sistema, operando con herramientas propias del sistema político sin tener capacidad para ello, ejerciendo de esta manera, una función que sólo el sistema político puede ejercer en la sociedad, la que es la toma de las decisiones colectivamente vinculantes. En otras palabras se trata de la sobreposición de las

⁹⁵ Cfr. DELDUQUE, Maria Celia; MARQUES, Silvia Badim y CIARLINI, Alvaro. 2013, *Judicializacao das Políticas de Saúde no Brasil*, em: *Direito Sanitário em Perspectiva*. Brasilia, ESMPU, FIOCRUZ, p. 182.

⁹⁶ Cfr. DELDUQUE, Maria Celia; MARQUES, Silvia Badim y CIARLINI, Alvaro., 2013, *Judicializacao das Políticas de Saúde no Brasil*, em: *Direito Sanitário em Perspectiva*. Brasilia, ESMPU, FIOCRUZ, p. 182.

decisiones judiciales a las decisiones políticas, elaboradas por este sistema de acuerdo con su función específica en la sociedad. La judicialización de las políticas públicas (de salud), desde este punto de vista, sería temeraria porque implicaría un desequilibrio entre los sistemas sociales⁹⁷.

Las políticas públicas que son materializadas a través de leyes, tienen como objetivo garantizar un derecho, lograr un objetivo de bien común. En la materia que nos reúne, se trata del área de salud en la cual existen afectados programas que requieren para funcionar recursos económicos que sin duda alguna, son finitos.

En los últimos años se ha acuñado también el término de “activismo judicial”⁹⁸, y entendido muchas veces de manera indistinta con el de “judicialización de la política”, términos que fueron explicados como un reposicionamiento de los jueces al haber ido adquiriendo mayor relevancia, es decir, la redefinición de los jueces en la democracia y del uso del poder del que disponen para intervenir en los asuntos públicos⁹⁹. La conceptualización, positiva o negativa del activismo judicial puede reflejar también las posturas en relación a cuál debe ser el límite de la actuación de los jueces cuando toman decisiones que afectan a los otros poderes del Estado.

Epp¹⁰⁰ explica que existe activismo judicial cuando las cortes generan una revolución de derechos. Dice el autor: “... la Corte se ha proclamado, esencialmente, el guardián de los derechos individuales del ciudadano común. En el proceso, la Corte creó o amplió una serie de nuevos derechos constitucionales, entre ellos prácticamente los derechos que ahora se consideran esenciales para la constitución”.

⁹⁷ CAMPILONGO, C.F. Política, sistema jurídico y decisión judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁹⁸ VILLALOBOS, Marco Feoli. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S7018-97532015000200006 [Consultado el 17/01/2017].

⁹⁹ VILLALOBOS, Marco Feoli. Ob. Cit.

¹⁰⁰ EPP, Charles. *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press. Texto original: *the Court had, essentially, proclaimed itself the guardian of the individual rights of the ordinary citizen. In the process, the Court created or expanded a host of new constitutional rights, among them virtually of the rights now regarded as essential to the constitution*” Traducción libre.

Entonces, a pesar de su normal tratamiento similar, se puede identificar el activismo judicial de la judicialización de la política pública, identificando al primero como una decisión judicial que contesta los actos de los poderes, reconoce o expande derechos, utiliza las sentencias interpretativas para que prevalezca una forma de entender las normas, cuando define una política pública o cuando concede más de lo pedido por una parte dentro de un proceso judicial. La judicialización de las políticas públicas, entonces, es cuando a un órgano judicial se le da prerrogativas de control sobre las decisiones de los otros poderes públicos o cuando las cortes son buscadas para dirimir conflictos que antes se resolvían en el ámbito de los otros órganos estatales.

A este activismo judicial lo podemos ver en las acciones de amparo, cuando los Tribunales intervienen para la efectivización del derecho a la salud cuando realizan una interpretación del derecho constitucional y supraconstitucional vigente que otorga el reconocimiento a este derecho aún *contrario sensu* de las políticas públicas de salud. Por ejemplo, el tan reiterado caso de las sentencias judiciales que hacen lugar a la cobertura de un medicamento que no está aprobado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) y sin que el medicamento tenga autorizada la importación para un determinado paciente conforme lo establece la Disposición n° 10.401/16 de la ANMAT.

Se entiende que el activismo judicial, en un sistema de control constitucional difuso como es el nuestro es un gran avance. Sin embargo, implica un gran riesgo a la delimitación de las políticas públicas.

4.2.e. El deber del Estado de garantizar la salud:

En Argentina, esta protección de la salud, con el alcance que vimos en los párrafos que anteceden, reconoce como instrumento procesal constitucional que de modo primordial se utiliza para canalizar las pretensiones en materia de derecho a la salud, a la acción de amparo¹⁰¹.

¹⁰¹ Cfr. BAZAN, Victor. Derecho a la Salud y Justicia Constitucional. Ob. Cit. p. 201.

Los antecedentes judiciales que se recaban, presenta como déficit la falta de planificación adecuada o de las fallas de ejecución de programas ante la ausencia de un sistema sanitario consistente y estructurado de políticas públicas de corte social. Lorenzetti afirmó que “ninguna sentencia judicial aislada, ninguna ley por sí sola va a solucionar estos problemas. Se necesitan políticas públicas coordinadas. Lo que hacen las sentencias de la Corte es decir cuáles son los derechos que tienen estas personas, y estos derechos han sido incorporados en estas sentencias judiciales. Por lo tanto son efectivos, tienen que implementarse, son obligatorios, son normas jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad. Pero de nada sirve si no tenemos políticas de salud, políticas sociales que implementen los demás poderes del Estado. Esto lleva a la excesiva judicialización de los problemas de derechos humanos, el cual no es el mejor escenario”¹⁰².

En definitiva, es indudable que en el marco constitucional y convencional actual el Estado nacional es el garante último del sistema de salud, sin perjuicio de las obligaciones que correspondan a otros actores públicos y privados¹⁰³.

Bazán¹⁰⁴ nos adelanta justamente que “uno de los desafíos más notorios en este campo consiste en remover los obstáculos y superar (o al menos mitigar) tales marginalizaciones sociales que atentan contra la operatividad de ciertos derechos fundamentales, como el de la salud, debiendo implementarse medidas de acción positiva como imágenes derivadas de la construcción de un adecuado sistema estructural de políticas sociales que garantice un piso isonómicamente sustentable”.

Y es justamente en este punto donde se dificulta la materia del derecho sanitario, en establecer políticas públicas de salud que garanticen la igualdad en la distribución del acceso a la salud de manera sustentable. Sin embargo, la dificultad no puede convertirse en imposibilidad.

¹⁰² LORENZETTI, Ricardo L., *Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina*, en COHEN HUGO (comp.) “Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales” *apud* BAZAN, Víctor. Derecho a la Salud y Justicia Constitucional. Ob. Cit. p. 202.

¹⁰³ COURTIS, La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos *apud* BAZAN Derecho a la Salud y Justicia Constitucional. Ob. Cit. p. 207.

¹⁰⁴ BAZAN, Víctor. Derecho a la Salud y Justicia Constitucional. Ob. Cit. p. 209.

Estas dificultades se advierten en cada sentencia judicial, en cada decisión que lleva muchas veces a modificar las afectaciones presupuestarias de un programa para atender una manda judicial.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 trajo aparejadas grandes consecuencias en cuanto a reconocimiento de derechos, y particularmente modificó la estructura constitucional. Ya no se trata de un mero Estado de Derecho como se decía antes, sino que ahora, desde la inclusión de los Tratados Internacionales, estamos frente a un Estado Constitucional y Convencional, que debe adecuar su actuar no sólo a las normas del derecho interno, sino a aquellas resoluciones, acordadas, consultas realizadas por los tribunales nacionales como asimismo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Hoy, en el bloque “convencional” argentino, no sólo que toda decisión tomada debe ser realizada conforme a las normas nacionales (“control de constitucionalidad” y “control de legalidad”), sino además, estas decisiones que se tomen deben ser conformes al sistema convencional argentino. Así lo ha establecido la CIDH en cuanto el control de convencionalidad acuñado desde el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”¹⁰⁵. Se obliga no sólo a los jueces a adaptar las decisiones judiciales a los Tratados de Derecho Internacional que conforman el bloque normativo de la Comisión Americana de Derechos Humanos, sino además que toda autoridad y órganos de un estado parte están obligados a ejercer un control de convencionalidad. Esto fue expresado en los siguientes términos: “ejercer el control de convencionalidad recae en una obligación en todos los órganos del Estado ratificadorio del Pacto (como el caso de Argentina) y alcanza no sólo a los jueces y a los órganos vinculados a la administración de justicia, sino también a las autoridades administrativas; por supuesto, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales”.

Este último extremo, si bien se dejaba ver en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010)”¹⁰⁶, ha quedado clarificado por la Corte IDH en el caso

¹⁰⁵ http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=335&lang=es

¹⁰⁶ http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=343&lang=es

“Gelman vs. Uruguay (2011)”¹⁰⁷ cuando la Corte estableció que también debe primar un “control de convencionalidad” al constituir una “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

4.2.f. El derecho a la salud como un derecho subjetivo:

Entendidos los derechos subjetivos como aquellos que aseguran al hombre el goce y respeto de todas las potencias o facultades inherentes a su condición humana, protegiendo las distintas proyecciones físicas o psíquicas de la persona natural¹⁰⁸, como aquellos que tienen por objeto los modos de ser físico y morales de la persona humana, es necesario hacer una aproximación del alcance de este tipo de derechos.

Rivera los caracteriza como aquellas manifestaciones físicas de las personas en las atribuciones que la persona tiene sobre su vida, su propio cuerpo, su salud y sobre sus despojos mortales en un doble sentido: como la posibilidad de efectuar actos de disposición y la protección frente a la agresión de terceros¹⁰⁹.

Ahora bien, estos derechos subjetivos a los cuales se aducen, tienen cierta particularidad. Jimenez¹¹⁰ nos explica que estos derechos de que todos disponemos en el sistema constitucional argentino son relativos porque se gozan y se ejercen conforme las leyes que los crean y reglamentan. Y en sentido contrario, los derechos de que todos gozamos no son absolutos, porque el disfrute que de ellos hacemos, se realiza en el marco de la convivencia social no siendo posible utilizar y gozar de las libertades constitucionales en forma ilimitada, ya que de ese modo de actuar implicaría invadir la esfera propia de otros derechos individuales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha enrolado en la tesitura de la inexistencia de derechos absolutos, al sostener que “los derechos civiles, políticos y

¹⁰⁷ http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=345&lang=es

¹⁰⁸ LLOVERAS DE RESK, María Emilia y otras., 1995, *Lecciones de Derecho Civil*, segunda edición, Editorial: Advocatus: Córdoba, p. 81.

¹⁰⁹ RIVERA, Julio Cesar, 2007, Revista Lexis N 9204/003006, DERECHOS PERSONALÍSIMOS/01. Generalidades. Lexis Nexis, “Instituciones de Derecho Civil – Parte General”, (04/05/2009).

¹¹⁰ JIMENEZ, Eduardo Pablo. *Los Derechos establecidos en la Constitución no son absolutos*. Disponible en <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro%20derconsti/2/13.pdf>, 01/11/11 APUD SORIA GUIDONE, Esteban y CARIGNANI, Agustín, 2015, *El Derecha a la salud: hacia un derecho absoluto?* en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Thomson Reuters, año VII, Número 3, Abril 2015.

sociales que la Constitución Nacional¹¹¹ consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí con los que corresponde reconocer a la comunidad.

Ávila Paz¹¹² nos enseña que “[e]n nuestro país, la protección del derecho a la salud, desde el punto de vista constitucional y convencional, es fuerte y se encuentra entre los más avanzados del mundo”. Medeiros¹¹³ por su parte, agrega que los principios más importantes de justicia en relación a la salud son los de igualdad y equidad.

En este orden de ideas, la CSJN en los últimos años ha dictado distintas sentencias con un cargado sentido director para los tribunales inferiores, de las cuales destacamos especialmente tres:

4.2.f.1. T., M.C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirino s/ sumarísimo¹¹⁴:

La acción judicial entablada ante la CSJ llega luego tras el recurso de queja impetrado luego de que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar a la acción de amparo, por lo que condenó a la demandada a proveer cobertura integral de las prestaciones requeridas en el amparo. Resolvió así entendiendo que era la mejor solución que se correspondía con la naturaleza de los derechos a la salud y a la integridad física, cuya protección se pretendía. Interpretó la Ley 24.901 en cuanto a que esta norma imponía la cobertura total de las prestaciones previstas en dicho régimen a las obras sociales.

¹¹¹ Fallos: 312:318, 314:225, 315:380, 320:196.

¹¹² AVILA PAZ De ROBLEDO, Rosa A. 2015, *El Derecho a La Salud y las aristas procesales conflictivas en base a La tutela judicial efectiva* en: Derecho a la Salud: Desafíos, problemáticas y aspectos novedosos. Lerner: Córdoba, p. 18.

