

Amparo por salud

Mauricio Kalejman

En estas líneas esbozaré algunos aspectos -principalmente de índole procesal- referidos a la temática de juicio de amparo de salud.

I. Conceptos generales [arriba] -

El objeto de la acción de amparo es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental [1].

Se trata de un procedimiento utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales; razón por la que su apertura exige circunstancias particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la urgente y expeditiva vía del amparo [2].

Como claramente lo establece el art. 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, opera 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 la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución local y las normas dictadas en su consecuencia.

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias [3]; pues para la tutela de los derechos constitucionales fundamentales, no hay nada más idóneo, en principio, que el amparo [4].

Dispone el art. 43 de nuestra Carta Magna que: "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 registrados conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización ...”.

A partir de la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución, la acción de amparo "... juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa, para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales... De este modo el amparo, especialmente a partir de la reforma de 1994, es garantía constitucional, y es por ello que toda hermenéutica ha de tener como norte el sentido protector de dicha garantía, a través de una interpretación previsoras que deberá asignar al amparo el más alto alcance posible, con miras a la efectiva protección de los derechos fundamentales en crisis..." [5].

II. Competencia [arriba] -

Conforme ha resuelto en reiteradas oportunidades la Excma. Cámara del Fuero Civil de la Capital Federal -en concordancia con el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación- la adjudicación de competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de los hechos que se sustentan en la demanda [6].

En tal sentido, se ha dicho que: “Si el conflicto versa sobre la cobertura de una prestación médica supuestamente no cubierta por la empresa de medicina prepaga, en orden a la protección del derecho a la salud y a la vida, de conformidad con las normas que regulan el Sistema Nacional de Salud, sin que, por otra parte, esté en juego la organización del sistema, se está frente a un asunto de naturaleza civil. Por ende, corresponde la competencia de la Justicia Civil, la cual reviste naturaleza residual (conf. art. 43 del decreto Ley N° 1285/58) [7].

Así: “Corresponde la competencia del fuero civil cuando el conflicto versa sobre la cobertura de una prestación médica supuestamente no cubierta por la empresa de medicina prepaga, y no se acciona contra obra social alguna” [8] y que: Es competente la Justicia Civil y no la Federal, en una acción resolución y consignación por el incumplimiento de un contrato de medicina prepaga, en tanto la relación es de naturaleza privada, el prestador una sociedad anónima y no una obra social no estando la demandada comprendida dentro del supuesto previsto en el art. 38 de la Ley N° 23.661 y la intervención federal se limita a aquellos casos que se plantean cuestiones que pudieran afectar la organización del sistema de salud [9].-

Así, en principio, las cuestiones relativas a la competencia, deben resolverse de acuerdo con lo expresado por el actor en el escrito liminar.-

¿Qué sucede cuando se promueve una acción de amparo contra una obra social a los fines de la cobertura integral de las prestaciones necesarias para la tutela del derecho a la salud, es

decir, cuando se requiere a la prestadora el cumplimiento de las normas nacionales que implementan el Sistema Nacional de Salud y la Prestación Médica Obligatoria?. Ante tal circunstancia, la competencia federal se impone cuando está en juego la prestación de los servicios médicos asistenciales.

En efecto, la competencia federal responde a necesidades de orden público por ello, no sólo las partes están impedidas de prorrogarla sino que el propio órgano jurisdiccional debe inhibirse de oficio de entender en la demanda, si de sus propios términos y exposición resulta que la causa no es de su competencia. Así la primera actividad que todo juez debe realizar al interponerse una demanda es determinar si es competente para juzgar en el caso que se le plantea o lo que es igual, si tiene o no atribución para conocer en el asunto [10].

Es que cuando la competencia federal surge en razón de la materia, es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales locales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios [11]. Sobre tal criterio jurisprudencial se asienta la norma contenida en el art. 352, segundo párrafo, del Código Procesal.

En tal sentido se ha sostenido que cuando la demanda se dirige contra una obra social corresponde, de acuerdo a la nueva normativa vigente en materia de obras sociales, la competencia federal para entender en este tipo de procesos (conf. arts. 24 y 29 de la Ley N° 23660 y 15 y 38 de la Ley N° 23661). Los servicios prestados se consideran, así, como un servicio público de asistencia social. Por ello, y aún cuando la iniciación del proceso ante los tribunales ordinarios de la Capital podría importar un desplazamiento de la competencia federal, este criterio no resulta aplicable cuando esa competencia corresponde por la naturaleza de las normas implicadas [12].

En consecuencia, encontrándose en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, al establecer la prestación médica obligatoria que involucra a las obras sociales -carácter que podría revestir la obra social demandada- resulta aplicable al caso lo establecido por la Corte Suprema en el sentido 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° 23661, también federal que establece el Sistema Nacional de Seguro de Salud..." [13].

En ese orden de ideas el máximo tribunal ha resuelto que al haber sido demandada una obra social por incumplimiento de las prestaciones médico asistenciales, resulta de aplicación lo previsto por el art. 38 de la Ley N° 23661, que prevé el sometimiento exclusivo de esos agentes a la jurisdicción federal, salvo que desempeñen un rol activo [14].

