

La acción constitucional del amparo en derechos de salud. Normativa legal. El proceso judicial en la provincia de Buenos Aires

María Silvina Matioli¹

Resumen

El presente artículo nace de la necesidad de compartir mi experiencia como abogada litigante en la matrícula en materia de amparos de salud, su tramitación judicial, sus características, la vía administrativa, el juicio propiamente dicho, con la interposición de la demanda y el seguimiento judicial de un proceso de carácter sumarísimo, que resuelve de manera expedita e inmediata, derechos constitucionales vulnerados por actos u omisiones de autoridades públicas, o de particulares; resaltando asimismo que el amparo es una acción judicial breve y sumaria.

Existe mucha normativa (en particular de las obras sociales de origen sindical, de dirección de empresas, de estatales nacionales y provinciales) que dado el momento histórico en el que fueron dictadas han quedado vetustas o con contenido anacrónico hoy en día., en lo que se refiere a prestaciones y requisitos, a la luz de los cambios producidos en el ámbito internacional (pactos y convenciones) y en el derecho positivo nacional —luego de la reforma constitucional y de la vigencia Código Civil y Comercial—.

Palabras clave

Derechos de salud – Derechos Humanos – amparo – proceso judicial – normativa legal

Introducción

La idea del presente artículo nace de la necesidad de compartir mi experiencia como abogada litigante en la matrícula en materia de amparos de salud, su tramitación judicial, sus características, la vía administrativa, el juicio propiamente dicho, con la

¹ Abogada, egresada de UNLZ. Matriculada en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes. Capacitación Docente UTN. Correo electrónico: silvinamatioli@gmail.com

interposición de la demanda y el seguimiento judicial de un proceso de carácter sumarísimo, que resuelve de manera expedita e inmediata, derechos constitucionales vulnerados por actos u omisiones de autoridades públicas, o de particulares; resaltando asimismo que el amparo es una acción judicial breve y sumaria.

Esta acción está destinada a garantizar los derechos y las libertades constitucionales, diferenciada —respecto a plazos y etapas— de otros tipos de juicios. Esos otros procesos, por su naturaleza jurídica, no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente vulnerados. El objeto esencial del proceso de amparo es la habilitación de una vía rápida y expedita para resolver un conflicto constitucional. En el caso puntual resolver una vulneración al derecho de la salud.

Surgimiento del ciclo amparístico. Su naturaleza jurídica en la normativa del derecho constitucional argentino. Caso Siri y caso Kot

En la Argentina el amparo tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sentada en los casos Siri y Kot. En ambos admitieron, pese a la ausencia de regulación, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el *habeas corpus*. El caso Siri, situado históricamente en diciembre de 1956, cierra un ciclo restrictivo. Hasta entonces la única garantía constitucional reconocida era la del *habeas corpus*, que tutela la libertad física y ambulatoria de las personas y se da comienzo al ciclo garantista, ya que se protegen los demás derechos por medio de la acción de amparo.

El caso Siri

En 1956 al señor Ángel Siri se le clausuró su diario en la ciudad de Mercedes. El comisario local de la época justificó su accionar diciendo que estaba en cumplimiento de directivas de la Dirección de Seguridad de la Policía. El comisario desconocía las causales de la mencionada clausura y quién la había ordenado.

Siri quiso obtener una respuesta ante la medida tomada, que denotaba infortunada ilegalidad y que a todas luces significaba una violación a la libertad de expresión. En este punto no había lugar a formular un debate, solo era necesario que cesara la vulneración a un derecho fundamental como el de la libertad de expresión. Como medio

utilizó el *habeas corpus* (única vía rápida y expedita existente en ese momento), pero que, como es sabido, tutela la libertad personal y no los restantes derechos constitucionales. Por tal motivo fracasó tanto en primera como en segunda instancia. Así se dio un giro conceptual y garantista: “Las garantías constitucionales, existen y protegen a las personas por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, independiente de las leyes reglamentarias”. Esto importó la admisión de la pretensión y el nacimiento del **amparo** como medida jurídica de protección de derechos constitucionales no alcanzados por el *habeas corpus*.