¹¹³ MEDEIROS, M., *Princípios de Justiça na alocação de recursos para a saúde*. Texto para discusión. IPEA, Río de Janeiro, n. 687, diciembre de 1999 APUD CAMPOS ALVES, Sandra, DELDUQUE, Maria Celia y DINO NETO, Nicolao. *Direito Sanitário em Perspectiva*. ESMPU: Brasília, 2013, p. 49.

¹¹⁴ CSJ 7/2013 (49-T)/CS1.

La demandada se queja ante la CSJN explicando que el cuidado permanente que la actora solicitaba no requiere ser brindado por personal médico o con especialización alguna.

Al analizar el fallo la CSJN entiende que es procedente la queja ya que en definitiva, la Cámara ha dado explicaciones sólo dogmáticas sin remitirse a los elementos obrantes en la causa. Explica que es procedente el planteo de la demandada, entre otras cosas, porque el fallo atacado lejos de satisfacer las exigencias constitucionales, el fallo lucía dogmático y se apoya en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional que aparecen palmariamente desvinculadas de la concreta situación fáctica suscitada en estas actuaciones.

4.2.f.2. L.E:H. y otros c/ O.S.E:P. s/ amparo¹¹⁵:

Llegan las actuaciones a la CSJN luego de la desestimación del recurso extraordinario de inconstitucionalidad local de la acción de amparo que perseguía se condene a la demandada a otorgar cobertura integral de la prestación de fertilización asistida in vitro (FIV), por técnica ICSI.

La CSJN interviene ya que no sólo se llega por la vía recursiva, sino además que se ha puesto en cuestión la interpretación de normas federales. La CSJN manifestó que su intervención no se agota en los puntos en discusión vertidos por las partes, sino que a los fines de esclarecer normas federales, la CSJN no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del *a quo*¹¹⁶ sino que le incumbe realizar una interpretación en relación al punto de disputa.

La Corte ratificó el carácter fundamental del derecho a la salud íntimamente relacionado con el derecho a la vida.

Además, en ese fallo, la Corte dijo: “no es menos cierto que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagradas en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y

¹¹⁵ CSJ 3732/2014/RH1.

¹¹⁶ A quo. Significado del latín que hace referencia al tribunal inferior en grado.

extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estima conveniente a fin de asegurar el bienestar general”.

En el caso analizado, la CSJN advierte que la prestación específicamente reclamada no está incluida dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio. Aclara además que si bien la norma analizada permite la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico científicos, el mismo texto legal determina que esa alternativa sólo es viable cuando (tales procedimientos) sean autorizados por la autoridad de aplicación.

Entendió que por todo deviene inadmisibile que sean los jueces o tribunales quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en la causa. Agregó que la misión de los jueces es dar efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades.

Con todo, finalmente concluye que la demandada no ha obrado con arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta, sino ajustada a las normas vigentes, haciendo lugar a la queja interpuesta por la demandada y dejando sin efecto las resoluciones anteriores.

4.2.f.3. L.E.S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirino (CEMIC) s/ amparo¹¹⁷:

El fallo llega a la CSJN luego de que la Cámara Nacional de Apelaciones confirmara la sentencia de primera instancia que hacía lugar al pedido de cobertura de un medicamento. Ante ello, la demandada interpone recurso extraordinario el cual fue denegado. Por tanto, presentó recurso de queja y la causa queda radicada en la CSJN.

La demandada manifestó que la medicación requerida en autos estaba autorizada por ANMAT, pero para una patología diferente a la que sufría la actora. Agregó que la utilización de esta medicación en el caso concreto era un tratamiento experimental

¹¹⁷ CSJN, L. 85 XLVI

no autorizado y que por tanto, no puede imponerse. La demandada explicó que la sentencia de la Cámara había omitido satisfacer la exigencia constitucional de la debida fundamentación de las decisiones judiciales.

Explicó que la alzada cometió un salto argumentativo fijando derechamente una conclusión que debe ser privada de validez racional ante la defectuosa construcción deductiva intentada.

La CSJN entendió al realizar el análisis de la sentencia que, una correcta fundamentación de la sentencia, es una obligación que trasciende el interés de las partes del proceso para contribuir a la profundización del estado de derecho.

Estos fallos de la máxima instancia judicial, vienen a arrojar luz sobre un sinnúmero de procesos judiciales, muchos de los cuales ya fueron analizados en el presente trabajo en los que, según se vio, cómo fundando los derechos humanos y a la salud en normas constitucionales y supra constitucionales, se llegó a reconocimientos de coberturas médicas, tratamientos terapéuticos y otros sin ningún andamiaje reglamentario que así lo autorice.

4.2.g. La importancia de la salud pública:

Hanlon nos enseña que “[l]a pujanza última de una nación debe buscarse en la cantidad y la calidad de su pueblo”. Todo lo demás, incluyendo potenciales de la agricultura, minería o industria, sólo tiene valor en cuanto pueda relacionarse con la gente¹¹⁸. La medida cualitativa de un pueblo depende sobre todo de su grado de salud y enfermedad.

La Organización Mundial de la Salud en el año 2002 dijo que “el mejoramiento de la salud es un prerrequisito del desarrollo económico y no a la inversa, pensando (erróneamente) que la salud mejorará de manera automática como resultado del crecimiento económico”¹¹⁹.

¹¹⁸ HANLON, John J., *Principios de Administración Sanitaria*. Fournier: México, 1973, p. 48.

¹¹⁹ Sub Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, documento presentado por la Organización Mundial de la Salud E/CN.4/Sub.2/2002/44, 31/7/02, p. 3.

Durante la Quinta Asamblea de la Unión Mundial para la Salud, Gunnar Myrdal¹²⁰ al explicar la complejidad de la situación y delinear una guía para una acción duradera y eficaz dijo que: “La tarea de la planeación social estriba en lograr y controlar los cambios provocados en todo el campo social para alcanzar el beneficio máximo de cada sacrificio financiero inicial. Un corolario importante para la teoría de la causación cumulativa es que una política racional nunca debe actuar provocando cambio, y mucho menos debe intentarse tal cambio de un solo factor en forma brusca y con gran intensidad. En la mayor parte de los casos, ello pudiera resultar un mal gasto de esfuerzos que habrían sido mucho más fértiles dispuesto estratégicamente, actuando sobre diversos factores del sistema social y por cierto tiempo. Lo que estamos afrontando es un conjunto de condiciones vivas y mutuamente relacionadas, adversas para una población. En otras palabras, un esfuerzo para alcanzar los estándares sanitarios, destinado a lograr efecto benéfico máximo sobre el bienestar de la población, deberá integrarse con una política de amplia reforma social y económica. Tal política tendrá que fundarse en estudios que indiquen la forma en la cual, en la situación concreta de un país determinado se hallan interrelacionados los diversos factores vitales, y cómo pueden elevarse todos al mismo tiempo, de manera que los cambios que se produzcan se sostengan unos a otros al máximo posible”.

También es preciso comprender que inciden en la “situación de salud” factores difícilmente judiciables: “la ausencia de inversión en saneamiento básico, el aumento de la pobreza urbana y periurbana, la limitación en el acceso a programas de prevención y control de enfermedades así como la falta de planeamiento en las acciones del estado para el cuidado del ambiente, tienen efectos conocidos sobre la salud colectiva”¹²¹.

La salud pública ha obligado a que los intervinientes adquieran nuevos conocimientos que en la mayoría de los casos les son ajenos. Los profesionales de la salud, están preparados para aquellas actividades específicas de su profesión, pero en

¹²⁰ MYRDAL, Gunnar. Economic aspects of health, Chronicle of World Health Organization. 6:207, Agosto 1952.

¹²¹ RODRIGUEZ, Rodolfo Hector et all. 1992, *A etica do desenvolvimento e as relações com saude e o meio ambiente*. Hucitec – Abrasco, Sao Paulo.

el campo de la salud, su diversidad de complicaciones obliga a los participantes a adquirir nuevos conocimientos más relacionados a la administración pública.

Muchos autores han explicado el alcance de un “administrador de salud”. Entre ellos Litchfield¹²² define al proceso administrativo como un ciclo que incluye: 1) tomar decisiones; 2) trazar programas; 3) comunicarse con los demás; 4) llevar el control de las actividades; 5) revalorar los planes. Este “proceso administrativo”, debe ser llevado adelante en el marco de los desafíos que se presentan en la salud pública. Muchos siguen reflejando carencias históricas en materia de equidad de acceso, segmentación de la calidad, escasez de recursos y desarticulación de los sistemas¹²³.

Como sea, el sistema público de salud debe estar en condiciones de cubrir aquel concepto de salud dado por la Organización Mundial de la Salud firmada en Nueva York ¹²⁴el 22 de julio de 1946 “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La Corte IDH ha sostenido que “la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados” y, en relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, aquéllos “tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud”. Agrega que los Estados “tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado”¹²⁵.

Para lograr este objetivo de administrar salud, se deben tomar decisiones priorizando la utilización de los recursos en función de optimizar los derechos, responsabilidad del Estado y especialmente de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Y ello es así ya que, como bien lo explica Corvalán¹²⁶, “a los argumentos competenciales

¹²² LICHFIELD, E. H. Notes on a general theory of administration, Admin. Sci. Quart. 1:12, Junio de 1956.

¹²³ BAZAN, Víctor. 2015, *Derecho a la Salud y Justicia Constitucional*. Astrea: Buenos Aires, p. 67.

¹²⁴ Concepto que fue ratificado luego en Alma Ata – Rusia.

¹²⁵ Corte IDH, 4/7/06, “Ximenes Lopes vs Brasil”, sentencia de fondo, serie C, n 149, párrafo 89.

¹²⁶ CORVALÁN, Juan Gustavo., 2016, *J Astrea*: Buenos Aires, 2016, p. 278.

y de legitimación democrática, se agrega el hecho de que son los Poderes Legislativo y Ejecutivo quienes están técnicamente preparados para llevar adelante la tríada derechos-obligaciones-recursos”.

Lo planteado en los párrafos que anteceden no quiere decir que el Poder Judicial no tenga injerencia en ciertos temas, sino por el contrario, su injerencia debe ser fuertemente autorre restrictivo cuando nos hallamos en el ámbito de lo plausible u opinable o cuando ingresamos en la esfera de la optimización de los derechos.

Esto esencialmente es porque, como lo explica el Dr. Corvalán¹²⁷, “los tres grandes órganos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) conservan cada uno en su ámbito, un núcleo esencial –cuya extensión en ciertos casos puede ser discutible y difusa- no reductible de facultades propias exclusivas y excluyentes dentro de la llamada separación de poderes. Balbín¹²⁸ abona este extremo enseñando que “el núcleo esencial de cada poder está integrado mayoritariamente por el contenido material originario”, y ese núcleo de competencias es propio y exclusivo, y ningún otro poder puede inmiscuirse en él, no obstante destaca que el campo de sus competencias está compuesto básicamente por las “materias históricamente propias de ese poder, pero debe también integrarse con otras materias complementarias o extraordinarias en principio ajenas a él”.

En “Unión de Consumidores y Usuarios c/ EN”¹²⁹, la CSJN explicó que los jueces no pueden pretender “sustituir a la Administración en sus atribuciones para decidir el modo más oportuno o conveniente de cumplir sus obligaciones constitucionales”.

Corvalán¹³⁰ en su obra, *Derecho Administrativo en Transición*, explica que “Existen al menos dos argumentos esenciales que justifican la imposibilidad de que la justicia reemplace o sustituya los poderes discrecionales. Por un lado, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo son los que están legitimados a balancear la tríada

¹²⁷ CORVALÁN, Juan Gustavo. *Derecho Administrativo en transición. Reconfiguración de la relación entre la Administración, las normas y el Poder Judicial*. Astrea: Buenos Aires, 2016, p. 207.

¹²⁸ BALBÍN, Carlos. 2011, *Curso de Derecho Administrativo*, Bs.As., La Ley, T.I, p. 27.

¹²⁹ CSJN 24/06/2014.

¹³⁰ CORVALÁN, Juan Gustavo. *Ob. Cit.* p. 233.

derechos-obligaciones-recursos presupuestarios. Por otra parte, la dinámica propia que se genera en el diseño e implementación de las políticas públicas, determina que, en principio, son los poderes mayoritarios –y más específicamente la propia Administración- quienes se encuentran más legitimados y capacitados para decidir ciertas cuestiones que se relacionan con aspectos de gestión, administración, técnicos, presupuestarios, entre otros”.

5. RESULTADOS

5.1. Antecedentes:

El Prof. Dr. Néstor Sagües enseña que el amparo únicamente es admisible “ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente al problema planteado: el amparo se, se ha dicho, presupone el desamparo”¹³¹.