III. Concesión de la medida [arriba] -

La concesión de una medida como la del amparo, torna imperioso que el Juez, en una apreciación sumaria advierta que la pretensión aparece como fundada y de éxito probable, sólo entonces cabe amparar el derecho que, con su sola invocación, resulta "prima facie"

como declaración viable y jurídicamente tutelada [15]. Y, es así que los requisitos propios para su procedencia, como ser la verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora, deben apreciarse con suma cautela.

Lo dicho, conjugado con la conclusión del dictamen médico-legal en cuestión, autorizan a considerar si se encuentran cumplidos los recaudos para viabilizar su concesión.

IV. Derechos en juego [arriba] -

El art. 42 de la Constitución Nacional establece que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos" y, por vía de la incorporación dispuesta en el art. 75, inc. 22, se generó el aludido bloque de constitucionalidad federal, integrado por diversos tratados internacionales de Derechos Humanos, que tutelan específicamente el derecho a la vida y a la salud de las personas (art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, en vinculación con lo dispuesto en el art. 33 de la Carta de la O.E.A.; Principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño y art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño); así, se estableció el derecho a la vida y a la salud de las personas como un Derecho Humano fundamental de nuestro sistema normativo, especialmente tutelado en el caso de los menores.-

Asimismo, la Ley N° 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Dispuso también que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas que necesiten las personas con discapacidad a ellas afiliadas.-

Modernamente, el derecho pone el acento más en la prevención que en la reparación del perjuicio causado. La prevención del daño surge como un mandato dirigido a la magistratura, como una clara responsabilidad social, ya que desde el punto de vista de la víctima, es preferible a su reparación [16] y lo es también desde el de los intereses del buen gobierno e la sociedad.

La preservación del derecho a la vida y a la salud de un habitante de la República constituye el sustrato básico para la consideración de cualquier otro derecho; por lo que se requiere que la respuesta jurisdiccional ante un planteo de la naturaleza del que nos ocupa se produzca en forma urgente, sin requerir el agotamiento de trámites o medidas que podrían evaluarse como requisito previo frente a planteos que no involucren valores jurídicos, éticos y sociales como los involucrados en este caso, pero no es supuestos de urgencia vital como el que nos ocupa.

El Poder Judicial, como órgano del Estado Nacional, debe, ante supuestos en los que se ponen en riesgo garantías o derechos que, como la vida y la salud, se encuentran especialmente tutelados por normas del bloque de constitucionalidad federal, adoptar las medidas que sean necesarias para su resguardo y debe hacerlo no sólo para tutelar a los particulares, sino por ser un imperativo establecido en el máximo orden normativo nacional y en el internacional del que participa la República.

V. Las medidas cautelares [arriba] -

Si con la documental aportada se encuentra acreditada “prima facie” la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, corresponde acceder a la medida cautelar innovativa solicitada (art. 232 del C.P.C.C.), la que, conforme Peyrano, se trata de una precautoria excepcional, que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado y que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. De naturaleza excepcional, como surge de su concepto, procura evitar que se frustre el resultado del proceso principal si no se produce el mencionado cambio fáctico o jurídico. Aunque no cuenta con un lugar específico en la ley, se encuentra incluida dentro de la definición genérica que otorga el art. 232 del C.P.C.C. [17].

Ahora bien, la medida anticipatoria requiere: a) la existencia de una fuerte probabilidad de que el derecho en discusión será reconocido en la sentencia de mérito y b) la existencia de un riesgo tal que permita inferir que, de no adoptarse la medida, se provocará un grave perjuicio al peticionante [18].

Véase al respecto que uno de los presupuestos de las medidas cautelares es la verosimilitud del derecho invocado, entendiéndose por ella la posibilidad de que aquél exista: nuestro sistema jurídico exige que el derecho del peticionario de la cautelar sea verosímil, y no que se acredite la certeza en la existencia de ese derecho, que eventualmente se obtendrá al dictarse el pronunciamiento definitivo [19], extremo que se debería encontrar acreditado con la documental acompañada con la demanda.

De otro lado, el peligro en la demora fluye de lo expuesto en el apartado anterior: aparece como evidente que si no se concede la cobertura peticionada al menor, podrían generarse perjuicios inminentes para él de difícil o imposible reparación ulterior. Por otra parte se ha entendido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado tal recaudo, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado “prima facie” o presunto [20].

En este estadio resulta menester señalar que las medidas cautelares se disponen para evitar que el resultado de un proceso aparezca frustrado por las contingencias que se pueden presentar en su curso, siendo preferible el exceso en su concesión que la parquedad en negarlas [21].

Asimismo, cuando se trata de personas discapacitadas nuestro orden constitucional exige medidas especiales, de carácter positivo, directamente orientadas, del mejor modo posible, a posibilitar la morigeración o supresión de las asimetrías que padecen frente al resto de la organización social.

