

UNIVERSIDAD

ABIERTA

INTERAMERICANA

DERECHO A LA SALUD:

**RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO EN LA
PROVISIÓN DE
MEDICAMENTOS**

VERONICA FRANK

MATRICULA 324 -7

SEDE NORTE

24 DE NOVIEMBRE DE 2003

Agradecimientos:

A mi familia, por apoyarme en todo lo que emprendo, incluida esta tesis.

A todos mis compañeros de facultad, y en especial a Miriam Belcredi por acompañarme en la elaboración de este trabajo.

A mi tutora, Dra. Rita Sica, por su paciencia y dedicación.

A todos quienes en la Universidad Abierta Interamericana fueron mis maestros.

NOTA PRELIMINAR:

Este trabajo dentro del amplio espectro de los derechos humanos, se refiere al derecho a la salud, el cual como acertadamente afirma nuestra Corte Suprema se encuentra comprendido en el derecho a la vida y por tanto indubitablemente se conecta con la dignidad misma del ser humano.

El derecho a la salud, importa hoy día un concepto más amplio que la simple ausencia de enfermedad, y hace así alusión al completo bienestar físico, psíquico y sociocultural que toda persona debería, al menos en principio, poder alcanzar.

El derecho a la salud pertenece a la categoría de los derechos sociales, que confieren al titular facultad para reclamar determinadas prestaciones por parte del Estado, que el mismo tiene el deber de cumplimentar. Prestaciones que en el caso de nuestro país se explicitaron por medio de la asunción de compromisos internacionales, como lo es por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que actualmente goza de jerarquía constitucional, y que sostiene que los estados que son parte, se comprometen a garantizar hasta el máximo de sus recursos los derechos que en dicho instrumento se reconocen, entre los cuales se encuentra el derecho que tiene toda persona de gozar del más alto nivel posible de salud física y mental.

**Los medicamentos
necesarios para tratar las
distintas patologías que
afectan a las personas, sin
lugar a dudas forman parte
del derecho a la salud que
se viene comentando. Se
procura desde este trabajo
demostrar que cuando los**

medicamentos no pueden ser adquiridos por las personas porque no cuentan con los medios económicos necesarios y se encuentra así superada su capacidad de previsión; y/o cuando tampoco los mismos pueden ser facilitados por una obra social, es deber del Estado proporcionar dichos fármacos.

A partir de este planteo, surgen numerosos interrogantes, a los que se tratará de dar respuesta en el presente. Dichos interrogantes se refieren por ejemplo: a cómo está organizado el sistema de salud argentino; a los avances que pueden llegar a representar en la materia ciertas políticas del Ministerio de Salud de la Nación como el Programa Remediar o determinadas leyes del Congreso Nacional como la N° 25.649 de Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico; a la posibilidad de exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones en materia de salud a través del control judicial; a la eventual configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita cuando no provee medicamentos y a la posibilidad de demandarlo por daños y perjuicios si con esa actitud daña a una persona; a verificar si la responsabilidad del Estado puede extenderse, más allá de la provisión, a la fabricación de fármacos; a conocer el tema de la entrega de remedios en el caso particular de las personas que padecen HIV/SIDA.;etc.

Capítulo I

DERECHO A LA SALUD

SUMARIO

1. Introducción.
2. Intento de definición.
3. Facultades que otorga el derecho a la salud y sujetos obligados.
4. Evolución histórica.
5. Reconocimiento normativo internacional.
6. Derecho constitucional comparado
7. Reconocimiento normativo interno

Capítulo I

“DERECHO A LA SALUD”

1. Introducción:

En la actualidad los derechos humanos han devenido en una categoría jurídica en expansión, proceso que los ha convertido en punto focal de acaloradas discusiones, y que los ha llevado a incrementar los objetos sobre los cuales recaen, así se adicionan hoy los derechos de la solidaridad o de tercera generación, como el derecho a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, etc... Todo lo cual conduce a reafirmar la integralidad del concepto de los derechos humanos y a sostener que, la problemática de los mismos no se reduce, a la inclusión legislativa de tal o cual derecho, para que se considere que en determinado Estado existe plena vigencia de los derechos humanos. El fenómeno apunta, además a la creación de un conjunto de condiciones de índole cultural, política y económicosocial que permitan al hombre desarrollarse en paz y armonía con sus semejantes.

En esa dirección se han planteado, últimamente, una serie de casos en torno de lo que podría denominarse “derecho humano a la salud”. Cuestiones de alta complejidad moral y jurídica como las originadas en la relación entre la bioética y el desarrollo científico, algunos de cuyos ejemplos son el implante de embriones; la fecundación *in vitro*; los experimentos de laboratorio con seres humanos; la manipulación genética (temas tratados adecuadamente por Pedro Hooft en su trabajo “Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: La protección de la vida humana naciente”¹ los derechos de los pacientes terminales; la provisión de medicamentos; la malapraxis médica; los efectos de la contaminación ambiental; los usos de la energía nuclear; los derechos de los discapacitados; el derecho de los fumadores y de los no fumadores de cigarrillos; la donación de órganos; el derecho de no discriminación de los enfermos contagiosos y el correlativo derecho a la no infección por parte del personal hospitalario que los atiende y de la comunidad en su conjunto; el debate sobre la incriminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal, en una enumeración que puede ampliarse enormemente se relacionan directa o indirectamente con el bien jurídico salud pública y con el derecho humano a la salud.

Desde la óptica de la filosofía de los derechos humanos y los principios bioéticos, como afirma Pedro Hooft en su libro “Bioética y derechos humanos. Temas y casos”² “el reconocimiento de la salud constituye una precondition o valor instrumental necesario para la posible realización de otros valores y el ejercicio de otros derechos de raigambre constitucional”, siendo esos otros derechos de los que habla el autor, el derecho a la vida en el cual está implícito el de la salud; el derecho a la integridad física; el respeto a la dignidad de la persona; etc. nociones todas con las que el derecho a la salud se conecta”.

2. Intento de definición:

¹ Hooft PF. Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: La protección de la vida humana naciente. ED 124-685.

² Hooft PF Bioética y derechos humanos (temas y casos). 1º ed. Buenos Aires: Depalma: 1999

El derecho a la salud importa el completo bienestar físico, psicológico y social de la persona humana. Es un hecho positivo que va mucho más allá de la ausencia de enfermedad, que comprende la obligación a cargo de distintas instituciones del Estado.

El derecho en análisis se encuentra contenido dentro del derecho a la vida y puede ser considerado desde distintos enfoques, éstas variables no sólo no se contraponen sino que pueden sumarse, llegándose así a la conclusión de que este derecho es un fenómeno complejo cuyos componentes más importantes serían:

- a) El derecho a ser sanos, a la defensa y a la promoción de la salud (problemas que lo dificultan: Sociales –marginación, desempleo, pobreza-)
- b) El derecho a la atención médica oportuna (problemas que lo dificultan: sistemas de atención médica con obstáculos relacionados con la accesibilidad y con la cobertura)
- c) El derecho a participar (Sobre todo en forma colectiva, en la elaboración y puesta en marcha de programas de salud que tengan que ver con la promoción y la defensa de la salud. Problemas que lo dificultan –la burocracia y la mercantilización de la medicina-)

3. Facultades que otorga el derecho a la salud y sujetos obligados:

Frente a cualquier derecho, resulta técnicamente indispensable estudiar el objeto sobre el cual recae y sus sujetos comprendidos. En primer término para delimitar el objeto del derecho humano a la salud, hay que tratar de responder el siguiente cuestionamiento ¿Qué significa que un sujeto activo titularice el derecho a la salud? ¿Implica que no vá a enfermar, que el sujeto pasivo le va a deparar una total inmunidad bacteriológica frente a los riesgos propios a que el hombre se encuentra expuesto por el hecho de vivir?. Ello desde una óptica lógica no puede sostenerse.

Entonces los vocablos “derecho a la salud” expresan otro significado. Una primera aproximación indica que se trata de un derecho de naturaleza prestacional, es decir, que conlleva (a diferencia de los derechos civiles clásicos: libertad, igualdad, etc.) una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada. El problema radica, entonces, en determinar cual es el contenido de esa prestación. Un análisis de las normas que lo han incorporado a nivel positivo lleva a concluir que concretiza fundamentalmente en un derecho de la población (sin ningún tipo de discriminaciones) al acceso a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud.

En cuanto al sujeto activo, el derecho a la salud puede ser considerado como un derecho específicamente humano. Hay que acotar el sentido de la “humanidad” del derecho. En primer lugar, el ámbito de aplicación personal de las normas que lo tutelan excede la condición de ciudadanía o nacionalidad política, consecuentemente, gozan también de sus beneficios los extranjeros que residen legalmente en el territorio del Estado, ya sea a título ocasional (turistas, comerciantes, estudiantes, etc.) o con vocación de permanencia (arts. 14 y 20 de la Constitución Nacional). En segundo término se trata de un derecho puesto en cabeza de la persona física, en la medida en que la noción de salud psicofísica no es extensible a las personas jurídicas. Además, no existen parámetros de edad que restrinjan su disfrute, por ello se ha dicho que estos derechos de naturaleza prestacional se deben brindar desde “la cuna hasta la sepultura”. En último lugar, se excluye de ellos a otros seres vivos como animales y plantas.

En referencia al sujeto pasivo, el derecho a la salud es bifrontal, porque es oponible tanto al Estado como a los demás particulares. En lo atinente al sujeto pasivo estatal, el tema se vincula –dado el tipo objetivamente prestacional de este derecho- con el rol del Poder (en la especie, la Administración de salud) y las dimensiones que adquiere su accionar. Entra en este momento a jugar el principio de subsidiariedad, tantas veces reiterado por los Pontífices: la responsabilidad primaria del desarrollo social recae en los hombres (ya sea individualmente o unidos en grupos intermedios), sólo cuando la iniciativa privada falte o fracase, entonces queda habilitada la intervención del Estado.³

El cual como sujeto pasivo de este derecho asume distintas obligaciones: a) promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud; b) no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud; c) brindar él mismo éstos servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea a través del diseño de planes de salud, la creación de centros asistenciales, la provisión de medicamentos, etc. A los particulares como sujetos obligados por el derecho a la salud les corresponde: a) el suministro de servicios médicos cuando se comprometen a actuar como prestadores; b) no afectar el goce o disfrute de dichas prestaciones por parte de otros particulares; c) someterse a las regulaciones que dicten los órganos del Estado.

4. Evolución histórica:

La categoría de los derechos humanos no apareció recién con la Declaración Universal de 1948. Sino que se fue constituyendo a lo largo del tiempo, histórica y evolutivamente. Por otra parte, a determinada época han correspondido ciertas clases o generaciones de derechos, la primera de ellas está dada por los llamados “derechos individuales, civiles o políticos” entre los cuales se cuentan el derecho a la propiedad, el derecho a la igualdad, a elegir, a ser elegido etc. que se compadecen con las elaboraciones que se formularon en la Edad Media y que otorgan a su titular una facultad para actuar en determinado sentido, teniendo que ser respetado por el estado y por sus semejantes. La segunda generación es la del constitucionalismo social propiciado por las enseñanzas de la Iglesia, que abarca los derechos económicos, sociales y culturales (grupo al cual pertenece el derecho a la salud), con los cuales el centro de gravedad jurídicopolítico se desplaza de lo individual a lo social, y se comienzan a manifestar desde la segunda mitad del siglo XIX. La tercera generación incluye a los derechos humanos más novedosos, que se encuentran hoy en plena etapa de gestación y consolidación, entre los que se encuentran el derecho al desarrollo, a una mejor calidad de vida, a un medio ambiente sano, etc.