En una investigación realizada desde la Dirección de Jurisdicción de Asuntos Legales del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba¹³² sobre las acciones judiciales en salud en el año 2010, se obtuvieron los siguientes datos:

En relación a los medicamentos demandados, se observó que el 48% corresponde a medicamentos de los cuales el 15% no están autorizados por el ANMAT¹³³. Cabe precisar ahora, que en relación a los medicamentos que sí están incluidos en dicho organismo, sucede que por la norma de medicamentos genéricos que citamos antes, limita muchas veces la posibilidad de adquirir específicamente el medicamento reclamado. Sin embargo, es importante remarcar, que muchas veces por los excipientes propios de cada medicamento, dan efectos diferentes en los distintos pacientes.

¹³¹ SAGÜES, Néstor Pedro., 1995, *Acción de amparo*, Astrea: Buenos Aires, 1995, p. 176.

¹³² Trabajo presentado en el “Primer Encuentro Nacional de Servicios Jurídicos de los Ministerios de Salud de la República Argentina” realizado los días 11 y 12 de noviembre de 2010.

¹³³ Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. Consiste en un organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional creado en 1992 mediante Decreto n° 1490/92. En el año 2011 fue distinguida como “Autoridad Reguladora de Referencia Regional para Medicamentos” por la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

El 80% de las acciones judiciales corresponden a medicamentos pedidos por su nombre comercial, lo que contraviene las leyes de medicamentos genéricos y monodroga de las que hablamos antes.

El 32% corresponde a acciones judiciales impetradas en busca de prótesis auditivas de características similares a las que eran provistas por el Ministerio de Salud provincial para los casos similares.

Asimismo cabe destacar que del 100% de las acciones legales, sólo el 8,69% fueron interpuestas por patrocinio público, y el 16% de las acciones de amparo interpuestas contra el Ministerio de Salud de la Provincia, fue llamado a estar a derecho como codemandado de obras sociales incluido el APROSS (Administración Provincial del Seguro de Salud).

Otra cifra a tener en cuenta es que tomando en consideración que la Provincia de Córdoba está dividida en 26 departamentos, con diez circunscripciones judiciales, en relación a la cantidad de amparos registrados interpuestos en el interior con respecto a la capital provincial, sólo el 24% de las acciones son interpuestos en los juzgados del interior, proporción que como veremos en los párrafos que siguen, se mantiene en el período estudiado¹³⁴.

5.2. Las acciones de amparo en Salud en el período 2012-2014:

El 3 de octubre del año 2010, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba dictó el Acuerdo Reglamentario n° 14 Serie “B” por medio del cual se crea la Oficina de Registro de Acciones de Amparo dependiente de la División Registros Públicos de la Dirección de Servicios Judiciales.

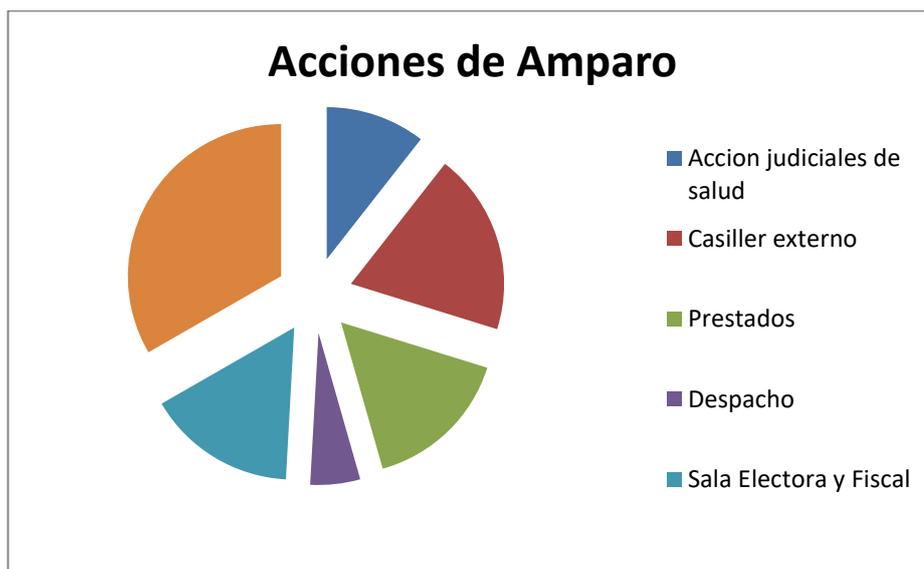
Atento la naturaleza que tienen estas acciones judiciales y por tanto la necesidad de proteger los datos personales de los amparistas, el acceso a los mismos se encuentra restringido y son sólo las partes (actor y demandado) que acceden al expediente judicial.

¹³⁴ Más adelante en el presente trabajo se grafica el esquema planteado.

Por ello, fue necesaria la autorización de la escuela de capacitación judicial dependiente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Nuñez”. Con dicha autorización, la Dirección de Informática del Poder Judicial emitió un listado de las acciones judiciales de amparo en la Provincia de Córdoba comprendidas entre los años 2012-2014 a los fines de poder llevar adelante la investigación necesaria para el presente trabajo.

La información obtenida en aquella oportunidad informa cincuenta y ocho acciones de amparos, de los cuales sólo seis (10,34%) son amparos en salud. El resto de las acciones judiciales se encontraban en casilleros externos o pre archivo¹³⁵ (18,96%), prestados (15,51%), acciones judiciales que no eran del tema que aquí se estudia (32,76%), a despacho¹³⁶ (5,17%) y en salas electorales o fiscales (15,51%).

Gráfico N° 1: Acciones de Amparo por estado procesal



¹³⁵ Casilleros externos o pre archivos. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba mediante Acuerdo Número 225 Serie “C” de fecha 10/11/2014 ante la necesidad de proveer de espacios adicionales en los tribunales donde fueron diligenciadas causas que se encuentran latentes, y a los fines de garantizar el resguardo de tales acciones judiciales y descomprimir los juzgados donde se encontraban archivadas dichas causas, se entendió necesario contratar un servicio de casilleros externos de los expedientes latentes que se tramitan en la sede judicial de la ciudad de Córdoba.

¹³⁶ Despacho. Los expedientes luego de un pedido o una actuación de alguna de las partes, los expedientes pasan a despacho a los fines de que el tribunal evalúe la procedencia del pedido de la parte y en virtud de ello la provee.

Fuente: elaborado por el autor basado en los datos de los Juzgados de 1ra Instancia Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

Cabría analizar en este punto, que a tenor de lo previsto en la Ley Provincial n° 10.249, art. 9 inc. 4 *in fine* que modifica la Ley Provincial de amparo introduciendo el art. 17 bis que establece que cuando la acción de amparo es interpuesta en contra de los Poderes del Estado Provincial, entidades autárquicas o descentralizadas, la instancia perimirá cuando la causa se haya encontrado paralizada por más de tres (3) meses sin que el demandante inste su prosecución. Viene a colación este dato, toda vez que si consideramos los expedientes que se encuentran sin sentencia, y siendo demandado el Estado Provincial, cabría el pedido de perención de instancia en los procesos que se encuentran inconclusos por falta de impulso de la parte interesada.

Adentrándonos ahora en las acciones judiciales en salud que se encontraron, podemos distinguir entre estas acciones el pedido de cobertura odontológica, rehabilitación, el pedido de plaza en la Unidad de Terapia Intensiva, trasplante bilateral de pulmón por fibrosis quística, cobertura para estudio PET, etc. Entre las acciones judiciales relevadas, el 33,33% fueron interpuestas por la asesora civil y el 66,66% por abogados particulares. De este dato tomamos la relevancia que tiene la asesora civil que su participación se ve incrementada en un 300% en relación a los datos relevados en el año 2010.

Del total de las acciones judiciales se constató que sólo el 33,33% se trató de acciones judiciales que procuraban medicamentos o tratamientos que no estaba contemplados en las políticas públicas de salud. En este punto se enciende una luz roja. Ello toda vez que si sólo la tercera parte de las acciones judiciales encontraron su justificación en que el objeto pretendido no estaba contemplado en las políticas públicas de salud, pues entonces, las otras dos terceras partes no justifican este tipo de acciones judiciales ya que el objeto demandado estaría previsto en las políticas públicas de salud.

Esto último también se da cuando por ejemplo se pide un tratamiento que si bien está contemplado en las políticas de salud, no lo están de la manera en que es solicitado por el amparista. Un ejemplo de ello lo encontramos por ejemplo en el pedido de

trasplante bilateral de pulmón para que sea realizado en una institución de la Provincia de Buenos Aires, cuando el mismo tratamiento puede ser realizado por un prestador de salud de la Provincia de Córdoba con reconocida trayectoria y experiencia. Otro ejemplo es el pedido de medicamentos que se encuentran aprobados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología pero para otros tratamientos diferentes al que el actor peticiona en su demanda, situaciones conocidas como “off label” o “unlicensed”, según el medicamento no esté autorizado para un tipo de persona (vgr. niños), o cuando el medicamento no está aprobado para la patología que se requiere.

5.3. La investigación de campo en una segunda instancia:

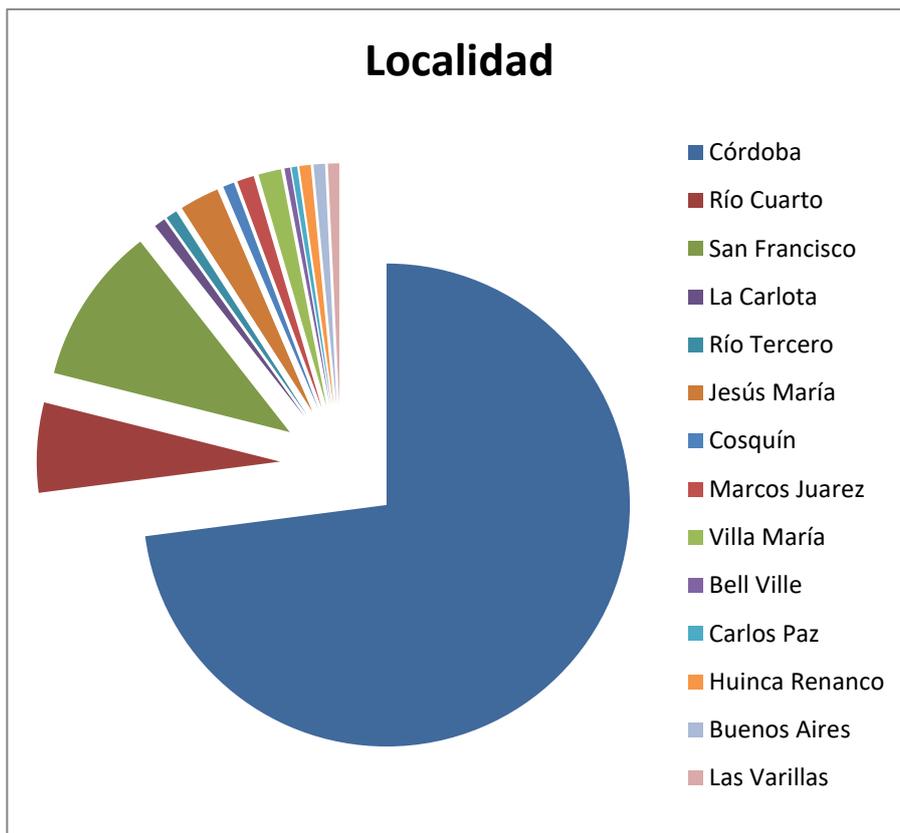
Con todo, ante los datos recabados, se consideró importante ampliar la cantidad de muestras estudiadas. Por ello, se avanzó en la investigación de campo, recorriendo juzgado por juzgado solicitando todas las acciones de salud que se encuentren comprendidas en el período del año 2012 al 2014 teniendo como demandado al Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, pero ahora también incorporando al estudio a la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) como ente autárquico del Estado provincial.

Así fue como se tomó conocimiento de las acciones de amparo que se impetraron contra la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS), organismo descentralizado del Poder Ejecutivo Provincial.

Así las cosas, en una primera aproximación, se puede concluir que la APROSS durante el período estudiado resultó demandado en doscientas sesenta y seis (266) causas judiciales por un amplio abanico de prestaciones, de las cuales ciento dos (102) se encuentran con sentencia firme y dieciocho (18) se encuentran en condiciones de fallar al momento del relevamiento realizado.