El caso Kot

La acción de amparo había surgido en el caso Siri, pero las restricciones y vulneraciones a los derechos fundamentales seguían existiendo.

El caso Kot se ubica temporalmente en el año 1958 y abarca un conflicto entre la empresa Kot y los empleados de la fábrica textil de San Martín que deciden hacer una huelga. La delegación regional del Departamento de Trabajo de San Martín consideró ilegal la huelga, por lo que Kot ordena a sus empleados retomar sus puestos. Ante la negativa de los trabajadores, los despide. Tiempo después, el titular del Departamento de Trabajo le exige a la empresa la reincorporación de los empleados, a lo que Kot se negó. Los empleados, en busca de proteger sus derechos, toman la fábrica. Kot manifestó que no podía trabajar y que consideraba usurpada la propiedad de la fábrica. Ante lo sucedido, se presenta en la justicia. Tanto en primera como en segunda instancia manifestaron que se trataba solo del derecho a la huelga y no al ejercicio de usurpación de la propiedad, por lo que solo constituía un conflicto gremial, entre empleador y empleados de la textil.

Así, el Sr. Kot, invoca el fallo Siri y menciona que sus derechos al trabajo y a la propiedad están lesionados y vulnerados, y decide interponer un recurso extraordinario ante la Corte, que infiere que sus derechos estaban siendo vulnerados.

En esta instancia, la Corte se exploya sobre la naturaleza jurídica de la acción de amparo, afirma la protección expedita y rápida que emana de la Constitución para proteger los derechos de las personas. Con el caso Kot avanza sobre elementos conceptuales y su ámbito de aplicación.

Ambos fallos son pioneros en lo que conocemos como el remedio judicial constitucional del amparo.

El derecho a la salud como derecho humano fundamental. Normativas específicas y conceptos

El derecho a la salud es reconocido no solo por nuestra Carta Magna, sino también por el marco normativo internacional sobre derechos humanos.

Así, la Constitución Nacional (CN) en el art. 43 (capítulo segundo, Nuevos derechos y garantías, primera parte) expresa: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...]”.

A partir de la reforma de 1994, no solo se incorporaron estos artículos (36 a 43), sino también los diferentes pactos, convenciones y tratados sobre derechos humanos, en los que la Nación sea parte (art.31) a los que se ubica en la cima de la pirámide jurídica de igual jerarquía y complementarios de la CN (art. 75 inc. 22).

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. De igual manera establece la Constitución de la provincia de Buenos Aires (art. 20 inc. 2), las llamadas medidas de acción positiva que surgen de la necesidad de garantizar la igualdad real de trato y oportunidades. Menciona segmentos sociales que son los niños, mujeres ancianos y personas con discapacidad, acreedores todos ellos de los beneficios que puedan emerger

de medidas de acción positiva, es decir, políticas dirigidas a fin de ejercer derechos reconocidos por las leyes.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires su procedimiento se rige por la Ley 13.928 y en el ámbito nacional por la Ley 16.986.

Además, se puede mencionar un seguimiento de la legislación nacional en materia conceptual de salud, aludiendo a sus normativas y aplicabilidad correspondiente. Para ello es conveniente contextualizar históricamente esta cuestión: la finalización de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados decidieron amparar los derechos fundamentales de las personas. En ese momento surgieron diferentes declaraciones universales, pactos y convenciones, destacando al ser humano y a su dignidad. Su premisa fue que el derecho a la salud debía estar garantizado y tutelado, debía ser respetado y garantizado por los Estados.

A continuación, los conceptos que reflejan las diferentes normativas internacionales:

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Además, cabe destacar la Ley 23.661 que establece en su artículo 1°:

Créase el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El seguro se organizará dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna.

Y en el artículo 2°:

El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva.

»Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la presente ley, su reglamentación y la ley de Obras Sociales, en lo pertinente.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) sostiene que las políticas y programas de salud deben proteger los derechos humanos, en especial el derecho a la salud. La adopción de medidas orientadas a respetar y proteger los derechos humanos, afianza al sector sanitario respecto de la salud de cada individuo. Se les exige a los Estados, establecer políticas y planes de acción sustentables a fin que todas las personas tengan acceso a su salud y la de su familia en el plazo más breve e inmediato.