Cabe destacar que el derecho a la salud no integra las preocupaciones de los pensadores que teorizaron sobre los derechos individuales en los siglos XVII y XVIII. Su problemática recién empieza a ser analizada rudimentariamente en la segunda mitad del siglo XIX y con mayor detenimiento en el siglo XX. La razón del surgimiento tardío de ésta categoría jurídica, que tutela un bien tanpreciado para el hombre como lo es su propia salud se puede buscar en distintas causas. Para dicha tarea se debe tener presente que si bien el ordenamiento normativo se nutre de la realidad social, muchas veces no sigue el mismo paso que ésta y queda rezagado. También se hace necesario analizar previamente la evolución del hecho científico médico, para determinar posteriormente su incidencia en lo social y en lo jurídico.

³ Conf. Carnota WF. La politicidad del Derecho a la seguridad social. ED 127-839

En ese orden de ideas, hay que remarcar que hasta el advenimiento del periodo renacentista (que comienza a fines del siglo XIV pero cuyas implicancias se proyectan hasta el siglo XVIII, la medicina no se encontraba suficientemente desarrollada sobre bases científicas, así las pestes y las enfermedades alcanzaban a todos los estamentos de la sociedad y afectaban por igual tanto al señor feudal como al siervo de la gleba. Es a partir sobre todo del siglo XVII que los nuevos descubrimientos van a revolucionar a la ciencia médica.

El siglo XIX muestra un constante aumento en materia de descubrimientos y nuevas técnicas en la medicina. Además, la estructura social cambia, ya que la burguesía no sólo ocupa el poderío económico, sino que se transforma asimismo en poder político. La Revolución Industrial acrecienta diferencias sociales. La cuestión social se plantea de una manera impostergable. Es en este contexto en que surge el constitucionalismo social como un agregado que se le adiciona al clásico. Como expresa Germán Bidart Campos en su “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”⁴ cuando irrumpe el constitucionalismo social, la óptica cambia, no se trata de abolir o menospreciar lo que de rescatable se admitía en el anterior constitucionalismo, sino de ampliarlo con nuevos contenidos; hay que añadir y no amputar. Es la superación del liberalismo primitivo.

El derecho a la salud aparece, pues, inserto dentro de esta concepción social del constitucionalismo, una de cuyas características consiste en la inclusión –en las leyes fundamentales- de los derechos económicosociales. Es importante dejar en claro que en sus primeras formulaciones constitucionales el derecho a la salud aparece íntimamente ligado al mundo de las relaciones del trabajo, ejemplos de lo dicho lo constituyen la constitución mejicana de Querétaro (1917) y la alemana de Weimar (1919).

5. Reconocimiento normativo internacional:

El derecho a la salud se encuentra consagrado en numerosos tratados internacionales, algunos de los cuales adquirieron en nuestro país rango constitucional, así la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, expresa en el artículo 25 que:

“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 asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Por su parte, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula:

“1. Los Estados Partes 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 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

⁴ Conf. Bidart Campos G J Tratado elemental de derecho constitucional. Buenos Aires: Ediar: 1986. t. I, P. 391.

sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos los 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”.

Precepto que debe ser analizado teniendo en cuenta que el artículo 2 del mismo cuerpo normativo establece que:

“Los Estados Partes se comprometen hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr... la plena efectividad de los derechos que allí se reconocen”.

A su vez, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su artículo XI tutela el derecho en cuestión estableciendo que:

“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

En relación a los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño, les asegura el derecho a la salud en su artículo 24 el cual dice que:

“Los Estados parte reconocen a los niños el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, y agrega que “los Estados signatarios asegurarán la plena aplicación de este derecho y en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) reducir la mortalidad infantil, b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud, c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud, d) asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres, e) asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de de la salud y la

nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes”, etc.

En el ámbito regional europeo, cabe citar a la Carta Social Europea de 1961 cuyo artículo 11 titulado “derecho a la protección de la salud” dice:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2. establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3. prevenir en lo posible las enfermedades epidémicas, endémicas y otras”.

6. Derecho constitucional comparado:

A partir de 1945 se produce la difusión del constitucionalismo social, y con ella, del derecho a la salud. Sobre el punto el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 consigna que se “garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud”. La Constitución italiana de 1947 dispone al respecto en su artículo 32 que “La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la comunidad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violarlos límites impuestos por el respeto a la persona humana”. En las últimas dos décadas del siglo XX, el proceso de recepción en los textos constitucionales cobra nuevo vigor. El artículo 64 de la Constitución de Portugal afirma que “todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla” y dispone “la creación de un servicio nacional de sanidad universal y gratuito”. La Constitución española de 1978 reconoce, por su parte, el derecho a la protección de la salud, prevé la tutela de la salud pública “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” y el fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Además, otras constituciones de postguerra, tan diversas como la soviética de 1977, la iraní de 1979, la chilena de 1980 y la filipina de 1986 incluyen el derecho a la salud.

7. Reconocimiento normativo interno:

a) Derecho constitucional federal argentino: la Constitución de 1853-1860 imbuida del liberalismo del siglo XIX, no contenía ninguna cláusula referida al constitucionalismo social, al cual pertenece el derecho a la salud, pero nadie podría llegar a pensar que el mismo no fuera protegido implícitamente por la Carta Magna (art.33 CN). Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo la oportunidad de expedirse sobre la protección sanitaria en el caso “Saladeristas Podestá, Bertram y otros c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos 31-274) resuelto en 1887, en el cual el Alto Tribunal sostuvo que :”La autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de inocuidad y no obliga al gobierno que la concedió cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues, en tal caso, el deber de proteger la salud pública, contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida”.

La primera incorporación al texto constitucional del derecho a la salud se realizó por medio de la Constitución de 1949, en su artículo 37, párrafo primero (“derechos del trabajador”), apartado 5° (“derecho a la preservación de la salud”), donde la Carta Magna disponía que :

”El cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen del trabajo reúna los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo”.

Como se deduce de la ubicación sistemática y de la propia redacción de la norma, el bien jurídico salud aparece allí aún estrechamente vinculado con el hecho del trabajo, aunque más adelante el mismo artículo 37 extiende a la ancianidad el cuidado de la salud. Derogada la reforma de 1949 en virtud del decreto del 27 de Abril de 1956 y proclama del 1° de Mayo de dicho año en los que el gobierno de ipso declaró vigente la Constitución de 1853 con todas sus reformas excluyendo la de 1949, la Convención Constituyente reformadora de 1957 incorporó – en tónica mínima- varios aspectos del constitucionalismo social, sin regular el derecho a la salud.

Recién con la Reforma a la Carta Fundamental llevada a cabo en 1994 el derecho a la salud fue expresamente incorporado al texto constitucional por medio del artículo 75 inciso 22 que le otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales que enumera y a los que el Congreso apruebe con las mayorías requeridas en el inciso 23 y que pasen así a tener también aquella jerarquía.

b) Derecho Público provincial argentino: Es conveniente tener presente que, en un Estado federal como el argentino, las constituciones provinciales respetando y adecuándose a la nacional y rigiendo sobre los puntos que aquella expresamente le manda establecer (artículos 5, 122 y 123 CN) y también sobre los poderes no delegados por las provincias al gobierno nacional a través de la Constitución federal (artículo 121 CN), son fuente jurídica habilitada por la Carta Magna del país. Muchas veces el derecho Público provincial- de elaboración más reciente- muestra en determinados temas una riqueza mayor que el federal, ello es lo que ocurre con el derecho a la salud.

En ese sentido, las constituciones provinciales han desarrollado en *detalle* lo concerniente al derecho en cuestión. Sus contenidos básicos tienen que ver con que: a) *parten de un concepto de salud en sentido amplio, que deriva de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social* (artículos 61 Constitución de San Juan de 1986; 22, de la Constitución de Jujuy del mencionado año; 57, de la Constitución de San Luis de 1987); b) *consideran a la salud como un “derecho fundamental de la persona humana”* (artículos 70, de la Constitución de Santiago del Estero de 1986 y 57, de la Constitución de La Rioja de 1986) y como *un derecho inherente a la vida* (artículo 40, de la Constitución de Salta de 1986) ; c) *Califican a la salud como bien social* (artículos 40, Constitución de Salta de 1986 y 59, de la Constitución de Córdoba de 1987); d) *entienden que se trata no sólo de un derecho sino también de un deber* (artículos 76 de la Constitución de Santiago del Estero y 40, de la de Salta); e) *valoran a la actividad de los prestadores de salud calificándola de función social* (artículos 72, de la constitución de Santiago del Estero; 61, de la de San Juan; 57 de la Constitución de la Rioja ; 22 de la de Jujuy; 57, de la Constitución de

la Provincia de San Luis), f) *asigna a los medicamentos el carácter de bien social* (artículos 61, de la Constitución de san Juan; 73, de la de Santiago del estero; 57, de la Constitución de La Rioja; 57, de la de san Luis); g) *destacan el principio de igualdad en el acceso a las prestaciones* (artículos 40, de la Constitución de Salta; 61, de la Constitución de San Juan; 57, de la de La Rioja; 59, de la Constitución de Córdoba); h) *se subraya el carácter integral de las prestaciones* (artículos 57 de la Constitución de La Rioja; 59, de la de Córdoba). *Se tiende al cuidado de la salud física, mental y social* (artículos 40, de la Constitución de Salta; 70, de la de Santiago del Estero; 56, de la Constitución de La Rioja; 59, de la de Córdoba); i) *se prioriza la medicina de tipo preventivo* (artículos 71, de la Constitución de Santiago del Estero; 22 de la de Jujuy; 57, de la Constitución de San Luis); j) *se estimula la participación de la comunidad* (artículos 41, de la Constitución de Salta; 57, de la de La Rioja; 22, de la Constitución de Jujuy; 59, de la de Córdoba); k) *se propende a la creación de centros de estudios e investigación* (artículos 61, de la Constitución de San Juan; 75 de la de Santiago del Estero); l) *la no prestación injustificada por parte del estado de los servicios relativos a salud da lugar a la acción de amparo* (artículo 85, de la Constitución de Salta)

Capítulo II

EL PAPEL DEL ESTADO

SUMARIO

1. Obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.
2. Organización del sistema de salud en nuestro país.
3. El mandato constitucional de preservar el derecho a la salud como derecho humano fundamental.
4. El Sistema Nacional del Seguro de Salud: ley 23.661.
5. Programa Médico Obligatorio.
6. El Programa Remediar.
7. La utilización de medicamentos por su nombre genérico.

Capítulo II

“EL PAPEL DEL ESTADO”

1. Obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud:

Resulta propio y necesario para un trabajo como el presente, responder a la pregunta que Gabriela Vidiella en su libro “El derecho a la salud”⁵, se formula en los siguientes términos “¿qué nivel de atención le corresponde al Estado garantizar: el mejor disponible, cuidados básicos o ninguno?. Sostiene la autora que el tema adquirió relevancia en los inicios de la década del 80, cuando en Estados Unidos, comenzó a ser objeto de debate público la obligación que le compete al Estado en materia sanitaria; en este país existen dos programas –*Medicare y Medicaid*- implementados por el gobierno federal para cubrir las necesidades de los grupos sociales más desprotegidos. Pese a ello, una estadística realizada en 1982 reveló que entre el 8 y el 11% de la población carecía completamente de asistencia médica.

Agrega Vidiella, que el resultado de ese debate fue un documento producido por la Comisión presidencial en Washington, titulado *Securing Acces to Health Care*⁶ que en términos generales, proponía asegurar un *decent minimun* (un mínimo decente) de atención sanitaria a quienes no estaban en condiciones de acceder a la medicina privada y no eran destinatarios de las dos coberturas existentes. En dicho documento se explica que la Comisión se ha fijado como meta garantizar “un acceso para todos de un nivel adecuado de atención a la salud sin límites excesivos”, aunque no especifica en que consiste ese nivel adecuado, qué servicios debe proveer, ni cuales son sus límites.