Por otro lado, se pudo constatar que la amplia mayoría de acciones judiciales fueron interpuestas en la ciudad de Córdoba, según el siguiente detalle:

Gráfico N° 2: Amparo por localidades provinciales



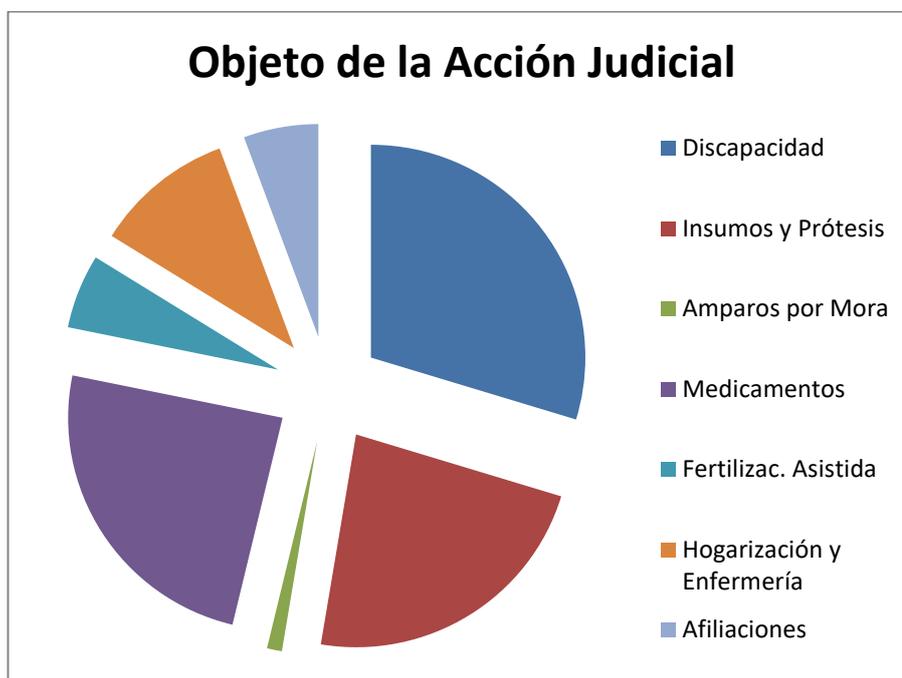
Fuente: Datos obtenidos por el autor en base a las acciones judiciales relevadas.

- a. Córdoba: 194
- b. Río Cuarto: 16
- c. San Francisco: 28
- d. La Carlota: 2
- e. Río Tercero: 2
- f. Jesús María: 7
- g. Cosquín: 2
- h. Marcos Juárez: 3
- i. Villa María: 4
- j. Bell Ville: 1
- k. Carlos Paz: 1
- l. Huinca Renanco: 2
- m. Buenos Aires: 2
- n. Las Varillas: 2

En relación al objeto de las acciones judiciales, como ya lo adelantamos en los párrafos que anteceden, las prestaciones requeridas abarcan todo tipo de tratamientos, prestaciones médicas y protésicas, además de sus accesorios, encontrándose previstas o no dentro de las políticas sanitarias propias de APROSS.

A los fines de unificar las acciones, se las ha dividido en grupos según el siguiente detalle:

Gráfico N° 3: Acciones de amparo en salud según prestación.



- a. Discapacidad: 79
- b. Insumos y prótesis: 61
- c. Amparos por Mora: 3
- d. Medicamentos: 65
- e. Fertilización Asistida y Drenajes linfáticos: 15
- f. Hogarización y Enfermería: 28
- g. Afiliaciones: 15

Las contestaciones de la APROSS a los requerimientos judiciales:

5.4. El análisis de las acciones judiciales estudiadas:

De las doscientas sesenta y seis acciones judiciales, se analizaron al azar cuarenta casos, lo que representa el 15% del total de las acciones judiciales impetradas contra esa administración provincial.

De éstas, se pueden extraer datos de interés.

1) En ciertas localidades, resultan identificables fácilmente los operadores jurídicos especializados en el acceso al sistema judicial.

2) En los casos de implantes cocleares de cierta fabricación, los amparistas fueron representados por el mismo operador jurídico hasta aproximadamente el año 2014.

3) Cuarenta y ocho (48) causas fueron resueltas con un acuerdo judicial.

4) Apenas veintitrés (23) causas fueron apeladas, ya sea en su sentencia definitiva o en su medida cautelar por la Administración.

5) Las acciones judiciales en su amplia mayoría fueron interpuestas con una medida cautelar.

6) La mayoría de las causas relevadas, el APROSS resultó el único demandado. Este dato es importante, ello toda vez que al ser el Estado el garante último de la salud de las personas, al menos en los casos en los cuales el medicamento, el tratamiento o la prótesis no estuviera dentro de las políticas públicas de la Obra Social, se debió demandar subsidiariamente al Estado Nacional en su carácter justamente de garante último de la salud de las personas y de los lineamientos de las políticas públicas nacionales.

7) Las acciones judiciales tienen como objeto medicamentos, tratamientos, prótesis, alimentos, se encuentren o no contemplados en el Programa Médico Obligatorio e incluso en casos en los cuales los alimentos requeridos son de venta libre.

8) Tres (3) acciones judiciales fueron interpuestas sin haber llevado adelante el pedido administrativo previo. Ello está establecido como requisito para la procedencia de las acción de amparo en el artículo 2 inciso a) de dicha norma legal por cuanto establece que cuando existan otros remedios o recursos judiciales o administrativos más idóneos, la acción de amparo es improcedente. Sin embargo, el juzgado interviniente les hizo lugar y ordenó la cobertura.

9) El tiempo aproximado de resolución de una acción de amparo entre el momento que se introdujo la demanda hasta la resolución, se advierte que varió considerablemente. Esto encuentra sustento en que en aquellas acciones judiciales sin una medida cautelar, fueron resueltas en el término de tres o cuatro meses promedio. Sin embargo, en aquellas acciones judiciales en las cuales el actor sí interpuso este tipo de medidas preventivas, el trámite judicial se vio más aletargado en el tiempo. Ello es fácilmente explicable, ya que paliada la necesidad, permite al juez un estudio más pormenorizado de la causa que se le presenta para resolver, con mayor posibilidad de debate.

10) De entre las acciones judiciales estudiadas, podemos concluir que al objeto de las mismas lo constituyen los tratamientos para la fertilización asistida, aún en los casos en los que los progenitores ya tenían hijos anteriores; implantes cocleares de marca específica, pedidos de hospitalización en clínicas o instituciones que no son públicas, y que tampoco son prestadores de la entidad demandada, y cobertura de medicamentos aún en los casos en los cuales el suministro de dichos medicamentos o bien son de uso compasivo, o bien, los mismos no están aprobados para la patología que se pretende; medicamentos que se encuentran en etapas experimentales, etc.

5.5. Lo que dijeron las sentencias judiciales:

En el presente apartado se extraen algunas de las decisiones judiciales relevadas y que fueron impetrados en contra de la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS):

5.5.a. F.M.I. c. APROSS (215470):

El actor inició acción de amparo en contra de APROSS procurando la cobertura integral del cien por ciento a cargo de APROSS de la rehabilitación integral con internación en centro especializado en forma permanente en el Geriátrico modelo Sinsacate por diagnóstico clínico de esclerosis lateral amiotrófica (ELA) con compromiso bulbar. Señala que la atención que necesita la paciente es a tiempo completo. La prestación requerida no se encuentra comprendido en el Programa Médico Obligatorio.

La demandada por su parte, afirma que la respuesta brindada obedece estrictamente a la normativa complementaria, es decir, la Ley de APROSS (Ley 9.277) con los respectivas Resoluciones administrativas dictadas por el Directorio de dicha entidad. Afirma que la cobertura pretendida no se encuentra comprendida dentro del menú prestacional APROSS. Que existe en el marco del programa de hogarizados de APROSS, se dispuso por vía de reintegro y en calidad de ayuda económica un subsidio para solventar los gastos que demanda la hogarización de los afiliados. Que el único requisito para la procedencia de este reembolso es que la institución de hogarización geriátrica se encuentre habilitado por organismos competentes, siendo en nuestra Provincia de Córdoba RUGEPRESA el organismo mencionado. Manifiesta que no se niega a brindarle la cobertura requerida, sino que dicha cobertura se la brinda en el marco de su menú prestacional. APROSS ofrece la cobertura en un centro habilitado, pero este centro carece de camas para recibir a la afiliada.

El tribunal al momento de decidir en primer lugar analiza los requisitos de la medida judicial impetrada. Analiza además que se intentó la hospitalización de la afiliada en distintos geriátricos, y por una razón u otra, ninguno estaba en condiciones de recibir a la afiliada. Razona que las prestaciones y la lista de prestadores no pueden agotar la gama, si en los casos concretos se logra probar que el afiliado enfermo presenta un cuadro de gravedad y precisa un tratamiento específico que no se encuentra dentro del espectro de las prestaciones o prestadores contempladas, como es el caso de autos. Entiende que la demandada actuó con ilegalidad, arbitrariedad y actualidad de la conducta lesiva al no dar la demandada a través de sus prestadores la internación que la amparista requiere, entiende que la solución es ordenar a la demandada la cobertura integral del cien por ciento con rehabilitación integral e internación en forma permanente en el geriátrico solicitado.

Comentarios: Surgen ciertos puntos a señalar. a) El primero de ellos, es que la demandada en realidad no sólo ofreció la cobertura con todos los prestadores habilitados por RUGEPRESA, sino además, que ofreció el reintegro de gastos conforme lo tiene previsto por Resolución del Directorio de APROSS. b) En segundo lugar, no surge de la resolución que el geriátrico esté debidamente autorizado para funcionar por la autoridad de aplicación, lo que en definitiva reviste una grave

irregularidad. c) Que la “razonada” conclusión por cuanto las prestaciones y la lista de prestadores no pueden agotar la gama cuando el afiliado presenta un cuadro de gravedad y precisa un tratamiento específico que no se encuentra dentro del espectro de prestaciones o prestadores debe darle cobertura, resulta *prima facie* en un avance sobre las políticas sanitarias elaboradas por la entidad demandada. d) La conclusión a la que arriba como requisito para la procedencia de la acción impetrada, la demandada ha actuado dentro de las facultades otorgadas por ley, lo que desplaza cualquier ilegalidad en su actuar, por otro lado, en cuanto a la supuesta arbitrariedad, no existe arbitrariedad cuando el actuar encuentra justificativo en normas de derecho, y como también se ha demostrado en autos, se ha ofrecido todo tipo de opciones, incluyendo el reintegro de gastos. e) Finalmente, condenar a la demandada al cien por ciento cobertura integral con rehabilitación, sin determinar el marco de dicha condena, ante actores inescrupulosos, se advierte una sentencia condenatoria tan amplia que podría generar consecuencias muy gravosas e injustificadas para la demandada¹³⁷.

5.5.b. R.J.F. c. APROSS (2391388):

El amparista relata que padece de paraplesia e incontinencia doble conforme certificado de discapacidad que se acompaña. Que luego de las intervenciones quirúrgicas sin resultado positivo, el amparista necesitó de kinesiología motora y asistencia psicológica para disminuir posibles déficits posteriores. Que a estos fines comenzó con su tratamiento en el Instituto modelo de neurología Fundación Lenox. Que durante el primer mes logró mejorar ciertas funciones corporales. Que considerando el alto costo que le insumió el tratamiento que brindaba este instituto, solicitó al demandado la cobertura del tratamiento, el cual fue denegado.

APROSS contesta el informe del art. 8 e informa que nunca se inició el respectivo trámite en el APROSS pidiendo la cobertura concreta y determinada de tal o cuál prestación, que sólo presentó una nota genérica. Agrega que el peticionante jamás presentó en APROSS ningún informe ni prescripción médica, ni certificado de discapacidad. Que el afiliado se encontraba en etapa de carencias. Que al momento de

¹³⁷ APROSS tiene un antecedente en el caso “Cuevas” en el que la sentencia de entidad similar a esta, dio lugar a los abusos más extraordinarios llegando a abonar la demandada perlas hidratantes para flores de adorno, pasajes de taxi, hospedajes, refacciones del inmueble de la amparista, etc.

la petición de la cobertura el afiliado estaba en período de carencia. Que el afiliado entraba y salía del sistema de cobertura que brinda APROSS. APROSS solicita el rechazo del amparo manifestando que no se observa en el caso ilegalidad alguna. Hace presente que APROSS no se ha adherido a la normativa APE y por tanto, los fondos del APROSS son propios de sus afiliados.

El amparista interpone hechos nuevos, los cuales son contestados por la demandada explicando que introducir hechos nuevos implica un desconocimiento del amparista de lo dispuesto por la normativa ritual. Responde los hechos nuevos.

El Tribunal valora la prueba, particularmente la confesional. Explica que no se advierte de manera clara que exista un acto ilegal, arbitrario o ilegítimo por parte de la demandada que ocasione de modo actual o inminente una lesión o restricción al derecho que el amparista invoca. El tribunal ratifica el contrato rubricado por el amparista por medio del cual reconoce la existencia de las carencias. Hace presente que las carencias no han sido discutidas de manera alguna. Que en la nota de petición interpuesta por ante APROSS, el amparista omitió acompañar ni acreditar los fundamentos de la pretensión, lo cual no le dio tiempo suficiente a la demandada a responder la requisición impetrada por el amparista. Que el APROSS en menos de 24 hs resolvió sobre la procedencia de lo peticionado por el amparista al margen de lo contemplado en el período de carencia. El Tribunal sostiene el período de carencia previsto por las partes.

Comentario: En el caso se trataba de una persona que se había afiliado y desafiliado tres veces al APROSS. En el caso, el Tribunal ratifica la validez del contrato celebrado entre las partes, al cual le otorga plena eficacia.