Finalmente, dada la índole de los derechos constitucionales en juego, no corresponde exigir otra contracautela que la derivada de la responsabilidad personal por el pedido formulado por los progenitores del menor.

[1] Confr. el art. 43 de la Constitución Nacional y la doctrina de Fallos: 259:196; 263:296; 267:165 y 324:3602, entre otros.-

[2] CSJN, Fallos 306:1453; 308:2632; 310:576, entre otros.-

[3] Fallos: 320:1339; 320:2711, cons. 14°.-

[4] Morello, Augusto M., El amparo después de la reforma constitucional' en 'Derecho Privado en la reforma constitucional' Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, pag.231, Rubinzal-Culzoni.-

[5] Sentencia del juez a cargo del Juzgado Criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata N° 1 del 3/2/99, dr. Pedro F. Hooft, en la causa "A.Z., C.N.", publicada en "Jurisprudencia Argentina", del 21/7/99)

[6] Conf. art. 5° del Código Procesal , C.S.J.N. Fallos 43-220; 134-407, entre otros.-

[7] Sumario N° 15556 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 18/2003). (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, ALBORES, Fernando Martín c/ MEDICUS SA DE ASISTENCIA MEDICA Y CIENTIFICA, 13/06/03, R.376253)

[8] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Tribunal de Superintendencia, CLEMENTE, Héctor R. c/ MEDICAL LIFE MEDICINA PRIVADA S.A. s/ AMPARO s/ COMPETENCIA, 20/03/02, R.6467

[9] Sumario N° 17711 de la Base de Datos de la Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Civil. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Tribunal de Superintendencia. GUALA, Beatriz Pura c/ SOCIEDAD ITALIANA DE BENEFICENCIA EN BS.AS. HOSPITAL ITALIANO s/ RESOLUCIÓN DE CONTRATO S/ COMPETENCIA, 24/10/07, R.10201.-

[10] Morello-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales comentados, t. 2-A, p. 63.-

[11] Corte Sup., 8/9/1983, "Telecor S.A. c/ Provincia de Catamarca s/restitución de inmueble", ED 131-193.-

[12] C. Nac. Civ., trib. de superint., acordada 725, expte. 2194 "Russo, Carolina T. c/ Sanatorio H. de Cusatis y otro s/daños y perjuicios s/competencia", 12/3/1992; C. Nac. Civ., trib. de superint., acordada 725, expte. 1870, "Rappi, Oscar A. c/ Sanatorio Metropolitano s/incumplimiento prestación social", 17/6/1991, C. Nac. Civ., trib. de superint., "Carrizo, Enzo D. c/ Centro Médico Parque y otros s/daños y perjuicios s/competencia" del 1/11/1988; íd., Trib. de superint., 25/02/1999, "Atterio, Héctor A. c/ Vargas, María A.", JA 2000-II-119; C. Nac. Civ., sala H, 02/10/2000, "Frías de Ruiz, Hilda B. c/ Bianculli, Lucía T.", JA 2001-II-

103.-

[13] CSJN, 15-6-89, competencia 259 XXII, "Centro Quirúrgico Cardiovascular c/ Obra Social de Estaciones de Servicio, garages y playas de estacionamiento s/ordinario", Fallos 312:985; Corte Sup., 6/10/1992, "Tallarico, Manuela c/ Clínica Privada Banfield y otro", LL 1993-A-359; CNCiv., sala K, 28/05/2003, "Schon, Ricardo c/ Instituto de Obra Médico Asistencial de la provincia de Buenos Aires".-

[14] CSJN, 17-5-05, "Elserser, Oscar A. y otro c/ OSEPJANA S.R.L. s/amparo", Competencia 1767.XL, Lexis N° 4/57299.-

[15] Podetti, Ramiro; "Tratado de las medidas cautelares"; Alsina, Hugo "Derecho Procesal Civil".-

[16] CNCiv., Sala H, sentencia definitiva del 18-10-05.-

[17] (Peyrano, J. W., "Medida cautelar innovativa", p. 95, JA 1997-II-926)

[18] C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 23/9/1999, "N., L. v. S., R. O.", JA 2000-II-31.-

[19] Corte Sup., "Albornoz", ED 113 del 20/12/1984, p. 477; C. Nac. Civ., sala G, "Ravera", ED 115 del 31/10/1984, p. 471; C. Nac. Com., sala D, "La Buenos Aires, Cía. Argentina de Seguros S.A.", del 28/5/1997.-

[20] Causas 6655/98 del 7/5/1999, 436/99 del 8/6/1999, 7.208/98 del 4/11/1999, 1.830/99 del 2/12/1999 y 1.056/99 del 16/12/1999; en ese sentido, ver Fassi y Yáñez, "Código Procesal comentado", t.I, p. 48 y sus citas de la nota n. 13 y Podetti, "Tratado de las medidas cautelares", p. 77, n. 19.-

[21] (cfr. C. Nac. Civ., sala A, "Schafer", en ED 72 del 1/3/1977, p. 222; C. Nac. Civ., sala D, "Camurri", en LL 1985-C-398, del 26/2/1985.-