En el citado documento se rechaza explícitamente considerar ese *decent minimun* de asistencia sanitaria como un derecho, prefiriéndose interpretarlo como una obligación ética del conjunto de la sociedad hacia sus miembros, ya que –se explica- cuando se habla de un derecho a la salud suele presuponerse que es obligatorio ofrecer a los afectados todo lo que necesitan, o todos los recursos que estén disponibles, lo cual resulta impracticable por razones de costos.

Ese documento dio origen a un intenso debate teórico en torno al derecho a la salud, y se fueron elaborando distintas posiciones que tuvieron como referente la tesis del *decent minimun*, ya sea para defenderla o para rechazarla. Así hay quienes afirman dicho mínimo como un derecho, mientras que otros prefieren considerarlo como una obligación. La diferencia no resulta ser trivial, ni meramente terminológica, sino que señala una ardua discusión en torno al status de los deberes y derechos que remite a la distinción tradicional entre deberes de obligación perfecta e imperfecta. Los primeros son aquellos que poseen como correlato un derecho cuya destinataria es una persona determinada; los segundos, en cambio, no dan lugar a ningún derecho correlativo y, si bien puede interpretárselos como obligatorios, dejan a nuestra elección la persona y la ocasión en que hemos de ejercerlos. John Stuart Mill en su obra “El utilitarismo”⁷ traza esta distinción identificando a los perfectos con los deberes de justicia y los imperfectos, con los de beneficencia o caridad. Sólo es incorrecto, afirma, el incumplimiento de los primeros, en cambio nadie tiene derecho de reclamar un deber de beneficencia.

En literatura bioética no hay acuerdo respecto al status que le corresponde a un derecho a la salud. Los autores liberales más “duros” lo consideran un derecho negativo, derivado del derecho a la integridad física. Según esto la obligación del Estado debería limitarse a proteger a los ciudadanos de las acciones que pudieran dañar su salud (ej: protegiendo el medio ambiente, garantizando condiciones de trabajo seguras e higiénicas, etc.). Sin

⁵ Vidiella G. El derecho a la salud. 1° ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires: 2000

⁶ Securing Acces to Health Care. Washington DC: US Gobenrment Printing Office: 1983

⁷ Mill J S. El utilitarismo, t.e. Castilla, R. Buenos Aires: Aguilar:1974

embargo, es obvio que el concepto de derecho a la salud involucra mucho más que esta idea restrictiva.

Al liberalismo le ha resultado siempre más sencillo fundamentar derechos negativos que positivos. Esto es así porque los primeros se derivan del principio de la autonomía de la persona, pilar de la tradición ético-política de esta corriente. El mismo puede enunciarse de la siguiente forma:” Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.

Los bioeticistas que se oponen al concepto de derecho a la salud suelen apelar a dicho principio para justificar su posición, tal es el caso de quienes consideran que el reclamo hacia los bienes y servicios de terceros que involucra un derecho de ésta índole constituye una lesión de la autonomía..

Piensa de ésta forma Robert Sade en el artículo que lleva por título “Medical Care as a Right: a Refutation”⁸, donde sostiene que el primer derecho fundamental e inalienable, inscrito en la naturaleza humana, es el derecho a la vida. Este, posee, para el autor, tres corolarios: 1) derecho a elegir los valores que cada uno considere necesarios para realizar sus proyectos; 2) derecho de ejercer el propio juicio para llevar a cabo el mejor curso de acción en persecución de dichos valores; 3) derecho < disponer de esos valores, una vez conquistados, sin la coerción de otros. Estos derechos permiten derivar el de propiedad, también inalienable, al que el autor justifica apelando a la tesis de Locke: lo que otorga a alguien el derecho sobre un bien sin poseedor es haber mezclado su trabajo en él. Por ello en las sociedades libres los hombres tienen legítimos derechos sobre los valores económicos que producen mediante su esfuerzo personal y que constituyen la expresión del derecho a la vida. De estas escuetas tesis resulta la exclusión de los derechos positivos en tanto colisionan con los fundamentales. Agrega Sade que el cuidado a la salud no debe ser interpretado como un derecho, sino como un servicio provisto por quienes desean hacerlo. Un sistema sanitario provoca, afirma, la interferencia hacia las personas privadas tanto de médicos como de pacientes, la salud es un bien de consumo como otros y debe estar regulada por el mercado libre, el mejor sistema, concluye Sade, es la ausencia de sistema, y un Estado justo no debe instrumentar ninguna legislación que reglamente la atención de la salud.

Engelhart, también refuta en su trabajo “The Foundations of Bioethics”⁹ el concepto del derecho a la salud. Algunos de sus argumentos son: como los derechos implican un reclamo hacia terceros, pertenecen a la esfera de la justicia, de manera que la admisión de un derecho a la salud conduce a juzgar la enfermedad como injusticia. Sostiene, el autor que esta afirmación es producto de desconocer el papel que juega el azar en nuestras vidas. Muchas de las desigualdades entre los hombres son el resultado, a su entender, de las loterías natural y social. Ambas crean diferencias sin crear obligaciones por parte de terceros. La enfermedad, para Engelhart, es resultado de la lotería natural: el nacer con una malformación congénita o verse privado de salud durante un periodo de la vida es un hecho infortunado, pero no injusto; de modo similar hay gente que es rica o pobre sea

⁸ Sade R. M. Medical Care as a Right: a Refutation. New England Journal of medicine, N° 285, Dic. 1971, pp. 1288-1292.

⁹ Engelhart T. The Foundations of Bioethics. N. York: Oxford U.P: 1986

porque ha tenido mala suerte o porque ha carecido de talento o del interés necesario para llevar a cabo las empresas u asociaciones encaminadas a éxito, pero no a causa de acciones u omisiones de terceros. En estas ocasiones, sostiene, no puede hablarse con propiedad de justicia o injusticia, sino de buena o mala suerte. Es cierto que en algunas ocasiones hay quienes resultan desfavorecidos, pobres o enfermos a causa de las acciones de los otros. En tales casos, razona el autor, si se trata de situaciones injustas que correspondería rectificar, pero el reclamo aquí es desde el injuriado hacia la persona del injuriador, no al conjunto de la sociedad, si bien le corresponde al Estado forzar la restitución.

Aunque Engelhart admite que trazar la línea entre lo injusto y lo infortunado, considera que éste es el único criterio válido para aceptar reclamos legítimos en materia de salud, si no se quiere convertir a las necesidades de los individuos en demandas hacia terceros. Dice, que suponer que las necesidades crean derechos implica violar el principio de autonomía de las personas porque ello permitiría legitimar medidas coercitivas del Estado hacia la propiedad o la libertad (en forma de impuestos obligatorios para sustentar un sistema de salud pública, o de leyes laborales que regulasen los servicios médicos y paramédicos).

Otros autores como Allen Buchanan en su trabajo “The Right to Decent Minimum”¹⁰, defienden un *Decent minimum* al cuidado de la salud, pero no como un derecho sino como un *deber de beneficencia* (o caridad), al que entiende como un deber colectivo, de carácter obligatorio y coordinado por el Estado. Buchanan considera que las dificultades en torno a la idea de un derecho a la salud son insolubles, ya que el concepto de derecho requiere un contenido específico, e involucra reclamos morales estrictos que no son posibles de satisfacer para el caso de la salud; en cambio la noción de beneficencia, más lábil, puede adaptarse con mayor facilidad para esta especie.

Desde este trabajo, se sostiene que está fuera de discusión actualmente en el mundo y en nuestro país, desde ya hace mucho tiempo, que el acceso a la salud es un derecho fundamental y que es inherente a la persona misma. Basta para despejar dudas acudir al artículo 75 inc 22 de la Constitución Nacional, que a partir de la reforma de 1994 le otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos que allí se enumeran. En esos instrumentos supranacionales se reconoce ampliamente el derecho en cuestión, respondiendo incluso el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aquella pregunta inicial acerca de ¿qué nivel de salud está el Estado obligado a garantizar?, pues dicho tratado establece en el artículo 12 que toda persona tiene el derecho al disfrute del “*más alto nivel posible de salud física y mental*”, y a su vez el artículo 2 del mismo instrumento internacional afirma que “*los estados parte se comprometen hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr... la plena efectividad de los derechos que allí se reconocen*”.

Entonces, conjugando ambos preceptos se puede afirmar que el nivel de salud que el Estado debe garantizar es el máximo que le permitan sus recursos.

En otro orden de ideas, como se ha afirmado en el capítulo anterior, el derecho a la salud en la configuración actual que le ha otorgado nuestra Constitución Nacional es de carácter prestacional, ello implica que el Estado debe, pues, promover y facilitar las prestaciones de salud, brindar los servicios, ya sea mediante la elaboración y puesta en

¹⁰ Buchanan A. The Right to Decent Minimum of Health Care. Philosophy and Public Affairs vol. 13, 1984

marcha de planes de salud, por la creación de centros asistenciales o la provisión de determinados medicamentos y/o tratamientos médicos en hospitales públicos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado en recientes pronunciamientos la obligación impostergable del Estado de garantizar el derecho a la preservación de la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A. 186 XXXIV, “Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley16986”

Continuando con la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, encontramos que ha afirmado que “en el preámbulo de la Constitución nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente, en el que por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud” (fallos 278-313, considerando 15). “Que el bien común, cometido esencial de la sociedad organizada, se logra a través de fines que (solo pueden ser alcanzados pueden por el Estado mismo, tales como la Defensa Nacional o la Justicia en sus manifestaciones más frecuentes y más comunes. Pero hay otros fines que el Estado asimismo procura y que son concurrentes, en tanto su alcance no corresponde en exclusividad al Estado, sino que puede determinar también la acción de los particulares”.

La Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal en el caso “Alcalá, Cristina B. v. Ministerio de Salud y Acción Social”, siguiendo el razonamiento de la Corte Suprema recién expuesto, afirma que “de esa índole pueden considerarse los fines educacionales, culturales y de prevención de la salud. Sin embargo, cuando en un caso determinado no está previsto –por razones de conveniencia económica o interés comercial- que las personas o instituciones privadas, atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante , brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad”.

No cabe duda de que el Estado está inexcusablemente obligado a asegurar a cada habitante del país el derecho a la salud, para poder afirmar esto basta con recorrer los textos de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos a los que el artículo 75 de nuestra Carta Magna otorga jerarquía Constitucional.

Como afirman Hauriou, André-Gicquel, Jean y Gerald Patrice en su trabajo “Derecho constitucional e instituciones políticas”¹¹, los “derechos sociales” entre los que indubitadamente se encuentra el derecho a la salud , tal cual está previsto en los convenios internacionales citados, no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado.

2. Organización del sistema de salud en nuestro país:

En Argentina, el sector salud, -conjunto de recursos y actividades que cubren las necesidades de la salud y la atención médica -, comprende tres subsectores: uno público, otro de la seguridad social y un último sector privado.

¹¹ Hauriou, André-Gicquel, Jea y Gerald Patrice. Derecho Constitucional e instituciones políticas. Barcelona: Ariel: 1980.

El subsector público se brinda a través de tres niveles administrativos: nacional, provincial, y municipal. Su gestión y funcionamiento depende del Estado. Se caracteriza por tener financiación pública, y debe proveer el acceso en forma universal. Fundamentalmente es utilizado por la población de menores ingresos, que no poseen ningún sistema de protección. Este subsector atiende, además de las patologías agudas, algunas enfermedades crónicas que no son tratadas por los otros dos subsectores. Además se encarga en su mayoría de la formación y capacitación del recurso humano.