5.5.c. A. M. del C. c. APROSS (2333117):

El actor procura la acción de amparo en contra de la demandada a los fines de que autorice el implante coclear que se solicita, procesador del habla retroauricular con baterías recargables y audífono para oído izquierdo, además de las sesiones de reeducación auditiva y psicológicas suficientes para la recuperación de la amparista.

La actora entre sus argumentos manifiesta haber solicitado la cobertura sin resultado positivo. Aduce que la APROSS respondió que al no ser una persona económicamente activa no se le reconocía la prestación requerida.

La demandada se allana a la pretensión solicitando que el allanamiento sea sin costas.

La parte actora se opone al allanamiento efectuado por la demandada, puntualmente a que el mismo sea sin costas. Agrega además que la demandada ha dado razones suficientes para el litigio, y que por tanto, resulta una conclusión injusta si se hace cargar al amparista con las costas que genere la asistencia letrada de su persona, aunque la contraria se allane. Por su parte, la demandada explica que en realidad su allanamiento es total, ello toda vez que las prestaciones médicas adicionales a la principal se encuentran nomencladas.

Planteado así el caso, más allá del allanamiento, el pleito radica sobre quién debe afrontar con las costas producidas por la imposición de la demanda.

El Tribunal en primer lugar analiza que en definitiva existió arbitrariedad de la demandada cuando administrativamente rechazó el pedido de la actora sin mayores explicaciones, de manera arbitraria. Analiza que negar a una persona una cobertura como la requerida, sin un fundamento concreto y sin analizar la aptitud psicofísica para que la misma sea considerada merecedora de dicho tratamiento, claramente se presenta como un actuar arbitrario y a las leyes fundamentales que con jerarquía suprema, rigen el ordenamiento jurídico de nuestro país. Que en mérito de esto, existieron razones suficientes como para que la actora se viera en la necesidad de iniciar la presente acción judicial.

Que transcurrieron dos meses desde el allanamiento hasta que se produjo la efectiva orden de compra.

Que consideró como injusto que la actora que se vio compelida a iniciar la acción de amparo deba soportar los honorarios de su letrado cuando se verifica en el caso que la presentación de este amparo, ha resultado fundamental para que la provisión de cobertura fuera finalmente atendida.

Comentarios: En el caso la demandada claramente se había allanado a la demanda. En cuanto a los accesorios, entendemos que es ajustado a derecho que el juez resuelva, ello toda vez que, por un lado, la sentencia genera cosa juzgada, y por el otro, queda inexorablemente resuelto la obligación y los plazos de cobertura de cada una de las prestaciones. Finalmente, en cuanto a la imposición de costas, es claro que el perdioso debe afrontarlas, aún en el caso de un allanamiento incondicionado. Ello porque, más allá del claro análisis realizado por el juez en cuanto la demandada rechazó “porque sí” el pedido de cobertura, es claro que fue recién con la acción judicial que el amparista resolvió su situación, y para ello, debió acudir a un abogado, recabar la documentación, e iniciar un estresante procedimiento judicial para una persona que ya de por sí, se encontraba en una situación desfavorable que debió recurrir a un nuevo auxilio para que se le reconozcan sus derechos.

5.5.d. A.W.O. c/ APROSS (1871077):

Comparecen los padres en representación de su hijo menor de edad solicitando la cobertura de un procesador de la palabra retroauricular Harmony con baterías recargables para su implante coclear Advanced Bionics CU para su hijo. Solicitan la reposición del auricular ya que su hijo se lo había sacado para evitar que se le perdiera.

La demandada manifestó que la cobertura ya había sido solicitada con anterioridad y que esta APROSS cubre sólo una vez esta prótesis. Que no existe seguro por pérdida, sustracción, etc. Agrega que la parte actora no describe de manera clara, concisa y precisa el acto u omisión de autoridad pública que de fundamento a la acción de amparo. Explica que la Resolución de APROSS n° 60/09 dispone que no se cubren pérdidas, roturas o sustracciones de tales elementos. Plantea que la discusión radica en la exigibilidad de una nueva cobertura ante la situación acaecida. Que los padres pudieron contratar un seguro que cubra este tipo de contingencia. Que en el caso puntual cobre relevancia el principio social, pues implica obligar a todos los afiliados a afrontar los gastos por el hecho fortuito. Subsidiariamente solicita se aplique el principio del esfuerzo compartido.

El tribunal analiza los requisitos de procedencia de la acción de amparo. Explica que la ilegalidad radica en la existencia de una norma de rango inferior opuesta a una

de rango superior. Entiende que es inequívocamente arbitrario aplicar una Resolución por analogía sin acudir al principio “pro homine” y al interés superior del niño para su interpretación. Explica que el principio del esfuerzo compartido fue implementada ante la crisis económica y la convertibilidad, pero nunca para cuestiones de salud y de la vida de las personas.

Comentario: En el caso, parece que el Tribunal avanza contra las normas que regulan la demandada, desvirtuando los límites de la cobertura sin avanzar ni explicar los principios sociales y de responsabilidad que le cupe a la Administración frente a sus propios afiliados. Se comparte el criterio de la demandada toda vez que con el criterio sustentado en autos, fácilmente podría un afiliado denunciar robos, pérdidas, etc sin responsabilidad alguna contra el afiliado ni sus representantes legales.

5.5.e. P.M.H c. APROSS (1801609):

Comparece la actora en representación de su madre. La beneficiada padece del síndrome depresivo crónico, con cirugía de cadera reciente, con dificultades en la marcha, habiéndose colocado un marcapasos por deficiencia cardíaca. En este marco, solicita a la demandada la cobertura de personal de enfermería domiciliaria las 24 hs del día, rehabilitación corporal y sesiones de psicología. Cita las normas de discapacidad, constitución, leyes provinciales.

Comparece la demandada haciendo referencia a la falta de legitimación. Manifiesta que se reconoce el módulo como de baja complejidad. Que nunca se acompañó certificado de discapacidad que acredite tal extremo. Que de tratarse de un paciente discapacitado, APROSS ofrece la internación en un geriátrico. Que no se ha solicitado la inconstitucionalidad de la Ley 9277.

El tribunal analiza los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo declarándola admisible para el caso que se ventila. Realiza un análisis en virtud de los certificados médicos acompañados por la parte actora. Realiza un análisis de honorarios para enfermera basada en el CCT 122/75. En ese marco, se hace lugar a la acción de amparo obligando a la demandada a la cobertura.

Comentario: El Tribunal nada dice en relación a la cobertura requerida en un centro asistencial como por ejemplo en un asilo de ancianos o geriátrico, lo que en definitiva, sí está previsto por APROSS para estos casos. Por otro lado, se impone a la demandada al pago del salario fijado en relación a un CCT “por analogía”, pero lo cierto es que no se cumple en el caso el principio rector de igual remuneración por igual tarea.

5.5.f. B.J.A. c. APROSS (1881558):

La acción se impone por la conducta reticente de la demandada a brindar la cobertura requerida. La acción se interpone en procura de la cobertura de leche Neocate Gold por la patología de alergia a las proteínas de leche de vaca. Aduce que al utilizar dicha leche desaparecieron los síntomas.

La demandada se allana al pedido impetrado y solicita costas por su orden. Manifiesta que el afiliado no esperó la respuesta al recurso de reconsideración e interpuso la acción de amparo. Solicita se restrinja el amparo.

El Tribunal analiza los requisitos procedimentales de la acción impetrada. Analiza el marco constitucional de la acción de amparo en el cuidado de la salud de un menor. Resuelve hacer lugar al amparo y condena en costas a la demandada luego de ponderar que en autos debió dictarse una cautelar a los fines de la prestación a cargo de la demandada.

Comentario: En el caso de autos, se entiende que en realidad, no estaba agotada la vía administrativa para interponer la acción de amparo, ello toda vez que en la sentencia no se desvirtúa el hecho de que el amparo se interpuso pasado el tercer día de interpuesto el recurso de reconsideración. Por otro lado, también se advierte que en autos estaban reunidos los requisitos necesarios para que las costas sean impuestas por su orden, ello toda vez que la administración aún no se había expedido en el recurso de reconsideración por la interposición precipitada de la acción de amparo, sino que además, se allanó de manera incondicional en la primer oportunidad procesal.

5.5.g. A.A. c. APROSS (2591351):

La parte actora solicita la cobertura integral correspondiente a la patología discapacitante de lupus eritematoso sistémico (LES) y síndrome de anticuerpos antifosfolípidos (SAF). Solicita que la cobertura comprenda todos los tratamientos, medicamentos, seguimiento médico multidisciplinario, interconsultas con especialistas en neurología, fisiatría, reumatología, terapias, terapia del dolor, elementos y demás prestaciones que se justifiquen en función de sus patologías discapacitantes, referidas a ella y que le sean prescritos.

La demandada contesta el informa correspondiente al art. 8 de la Ley 4915 explicando que no se reúnen en el caso los extremos de arbitrariedad manifiesta ni de ilegalidad. Reconoce la cobertura pero dentro de los términos previstos por la Ley de APROSS. Que los derechos que se reconocen se ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Realiza un proceso deductivo legal en virtud del cual se afianza el poder de policía y la administración sobre salud. Busca desprenderse del alcance de las leyes 23.660 y 22.431. Manifiesta que el RITUXIMAB no se encuentra aprobado por ANMAT para la patología requerida. Que no existió silencio de la administración. Que se ponen a disposición de la amparista todos los centros de rehabilitación con los cuales APROSS tiene convenio.

El Tribunal evalúa los requisitos del amparo. Adelanta opinión explicando que sin perjuicio de las normas infraconstitucionales, por supremacía constitucional, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, por lo que el apego a las normas superiores debe ser la conducta regular de las autoridades públicas. Advierte que no a tenor del cuadro clínico que presenta la paciente no se avisa otra vía de excepción. Explica que no es necesario agotar la vía administrativa para la interposición de la acción de amparo. Elabora una interpretación constitucional. Niega el carácter de seguro de salud y encuadra a la demandada en los términos de la ley 23.660. Que en cuanto al medicamento no aprobado para la patología requerida, el Tribunal tomó las declaraciones testimoniales brindadas por los testigos de la amparista. Además, hizo lugar a la cobertura de dicho medicamento como de uso compasivo en los términos de las PMO citando un fallo de la CNC, Sala E, junio 24-2005, ED 27/10/2005 por cuanto *“Las prestaciones que reconocen como obligatorias en el PMO no constituyen un elenco cerrado y sin posibilidad de ser*

modificado en el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico, la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de “calidad de vida” que es esencialmente cambiante”.

Conclusión: Consideramos importante remarcar que el Tribunal hizo un estudio parcializado de la aplicación del medicamento requerido, por cuanto el propio COPRAMESAB dijo que el RITUXIMAB no forma parte de un tratamiento convencional, que no se encuentra aprobado por ANMAT para el uso pretendido. La justificación se basó en otro fallo de la Cámara Nacional Civil del año 2005, pero a nuestro criterio, en carencia de fundamentación técnica propia del caso.

5.5.h. C.A. C/ APROSS (2593909):

La parte amparista comparece en nombre y representación de su padre. Solicita la cobertura con carácter de urgente en el Complejo Habitacional y Centro de Rehabilitación Vida Plena o en su defecto en la Clínica Castillo Morrales. Que el beneficiario de la acción de amparo necesita la internación en un Instituto de Neurorehabilitación.

La demandada contesta el informe en tiempo y forma. Se esgrime que no se cumplió con el procedimiento administrativo dispuesto a tales fines. Advierte que la medida cautelar ha devenido en abstracta. Manifiesta que la cobertura requerida se encuentra reconocida al 100% por la demandada. Hace presente que los afiliados deben adecuarse a las normas para la cobertura de las distintas prestaciones médicas.

El Tribunal analiza los extremos legales que amparan la acción interpuesta. Al declararse abstracta la acción, se discute la imposición de costas y el Tribunal resuelve imponer las costas a la demandada.

Comentario: En este caso puntual, esta parte encuentra criticable la solución en relación a la imposición de las costas toda vez que en definitiva están dados con claridad meridiana y sin discusión de la parte los extremos previstos en ley para la eximición de costas, lo que así debió declararse. Morigera el efecto de esta conclusión regulando el 50% del mínimo legal.

Resulta evidente cómo las acciones judiciales terminan impactando en las políticas de salud, y particularmente en los sistemas de salud. Coincidimos con Cortesi¹³⁸ en cuanto estas sentencias generan en primer lugar, el desvío de recursos que deberían destinarse a la salud, el ejercicio de la llamada “medicina defensiva”, la iniquidad de las prestaciones que, dentro de un sistema solidario, hace que reciban más quienes concurren al amparo, la extensión del Programa Médico Obligatorio por decisión judicial con anticipación al financiamiento, etc.

Con todo, estas acciones judiciales terminan afectando la prestación de servicios sanitarios y conduce a que los conflictos en salud, que deberían ser resueltos dentro de ese ámbito, terminen siendo zanjados por los jueces, es decir, se convierten los tribunales, en la puerta de entrada a los hospitales y obras sociales.