La Observación General N.º 14/2000 definió el derecho a la salud y la obligación que tienen esos Estados Parte. A continuación se transcriben dichas nociones para mejor entendimiento.

Artículo 1: La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. **La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios**, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

Artículo 8: El derecho a la salud **no debe entenderse como un derecho a estar sano**. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un **sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales** para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Artículo 9: El concepto del "más alto nivel posible de salud", a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, **el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud**.

Teniendo en cuenta más elementos determinantes de la salud, como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género, una definición más amplia de la salud también tiene en cuenta inquietudes de carácter social, como las

relacionadas con la violencia o el conflicto armado. Es más, enfermedades anteriormente desconocidas, como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA), y otras enfermedades, como el cáncer, han adquirido mayor difusión, así como el rápido crecimiento de la población mundial, han opuesto nuevos obstáculos al ejercicio del derecho a la salud, lo que ha de tenerse en cuenta al interpretar el artículo 12.

El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un **derecho inclusivo** que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición y vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

El artículo 12 se compone de dos párrafos. En el primero, se define el derecho a la salud y en el segundo da ejemplos de las obligaciones contraídas por los Estados parte.

El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado parte.

a) Disponibilidad. Cada Estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

I) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

II) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

III) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

IV) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que

sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

El Código Civil y Comercial de la Nación plasma en el artículo 17 los derechos sobre el cuerpo humano y lo invoca como un derecho personalísimo. Sobre estos refiere lo siguiente: los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales. Completando el concepto, el art. 55 que regula la disposición de los derechos personalísimos, el art. 56 que manifiesta los actos de disposición sobre el cuerpo y el art. 60 las directivas médicas anticipadas.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires el procedimiento del juicio de amparo se rige por la Ley 13.928 y en Nación por Ley 16.986.

A continuación se explayará sobre mi experiencia laboral en procesos de amparos de salud y la perspectiva jurídica de la acción.

La labor profesional

Cuando un cliente concurre a nuestro estudio teniendo la cobertura de una medicina prepaga u obra social (prestador o agente de salud) habiéndole surgido alguna contingencia en esa cobertura, sufre una seguidilla de altercados burocráticos que lo deja expuesto a la incertidumbre en cuanto a la resolución de ese inconveniente. Esta situación en la mayoría de los casos es por medicación necesaria para el tratamiento de enfermedad terminal y/o crónica, intervención quirúrgica no tradicional que, o bien el agente de salud no la cubre o la cubre en otras condiciones, o le exige ciertos requisitos cuyo cumplimiento en el lapso normal de tiempo, o de la forma prescripta por la prestadora ponen en riesgo o agravan el estado de salud y/o ponen en riesgo la vida de esta persona. En otros casos, si bien no existe riesgo de vida inmediato, la no cobertura por parte del agente de salud pone al afectado en situación de desigualdad o inequidad

frente a otros sujetos (por ejemplo, la cirugía en un lugar lejano al centro de vida, el tratamiento o terapia indicado por el médico no existe en el lugar de residencia, o la cobertura de un medicamento en dosis insuficientes, etc.). Desde el momento que un agente de salud niega una prestación determinada que se considera necesaria e imprescindible para la salvaguarda de la salud y/o vida de la persona, se entiende habilitada la vía del amparo.

Como profesionales del derecho se sabe que la regla general es que la ley se presume conocida por todas las personas, pero la realidad desmiente lo expuesto. Muchas veces las personas a las que les aqueja un problema de salud, recurren a redes sociales con desesperación para conseguir una medicación o una prestación médica de elevado costo, o se someten inconscientemente a lineamientos burocráticos de los agentes de salud que les dilata la prestación en el tiempo para culminar en la negación de manera generalmente legal, pero no por ello justa o equitativa, prestaciones requeridas necesariamente para mejorar su salud y su calidad de vida.