El subsector de la seguridad social, es el sistema de cobertura que brinda atención médica a través de las obras sociales. Comprende a los trabajadores en relación de dependencia y sus familiares (aportes de los trabajadores y de los empresarios), a los jubilados y pensionados, y a las fuerzas armadas. Este subsector se estructura por gremios, entidades intermedias no gubernamentales que organizan los servicios y administran los recursos, éstos a su vez se estructuran por ramas de producción. Este ámbito de la seguridad social no ha desarrollado una capacidad instalada propia y sólo tiene un porcentaje mínimo de las camas del país. De éste modo canaliza principalmente su flujo financiero en el subsector privado con quien contrata a fin de obtener las prestaciones necesarias para sus afiliados.

El subsector privado está constituido por los hospitales privados o sanatorios, y por los profesionales que en forma independiente atienden a pacientes particulares, afiliados a obras sociales o al sistema de prepago. Integran este subsector también algunos organismos de prepago con fines lucrativos.

Como explican Oscar Cetrángolo y Florencia Devoto en su trabajo “Reformas en la política de salud en Argentina durante los años noventa, con especial referencia a la equidad”¹², resulta importante mencionar, que en la actualidad se observa en los servicios nacionales de salud, un proceso que tiende a la desconcentración y descentralización del poder del Estado nacional. Este proceso de transformación ocurre no sólo en nuestro país, sino a nivel mundial. En la Argentina se ha operado la delegación de las actividades típicamente administrativas de los establecimientos hospitalarios por parte de la autoridad sanitaria nacional a las autoridades sanitarias provinciales. Además éstas últimas han transferido algunos establecimientos a la competencia del ámbito geográfico de los municipios.

En lo que respecta a la autonomía hospitalaria, desde 1991 comenzó a instrumentarse un nuevo modelo, al cual han ido ingresando los principales hospitales provinciales. El decreto 9578 del año 1993 estableció que el Hospital Público de Autogestión “dispone sobre la ejecución del presupuesto y sobre los recursos generados por el propio hospital”, pero además “continuará recibiendo los aportes presupuestarios que le asigne la jurisdicción para el habitual funcionamiento del mismo de acuerdo con la producción, rendimiento y tipo de población que asiste tendiendo a reemplazar progresivamente el concepto de subsidio de la oferta por el de subsidio a la demanda”. El Ministerio de Salud ha señalado que los recursos genuinos obtenidos mediante el cobro de prestaciones no son motivo de reducción para el crédito presupuestario por el nivel central para el establecimiento. Pero como han observado algunos especialistas, como Roberto Tafani

¹² Cetrángolo O, Devoto F. Reformas en la política de salud en Argentina durante los años noventa, con especial referencia a la equidad (para el Centro de Estudios para el Cambio Estructural). Buenos Aires: Serie Estudios.

en su obra “Privatización, subcobertura y reforma competitiva en salud”¹³, si bien el decreto prevé que los hospitales sigan recibiendo aportes presupuestarios sugiere ir reemplazando el financiamiento a la oferta por un subsidio a la demanda, dejando abierta la posibilidad de la creación de seguros públicos de salud.

El Dr. Alberto García, médico sanitarista de la asociación civil “Grupo Solidario del Sur”, ha señalado que los cambios implementados en nuestro país, pueden afectar la equidad nacional, si se tienen en cuenta las desigualdades que hay en los hospitales de las distintas regiones. Se corre el riesgo de que la descentralización incremente la situación de desproporción, considerando que las regiones que tienen mejores niveles de salud porque son más ricas, recibirán mayores recursos, mientras el sector de bajos ingresos será menos eficiente.

Las personas y organizaciones que trabajan en el campo de la salud se enfrentan a un grave problema; se trata de una acentuación de las disparidades entre los estados de salud de las poblaciones del interior del país con respecto a las zonas urbanas, ya que según lo establece el decreto citado más arriba, los aportes presupuestarios que le haga la jurisdicción correspondiente al hospital para su habitual funcionamiento se asignará de acuerdo con la producción, rendimiento y tipo de población que asiste. Además se debe tener en cuenta que las personas más prósperas tienen un mejor acceso a los servicios no gubernamentales debido a que pueden solventarlo, pero además a los del Gobierno porque residen en zonas urbanas.

3. El mandato constitucional de preservar el derecho a la salud como derecho humano fundamental:

El Estado aún antes de la reforma constitucional de 1994, ya se encontraba obligado a fomentar el derecho a la salud, pues se lo consideraba uno de los derechos implícitos del artículo 33, además el artículo 14 bis obligaba al Estado a otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter de integral e irrenunciable, para cuyo cumplimiento el Congreso sancionó el régimen de jubilaciones y pensiones, pero en lo que aquí interesa sancionó la ley 23660 que regula la actividad de las obras sociales, la ley 23661 que establece el Sistema Nacional de Seguro de Salud, y las leyes 24455 y 24754 que completan el Plan Médico Obligatorio.

¹³ Tafani R. Privatización, subcobertura y reforma competitiva en salud. Universidad Nacional de Río Cuarto.

Sin embargo la reforma a la Carta Magna a la que se hizo referencia ha ido más lejos aún ya que ha garantizado el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos y el hospital público y gratuito en general. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud. La Carta Nacional alberga así entre otras cláusulas la fijación por el Congreso de políticas conducentes al desarrollo humano (art. 75 inc.19), la jerarquía constitucional de diversos instrumentos internacionales que han reconocido la salud como valor y como derecho humano fundamental (art.75 inc.22), y el régimen de seguridad social especial e integral tanto del niño como de la mujer durante el embarazo y la lactancia, protección que incluye el derecho a la atención y preservación de la vida y la salud de ambos (art.75 inc.23).

Es justamente en cumplimiento de este último mandato constitucional que el presidente de la Nación estableció el Plan Materno Infantil, mediante el decreto 443 del año 1993, por medio del cual se instrumenta un sistema destinado a: *1) contribuir a la focalización de las políticas sociales orientándolas a los sectores más carenciados de la sociedad y entre ellos a los grupos de mayor vulnerabilidad: madres y niños menores de cinco años, promoviendo, en particular, el mejor desarrollo psicosocial de los niños entre 2 y 5 años mediante el fortalecimiento de la gestión de los programas de salud, nutrición y enseñanza preescolar en las provincias y municipios. 2) disminuir las tasas de morbimortalidad materna e infantil a través de la mejor focalización y el mejor diseño, aplicación y coordinación de los servicios y programas de salud, nutrición, alimentación complementaria y enseñanza preescolar, que actualmente se llevan a cabo en el país, incrementando, entre otras la eficiencia y la eficacia de los programas de comedores escolares.3) asegurar una ejecución federal y descentralizada del Programa, abarcando efectores de las respectivas jurisdicciones provinciales, municipales y organizaciones no gubernamentales e impulsar acciones complementarias tendientes a beneficiar al conjunto de la población a través de la mejora en la organización de los programas vigentes, contribuyendo a la capacitación de los recursos humanos del sector. Las líneas de acción para alcanzar los objetivos propuestos son, entre otras: 1- Rehabilitación de servicio de salud, maternidades y servicios neonatológicos. 2- Transformación de comedores escolares y jardines de infantes. 3- Complementación alimentaria de embarazadas y niños menores de seis años. 4- Capacitación de los recursos humanos intervinientes.*

Es necesario, recalcar que al ser el sistema de gobierno establecido por la Constitución Nacional, de carácter federal y al ser el tema de la salud uno de los poderes no delegados por las provincias a la Nación, dicho tema es privativo de cada una de aquellas, las cuales a través de sus constituciones provinciales tienen que asegurar el derecho a la salud de sus habitantes, y son también las provincias las que deben legislar y decidir sobre tan importante cuestión, es por eso que el Congreso Nacional al sancionar leyes como la 23.661 no la impone a todas las jurisdicciones provinciales del país sino que prevé que éstas se acojan a la norma mediante convenios firmados con la ANSSAL y el Ministerio de Salud. Responde también a la causa citada el hecho de que otras normas relativas a la salud dictadas por el Poder Legislativo Nacional, como la ley 25.649 sobre utilización de medicamentos genéricos, inviten a las provincias a adherir a ella.

4.El Sistema Nacional de Seguro de Salud: Ley 23661:

Este sistema, según la ley citada, es un seguro social que procura el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin ningún tipo de discriminación. El objetivo del sistema nacional del seguro social es proveer al otorgamiento de

prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas tendientes a promover, recuperar y rehabilitar la salud, conforme a un criterio de justicia distributiva. Las prestaciones serán otorgadas de acuerdo a las políticas nacionales de salud y estarán basadas en la atención primaria de la salud y la descentralización operativa, promoviendo la libre elección de los prestadores siempre que ello sea posible.

Son agentes de éste seguro de salud, las obras sociales nacionales, las obras sociales de otras jurisdicciones y las demás entidades que adhieran al sistema a través de convenios como por ejemplo mutuales.

Los beneficiarios del seguro de salud son:

I) Los beneficiarios de la ley 23660 de obras sociales:

- a- Trabajadores en relación de dependencia privados o públicos (del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de las universidades nacionales, sus organismos autárquicos y descentralizados, empresas del Estado.
- b- Jubilados y pensionados nacionales.
- c- Beneficiarios de pensiones no contributivas nacionales.
- d- Grupo familiar primario de todos los beneficiarios titulares nombrados hasta aquí, constituido por el cónyuge del titular; los hijos solteros menores de veintiún años no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, laboral o comercial; los hijos solteros mayores de veintiún años hasta los veinticinco años inclusive que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por autoridad competente; hijos mayores de veintiún años discapacitados a cargo del titular; los hijos del cónyuge y los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa que reúnan los requisitos anteriores.
- e- Personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar según la acreditación que determina la reglamentación.

II) Trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones.

III) Personas que tengan residencia permanente en el país y se encuentren sin cobertura asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales.

IV) El personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades, y los jubilados y pensionados de esos ámbitos, no serán obligatoriamente incluidos. Sin embargo podrá optarse por su incorporación a través de los correspondientes convenios de adhesión.

V) Los organismos que brinden cobertura al personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad y el organismo que brinde cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación y/o a los jubilados y pensionados de esos ámbitos podrán optar por su incorporación total o parcial al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión.

El Ministerio de Salud y Acción Social es la autoridad de aplicación de la ley 23661, el que está encargado de dictar las políticas sobre salud destinadas a coordinar los servicios de salud que presten todos los efectores, ya sean obras sociales, establecimientos públicos o prestadores privados. También implementa la política en materia de medicamentos.

El mencionado Ministerio actúa en el caso a través de la Secretaría de Salud de la Nación, la cual según la norma que establece el sistema de seguro de salud, proveerá a la descentralización progresiva del seguro en las jurisdicciones provinciales, a través de la delegación de funciones y facultades que la ley otorga a la citada secretaría, lo que cada jurisdicción pactará por convenio de adhesión con aquella.

En el ámbito de la Secretaría de Salud funciona la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), que se ocupa de la conducción y supervisión del sistema. Este organismo está a cargo de un directorio, integrado por un presidente, que es designado por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Ministerio de Salud y Acción Social, y un directorio, formado por catorce directores, de los cuales siete son representantes del Estado Nacional, cuatro son representantes de la Comisión General del Trabajo (CGT), un representante de los jubilados y pensionados, un representante de los empleadores y finalmente un representante del Consejo Federal de Salud.

La ANSSAL lleva el Registro Nacional de Agentes del Seguro, en el que deben inscribirse las obras sociales de la ley 23660, las asociaciones de obras sociales, las obras sociales que adhieran al sistema y las mutuales que adhieran; esta inscripción habilita a los registrados para aplicar los recursos destinados a las prestaciones de salud previstos en la ley de obras sociales. Los agentes de seguro deben desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará (de acuerdo a lo normado por la Secretaría de salud de la nación) las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, dicho programa deberá asegurar los medicamentos que esas prestaciones requieran. Las prestaciones serán otorgadas por los agentes del seguro según las modalidades operativas de contratación y pago que normatice la ANSSAL.