Por otro lado, podemos adelantar también que este acceso a la salud por el sistema judicial genera la conocida solidaridad invertida¹³⁹, ya que en todo sistema solidario el que aporta más colabora con el que aporta menos, teniendo en cuenta que con aportes diferenciados, igualmente todos reciben las mismas prestaciones de salud, pero frente a los amparos, la solidaridad se invierte ya que los que menos ganan y por ende, menos aportan, terminan financiando también las prestaciones de los que recurren a los amparos.

Es indudable que el esquema constitucional y convencional argentino establece la responsabilidad del Estado en las cuestiones que atañen a la salud, pero esto no siempre fue así. Es decir, históricamente se han formulado ciertas objeciones a que la protección y promoción de la salud pública sean responsabilidad y actividad del gobierno¹⁴⁰. En países como Inglaterra o Estados Unidos, se consideraba cualquier posible intromisión del Estado como “una interferencia impropia e injustificada por parte del gobierno en los derechos privados del individuo”.

5.6. Las sentencias judiciales luego de la Ley n° 10.249

¹³⁸ CORTESI, María C., 2013, *Derecho Sanitario y Régimen Jurídico del Medicamento*, Visión Jurídica: Buenos Aires, p. 75.

¹³⁹ CORTESI, María C. Ob. Cit. p. 75.

¹⁴⁰ HANLON, John J., 1973, *Principios de Administración Sanitaria*. Fournier: México, 1973, p. 8.

Las acciones judiciales en salud, tal como ya lo planteamos antes, se han visto alcanzadas por la sanción de esta Ley Provincial nº 10.249. En este sentido, se consideró importante traer al presente trabajo un ajustado análisis de algunas de las sentencias dictadas en el marco de esta nueva norma.

Para ello, se tomaron sentencias dictadas contra la misma Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) que permita de esta manera tener al alcance de la mano una rápida visión de la influencia y las consecuencias de esta nueva legislación en la resolución de los conflictos judiciales. Se analizarán fallos dictados, que, luego de los reseñados en los capítulos que anteceden, podrían considerarse paradigmáticos por la forma en que los mismos fueron resueltos en la justicia contencioso administrativa de los tribunales cordobeses.

5.6.a. A.E.R. y otro c/ APROSS (2787781)

Se trata de una acción judicial en la cual los amparistas procuran una leche especial para un menor por alergia a la proteína a la leche de vaca.

En este caso, la parte demandada manifestó que se encontraba justificada la provisión de la leche requerida y que por tanto se daría cobertura a lo requerido. Sin embargo, se debían cumplimentar una serie de requisitos toda vez que el alimento medicamentoso no se encontraba nombrado por APROSS. En tal sentido, y dando la cobertura requerida, en orden de las previsiones del art. 14 de la Ley de rigor, pidió la eximición de costas. La parte actora, se opuso a la eximición de costas.

Planteado así el asunto, no se discurrió sobre la procedencia o no del alimento pedido como objeto principal de la acción, sino sobre la imposición de las costas. En este sentido, el tribunal interviniente entendió que no correspondía se apliquen las costas en orden a lo previsto en la Ley de Amparo provincial, entendió que no existiendo arbitrariedad en el actuar de la demandada, correspondía que las costas se impongan por el orden causado.

5.6.b. D.L.D. c/ APROSS (2790326)

Trata la acción judicial del pedido de geriatriización de la amparista. Manifiesta que no dispone de los recursos económicos suficientes para afrontar la internación. Reclamó el pago mediante reintegro de todas las prestaciones.

La parte demandada manifestó que la amparista no había iniciado el trámite administrativo sino que simplemente se había limitado a mandar una carta documento requiriendo la cobertura y que ello había obstado a la cobertura en tiempo y forma.

Así las cosas, el tribunal resolvió hacer lugar parcialmente a la acción judicial. Entendió que la demandada no desconoció la calidad de afiliada de la actora, ni la necesidad demandada en autos. Evaluó que la demandada a lo largo de todo el procedimiento acompañó certificados médicos que daban cuenta del estado de salud de la actora. Realizó una ponderación de las normas provinciales, nacionales e internacionales que regulan los intereses en conflicto. Entendió que si bien la Junta Médica no había recomendado la prestación de hogar para la amparista, su necesidad surgía de las constancias de autos, principalmente de los certificados médicos emitidos por su médico tratante y por su nutricionista. Realizó una interpretación conforme a los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional particularmente en lo referente a las personas con discapacidad. El tribunal entendió que asistía razón a la demandada al momento de plantear que no estaban agotadas las instancias administrativas, entendiendo también, que en el caso, la amparista tomó la única decisión que podía tomar para resguardar la vida. Entendió que, en cuanto al pedido de internación, la demandada debía cubrir hasta el 100% de lo que la demandada pagaría por este tipo de prestación hasta su mayor valor según el módulo de Hogarización. Resolvió que las demás prestaciones reclamadas debían ser cubiertas por la demandada conforme las previsiones que ésta tenía para todos sus afiliados. Igual postura adquirió en relación a los medicamentos solicitados. Rechazó las eventuales prestaciones futuras que la amparista pudiera requerir.

5.6.c. B.R.P. c/ APROSS (2751736):

El actor demanda un implante osteointegrado BAHA subcutáneo para estimulación por vía ósea, de punto único de transmisión de sonido, con tioblast, con

procesador BP 110 o superior y su correspondiente módulo quirúrgico, post quirúrgico a cargo del equipo médico determinado.

Se cita a audiencia a las partes y no arriban a un acuerdo.

La demandada contesta el informe que manda el art. 8 de la ley de rito. Pide el rechazo de la demanda. La demandada manifestó que había emplazado al actor para que acreditara ser económicamente activo, es decir, le había requerido certificado de trabajo para poder proceder a brindar la cobertura requerida. Explicó la demandada que la Resolución n° 101/2007 establece los requisitos a los fines de que se pueda cubrir la prestación requerida, uno de ellos, ser económicamente activo. Que al no ser el actor económicamente activo, no puede brindarse la cirugía y la prótesis requerida. Explicó que su demandada no es una Obra Social. Que no estaba contemplada en los términos de la Ley 23.660.

El tribunal por su parte al resolver, dictó una medida para mejor proveer que consistió en solicitar a OSPE si lo requerido en autos era cubierto por esa Obra Social, a lo que manifestó que sí. Entiende que la demandada como órgano autárquico tiene la obligación de organizar las prestaciones a su cargo, lo que en definitiva así hizo al dictar la Resolución n° 101/07. Entiende que no existe arbitrariedad por parte de la demandada toda vez que obró conforme a su reglamentación, esto es la Resolución antes mencionada. Entiende que la actitud asumida por la demandada no hizo peligrar la vida del demandado.

5.6.d. R.C.M. y otro c/ APROSS (2710949)

Los actores interponen formal acción de amparo en contra de APROSS procurando la cobertura de tratamiento de fertilización asistida.

La demandada plantea que conforme su propia normativa la demanda debe ser rechazada toda vez que ésta no ha obrado de manera arbitraria, ni ilegítima. Explica que la reglamentación sólo prevé la cobertura de un hijo y que los actores ya tienen un hijo biológico que fue concebido por inseminación artificial que había sido cubierta por la demandada. La controversia se ajusta a las Resoluciones de la demandada que limitan el acceso a un nuevo tratamiento cuando los requirentes son padres biológicos.

El Tribunal al decidir explica que la cuestión planteada es sumamente compleja. Que la elección de cuándo y cuántos hijos tener no puede ser ejercido de manera indiscriminada por los afiliados, sino que debe ser compatibilizado con la normativa prevista por la demandada. Explica que no existen derechos absolutos, sino que los mismos, encuentran su reglamentación en normas reglamentarias. Explica que más allá de las reglamentaciones de la demandada, la Ley Nacional y su propia reglamentación también establece ciertas limitaciones. Explica que el tema está imbuido de subjetividad, particularmente sobre el tema de la planificación familiar. Que entiende que una familia “tipo” tiene al menos dos hijos. Que si se toman distintas normas del ordenamiento jurídico argentino (asignaciones familiares) se entiende por familia numerosa a aquellas constituídas por más de tres hijos. Entiende que hacer lugar a la demanda tal como fue planteada implica una desigualdad para el conjunto de afiliados de APROSS que requieran la misma prestación. Que los actores son empleados en relación de dependencia, y que por tanto, debe entenderse que poseen recursos económicos. La falta de éstos, no fue planteada por los actores. Que además, los actores ya tienen un hijo, por cuanto tampoco se los puede comparar con aquellas parejas que no tienen ningún hijo. Por todo lo expuesto, entiende admitir parcialmente la demandada y ordenar a la demandada a afrontar el 50 % del costo total de la prestación requerida consistente en el tratamiento de fertilización asistida.

5.6.f. V.F.C.V. c/ APROSS (2836634)

La actora inicia acción judicial de amparo procurando la cobertura de fertilización asistida con ovodonación con semen de donante, estudios médicos y tratamientos. La accionante manifiesta tener un problema físico por lo que requiere que sus óvulos sean donados. Que no tiene pareja y que por tanto, también requiere semen donado.

Se citó a una audiencia de conciliación a las partes, en la cual no se llegó a un arreglo.

La acción judicial se planteó con una medida cautelar, la cual se rechazó.

La demandada contestó el informe que marca la ley de rigor. Se opuso al progreso de la acción atento la normativa vigente y la reglamentación de la propia demandada. Explicó que acceder al tratamiento que se requiere, implican además muchas otras discusiones, como por ejemplo que dicha práctica permite disociar la paternidad genética de la filiación, lo que conlleva varios problemas, como los derivados del emplazamiento filial del niño, incluye otros debates como “el derecho a la identidad o a conocer el origen” y el derecho “a la intimidad del donante”. Explicó la demandada que el tratamiento requerido en autos trasciende a la esfera de lo público.

El tribunal, luego de hacer un análisis de la normativa constitucional y supra constitucional que rige la materia, explica que en definitiva ningún derecho es absoluto y que éstos, deben ser ejercidos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Citó doctrina de la CSJN. Explica que acceder a la ovodonación, surgen cuestiones de ética y bioética que aún hoy se encuentran controvertidas. La Cámara citó fallos actuales de la CSJN que impone a los tribunales (sin perjuicio de no ser vinculantes) dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes.

5.6.g. J.F. c/ APROSS (2302550)

El amparista procura que la demandada le brinde cobertura del 100% de los medicamentos a los que hace referencia en su demanda. Menciona que su hijo (beneficiario) nació con una cardiopatía basada en una insuficiencia cardíaca crónica. Mencionan que los medicamentos resultan esenciales para su supervivencia.

En el caso, se fijó una audiencia conciliatoria que no tuvo éxito.

La demandada manifestó que a los fines de brindar la cobertura médica que requerían por la medida cautelar, era necesario que acompañen recetas médicas de las prescripciones realizadas.

La demandada contestó el informe del art. 8 de la Ley 4915. Manifestó que para la cobertura total del medicamento al 100% era necesario cumplir con los requisitos de la Resolución 40/05. Que al realizarse el informe socio económico, éste rechazó el pedido de cobertura al 100%. Explicó que las normas que reglamentan el acceso a la

cobertura del 100% prevé ciertos requisitos que no estaban acreditados en los amparistas y que por lo tanto, no correspondía que se acceda a la cobertura requerida.

El tribunal al evaluar la acción judicial, merituó las normas que regulan la petición a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. También los valoró a la luz de las normas de discapacidad. Retoma el informe socio económico del cual surge que en definitiva el monto mensual que debe afrontar la familia para adquirir los medicamentos demandados con la cobertura que APROSS les daba era de \$76,35 pesos, razón por la cual, el área social de APROSS entendió que no se justificaba dar ampliación a la cobertura requerida en autos. Que atento a los ingresos que tenía el progenitor del menor, y tomando en consideración que lo que debía abonar para adquirir los medicamentos demandados, luego de la cobertura que brinda la demandada era la suma de pesos \$ 76,35, entendió que la demanda debía rechazarse.

Conclusión: Si bien corresponde adelantar que se ha unificado la conclusión en un solo punto y no como se hizo en capítulos anteriores que cada una de las acciones judiciales tenía su propia conclusión, se entiende que estas acciones judiciales tienen un común denominador. En todas ellas se puede apreciar sin hesitación alguna cómo los órganos judiciales intervinientes valoraron normas reglamentarias elaboradas por la demandada. Quizás como ya lo expusimos en el presente trabajo, los jueces comenzaron a tomar como propias aquellas sentencias del máximo cuerpo nacional y las vienen aplicando caso a caso, tomando en consideración la valoración tácita de las potestades de los distintos poderes del Estado y sus propias limitaciones

6. DISCUSION

Luego de analizado el marco teórico y normativo del tema analizado, y de exponer los resultados, no es posible soslayar la complejidad de acceder a la información necesaria, en especial de las acciones judiciales suficientes para tener un número que resulte representativo de la realidad judicial en acciones de amparo en salud y sus consecuencias. De nada serviría brindar sólo opiniones doctrinarias por más fundadas y relevantes que éstas sean, si no se pueden vertir estos conceptos doctrinarios en la realidad judicial y política que alcanza a la Provincia de Córdoba.