La vía judicial más idónea, por su rapidez y eficacia para poner freno a ese acto u omisión de la prestadora o agente de salud (estatal o no) que afecta los derechos de la persona que consulta, es la vía constitucional de **amparo**.

Desarrollo

El inicio del juicio

La acción de amparo adquiere rango constitucional normativo con la reforma de 1994, junto al *habeas data* y *habeas corpus*, que no modificó los derechos enumerados en el art. 14 sino que amplió el marco de estos. Esta acción se ve reflejada en el capítulo II, Nuevos derechos y Garantías, artículo 43:

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

»Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los

derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...].

Continúa con el *habeas data*:

[...] Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística [...].

Y culmina con el *habeas corpus*:

[...] Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Hasta la reforma constitucional y a partir del caso Siri y del caso Kot la acción fue legitimada por la CSJN y su procedimiento regido. En la Nación por la Ley 16.986 y en la Provincia por la Ley 7.166. Hoy ambas leyes y sus respectivas reformas tienen carácter procedimental (Ley 13.928, Pcia. de Bs. As.).

Agotamiento de la vía administrativa. Sus diversas formas de admisibilidad y presupuestos específicos

Previo a interponer la demanda debe agotarse la vía administrativa, mediante intercambios de notificaciones fehacientes, que pueden ser intercambios de correos electrónicos y, mejor aun, una carta documento. En este punto es pertinente realizar esta aclaración: si existiere en el domicilio del requirente de la prestación una sede o delegación de la requerida, se puede realizar esa petición por escrito en esa sede, por duplicado (que quedará sellada en poder del primero y como constancia de notificación fehaciente de la segunda), logrando y efectivizando de esta manera que la prestadora de salud quede notificada de inmediato, sugiriendo tal medida en los casos de salud con gravedad y urgencia. La otra alternativa de notificación (y más en el tiempo actual, que se está atravesando la situación de COVID-19) es el intercambio de correos

electrónicos, válidos para el inicio de la acción. La vía administrativa queda agotada una vez recibida la negativa al pedido o el silencio luego de transcurrido el plazo de la intimación.

La carta documento como principal medio de notificación fehaciente. Contenidos

Como requisito esencial para su redacción, se debe contar con el respaldo conceptual de la historia clínica del paciente que, por la Ley 26.529², tienen derecho a serles proporcionada. Como así lo establece su art. 3: “A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”.

Y continúa en este orden el art. 4: “La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”. Entre otros derechos que marca la ley, en este caso nos referimos a la posibilidad de acceso de la historia clínica.

Volviendo a la redacción de la carta documento, en su texto debe constar indefectiblemente su carácter de beneficiario de la prestadora (legitimación activa), documento de identidad, número de afiliado y expresar en forma clara y contundente la pretensión exigida.

Recibida la misiva, puede ocurrir alguna de estas posibilidades:

- 1) Que el agente o prestador conteste autorizando o comprometiéndose a cumplir con el requerimiento;
- 2) Que deniegue la prestación, con fundamento normativo en la mayoría de los casos;

² Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009.

3) Que opte por el silencio (aunque es poco común);

En los dos últimos casos mencionados se habilita la vía del amparo.

Requisitos de escritura de la demanda según la Ley de Amparo. La experiencia procesal y la actuación ante los tribunales y Juzgados de la provincia de Buenos Aires

DEMANDA. Forma de presentación según el artículo 6 de la Ley 13.928.

La demanda de amparo deberá contener:

1) Sumario

2) Personería: en este punto se debe acreditar el carácter con el que se inicia, con su correspondiente carnet de afiliado al agente de salud. Hay casos puntuales: cuando se representa a un menor de edad, acompañar la partida de nacimiento y su DNI. Si se representa a una persona con discapacidad, se debe acompañar el Certificado Único de Discapacidad vigente más el testimonio de declaración de curatela correspondiente, si ha sido tramitado.

3) Objeto: se redactará de manera expresa y clara la pretensión requerida.

4) Competencia: el art. 3 de la Ley 13.928, establece que será juez competente cualquier juez o tribunal letrado de primera o única instancia con competencia en el lugar donde el hecho, acto u omisión cuestionados tuviere o hubiese de tener efectos.