La ANSSAL también tiene a su cargo el Registro Nacional de Prestadores, en el que deben inscribirse todos los prestadores que contraten con los Agentes del Seguro, ya sean personas físicas individualmente o asociadas; establecimientos y organismos asistenciales públicos o privados; obras sociales, agentes del seguro, cooperativas o mutuales que posean establecimientos asistenciales; asociaciones que representen a profesionales de la salud o establecimientos asistenciales que contraten servicios en nombre de sus miembros y entidades o asociaciones privadas que dispongan de recursos humanos y físicos y que sean prestadores directos de servicios asistenciales.

La inscripción en este registro implica para los prestadores: a) la obligación de respetar las normas y valores retribuidos que establezca la ANSSAL, b) mantener la prestación del servicio en las modalidades convenidas durante el lapso de inscripción y por un tiempo adicional de 60 días c) ajustarse a las normas de la ANSSAL Esta entidad se encarga además de establecer las normas sobre acreditación y categorización para profesionales y establecimientos de salud que serán requisitos para la inscripción en el Registro nacional de Prestadores.

Otra función de la ANSSAL es la de designar sindicaturas colegiadas, que fiscalizan y controlan los actos de los órganos y funcionarios de los Agentes del Seguro, con respecto al cumplimiento de la ley 23661 y su reglamentación.

En el ámbito de la ANSSAL funciona una Comisión Permanente de Concertación que participa en la elaboración de las normas y procedimientos a que se ajustará la prestación

de servicios de salud, y las modalidades y valores retributivos, las cuales deberán ser aprobadas por el organismo nombrado en primer término

También dentro de la ANSSAL funciona como cuenta especial y bajo su administración un Fondo Solidario de Redistribución, el cual se integrará: a) con un porcentaje de los aportes que la ley de obras sociales (23660) obliga a hacer a los empleadores (5% de la remuneración) y a los trabajadores (3% de la remuneración y 1,5% por cada beneficiario a cargo del titular afiliado, b) un porcentaje de lo aportado por las sociedades y empresas del Estado y delo aportado por sus trabajadores, c) los aportes de los jubilados y pensionados, d) los reintegros de los préstamos que el Fondo haga, e) los montos reintegrados y apoyos económicos que se revoquen, f) el producido de la multas que se apliquen en virtud de la ley 23661, g) el producido por las rentas de inversiones que haga el Fondo, h) los subsidios, subvenciones, legados y donaciones que corresponda ingresar al fondo, i) los aportes que determine el Presupuesto General de la Nación discriminados por jurisdicción adherida, j) los aportes de la jurisdicciones adheridas hechos para integrar a la población sin cobertura, ni recursos y lo que el Tesoro Nacional aporte como contrapartida a ello, k) los aportes del Tesoro Nacional, para necesidades adicionales de financiación del seguro, l) los aportes que se convengan con las obras sociales de las jurisdicciones, con la asociaciones mutuales o de otra naturaleza que adhieran al sistema.

Los recursos de este Fondo se destinan según las modificaciones introducidas en la ley 23661, por los decretos 446 y 1140 del año 2000, a gastos administrativos y de funcionamiento de la Superintendencia de Servicios de Salud; a subsidiar automáticamente a aquellos beneficiarios que por todo concepto perciban menores ingresos, con el propósito de equiparar sus niveles de cobertura obligatoria según establezca la reglamentación; a la cobertura de prestaciones médicas asistenciales de alta complejidad o elevado costo y baja frecuencia de utilización y las de discapacidad, para ello se distribuirá a los prestadores que lo soliciten una determinada suma mensual por cada beneficiario, y además los recursos del Fondo se destinarán a constituir reservas líquidas para atender posibles desequilibrios financieros originados por la mora en los aportes y contribuciones al sistema, y el eventual excedente permanecerá en el Fondo.

El texto original de la ley 23661 establecía que lo recaudado por el Fondo Solidario de Redistribución debía ser destinado a los gastos administrativos y de funcionamiento de la ANSSAL (lo que se mantiene vigente), pero agregaba que se distribuiría automáticamente entre los agentes del seguro un porcentaje no menor al 70% de lo que se recaudara para subsidiar a aquellos agentes que por todo concepto percibieran menores ingresos promedio por beneficiario obligado, con el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria, según lo que dispusiera la reglamentación de la ANSSAL. Además aquel texto original disponía que el dinero del Fondo se destinaría a apoyar financieramente a los agentes del seguro a través de préstamos, subvenciones y subsidios, y que se financiarían planes y programas de salud destinados a los beneficiarios del seguro. Con respecto al excedente que resultara en cada ejercicio luego de practicada la distribución descripta, la norma establecía que el mismo debía distribuirse entre lo agentes del seguro en proporción a los montos con que hubieran contribuido durante en el periodo respectivo, en las condiciones que dictara la ANSSAL y para ser aplicado dicho excedente exclusivamente al presupuesto de prestaciones de salud.

El Sistema Nacional de Seguro de Salud se financia con: a) la cobertura que las obras sociales deben dar a sus beneficiarios, a lo que deben destinar por lo menos el 80% de sus recursos brutos deducidos los aportes al Fondo Solidario de Redistribución, b) los

aportes que determine el Presupuesto General de la Nación discriminados por jurisdicción adherida, c) los aportes que las jurisdicciones adheridas hagan con destino a la incorporación de la población sin cobertura y carente de recursos, como contrapartida de estos fondos el Tesoro Nacional aportará la misma cantidad en igual sentido al Fondo Solidario de Redistribución, c) los aportes del Tesoro Nacional que según las necesidades adicionales de financiación determine el Presupuesto General de la Nación, y d) las sumas que ingresen al Fondo Solidario de Redistribución.

Retomando lo expuesto antes acerca de la descentralización progresiva del seguro de salud en las jurisdicciones provinciales, cuyo logro es tarea de la Secretaría de Salud de la Nación, es importante señalar que la misma se operará a través de convenios de adhesión, por los cuales la mencionada secretaría delegará en las provincias funciones y facultades que la ley le otorga. Las jurisdicciones que adhieran administrarán el Seguro de Salud dentro de su ámbito. La adhesión implicará la articulación de los planes y programas de cada jurisdicción con lo que el ministerio de Salud de la Nación, la Secretaría de Salud de la Nación y la ANSSAL establezcan y el cumplimiento de las normas técnicas y administrativas del seguro.

La adhesión importará entonces para cada jurisdicción:

- Incorporar en su ámbito a las personas con residencia permanente en el país, que se encuentren sin cobertura médico asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales, para lo cual la jurisdicción recibirá apoyo financiero del Tesoro de la Nación a través del Fondo Solidario de Redistribución por un monto igual al que la provincia aporte a esta finalidad, que se hará efectivo en forma mensual en función de la población que se estime cubrir y con sujeción a las demás condiciones que establezcan los respectivos convenios.
- Incorporar en su ámbito en las condiciones en que se haya determinado a los trabajadores autónomos del régimen nacional con residencia permanente en la jurisdicción, que no sean beneficiarios de otros agentes del seguro, y a los pertenecientes a los regímenes de respectivo ámbito, si los hubiere.
- Administrar sobre la base de las normas generales del sistema, el Registro de prestadores para la provincia.
- Aplicar en su ámbito las normas de acreditación y categorización para profesionales y establecimientos de salud que serán requisitos para la inscripción en el Registro nacional de Prestadores.
- Participar en el Fondo Solidario de Redistribución efectuando las contribuciones y recibiendo apoyos.
- Establecer y coordinar dentro de su ámbito una Subcomisión de la Comisión Permanente de Concertación sujeta a la aprobación de ésta.
- Suministrar la información que le requiera la ANSSAL.

Ejercer las demás facultades, atribuciones o funciones que se le deleguen según el convenio de adhesión y cumplir con las obligaciones que imponga el mismo.

5. Programa Médico Obligatorio (PMO)

Para poder explicar en qué consiste el PMO es necesario reiterar que los agentes del seguro deben desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará, de acuerdo a lo que estipule la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, debiendo dichas prestaciones asegurar los medicamentos pertinentes. Esas prestaciones que los agentes del seguro deben otorgar obligatoriamente es lo que se conoce como Plan Médico Obligatorio. Es también necesario aclarar que la ley 24455 incorporó entre las prestaciones que deben dar las obras sociales a sus afiliados, la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y la drogadicción. Mientras que la ley 24754 estableció que las entidades o empresas que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistenciales las *“mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23660, 23661 y 24455”*.

Aclarado lo que precede, se puede afirmar que el PMO se completa con la ley 24754, ya que la misma implica que existe un límite al nivel de derechos disponibles en el tema de las prestaciones de salud, tanto en el ámbito privado, como semiprivado y público, ya que en la Argentina coinciden los tres regímenes .

En lo que hace al sistema de obras sociales y hospitales, es simplemente una explicitación del derecho constitucional a la salud, de que goza todo habitante de la Nación Argentina y por el cual el Estado –directa o indirectamente- debe brindar su prestación.

En el campo de la medicina prepaga complementariamente significa que el contrato de adhesión que suscriben las empresas con los adherentes al sistema tiene un límite a sus derechos disponibles, que es precisamente el PMO.

Esto significa dos cuestiones: la primera, en cuanto al contenido del PMO, que es obligatoria su prestación por parte de las empresas, pues la indisponibilidad como derecho la trona irrenunciable para el paciente, por ser de orden público. La segunda es que, pese a lo expresado, cualquier cláusula que implique limitar o trasladar su costo o no aplicación, se considera, como lo establece el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, como no escrita o, dicho en otros términos más simples, está fulminada de nulidad absoluta, como bien lo explica Gabriel Stiglitz, en su trabajo “Derecho del consumidor”.¹⁴

Queda claro entonces que desde el establecimiento del PMO, en la Argentina existe un nuevo derecho constitucional civil a la salud que rige obligatoriamente y compromete al Estado y las empresas privadas a prestar esos contenidos mínimos.

6. El Programa Remediar:

Es un programa de provisión gratuita de medicamentos ambulatorios para la atención primaria de la salud. Constituye una estrategia central del Ministerio de Salud de la Nación para enfrentar la emergencia social y sanitaria. Remediar tiene financiación

¹⁴ Stiglitz G. Derecho del consumidor n 9, Buenos Aires: Ed. Juris:1998

asegurada hasta finales de 2006 a través de un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo, y está destinado a aquellas personas que tienen dificultades de acceso a los remedios ambulatorios, en especial quienes están bajo la línea de pobreza o no tienen cobertura social, su población objetivo es de 15.000.000 de personas.

Los remedios son distribuidos por este programa en botiquines a todos los Centros de Atención Primaria de la Salud (CAPS) para su prescripción y suministro gratuito a la población objetivo. El Ministerio de Salud asegura que la composición y cantidad de los botiquines aumentará sucesivamente, así como la cantidad de CAPS que reciban medicamentos y agrega que los remedios provistos permiten dar respuesta a la mayoría de los motivos de consulta en atención primaria de la salud (al principio del programa alrededor de un 60% de las enfermedades para llegar luego a un 80%).

Remediar sigue una estrategia de implementación progresiva. Durante un primera fase, que comenzó en octubre de 2002 se distribuyeron, según informa el Ministerio de Salud de la Nación alrededor de 5000 botiquines mensuales integrados por 34 medicamentos, a más de 2000 centros de salud. En la segunda fase, que se inició en marzo de 2003, el programa entró en pleno funcionamiento prácticamente triplicando su volumen de operaciones. Esto significa distribuir alrededor de 14.000 botiquines mensuales con 48 medicamentos. Con ellos se cubre la totalidad de la demanda de todos los Centros de Atención Primaria de Salud del país.

