

PRÓLOGO

Resulta muy reconfortante presentar este libro fruto del esfuerzo compartido de los autores que supieron concretar de manera fecunda los resultados de su participación activa en la investigación llevada a cabo en el marco del programa “**Proyectos Formar**” canalizados por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la U.N.C.

La tarea cumplida en el proyecto de investigación titulado “Los lineamientos jurisprudenciales del amparo de salud en la justicia provincial y federal de córdoba: ¿procesos judiciales divergentes?” tenía como objetivo general llevar adelante una evaluación crítica de los criterios uniformes y divergentes en los procesos de amparo de salud sustanciados en la jurisdicción federal y provincial de la Ciudad de Córdoba. A tal fin se llevó adelante un relevamiento de trescientas veintinueve sentencias de amparo de salud, correspondientes al año 2017.¹

Los parámetros de análisis se dividieron en aspectos sustanciales del derecho a la salud y en aspectos procesales que se ven reflejados en los títulos de los capítulos del presente libro.

A los fines de mantener la actualidad del análisis jurisprudencial concretado se procedió a incluir pronunciamientos judiciales posteriores vinculados a cada uno de los temas. Por lo cual, la te-

1 Cámara Federal de Córdoba Sala A y B: 81 sentencias, Juzgado Federal Nº 1 de Córdoba: 24 sentencias, Juzgado Federal Nº 2 de Córdoba: 14 sentencias, Juzgado Federal Nº 3 de Córdoba: 39 sentencias, Juzgado Federal de Bell Ville: 9 sentencias, Juzgado Federal de San Francisco: 66 sentencias, Juzgado Federal de Villa María: 21 sentencias, Juzgado Federal de Río Cuarto: 45 sentencias, Sentencias Provinciales de las Cámaras Contencioso Administrativo de 1º y 2º nominación: 30 sentencias.

mática sustancial y procesal de los amparos de salud que se presentan constituyen un aporte actual de significación y relevancia para el ejercicio de profesional del abogado litigante, como para quienes ejercen la magistratura.

Se comienza, desde el aspecto sustancial, con el tema “Paradigma, Perspectiva y Prospectiva en la acción de amparo de salud”- La Discapacidad en el contexto de la Prospectiva de la Acción de amparo.

Se destaca la adaptación de criterios jurídicos tendientes a la efectividad del derecho a la salud de las personas, en especial las que se hallan en situación de vulnerabilidad y que acuden imperiosamente a los Tribunales de Justicia en resguardo de sus derechos más básicos. Es precisamente, la misión de la Judicatura transformar los derechos en actos tangibles que incidan sobre el nivel de bienestar y las condiciones en las que se desarrolla la vida de las personas.

Siempre teniendo en cuenta que si la afectación de la salud tiene altibajos o la enfermedad evoluciona, la tutela jurisdiccional del derecho a la salud, como su contenido, también debe evolucionar, sobre la base rectora que la cobertura a cargo de los obligados que afectan a personas con discapacidad, no solo es integral en nuestro sistema normativo, si no que para cumplir dicha integralidad también debe ser evolutivo.

Surge de este modo, en forma evidente y sin hesitación alguna la acción de amparo, como la vía idónea y efectiva para la protección de los derechos constitucionales de la salud.

La jurisprudencia es uniforme en lo que respecta a la figura del amparo, de estructura dinámica, como mecanismo de protección más rápida y efectiva ante abusos de la autoridad pública y de terceras personas que se apartan de sus atribuciones, evitando injusticias burocráticas que impiden obstaculizar el pleno ejercicio de los derechos.

En el orden sustancial se aborda la Cobertura de Salud y el P.M.O como instrumento reglamentario que tutela el derecho a la salud. El abordaje se lo materializa respecto de varias prestaciones médicas. Se comienza con la fertilización asistida, en

donde se podrá visualizar con claridad en el análisis jurisprudencial el derecho de los afiliados de acceder a la cobertura integral de fertilización asistida en sus diversas maneras. Además se ratifica que el PMO debe ser entendido como la cobertura mínima y no como el techo.

En materia de discapacidad se advierte una tutela amplia en favor de las personas que padecen de alguna Discapacidad, otorgándoseles la cobertura integral de las pretensiones más diversas solicitadas. Valgan como alguno de los casos desarrollados el de rehabilitación neurológica (fisioterapia, fonoaudiología, neurología, psicología, acompañante terapéutico) hasta interconsulta en un instituto especial más estudios que le indiquen, gastos de alojamiento y traslado, provisión de Sillas de traslado motorizada, silla de baño para aseo, cama ortopédica, colchón antiescaras, cobertura de soporte nutricional, procesador de habla más gastos médicos que demande su colocación, entre otras.

En materia de discapacidad se destaca el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Duich Dusan, Federico c/ Cemic (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno) s/ Amparo” sosteniendo que las especificaciones que emanan del PMO resultan complementarias y subsidiaria respecto de las pautas que conforman las bases del régimen de la salud.

En el tema de Diabetes la tutela es reconocida ampliamente. La cobertura por parte del Plan Médico Obligatorio no sólo es ratificada como punto de partida siendo la inversión legislativa notable en la vasta normativa reglamentaria que protege a aquellos pacientes que presentan esta afección en sus distintas clases.