Aquí es necesario realizar una importante aclaración. Cuando iniciamos en la cabecera departamental, el juzgado sorteado generalmente tramitará en su totalidad el amparo, si el acto lesivo es producido por ente u organismo dependiente del estado provincial o local (IOMA, Incluir Salud, prepaga privada provincial, etc.). En aquellos casos en que el demandado resulte ser un agente de salud o prestador con presencia en todo el territorio nacional (como obras sociales sindicales, prepagas, PAMI, etc.), es probable que resuelva haciendo lugar o no a la medida cautelar pedida y, declarándose incompetente, luego lo remita para su ulterior tramitación al Juzgado Federal correspondiente con jurisdicción en el territorio donde el acto lesivo se produce. Lo mismo ocurre cuando se inicia en el Juzgado de Paz del partido de residencia del demandado. En su primer despacho, general e independientemente de lo establecido en

el art. 3, se expide sobre la incompetencia en la materia o cuestión de fondo, con fundamento legal en el párrafo 2° del art. 196 del CPCC, pero resuelve la medida cautelar, haciendo lugar o no a esta; remitiendo el expediente para su prosecución y el dictado de sentencia definitiva al juzgado que considera competente. La resolución de la cautelar por juez incompetente tiene su fundamento precisamente en el derecho o garantía vulnerado que de someterlo a distintas declaraciones de incompetencia causarían un daño irreparable a quien acciona en tutela de ellos. Obviamente que la medida cautelar en el proceso de amparo debe reunir los tres requisitos esenciales de todas las medidas cautelares.

5) La medida cautelar. Su objetivo: en la acción de amparo generalmente se solicita la medida cautelar de no innovar tendiente a lograr un anticipo de jurisdicción. Es decir que se le pide al juez que mientras dure el proceso las cosas se mantengan como hasta el momento del inicio de la acción. En los procesos de salud la mayoría de las veces esas medidas cautelares son de carácter **innovativo**, ya que alteran el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; por ejemplo, se ordena la provisión de un medicamento sin el que la persona no podría sobrevivir o mantener o mejorar su estado de salud, es decir, es de carácter imprescindible. También esas medidas cautelares en muchos casos son **autosatisfactivas** (por ejemplo, una intervención quirúrgica). Si ambas medidas se conceden, modifican anticipadamente la situación jurídica, que es materia del amparo, por lo que a los tres requisitos de la cautelares genéricas, se le debe agregar la irreparabilidad del daño que se pretende evitar con la acción. Muchas veces con el otorgamiento de estas medidas se puede tornar abstracta la cuestión de fondo.

Las medidas cautelares constituyen un adelanto provisorio y preventivo, y se consideran una protección inmediata de los intereses de las personas sometidas al resultado del proceso que, luego del traslado de la demanda y la producción de pruebas, resolverán la cuestión que se trajo a juicio.

Es fundamental destacar que dicha medida debe ser resuelta en 24 horas y que se dicta inaudita parte, pero una vez dictada con la orden de cumplimiento de la medida se ordena correr el traslado de la demanda y puede ser apelada con efecto devolutivo.

La misma será notificada por el juzgado o tribunal interviniente por oficio o cédula electrónica.

Extremos por acreditar de la medida cautelar

- a) **Verosimilitud en el derecho:** este punto se acreditará en el juicio al referirnos a los detalles en la parte específica del derecho.
- b) **Peligro en la demora:** se destaca la importancia de puntualizar tal extremo y es a los fines que, si no se cumple con lo dictado en la medida, la salud de la persona a la que se patrocina corre un riesgo y peligro inminente en el agravamiento de su condición física.
- c) **Contracautela:** es de carácter juratoria con la debida interposición de la demanda. Y, como se mencionó previamente para el caso de las medidas autosatisfactivas e innovativas.
- d) **Irreparabilidad del daño:** que produciría su no concesión.