Los botiquines son distribuidos por Remediar directamente a los CAPS. Esto permite establecer un sistema uniforme de entrega en todas las provincias y municipios de la Argentina, garantizando su seguimiento y control. Para ello se realizan licitaciones públicas que permiten la contratación de un operador logístico responsable por el armado de los botiquines, la impresión de los recetarios y otros formularios de control, el transporte, y la distribución de los medicamentos. Además la firma adjudicada debe disponer de un sistema de rastreo satelital y sistema de códigos de barras que permita el seguimiento permanente del botiquín.

Con respecto a cuantos botiquines corresponden a cada provincia, es necesario aclarar que en el ámbito del Consejo Federal de Salud (COFESA), conformado por los ministros provinciales del área y las autoridades nacionales se estableció un índice equitativo de distribución que fija con criterios sanitarios objetivos la participación que corresponde a cada provincia sobre el total de botiquines. Con el programa en pleno funcionamiento (fase II) los botiquines son repuestos mensualmente en cantidades proporcionales a las recetas emitidas.

Por su parte, cada CAPS recibe la cantidad de botiquines proporcional a las consultas que atiende. Los botiquines han sido diseñados para atender alrededor de trescientas consultas médicas. Las consultas son registradas a través de recetarios provistos por el Programa Remediar. Esto permite al mencionado programa monitorear el desempeño de cada centro y reponer mensualmente los botiquines en función de las consultas realizadas.

Las personas que consultan en los centros de salud tienen acceso gratuito e integral a los medicamentos incluidos en el botiquín de Remediar. Para ello deben consultar al profesional en el CAPS correspondiente a su lugar de residencia. Si el médico le prescribe un medicamento el mismo le es suministrado directamente en el CAPS en cantidades acordes a la dosis y duración del tratamiento prescripto y de forma gratuita.

El Programa Remediar cuenta, también, con un control de gestión destinado a garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos. Por un lado, a través de información generada por el programa: cada consulta médica da lugar a un registro en una planilla de recetas. En la misma figuran los datos del beneficiario, el diagnóstico, el medicamento y las cantidades prescritas. Cuando el beneficiario recibe el medicamento debe firmar su conformidad en la misma receta. Esa información es procesada por Remediar y permite el monitoreo del programa. Además, Remediar cuenta con un equipo de auditores propios que recorren permanentemente los CAPS y supervisan los stocks disponibles en cada centro y el cumplimiento de los procedimientos. La auditoría se complementa, según lo que informa el Ministerio de Salud, con visitas a los hogares de los beneficiarios para verificar que los mismos hayan recibido la medicación en tiempo y forma.

En tercer lugar, Remediar cuenta con una red de control social directo a través de un convenio con Cáritas y Cruz Roja. A través de sus voluntarios estas entidades visitan periódicamente cada uno de los centros de salud e informan respecto a dificultades e irregularidades. Además, se estableció una Comisión Asesora Intersectorial integrada por organizaciones no gubernamentales con representación en todo el ámbito nacional, junto a las confederaciones médica y farmacéutica, así como representantes de los otros ministerios del área social de la Nación.

Según las autoridades oficiales el programa tiene puntos sobresalientes entre los que se puede citar como ejemplo el hecho de haber sido diseñado en base al criterio de medicamentos esenciales establecido por la Organización Mundial de la Salud; otro punto importante es el referido al alto impacto redistributivo que se le asigna desde el Ministerio de Salud al Programa Remediar, ya que desde allí se sostiene que por cada peso invertido se transfiere el equivalente a nueve pesos a los beneficiarios; además se trata de un programa federal, lo que permite que los habitantes de todo el país puedan acceder a él; por último se refiere desde aquel organismo que las compras son muy eficientes, pues se logran economías de escala que permiten adquirir los medicamentos a valores hasta un 90% inferiores a los precios de venta al público.

Los problemas de salud cubiertos por el botiquín de Remediar son los siguientes:

ABSESO DENTARIO
ALERGIA VIAS AEREAS
ALERGIAS ALIMETARIAS
AMENAZA DE PARTO PREMATURO
ANEMIA
ARRITMIAS CARDIACAS
ARTRITIS REUMATOIDEA Y OTRAS
ASMA
BRONQUIOLITIS
BRONQUITIS OBSTRUCTIVA
CANDIDIASIS ORAL CÓLICOS ABDOMINALES
CONJUNTIVITIS CONVULSIÓN DERMATOMICOSIS
DESNUTRICIÓN
DIABETES MELLITUS TIPO 2
DIARREA AGUDA
DOLOR
ECZEMA
ENFERMEDAD CORONARIA
EPILEPSIA
FARINGITIS/ANGINA

FIEBRE
FIEBRE REUMÁTICA
GASTRITIS
GRIPE (influenza)
HIPERTENSIÓN ARTERIAL
IMPETIGO-CELULITIS
INFECCIÓN URINARIA (embarazada)
INFECCIONES DE PIEL Y TEJIDOS BLANDOS
INSUFICIENCIA CARDIACA
INSUFICIENCIA HEPÁTICA
INSUFICIENCIA RENAL
LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO
NEUMONÍA Y NEUMONITIS
OTITIS MEDIA AGUDA
OTRAS ENFERMEDADES INFLAMATORIAS (miositis, tenosinovitis)
PARASITOSIS INTESTINAL
PARKINSON
RESFRIO COMUN CATARRO
SÍNDROME NEFRÍTICO NEFROTICO
SINUSITIS AGUDA
ULCERA DUODENAL
VULVOVAGINITIS

Sin dejar de reconocer que el programa reseñado constituye un adelanto en el efectivo goce del derecho a la salud, vía la obtención de los medicamentos necesarios para tratar ciertas enfermedades. También se hace necesario apuntar lo limitado que resulta el Programa Remediar, si se tiene en cuenta que el mismo entrega medicamentos para tratar un número aproximado de cincuenta enfermedades, si se considera que la ciencia médica tiene descritas miles y miles de aquellas, y que cada año la lista de enfermedades conocidas se incrementa sin tregua. Otra de las falencias que se le pueden atribuir al mencionado programa es el hecho de apuntar, como lo indica el mismo Ministerio de Salud (en los folletos informativos que entrega en su sede), a las personas de más bajos recursos y en especial a aquellos que se encuentran bajo la línea de pobreza; se puede convenir en que ello no está mal y en que es necesario, pero además se puede agregar que existen en todo el país muchas personas que sin haber llegado a caer por debajo de la mencionada línea de pobreza, se han quedado como consecuencia de la desocupación que en los últimos años afectó a la Argentina, sin cobertura social y que también tienen el derecho a que el Estado tome las medidas necesarias para preservar su salud, entre las que se cuentan la entrega de remedios para poder tratar las patologías que las afecten.

Quedan finalmente dos cuestionamientos más para hacerle al Programa Remediar. En primer lugar, el hecho de que todo el sistema esté orientado hacia la atención primaria de la salud, no parece correcto, pues se le dan chances de curarse a una persona que se ha enfermado de gripe, de angina o de resfrío, mientras que a otras personas que padecen patologías más severas y que no encuadran dentro de la atención primaria de la salud, se las deja desprotegidas, siendo que muchas veces los medicamentos que necesitan para curarse o para mantenerse con vida al menos, son muchos más costosos y por ende inaccesibles, que aquellos que se utilizan para tratar enfermedades leves como por ejemplo la gripe. En segundo lugar, merece también una crítica la limitación temporal prevista en la vigencia del Programa Remediar, la cual se encuentra asegurada sólo hasta fines de 2006, como si la salud se pudiera abandonar a los avatares políticos de las elecciones presidenciales y a sus resultados.

7. La Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico:

La Política Nacional de Medicamentos que está implementando actualmente el Ministerio de Salud de la Nación, establece un nuevo marco regulatorio que pueden llegar a beneficiar a todo el sistema sanitario en su conjunto. Dicha política se plantea en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 486/2002 que establece la emergencia sanitaria en el territorio nacional, es ratificada a través de la Ley de Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico N° 25.649, e instrumentada luego a través de su decreto reglamentario N° 987.

En un artículo titulado ¿Hacia donde va la Política de Medicamentos?, cuyo autor es Federico Tobar, publicado en la página web oficial del Ministerio de Salud (www.msal.gov.ar) se afirma que la prioridad absoluta asumida por la Política Nacional de Medicamentos consiste en promover el acceso de la población a los medicamentos. También se agrega allí que de acuerdo a la experiencia internacional al respecto se han identificado para lograr aquella prioridad dos ejes. El primero consiste en la regulación del mercado de fármacos y el segundo en la provisión directa de medicamentos para aquellos que no disponen de medios para adquirir los remedios en las farmacias, al establecer de forma explícita la forma en que deben realizarse las prescripciones de medicamentos, el Decreto 987 representa un avance en ambos sentidos.

El Decreto mencionado establece una adecuada división de roles en la promoción al acceso a medicamentos:

a) En primer, lugar los médicos y odontólogos, están obligados a prescribir por nombre genérico (art.2) . Aunque se preserva la facultad para incluir en la receta también el nombre comercial del medicamento, se ratifica que serán consideradas no válidas las recetas que no cumplan con éste requisito (art.3). No hay ni en argentina, ni en el mundo antecedentes de medidas tan drásticas. Esto significa que a partir de la publicación del decreto en el Boletín Oficial (el 29 de abril del corriente año) en Argentina sólo son válidas las recetas emitidas por nombre genérico.

b) En segundo lugar, el decreto rescata y jerarquiza el rol del profesional farmacéutico. Este es responsable por verificar la validez de la receta y no puede delegar en dependientes no matriculados las obligaciones contempladas en la ley 25.649 y su decreto (art.7). Pero, además el decreto asume que el acto farmacéutico involucra no sólo el asesoramiento y correcta información al usuario sobre todas las especialidades medicinales que contengan el mismo principio activo o combinación de ellos y sus distintos precios; sino también responsabilidad legal en dicho acto.

El farmacéutico debe documentar este acto profesional consignando en la receta, de su puño y letra, la conformidad del adquirente con relación a la información recibida y al medicamento dispensado, individualizando el mismo por su nombre genérico y de marca comercial o del laboratorio, según el caso, seguido de la fecha, firma y sello donde conste el nombre, apellido y matrícula del profesional. También deberá dejar constancia que informó al usuario al respecto si la receta además de consignar el nombre genérico insiste en un nombre comercial.

c) En tercer lugar el decreto 987 exige un rol muy activo del gobierno. Otorga un papel central a las autoridades regulatorias, en particular la Administración Nacional de Medicamentos y Tecnología Médica –ANMAT-, en primer lugar porque ratifica que ésta institución es la responsable del Registro de Especialidades Medicinales que son las únicas que pueden ser comercializadas en las farmacias argentinas. En segundo lugar,

porque debe enumerar las especialidades medicinales que el farmacéutico no estará habilitado a reemplazar, debido a sus características de biodisponibilidad y/o estrecho rango terapéutico. Además fortalece el rol del Estado en la vigilancia y fiscalización al establecer que “ ante la falta de información sobre los medicamentos y sus precios por principio activo o combinación de ellos los farmacéuticos serán pasibles de las sanciones de la ley N° 24.240.

Muchos gobiernos provinciales han seguido la iniciativa del federal, pues prácticamente todas las jurisdicciones han sancionado normas concordantes a la ley 25.649: Buenos Aires (Ley 11.405/02), Córdoba (Ley 9.010/02), Corrientes (Decreto 1.449/02), Chaco (Ley 5.048/02), Chubut (Ley 4.842/02), Formosa (Ley 1.381/02), La Pampa (Ley 1.243/90), La Rioja (Ley 7.269/02), Mendoza (Ley 7.037/02), Misiones (Ley 3.843/02), Neuquen (Ley 2.392/02), San Juan (Ley 7.266/02), San Luis (Ley 5.306/02), Santa Fe (Ley 12.043/02), Santiago del Estero (Ley 6.581/02); Tierra del Fuego (Ley 560/02), Tucumán (Ley 7.230/02). Además, Entre Ríos, Jujuy, Río Negro y Catamarca tienen leyes que se encuentran en Comisión para adherirse a la ley nacional. Como no podía ser de otra manera, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también cuenta con su propia norma al respecto que lleva el número 752 sancionada en el 2002.