Luego de todo este análisis resulta indispensable traer una opinión sobre esta realidad, ya que si bien cada visión puede variar según la posición de cada expectador, sea el amparista, el operador jurídico, el funcionario público que tiene a su cargo la evaluación e implementación de las políticas públicas, su sola exposición se tornaría en incompleta y privaría al lector de nuestra postura y entendimiento de lo hallado. Para ello, recurrimos a todas las acciones judiciales en salud no sólo contra el Estado Provincial, sino además, contra la Administración Provincial del Seguro de Salud de Córdoba, lo que permitió en definitiva, recabar un número de acciones judiciales suficientemente representativo.

Una primera observación es que muchos de los reclamos llegan a la justicia por la propia incapacidad del Estado en resolver en tiempo y forma los pedidos de cobertura médica de los amparistas. Se advierte en función de los resultados obtenidos, que la mayoría de las acciones judiciales son en el marco de prestaciones por discapacidad, lo que si tenemos en cuenta la norma nacional y provincial que regula la materia, *prima facie* no están justificados.

De estas acciones judiciales, se verificó que aproximadamente el 67% son interpuestas por abogados particulares, lo que implica el conocimiento de los amparistas de los canales de acceso al sistema judicial.

Una segunda observación que se considera muy importante es que la inmensa cantidad de acciones judiciales son planteadas en la capital cordobesa. Entendemos en este sentido que esto está de la mano del fácil acceso tanto al operador jurídico, como asimismo a la información necesaria para acceder a este tipo de reclamos. Contrario a lo que pasa en la localidad capitalina; en el interior, las acciones de amparo son interpuestas por un número reducido de operadores jurídicos especializados en este tipo de reclamos, de donde se destaca la localidad de San Francisco encontrando en el otro polo de menor incidencia de este tipo de procesos judiciales a la localidad de Bell Ville.

Como ya adelantamos, la mayoría de las acciones judiciales son en materia de discapacidad, seguida por medicamentos e insumos. En cuanto a discapacidad, el

abanico de razones por las cuales los amparistas llegan a estos planteos es interminable. Ahora bien, tomando en cuenta la ley de discapacidad y las políticas públicas para atender a este tipo de pacientes, muchas de estas acciones judiciales no debieran llegar a los estrados judiciales. En cuanto a los medicamentos e insumos que siguen como “favoritos”, sí podemos reiterar lo ya expuesto en este mismo trabajo en cuanto a que se trata en la inmensa mayoría de casos de medicamentos que no están previstos en las políticas públicas, pero además, tampoco están autorizados por la ANMAT para su comercialización en Argentina, lo que sella la suerte de la acción judicial. En cuanto a los insumos, retomando el marco normativo que autoriza su licitación y compra por los órganos del Estado, deja muchas veces fuera aquellos insumos importados o de costos más elevados al margen de cualquier posibilidad de ser brindados en el marco de las políticas públicas sanitarias.

Se advierte además que en la mayoría de estas acciones judiciales, han sido interpuestas junto a una medida cautelar que garantice la efectiva prestación en tiempo y forma. Lo que a la postre, implica que muchas de estas acciones judiciales se encuentren “vigentes” de hecho sin haber sido resueltas conforme lo establecen las normas procedimentales por tiempo indeterminado.

Además, muchos de los tratamientos o medicamentos solicitados en las acciones judiciales estaban previstos en las políticas públicas de salud del Ministerio de Salud de la Provincia como asimismo, en el vademécum prestacional de la Administración Provincial del Seguro de Salud. Por lo tanto, surge la pregunta: ¿Entonces por qué razón se interponen las acciones judiciales?. Una respuesta es que la acción judicial, hasta el año 2014 y en especiales ocasiones luego del año 2015, garantizaban el rápido acceso a la prestación requerida, obviando los pasos administrativos para acceder a este tipo de prestaciones.

En el marco de este acápite entendemos que resultó acertado el marco teórico elegido, y hasta quizás “sobre” expuesto, pero ello permite comprender al lector no avezado en cuestiones técnicas legales la información brindada y los análisis

realizados conforme a esta información y llevar a una más profunda internalización de las aristas legales que envuelven a las acciones judiciales.

Con la información recabada en el presente trabajo, podemos concluir sin hesitación que se ha analizado una suficiente cantidad de acciones judiciales de las que se pudo extraer el objeto de las mismas, las razones que llevaron a interponerlas y en la gran mayoría, cuál fue la razón de la administración en no proveer el objeto pretendido en el marco del procedimiento administrativo previsto.

Entendemos oportuno remarcar también que la repercusión de estas acciones judiciales dentro del marco de recursos finitos implican un problema a la administración de salud a cargo de los órganos del Estado. Muchas veces, estas acciones judiciales tienen costos altísimos que obligan a la administración a readecuar programas presupuestarios y compensar partidas para poder afrontar los costos de las coberturas brindadas en las acciones judiciales. Este específico aspecto de las consecuencias económicas de las acciones de amparo, debieran encararse en el marco de los análisis económicos del derecho, lo que escapa al específico objeto de investigación.

Como último aspecto a plantear en este acápite es el resultado de las mismas acciones judiciales luego de la sanción de la Ley provincial n° 10.249. Aún con todas sus críticas, sopesando los pocos procesos judiciales analizados en el marco de esta nueva normativa, entendemos que adelanta un futuro distinto, lo que justificó para nosotros incluir las acciones judiciales posteriores al año 2015.

7. CONCLUSIONES

En este trabajo, entendemos demostrado que en una primera fase las decisiones judiciales encontraron andamiaje en normas constitucionales o supraconstitucionales, pero en muchos casos, con escaso sustento en las normas que reglamentan el acceso a la salud.

Se puede afirmar también que el problema del impacto de estas acciones judiciales en salud han llegado al máximo cuerpo judicial y éste ha dado cuenta de este

problema dictando fallos que han puesto sobre la mesa la necesidad de respetar las reglamentaciones dictadas por los poderes del Estado para el acceso a los medicamentos, prótesis, tratamientos, en fin, al objeto mismo de la acción de amparo.

Todo esto, si es que se permite a esta altura un juicio de valor, da una relativa tranquilidad a los operadores de la salud en el dictado de las normas reglamentarias que garanticen estos accesos en el marco de las políticas públicas de salud dictadas tanto por el Ministerio de Salud de la Provincia, como asimismo, a la Administración Provincial del Seguro de Salud como ente autárquico del Estado provincial en el uso de sus facultades.

Al caminar la investigación propuesta, se advirtió la necesidad de incluir las acciones judiciales posteriores a la Ley nº 10.249 para no sólo traer un trabajo de investigación actualizado, sino además, conocer la evolución de estas acciones judiciales en apenas unos tres o cuatro años. Es así que se considera un acierto la inclusión de los fallos posteriores al año 2015 (aunque proporcionalmente sean menos a los anteriores) dado que éstos dan cuenta de un cambio sustancial en las decisiones de los órganos judiciales al momento de evaluar las normas que autorizan el acceso a distintos medicamentos y tratamientos curativos o paliativos de la salud, en pro de salvaguardar la reglamentación del acceso a la salud, como asimismo, en procura de preservar las políticas públicas de salud.

También cabe distinguir que en los últimos años, además de la Ley nº 10.249 a la que tanta referencia se ha hecho, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal cuyos fallos si bien no son obligatorios, “la moral” o al decir de Vega y Vega¹⁴¹ no sólo en el carácter de intérprete supremo sino en “razones de celeridad, economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional” correspondería seguirlos. Y es que no se pretende discutir sobre el “monismo” o “dualismo” del sistema argentino cuyas corrientes encuentran sobrada doctrina de uno u otro lado; ni de la obligación “del control de convencionalidad” hasta llegar hoy a discutir la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de

¹⁴¹ VEGA, Lorena A. y VEGA Gustavo J. *Obligatoriedad de los precedentes en el sistema argentino*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/lorena-vega-obligatoriedad-precedentes-sistema-argentino-dacf150649-2015-06-01/123456789-0abc-defg9460-51fcanirtcod> [Consultado el 18/08/2017]

Derechos Humanos¹⁴²; sino que al juzgar de una simple lectura de los fallos dictados en estos dos últimos años y recabados en los párrafos que anteceden, dan cuenta de un proceso progresivo jurisprudencial en el que parecería que ya no alcanza sólo con valorar (o citar) las normas constitucionales y/o supranacionales, sino que resulta quizás hasta necesario, hacer un análisis concienzudo ó “razonado”¹⁴³ de la aplicación del sistema infra constitucional o reglamentario del acceso a la salud en cada uno de los distintos casos, lo que en definitiva, coadyuva al sostenimiento del sistema público de salud de manera equitativa y respetando los principios sociales de irretroactividad (no regresión) y reserva (mínimo existencial).

Entender o analizar la razón en el “cambio” al momento de decidir y circunscribirlo sólo al dictado de la tan cuestionada Ley n° 10.249 y especialmente en las acciones judiciales en las cuales el demandado es el Estado, parecería no tener suficiente razón, más aún cuando el máximo cuerpo judicial argentino se ha inclinado también en la necesidad de sopesar los derechos a la luz de sus reglamentaciones¹⁴⁴.

Con todo que se han analizado suficientes fallos jurisprudenciales y se pueden determinar con claridad que la jurisprudencia local, de la mano de los fallos del máximo cuerpo –particularmente de sus sentencias desde el año 2014- han variado sustancialmente las normas sobre las que se asentaron las decisiones, y en definitiva, se ha delimitado tanto el alcance del Poder Judicial como órgano de aplicación de normas, resaltándose como cara de la misma moneda, las atribuciones propias del Poder Legislativo como poder del Estado de dictar esas normas y el Poder Ejecutivo como poder encargado de dictar las políticas públicas –en el caso en salud- con el objeto de garantizar un sistema de salud público y sustentable.

Al comienzo de este trabajo nos planteamos una serie de objetivos en base a una problemática que desconocíamos y sobre la que quisimos indagar: el alcance de la protección al derecho a la salud desde una óptica social y las implicancias políticas y

¹⁴² Discusión tratada abundantemente a propósito del fallo Fontevicchia.

¹⁴³ Término jurídico que se emplea sobre los votos en disidencia.

¹⁴⁴ Entre ellos: “T. M. C. y otro el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno si sumarísimo” CSJ 07/2013; “L.E.H. Y otros el O.S.E.P. si amparo” CSJ 3732/2017RH1; “L., E. S. el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) si amparo” CSJ L85, XLVII recurso directo.

jurídicas del reconocimiento de este derecho en el marco de la realidad sanitaria cordobesa durante el período del año 2012 al 2014. De modo más específico, procuramos identificar las decisiones judiciales en materia de salud y el impacto que las mismas tienen sobre las políticas de salud. Y creemos que el relevamiento efectuado nos ha permitido responder al interrogante que originara esta Tesis, así como también hemos podido recabar datos suficientes como para tener por cumplimentados los objetivos específicos fijados. Y si bien ello no constituía un objetivo específico de nuestro trabajo, estimamos oportuno y conveniente avanzar además sobre las conclusiones de las acciones judiciales posteriores a la sanción de la Ley n° 10.249 para completar y actualizar el trabajo, lo que en definitiva permitió un trabajo más completo que muestra las actuales tendencias jurisprudenciales.

Entonces, se puede afirmar que:

1) Los Tratados Internacionales si bien resultan de aplicación inmediata en cada uno de los casos, deben ser analizados conforme los reglamentos que permiten el acceso a las prestaciones de salud. Específicamente, en los términos establecidos por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, “en la medida de las posibilidades económicas de los Estados signatarios”, entre otros.

2) Los fallos jurisprudenciales posteriores a los años 2014 y 2015, tanto a nivel provincial como los también analizados de la CSJN, vienen a transformar los reglamentos y normas estipulados para el acceso a las prestaciones de salud de “inaplicables” para constituirlos en los medios para el acceso a estas prestaciones de salud.

3) La única manera de garantizar un sistema público de salud es que los jueces, gestores públicos, la sociedad civil, los operadores del derecho, los sanitaristas, discutan de forma amplia el tema y propongan soluciones conjuntas para minimizar el conflicto social-jurídico-político latente, y se garantice en todos los casos, la igualdad.

4) Ningún derecho ni principio constitucional resulta absoluto. El mismo debe procurarse y garantizarse conforme las normas que lo reglamenta.

5) Un sistema de salud público sustentable y equitativo, debe formularse en base a políticas públicas progresivas y equitativas protegidas por el derecho.

Parecería que en los últimos años, a la luz de las nuevas inclinaciones en las sentencias judiciales, se está tomando cuenta la necesidad de proteger y respetar las normas reglamentarias previstas para el acceso a la cobertura de salud. Lo que en definitiva implica garantizar un sistema público de salud sustentable y equitativo; propio de un Estado democrático de derecho.