6) Pruebas: como pruebas ante el correspondiente proceso judicial, se ofrecerán los siguientes tipos.

a) **Documental:** como en todos los procesos se deberá acompañar con la prueba documental y, en el caso de referencia al transitar una situación de pandemia y por resoluciones y Ac. de la SCBA (COVID-19), no será necesario hoy acompañar el original porque se acompaña de manera virtual.

b) **Informativa:** este tipo de prueba se ofrece en el caso de desconocimiento de cualquiera de los instrumentos aportados como prueba instrumental, así se oficiará al ente o repartición de la que emanaron a los efectos de que se expidan sobre su autenticidad, contenido, recepción, etc. De ser necesario se pedirá que se cite a los profesionales médicos a los fines de que reconozcan las copias de la historia clínica y antecedentes acompañados.

c) **Pericial:** se estipula a los efectos de designar perito médico especialista único de oficio para que proceda a evaluar al paciente y cumpla en responder puntos indicados expresamente en la pericia.

d) **Informática o pericia en sistemas:** en caso de ser desconocida la cadena de correos electrónicos acompañadas, si es que existió tal presupuesto, se designa al perito informático a fin de que se expidan sobre puntos de pericia.

7) Reserva del caso federal: se lo deja planteado para el supuesto improbable de que las instancias ordinarias no acogieren la acción deducida formal o sustancialmente,

conforme a las prescripciones del artículo 14 de la Ley 48, a fin de articular oportunamente el recurso extraordinario ante la Corte Suprema, por violación de los preceptos constitucionales.

8) Autorizaciones

9) Habilitación de días y horas inhábiles y/o de ferias de ser necesario

10) Exhimerción del pago de tasas

11) En el caso de incumplimiento de la medida en el plazo indicado por el juez o Tribunal: más allá de las facultades de los jueces para asegurar el cumplimiento de sus decisiones (astreintes, multas, embargos de bienes y cuentas, etc. de los respectivos agentes de salud) y aunque generalmente estos lo dictan de oficio, no está de más pedir que el cumplimiento de la manda se haga bajo apercibimiento de denunciar a la demandada por la comisión de los delitos tipificados en los arts. 106 (abandono de personas) y 239 (desobediencia de órdenes judiciales).

Esta denuncia —luego de denunciado el incumplimiento en el juzgado interviniente— se puede formalizar como letrados patrocinantes —en caso de que el afectado no pueda hacerlo— con copia o testimonio de la resolución incumplida.

En la provincia de Buenos Aires se realiza tal denuncia en las ayudantías fiscales de las ciudades correspondientes a la cabecera departamental o en fiscalías. Si en el domicilio del cliente no existieran tales organismos dependientes del Ministerio Público, la denuncia se realiza directamente en la comisaria de la localidad. En este sentido resulta interesante resaltar que con una medida cautelar favorable se logra generalmente el cumplimiento inmediato, ya que si no son citados tanto el actor como el demandado a la fiscalía para instar al cumplimiento directamente el personal policial, por orden del fiscal, intima.

Es aconsejable no saltar este punto al momento de redactar la demanda de inicio del amparo.

12) Petitorio: nuevamente, además de los requisitos de toda demanda, detallar con claridad y exactitud la medida pretendida en la acción y la expresa imposición de costas.

Declarada la admisibilidad de la acción se ordena correr traslado de la demanda, la que deberá contestarse en el plazo de cinco días (art. 10). Conjuntamente con el traslado de oficio o a pedido de parte el juez podrá llamar a una audiencia de prueba simplificada, presidida por él bajo pena de nulidad (art.11) y en esa audiencia deberá:

- a) Invitar a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución del conflicto. Si el actor no compareciera a la audiencia por sí o por apoderado se lo tendrá por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones, con imposición de costas.
- b) Resolver sobre el levantamiento, sustitución o modificación de las medidas cautelares ordenadas.
- c) Proveer las pruebas que considere admisibles y pertinentes, las que deberán producirse dentro del término de cinco (5) días.
- d) En caso de que no sea necesaria la producción de prueba, pasar los autos a sentencia.