Según el boletín titulado “Atención Primaria de la Salud” publicado por PROAPS-REMEDIAN¹⁵ en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación la Ley 25.649 estuvo dirigida desde su sanción, en agosto de 2002, a derribar las barreras que impedían el acceso a los medicamentos, entre las cuales se contaban los precios altos, la concentración del mercado en pocas marcas, etc.

Se agrega en el boletín citado que el funcionamiento de la ley de prescripción por nombre genérico ha tenido muy buenos resultados, ya que hoy, más del 57% de las recetas de medicamentos están dispuestas de acuerdo a lo que dice la ley, superando en un año de vigencia a países como España y Brasil, con legislaciones similares, pero porcentajes inferiores a los alcanzados en el país. Argentina se encuentra en cifras relativas similares a las de Estados Unidos, cuya legislación lleva ya casi 19 años de vigencia.

También de acuerdo a lo que se expresa en este boletín el ahorro que genera la utilización del nombre genérico de los medicamentos es de alrededor de \$660 millones al año, el cual impacta directamente sobre el presupuesto de las familias, de quien depende la mayor parte del gasto en medicamentos vía farmacia, en especial los hogares de menores ingresos son los más beneficiados dado que son quienes destinan proporcionalmente, mayor parte de sus recursos a financiar la adquisición de medicamentos.

Es necesario admitir, que la Ley 25.649 de Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico, constituye un avance para que las personas que no tienen cobertura social puedan acceder también a los remedios que necesitan. Pero también es importante admitir que el hecho de que un medicamento cueste cinco o diez pesos más o cinco o diez pesos menos en nada ayuda a quien no tiene en la Argentina de hoy un trabajo que le permita comprar aunque sea un genérico. Es por ello que no obstante, representar la norma citada un signo, que quienes manejan el país dan en dirección a gobernar de acuerdo a las necesidades de la gente, no es suficiente y es por lo tanto perfectible.

¹⁵ Boletín “Atención Primaria de la salud”, PROAPS-REMEDIAN, Año 1-N°3-setiembre 2003

Capítulo III

EL ESTADO DEBE RESPONDER POR SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE SALUD

SUMARIO

1. Posibilidad de exigir a órganos del Estado el cumplimiento de sus obligaciones a través del control judicial.
2. Apertura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Capítulo III

“EL ESTADO DEBE RESPONDER POR SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE SALUD”

1. Posibilidad de exigir a órganos del Estado el cumplimiento de sus obligaciones a través del control judicial:

En recientes pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mostrado una nueva perspectiva en miras de dar respuesta a la problemática referida a la efectiva vigencia de los derechos humanos: la grave contradicción que existe entre la ley –plagada de generosas consagraciones- y los hechos rebosantes de violaciones a la misma.

Resulta evidente que el ordenamiento jurídico argentino, en muchas de sus proyecciones padece “un grave contraste entre el <exceso normológico> (inflación de normas) y el <defecto sociológico> (carencia de realizaciones prácticas), como bien afirma Víctor Bazan¹⁶”.

Ese quiebre se presenta aún más difícil de superar si se limita la eficacia de las garantías previstas en los ordenamientos jurídicos sólo para aquellos supuestos en que la violación de los derechos se verifica a través de conductas positivas del Estado o de particulares, dejando de esa forma de lado el control de dicha violación por medio de omisiones.

Como afirma Bidart Campos en su trabajo “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”¹⁷, la falencia se presenta especialmente con relación a los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Estas normas entre las que se puede encontrar el derecho a la preservación de la salud, deben su carta de presentación al constitucionalismo social plasmado en diversas constituciones de postguerra.

¹⁶ Bazán V. Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y la Argentina, en obra colectiva: Bazán, Víctor (coord.), “Inconstitucionalidad por omisión”, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A.:1997

¹⁷ Bidart Campos G. Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994. Revista Hechos y Derechos N°7, Año 2000

Dicho movimiento constitucionalista consagró una generación de derechos que se caracteriza principalmente porque al primer deber que tenía el sujeto pasivo –consistente en una actitud de abstención de conductas lesivas de los mismos- se le suman deberes positivos en cabeza del Estado.

Tras la introducción de ésta ideología en nuestra Constitución, resulta imperioso el reconocimiento de la fuerza normativa de la Carta Magna, y la consecuente adecuación o generación de garantías que permitan impulsar un control de las omisiones constitucionales, para exigir a los poderes el cumplimiento de sus obligaciones activas. En consecuencia, como enseña Néstor Sagues¹⁸ ”la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran compelidos bajo la supremacía constitucional”.

Del principio sostenido se desprenden dos postulados, en primer lugar se puede afirmar que la norma constitucional detenta operatividad, no siendo necesario andamiaje legislativo en que apoyarla. En segundo término, si el cumplimiento de la pauta constitucional se frustra por la omisión del órgano del Estado en implementarla, es necesario acentuar la apertura y eficacia de vías idóneas para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre esas omisiones y conferir aplicación a los textos fundamentales.

Pueden encontrarse antecedentes internacionales legislativos acerca de mecanismos tendientes a instrumentar el control de la inconstitucionalidad por omisión (Constitución de la República Federativa Yugoslava de 1974; Constitución de Portugal de 1976; Constitución Nacional de Brasil; etc.), incluso en el ámbito provincial de nuestro país hallamos previsiones de éste tipo (Constitución de la Provincia de Río Negro).

En cambio, el sistema argentino de control de constitucionalidad, no arbitra en el orden federal, una pauta legal que instrumente una tutela de ésta especie. Por su parte la jurisprudencia de la Corte no se había mostrado propicia a un control directo y amplio en el sentido referido. Revisando los fallos del máximo Tribunal se pueden vislumbrar distintas posturas:

a) En una primera etapa encontramos jurisprudencia negativa, en la que la Corte señaló que resultaba discrecional para el poder legislativo la reglamentación de las cláusulas pragmáticas, no existiendo un deber inmediato para hacerlo (Caso “Lobería” Fallos 115:92, y Caso “Ministerio Fiscal v. El director del diario “La Fronda” Fallos 165:258). En algunos pronunciamientos sostuvo que éstas cláusulas son “meros enunciados verbales” (Caso “José Cantarini v. Acindar” Fallos 239:273), sosteniendo que “en definitiva la verdadera efectividad de lo que dice la Constitución depende de la actividad del legislador que reglamente el derecho (Caso: “Ekmekdjian v. Neustadt” JA 1989-II-377). A su vez también a dicho que “no puede sustituirse al legislador en el establecimiento del régimen legal de la República” (Caso: Regodesebes Fallos 237:24)

b) En una segunda tendencia, que lleva al reconocimiento de la admisibilidad del control de constitucionalidad, aún cuando se trate de omisiones, la Corte reconoce la operatividad de las cláusulas constitucionales, de manera independiente a la existencia del andamiaje legal necesario para ponerlas en marcha.. La Corte ha señalado que ella tiene igual jerarquía que el Poder Ejecutivo y que el Congreso, y que ello la obliga en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes

¹⁸ Sagues N. Elementos de Derecho Constitucional, t. I. Buenos Aires: Astrea: 1999.

implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces (Caso: Bonorino Perú, Abel y otros v. Gobierno Nacional JA-1986-I-95). Además nuestro máximo tribunal ha recalcado que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (Caso: Ekmekdjian, Miguel A. v. Sofovich, Gerardo y otros JA 1986-I-95)

Así es como la Corte permite que las omisiones inconstitucionales de los poderes del Estado en reglamentar los derechos consagrados en la Constitución sean suplidos por el Poder Judicial, que ordene la instrumentación de los mismos de manera operativa.

Aplicando lo expuesto hasta aquí al tema en concreto del derecho a la salud y teniendo en cuenta que no basta con reconocer la operatividad de los preceptos constitucionales, sino que es necesario instrumentar un control que permita que se obligue a los órganos omitentes a realizar aquellas obligaciones incumplidas es oportuno citar jurisprudencia positiva en ese sentido.

En el caso “Viceconte Mariela v. Ministerio de Salud y Acción Social” (JA 1999-I-485), la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal, sala 4°, resolvió que corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenar al Estado que cumpla con el compromiso...(de) producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina”.

En el caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, expte.311-CA-1997, que resolvió la sala 2° de la Cámara Civil de Neuquen, dicho tribunal hace lugar a un amparo interpuesto por la defensora oficial de menores a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil, en virtud de que consumían agua contaminada con plomo y mercurio. Dispone la Cámara que “Condena al poder Ejecutivo provincial a realizar las siguientes medidas: 1) proveer, por el término de dos días, 250 litros de agua potable diarios por habitante, 2) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio, 3) determinar...si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes, y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación, y, 4) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación “.

2. Apertura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia también ha dado al tema respuesta positiva, si bien incipiente, en recientes fallos referidos al derecho a la preservación de la salud, donde ha considerado que en virtud de obligaciones internacionales contraídas por el Estado, éste se ve compelido a cumplir con las acciones necesarias para garantizar los correspondientes derechos, y ha hecho lugar al reclamo judicial vía amparo para instrumentar el control ante la omisión de las mismas (Caso “Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado nacional s/amparo ley 16986”, LL 2001-B-126 y Caso: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviaqua, Ana v. Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” JA 2001-I-464).

En el primer caso citado, dictado en fecha 01/06/2000, la Corte confirma la resolución de la Cámara que, conforme la sentencia de primera instancia, hacía lugar a la acción de

amparo interpuesta por Asociación Benghalensis y otras asociaciones no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenando al Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos, en forma regular, oportuna y continua, a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

La misma línea interpretativa es reiterada en el pronunciamiento de la Corte citado en segundo término, donde se confirma una sentencia de segunda instancia que obliga al Estado Nacional y al Ministerio de Salud a entregar las dosis necesarias de un remedio a un menor que, en virtud de un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas, requería el tratamiento con una medicación especial.

Analizando los dos fallos citados se pueden extraer algunas conclusiones:

I) Nuestro máximo Tribunal reconoce en concreto la posibilidad del control judicial de las omisiones inconstitucionales del Poder Ejecutivo. En el caso “Benghalensis” algunos de los integrantes de la Corte apoyan su voto en el dictamen del procurador general de la Nación, quien sostiene que “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de los derechos no se torne ilusorio”. El ministro Vázquez a su vez afirma “el derecho a la salud no se reduce a la abstención del daño sino que trae aparejado la existencia de prestaciones de dar y hacer. Ministros como Moliné O’Connor y Boggiano afirman la posibilidad de controlar omisiones inconstitucionales, al señalar que “resulta fundado el reproche que el a quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos- en forma regular, oportuna y continua- a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de éste mal”.

En el caso “Beviaqua” el segundo de los pronunciamientos citados la Corte por mayoría ha reafirmado “el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas”.

A través de ambos fallos la Corte ha ordenado al Poder Ejecutivo, en concreto, efectuar determinadas prestaciones en miras a cumplimentar aquellas obligaciones activas necesarias para el reconocimiento del derecho a la preservación de la salud, habilitándose, en consecuencia, el control judicial de dicha omisión inconstitucional.

II) En ambos antecedentes la Corte Suprema admite el control ante mandatos constitucionales y legales concretos omitidos. Este tema es relevante, teniendo en cuenta que no toda actitud omitiva de un órgano estatal es susceptible de suplirse mediante el control del cual se ha tratado. En primer lugar debe tratarse de un mandato constitucional, es decir, el órgano inculpa de la omisión debe encontrarse obligado a accionar, en virtud de una “exigencia constitucional de acción”.