Podemos asegurar también que está mutando el diálogo de los poderes del Estado desde que se verifica un cambio en la interpretación y aplicación de las normas por parte de los jueces y en general, de la interpretación del derecho. Advertimos un reconocimiento en la necesidad de preservar y garantizar la independencia de los poderes, que como lo planteamos, parecía que los jueces venían a corregir e incluso suplantar el poder político.

La información recabada proporciona un muestreo importante de las acciones judiciales en salud y cómo éstas repercuten directamente en las políticas públicas de salud obligando a modificar en muchos casos no sólo normas aplicables, como políticas públicas, sino además la consecuente readecuación y compensación presupuestaria entre otras. Advertimos también que las leyes y su interpretación no resultan estáticos y en el análisis del tema, concluimos que el lector puede tener suficiente información para conocer las posturas doctrinarias, las razones que llevan a concluir de una u otra manera sobre un asunto puesto a resolver y por tanto, tener por satisfechos los objetivos planteados.

Finalmente, destacamos la importancia del trabajo estudiado cuyas implicancias no sólo se limitan al ámbito territorial de una provincia, sino como vimos, las sentencias judiciales provinciales han demostrado tener efectos en otros países.

8. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

ACUÑA, C.H.; CHUDNOVSKY, M. *El sistema de Salud en Argentina*, Disponible en <http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/salud/dircap/mat/matbiblio/salud.pd>.

ALVARADO VELLOSO apud GOMEZ, Claudio Daniel; *Competencia Federal*, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 21.

ARAUJO de OLIVEIRA, Neilton. *Direito Sanitario: Oportuna discussão via coletânea de textos do blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania*, Direito Sanitário: Para além da judicialização da saúde, um campo novo de conhecimento, uma nova articulação política e plural pela cidadania. Libro producido por ANVISA, CONASEMS y CONASS, p. 66. Traducción libre.

AVILA PAZ De ROBLEDO, Rosa A., 2015, *El Derecho a La Salud y las aristas procesales conflictivas en base a La tutela judicial efectiva* en: *Derecho a la Salud: Desafíos, problemáticas y aspectos novedosos*. Lerner: Córdoba.

BALBÍN, Carlos., 2011, *Curso de Derecho Administrativo*, Bs.As., La Ley, T.I.

BAZAN, Víctor., 2015, *Derecho a la Salud y Justicia Constitucional*. Astrea: Buenos Aires.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá.

BULYGIM (2006) APUD HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*, disponible en página web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000100012&script=sci_arttext [Consulta: 25/02/2016].

CAMPILONGO, C.F., 2002, *Política, sistema jurídico y decisión judicial*. São Paulo: Max Limonad.

CANTONI RABOLINI, Nélica Mónica, 2009, *Técnicas de muestreo y determinación del tamaño de la muestra en investigación cuantitativa*”, *Revista Argentina de Humanidades y Ciencias Sociales*, Volumen 7, n° 2 (2009), publicado on line en: http://www.sai.com.ar/metodologia/rahycs/rahycs_v7_n2_06.htm

CARIGNANI, Agustín, ROBLEDO, Federico., 2015, *El Sistema de Protección de la Salud de la Argentina: perspectiva y desafíos* en: *Derecho y Salud como realidades interactivas*. Thomson Reuters: ARANZADI.: Navarra, España. Primera Edición.

CARIGNANI, Agustín., 2015, *La Competencia Federal en el marco del Amparo en Salud en: Derecho a la Salud: Desafíos, Problemática y Aspectos Novedosos*. Editorial Lerner SRL: Córdoba.

CARNOTA, Walter F., 2011, *El derecho a la salud en el constitucionalismo provincial argentino*, Publicado en Revista Jurídica UCES, número 15.

CORTESI, Maria C., 2013, *Derecho Sanitario y Régimen Jurídico del Medicamento*, Visión Jurídica: Buenos Aires.

CORVALÁN, Juan Gustavo., 2016, *Derecho Administrativo en transición. Reconfiguración de la relación entre la Administración, las normas y el Poder Judicial*. Astrea: Buenos Aires.

COSTA CARDOSO, Antonio José., 2013, *Políticas de saúde: universalizar ou focalizar é a questão* en: *Direito Sanitário em Perspectiva*. ESMPU: Brasilia.

DELDUQUE, Maria Celia; MARQUES, Silvia Badim y CIARLINI, Alvaro., 2013, *Judicializacao das Políticas de Saúde no Brasil*, em: *Direito Sanitário em Perspectiva*. Brasilia, ESMPU, FIOCRUZ.

DELDUQUE, Maria Celia; MARQUES, Silvia Badim., 2009, *O Direito Social à Saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões Judiciais* In: DELDUQUE, Maria Celia (Org). *Temas atuais de Direito Sanitário*. Brasilia: CEAD/FUB, 2009. ISBN: 978-85—7804-039-0.

EPP, Charles. *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press. Texto original: *the Court had, essentially, proclaimed itself the guardian of the individual rights of the ordinary citizen. In the process, the Court created or expanded a host of new constitutional rights, among them virtually of the rights now regarded as essential to the constitution” Traducción libre*.

FALCON, Enrique M., 2014, *La jurisdicción, la competencia y el proyecto de Código Civil y Comercial*, *Revista de Derecho Procesal 2014-2 – Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

FALCÓN, Enrique M., 1996, *Caducidad o Perención de Instancia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

GELLI, María Angélica, 2005, *Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires.

GOMEZ, Claudio Daniel; 2003, *Competencia Federal*, Mediterránea, Córdoba.

GRILLO, Iride Isabel María, *El amparo frente a la injusticia*, disponible en la página web oficial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-amparo-frente-a-la-injusticia.

HANLON, John J., 1973, *Principios de Administración Sanitaria*. Fournier: México.

HARO Ricardo, 2014, *La competencia federal de los tribunales del poder judicial de la Nación, Revista de Derecho Procesal 2014-2 – Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

HARO, Ricardo; 1989, *La Competencia Federal*, Depalma, Buenos Aires.

HIRUELA DE FERNANDEZ, Maria del Pilar, 2009. *La ejecución Fiscal en la Provincia de Córdoba*, Alveroni, Córdoba.

<http://centrodeartigos.com/revista-digital-educacion-tecnologia-educativa/contenido-6491.html>

JIMENEZ, Eduardo Pablo. *Los Derechos establecidos en la Constitución no son absolutos*. Disponible en

<http://www.profesorjimenez.com.ar/libro%20derconsti/2/13.pdf>, 01/11/11.

LICHFIELD, E. H. Notes on a general theory of administration, *Admin. Sci. Quart.* 1:12, Junio de 1956.

LLOVERAS DE RESK, Maria Emilia y otras., 1995, *Lecciones de Derecho Civil*, segunda edición, Editorial: Advocatus: Córdoba.

LORENZETTI, Ricardo L., *Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina*, en COHEN HUGO (comp.) “Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales” *apud* BAZAN, Víctor. *Derecho a la Salud y Justicia Constitucional*. Ob. Cit.

MEDEIROS, M. 2013, *Principios de Justiça na alocação de recursos para a saúde*. Texto para discusión. IPEA, Río de Janeiro, n. 687, diciembre de 1999 *APUD* CAMPOS ALVES, Sandra, DELDUQUE, Maria Celia y DINO NETO, Nicolao. *Direito Sanitário em Perspectiva*. ESMPU: Brasilia.

MYRDAL, Gunnar., 1952, *Economic aspects of health, Chronicle of World Health Organization*. 6:207.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia B, 2016, *Acción de Amparo en Córdoba*, Advocatus, Córdoba.

PIOLA, Sergio Francisco. Financiamento público da Saúde: algumas questões. *APUD* CAMPOS ALVES, Sandra, DELDUQUE, Maria Celia y DINO NETO, Nicolao. *Direito Sanitário em Perspectiva*. ESMPU: Brasilia, 2013, p. 94. El concepto que se desarrolla en este punto también ha sido abordado por otros autores como por ejemplo Jarbas Ricardo Almeida Cunha.

RIVERA, Julio Cesar. *Revista Lexis N 9204/003006, DERECHOS PERSONALÍSIMOS/01. Generalidades. Lexis Nexis, “Instituciones de Derecho Civil – Parte General”, 2007 (04/05/2009).*

ROBLEDO, Federico., 2015, *Judicialización: La nueva enfermedad de la salud. Análisis y desafíos de su tutela constitucional a través del bioamparo*, en: Derecho a la salud: Desafíos, problemáticas y aspectos novedosos. Lerner: Córdoba.

ROSS, Alf, *On law and Justice*, New Jersey, The Lawbook Exchange. Disponible en página web: <http://www.lawbookexchange.com/pages/books/40749/alf-ross/on-law-and-justice>.

RODRIGUEZ, Rodolfo Hector et all, 1992, *A etica do desenvolvimento e as relacoes com saude e o meio ambiente*, Hucitec – Abrasco, Sao Paulo.

SABSAY, Daniel Alberto, *El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales*, disponible en página web: <http://farn.org.ar/wp-content/2014/06/art02.pdf>.

SAGUES, Néstor., 1995, 2014, *Acción de amparo* Astrea: Buenos Aires, p. 176.

TORICELLI, Maximiliano, 2014, *La competencia en el Amparo*, *Revista de Derecho Procesal 2014-2 – Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

TORICELLI, Maximiliano, 2014, *La competencia en el Amparo*, *Revista de Derecho Procesal 2014-2- Jurisdicción y Competencia I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

VEGA, Lorena A. y VEGA Gustavo J. Obligatoriedad de los precedentes en el sistema argentino. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/lorena-vega-obligatoriedad-precedentes-sistema-argentino-dacf150649-2015-06-01/123456789-0abc-defg9460-51fcanirtcod>.

VELLOSO, Adolfo Alvarado, *Jurisdicción y competencia*, disponible en página web: http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf.

VILLALOBOS, Marco Feoli. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S7018-97532015000200006.

Legislación:

Ley Provincial de Amparo n° 4.915, sancionada el 09.01.1967, publicada en el B.O. el 20.01.1967 y entró en vigencia el día 20.01.1967.

Código Tributario Provincial, Ley n° 6.006. Sancionado con fecha 10.02.1977, publicada en el B.O. el 16.02.1977.

Ley de la Provincia de Córdoba n° 8.465 sancionada con fecha 27/04/1995 y publicada en el B.O. el 8/06/1995.

Ley de la Provincia de Córdoba n° 9.024 “Creación de los Juzgados Civil y Comercial en lo Fiscal” sancionada el 19/06/2002 y publicada en el B.O. el 25/06/2002 y el 28/11/2002.

Ley de la Provincia de Córdoba n° 9.507. Ley de Creación de Fondos Especiales. Sancionada el 06/08/2008 y publicada en el B.O. el 08/08/2008.

Ley Provincial n° 10.249 dada en la legislatura de la Provincia de Córdoba el 10/12/2014 y entró en vigencia el 01/01/2015.

Ley de la Provincia de Córdoba n° 10.323 sancionada con fecha 30/11/2015 y publicada en el B.O. el 04/12/2015.

Ley Nacional de Amparo n° 16.986, sancionada el 18.10.1966, publicada en el B.O. el 20.10.1966 y entró en vigencia el 20.10.1966.

Ley Nacional de Medicina prepaga n° 24.754. Sancionada con fecha 28/11/1996 y publicada en el B.O. con fecha 23/12/1996.

Jurisprudencia:

TSJ, Sala electoral, de competencia originaria y asuntos institucionales en autos caratulados “Gómez, Josefa Natalia c. Dirección General de Rentas. La Ley. Cita Online: AR/JUR/3330/2007.

Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos caratulados “Torres, Luis Alberto c. Caja de Jubilaciones de la Provincia de Córdoba s/ Amparo – Recurso de Apelación”. La Ley. Cita Online: \ar/JUR/56999/2014.

Cámara 7ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos caratulados “Surroca, Diego Ariel c. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba s/ amparo”. La Ley. Cita online: AR/JUR/3781/2015.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Chaco en los autos caratulados “Asociación Gremial Unión de Empleados Legislativos (AGUEL) c/ Gobierno de la Provincia de Chaco y/o IN.S.S.SE.P. La Ley. Cita Online: AR/JUR/158/2008.

Jurisprudencia de la CSJN:

CSJN, Fallos, 239: 459.

CSJN, Fallos, 241: 291.

CSJN, Fallos: 245:435.

CSJN, Fallos: 246:118.

CSJN, Fallos: 263:296.

CSJN, Fallos: 270:346.

CSJN, Fallos: 276:89.

CSJN, Fallos: 310:1378.

CSJN, Fallos: 312:318.

CSJN, Fallos: 314:225.

CSJN, Fallos: 315:380.

CSJN, Fallos: 318:218.

CSJN, Fallos: 320:196.

CSJN, Cita Online: AR/JUR/10096/2006.

CSJN, Cita Online: AR/JUR/10310/2006.