Medidas de mejor proveer (art. 12)

Con posterioridad, habiéndose producido la prueba o vencido el plazo para su producción, deberá dictarse sentencia dentro del término de cinco (5) días (art. 13).

La sentencia que admita la acción deberá contener (art.14):

1. La mención concreta de la autoridad pública o del particular contra cuyo acto u omisión se concede el amparo;
2. La determinación precisa de la conducta que se ordena cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución;
3. El plazo para el cumplimiento de lo resuelto;
4. El pronunciamiento sobre las costas.

La sentencia firme que hace cosa juzgada respecto del amparo individual o colectivo **deja subsistente el ejercicio de las acciones o recursos** que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.

La apelación

Legitimados y su forma de llevarla adelante

Según el artículo 16 de la Ley 13.928 serán apelables las resoluciones que:

- 1) Rechacen la acción por su manifiesta inadmisibilidad.

- 2) Las referentes a las medidas cautelares.
- 3) La sentencia definitiva.

El apelante deberá interponer y fundar el recurso en el plazo de tres días ante el juez que dicto la decisión apelada. El juez resolverá sobre la concesión del recurso en el día. Concedido el mismo con efecto devolutivo correrá el traslado de los fundamentos por el mismo lapso.

Solo con carácter excepcional y fundadamente atendiendo a las características particulares del caso podrá concederlo con efecto suspensivo.

Conclusión

En la introducción del presente artículo se mencionó la importancia del derecho a la salud con diferentes conceptos originados en la normativa vigente, antecedentes convencionales y jurisprudenciales. Se buscó abocar el artículo específicamente al derecho a la salud y por ende el derecho a la vida como derechos humanos fundamentales y a su protección específica por la vía de amparo. Existe mucha normativa (en particular de las obras sociales de origen sindical, de dirección de empresas, de estatales nacionales y provinciales) que dado el momento histórico en el que fueron dictadas han quedado vetustas o con contenido anacrónico hoy en día., en lo que se refiere a prestaciones y requisitos, a la luz de los cambios producidos en el ámbito internacional (pactos y convenciones) y en el derecho positivo nacional —luego de la reforma constitucional y de la vigencia Código Civil y Comercial—. Fundamentalmente con la evolución científica en el tratamiento de distintas patologías y enfermedades, como así también la evolución lógica del concepto de salud. Por ejemplo, hace 50 años la obesidad no era considerada una enfermedad que ameritase recibir un tratamiento, a menos que fuera acompañada de otro tipo de patología. La persona respecto de la salud era considerada como un objeto de protección.

Es comprensible, también, que si bien en el sistema jurídico la jurisprudencia es aplicable en principio, al caso particular, también es cierto que si la misma es consecuente y favorable a los ciudadanos que accionan en defensa de estos derechos, obligará al legislador a revisar esa normativa atrasada y añeja, adaptándola a la actualidad, reduciendo la litigiosidad o cuanto menos lograr que los agentes y

prestadores de salud negocien o concilien con sus beneficiarios cuestiones que, en definitiva hoy resultan siendo más gravosas para el prestador cuando las cumplen por una orden judicial que si las concedieran al momento mismo de la intimación extrajudicial.

A los agentes y prestadores de salud también se les dedica este artículo ya que, al estar regulados y controlados por el aparato estatal, también están obligados a amparar a sus beneficiarios, arbitrando y facilitando los medios para que esas prestaciones sean universales y equitativas.

Repensar un Estado más equitativo y más justo es obligación de todos y cuanto más nos involucremos en la defensa de nuestros derechos y garantías fundamentales, mejores seremos como sociedad. Como abogados, nutrirnos de conocimientos en materia de amparo para lograr mejores resultados en la materia en cuestión, es hacer nuestro aporte en aras de lograr esa sociedad mas justa y equitativa. Conocer mejor el derecho, estudiarlo, capacitarnos, en aras del mejor ejercicio profesional, no solo nos hará mejores profesionales, sino que facilitará y mejorará el acceso a la justicia del ciudadano común. El abogado es el eslabón esencial, el puente entre justiciables y el Poder Judicial, para la obtención de justicia y equidad.