También se analizan casos de jurisprudencia respecto de la cobertura de prótesis, leche medicamentosa, enfermedades poco frecuentes, trastornos alimentarios, cobertura integral, medicamentos.

Se desarrollan reflexiones finales sobre el avance en tecnología médica y retraso del PMO y el postulado del “piso mínimo”.

El tercer término se abordan los tratamientos experimentales bajo un análisis de los criterios de procedencia y líneas interpretativas de la jurisprudencia imperante.

La jurisprudencia del ámbito federal y provincial dan un reconocimiento expreso del Derecho a la Salud, como un derecho fundamental e inherente a la persona humana, que surge de todo el bloque de constitucionalidad, y siguiendo los parámetros jurisprudenciales de los casos “Buñes” y “Sureda” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo, en los casos de tratamientos experimentales trata una problemática especial, debido a los distintos parámetros con los que puede ser juzgado y de las implicancias que trae aparejada la resolución en ellos, ya sea haciendo lugar a la pretensión o desestimándola, existen ciertos parámetros y estándares a ponderar al momento de solicitar una pretensión de este tipo, los cuales surgen de la jurisprudencia analizada, ellos son: efectividad del tratamiento; cuestionamiento de su condición científica; costos económico e incidencia colectiva; obligatoria intervención estatal y autorización previa.

En base a dichos parámetros que fueron moldeados por la jurisprudencia y que están en constante evolución, es que se analiza la procedencia o no una solicitud de tratamiento experimental vía acción de amparo conforme a lo analizado en este trabajo.

Dichos estándares siempre deberán ser juzgados, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso concreto de que se trate, haciendo hincapié y tamizando la resolución bajo el principio pro homine, los tratados internacionales con jerarquía constitucional, el derecho internacional de los Derechos Humanos y en especial al “derecho de acceder a los adelantos de la ciencia”, que surge del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su Art. 15.1 inciso b) señala que: *“los estados partes en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona a: b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”*.

En el orden procesal y bajo el título: “El Activismo Judicial en los Amparos de Salud” se analiza la actividad de oficio de la magistratura conforme el tratamiento de la jurisprudencia vigente.

De inicio se advierte las divergencias en los fueros provincial y federal. En efecto, en la órbita provincial el activismo judicial no

está explícitamente reglado en el CPCC como sí en el CPCCN de la órbita federal.

Del análisis de la jurisprudencia provincial se observa una utilización frecuente de audiencias con fines conciliatorios (art. 58 CPCC) a diferencia de la órbita federal en donde se utilizan audiencias conciliatorias en casos judiciales muy concretos.

El primer tema del análisis procesal se refiere al reintegro dinerario y el tratamiento de los Criterios de Justicia a los efectos de conceder o denegar la pretensión de reintegro dinerario articulada conjuntamente con el reclamo de cobertura médica mediante la acción de amparo.

Para que el reintegro sea admitido se requiere que haya sido solicitado a la hora de la interposición, constando ya en una suma determinada, no requiriendo hacer juicios de valor sobre la cuantía y únicamente en los casos en que el derecho es reconocido en la sentencia. Se destaca que no se requería un ámbito de mayor debate y prueba que la mera constatación de las erogaciones.

Las sentencias de la justicia federal y provincial han sido coincidente en sus argumentos para otorgar el reintegro dinerario, por lo cual realice la conclusión de manera conjunta, a su vez en ninguno de los dos órdenes se ha presentado fundamentación basada en normativa o jurisprudencia, limitándose a argumentos lógicos, y constatación de la prueba que acredita la erogación y cuantía.

Otro de los temas procesales bajo tratamiento en el presente libro se refiere a las costas en el proceso constitucional de amparo. En donde a partir del análisis de la tutela del derecho a la salud se analiza, desde la perspectiva jurisprudencial, el régimen aplicable a las costas en los procesos de amparo. Se da cuenta de estadísticas y conclusiones conforme los diferentes criterios fijados por los Tribunales a los fines de resolver la imposición de costas en los procesos de amparo de salud.

En el proceso de amparo (respecto al derecho a la salud) prima el principio objetivo de la derrota como regla. Se puede apreciar también que dicho principio es flexible, puesto que la libre apreciación del juez –en el caso concreto– puede hacer variar la imposición de costas con el fin de eximir de tal obligación al vencido.

No se imputan las costas a todo perdedor, pues si hay mérito se distribuyen. De esta manera, podemos encontrar vencidos en la acción de amparo y exonerados de los gastos del proceso.

En materia de salud el proceso de amparo rompe de alguna manera con el principio objetivo de la derrota, puesto que hay numerosos casos donde al rechazar la demanda el juez ha decidido no condenar en costas al vencido. Estas decisiones jurisdiccionales forman parte de una línea que consagra como principio la no condena en costas al actor, cuyo fundamento puede hallarse en la posibilidad de garantizar a las personas un acceso a la justicia para tutelar un derecho fundamental como la salud sin que una reflexión sobre el régimen de costas disuada la presentación de una acción de amparo.

Lorenzo Daniel Barone

Director