Dicho mandato puede vertirse de manera explícita, remitiendo expresamente al futuro accionar del órgano legislativo, o implícita, cuando la falta de contenido concreto de la norma lo que exige la tarea de reglamentación posterior. A su vez puede darse tanto respecto a actos individuales, como respecto al dictado de normas de carácter general.

Para que se configure una omisión inconstitucional, el mandato no debe encontrarse condicionado a la discrecionalidad del órgano omitente, o bien a un lapso temporal determinado.

III) Con relación a los legitimados pasivos del control propiciado, en los fallos analizados la Corte ha realizado el mismo sobre omisiones del Poder Ejecutivo. En verdad no existe fundamento para diferenciar las omisiones realizadas por el Poder legislativo, de otros órganos estatales que de igual manera afectan la eficacia constitucional. Si la constitución impone un accionar determinado a un órgano cualquiera, y éste incumple, nos encontramos frente a un supuesto de inconstitucionalidad por omisión. En esta postura se encuentra Sagues, la cual ratifica en su obra “Elementos de derecho constitucional” sosteniendo que “el órgano lesivo puede ser tanto el Poder Legislativo (si no dicta una ley que instrumente una cláusula programática), el Poder Ejecutivo (si no reglamenta una ley del Congreso), así como el Poder Judicial (cuando no asume los roles legislativos que la Constitución le encomienda)”.

IV) Es importante destacar que, si bien la Corte pone el acento en el principio de subsidiariedad del accionar del Estado en la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, reafirma el rol del Estado Nacional como último sujeto garantizador de los mismos, máxime teniendo en cuenta los instrumentos internacionales que regulan el derecho a la salud.

V) Al habilitarse la posibilidad del control propiciado, aparece un conflicto: ver si a través del mismo el Poder judicial no invade potestades privativas de otros poderes, pudiendo incluso llegar a comprometer recursos económicos del Estado. Este problema adquiere relevancia, si se tiene en cuenta que la vigencia de los derechos sociales se encuentra condicionada a la existencia de recursos disponibles para solventar las obligaciones activas exigibles al Estado. Esta subordinación, denominada “condicionante económico”, relativizaría la universalidad de los derechos sociales, condenándolos a ser considerados “derechos de segunda categoría”.

En los dos casos analizados, el problema de los recursos a invertir fue planteado por los recurrentes.

En “Campodónico de Beviacqua”, el Estado nacional sostuvo que “la carga impuesta por el a quo compromete los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud...en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el ministerio tiene que proteger”, a lo que el tribunal responde “que los estados parte se han obligado hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

En el caso “Asociación Benghalensis”, el criterio de los Dres. Belluscio, López y Bossert ha sido más extremo, al rechazar el planteo sosteniendo: “En lo atinente al argumento sobre el control judicial respecto del presupuesto del Ministerio y su ejecución, en mi opinión no se configura en el sub lite...ya que los jueces se limitaron a exigir al Estado Nacional el debido cumplimiento de la ley 23.798 y su decreto

reglamentario, de conformidad con los derechos consagrados en la Constitución Nacional por el legislador o por el Ministerio de Salud y Acción Social”.

Los criterios expuestos por los integrantes del Alto Tribunal llevan a considerar un asunto muy conflictivo, ya que dentro del control por el poder judicial del accionar del poder legislativo, se discute si es viable el control judicial de la ley de presupuesto.

Bidart Campos en su obra “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”¹⁹ sobre el punto en cuestión dice que el “reenvío que el inciso 8 del artículo 75 de la Constitución Nacional, formula hacia el inciso 2 se vuelve importante; es así en cuanto la norma estipula que el presupuesto anual de gastos y cálculo de recursos ha de hacerse conforme a las pautas establecidas como criterios objetivos... que apuntan a la solidaridad, la equidad y el logro prioritario de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio... este inciso 8 del artículo 75 coordinado con el inciso 2 obliga a que la previsión presupuestaria de los recursos, los gastos y las inversiones no sea discrecional, porque tiene prioridades. Para ordenarlas jerárquicamente, el ejecutivo...y el congreso...deben tomar en cuenta cuáles son las necesidades sociales más apremiantes en el año en curso, según los lugares y situaciones. De ahí en más, como en gradación jerárquicamente ordenada, habrá que ir colocando las prelación que vengan demandadas por las urgencias sociales”

Dicha postura estaría solventada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual en su artículo 2 postula: “*Cada Estado Parte se compromete hasta el máximo de que disponga*”

Es menester resaltar que como consecuencia de los precedentes revisados, ha quedado abierta, a nivel jurisprudencial, la vía del control de constitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo en implementar las medidas necesarias para la plena vigencia de los derechos reconocidos por nuestra Carta Magna y los Tratados internacionales que la misma contiene. No obstante lo expuesto, restan numerosos aspectos a considerar.

Acerca de la extensión de la conducta omitiva del órgano, deberían ser comprendidos dentro del control, tanto los supuestos de omisión total o absoluta (inacciones o ausencia total de reglamentación), así como las omisiones parciales o relativas (cuando existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución).

Otro tema interesante, es el de los efectos del control. En algunos países el control tiene un efecto meramente noticiador, en que el órgano que controla informa al controlado, u otro de la existencia de la omisión. Estas recomendaciones son no vinculantes, sino que son tendientes a orientar al omitente en determinada dirección.

En otros países el órgano de control en los supuestos en que el poder omitente no cumple con la obligación exigida realizará la actividad requerida, ya que el control tiene efecto supletorio. En ésta postura se encuentra la jurisprudencia alemana que ha optado por una situación similar dentro de lo que ha denominado “proceso de concretización”, donde, una vez constatada la omisión el tribunal fija un plazo para que la medida legislativa sea elaborada. Posteriormente a este periodo, compete al tribunal constitucional resolver la

¹⁹ Bidart Campos G. Los derechos económicos, sociales y culturales. Revista Hechos y Derechos N°7, Año 2000

cuestión de inconstitucionalidad, frente a la cual se da una sanción política al órgano omisivo, que puede ser tanto ejecutivo como legislativo.

Nuestra Corte en los fallos citados, ha admitido que el Poder Judicial ordene al órgano omitente la realización de la conducta omitida, adquiriendo el mismo un efecto anoticiador-imperativo, donde además de informar al órgano del Estado de la existencia de la omisión, se exige la implementación de la medida ausente.

El efecto indemnizatorio, sería una solución subsidiaria, en aquellos casos en que el efecto supletorio no puede aplicarse. Este tipo de solución es propiciada por algunos sectores de nuestra destacada doctrina nacional, para los casos en que la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales, que presten desarrollo a las cláusulas constitucionales, sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones. Al encontrarse el órgano judicial impedido de instrumentar integralmente la norma constitucional, corresponde como última salida, compensar mediante indemnización el perjuicio ocasionado.

Capítulo IV

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILÍCITA

SUMARIO

1. La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita (evolución de su reconocimiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación).
2. Aplicación del artículo 1112 del Código Civil para determinar la responsabilidad del Estado.
 3. Presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita.
4. La falta de entrega de medicamentos configura la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.
 5. Plazo de prescripción de la acción.
6. La restitución: criterio para establecer la medida de la indemnización.
 7. El requisito del reclamo administrativo previo

Capítulo IV

“LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILÍCITA

1. La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita (evolución de su reconocimiento por la Corte Suprema de justicia de la Nación):

La Corte Suprema de la Nación, ha desarrollado respecto a la responsabilidad pública, una importante jurisprudencia, cuya evolución presenta algunas contradicciones en la utilización de conceptos del derecho privado y el público. Nuestro Máximo Tribunal en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, en un principio, consagró un sistema de irresponsabilidad absoluta, para luego llegar a uno de responsabilidad acotada, y transcurrió por momentos de indefinición entre la responsabilidad directa y la indirecta.

Eduardo Mertehikian en su libro “La Responsabilidad Pública”²⁰ hace un recorrido histórico por la jurisprudencia de la Corte en ésta materia y cita los siguientes casos:

* Remontándonos a los primeros años de vida de la Corte no encontramos con el caso “Seste y Seguich c/Gobierno Nacional” (Fallos 1:37), fallado en el año 1864. En la causa los actores solicitaban al Estado Nacional indemnización por el mayor tiempo servido como prisioneros de guerra nacionales. Ya que el Estado los había contratado hasta la finalización de la Batalla de Pavón, en 1861, pero una vez afrontada ésta fueron retenidos en el servicio militar hasta 1863.

La Corte desarrollo por primera vez una fundamentación a favor de la irresponsabilidad del Estado. Su argumentación se apoyó en la teoría del soberano (de origen europeo –en Inglaterra el rey no podía ser perseguido por sus propias cortes, ya que se encontraba en el ápice de la pirámide feudal, resultando indemandable-, pero que fue extraída por la Corte de la jurisprudencia y doctrina norteamericana). Según estas ideas el Poder Ejecutivo es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del gobierno de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86, inc. 1, de la Constitución Nacional, actual artículo 99, inc. 1.

En consecuencia, el Poder Ejecutivo no puede ser arrastrado ante los tribunales sin su expreso consentimiento, ya que los tribunales carecen de eficacia para obligar al Poder Ejecutivo a obedecer una orden suya. Lo contrario según la Corte daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que la Constitución Nacional de 1853 acordaba al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de las deudas públicas exclusivamente atribuido al Congreso Nacional por el artículo 67 inc.6.

* Poco tiempo después el Máximo Tribunal resolvió la causa “Gómez, José c/la Nación” (Fallos 2:36) del año 1865, en la que se demandó originariamente a la provincia de Corrientes por indemnización de daños y perjuicios por la entrega de propiedades usurpadas durante el gobierno de los Virasoro en esa provincia. La Corte, luego de reafirmar la imposibilidad de demandar a la Nación, sostiene que dicho criterio no es aplicable a las provincias, las que sí pueden ser ejecutadas. Reitera, además que lo dicho no significa que “los acreedores de la Nación, no tengan medios para hacer valer sus derechos, pudiendo reclamar al Congreso, el cual por el inciso 6 del artículo 67 de la Constitución Nacional está facultado para arreglar el pago de la deuda pública.

²⁰ Mertehikian E. La responsabilidad pública. 1º ed. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma: 2001.

* Siguiendo con el análisis de la evolución jurisprudencial nos encontramos con segundo argumento esgrimido en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema, que basado en la previsión contenida en el anterior texto del art. 43 Del Código Civil (antes de su reforma por la ley 17.711) deriva la irresponsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. Esta doctrina es aplicada en el caso “Escalada, Carlos c/Municipalidad de la Capital Federal s/devolución de multa e indemnización de daños y perjuicios” (Fallos 29:249), del año 1886. Para poder comprender esta causa es necesario saber que del citado artículo del Código Civil derivaba la irresponsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, ya que dicha norma establecía la imposibilidad de ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redundasen en beneficio de ellas. En este caso se reclamaba la devolución de las sumas pagadas en concepto de multa por la venta de billetes de lotería y los daños y perjuicios ocasionados.

Lo curioso es que de la sentencia surge el reconocimiento del error en la aplicación de la multa, pero la Corte interpreta el artículo 43 del Código Civil como una barrera infranqueable para admitir la acción reparatoria. Luego de la reforma introducida por la ley 17711 en 1968 en el Código Civil, El artículo 43 quedó redactado de la siguiente forma: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título ‘ De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos ’ ”*.

* En la causa “Corio, Luis c/Gobierno Nacional s/indemnización de daños y perjuicios” (Fallos 99:83), fallada en 1904, el actor fundó el reclamo en un hecho ocurrido el 20 de Marzo de 1900, en las vías del puerto de la Capital Federal, del que resultó lesionado al cruzar un paso entre vagones, según sus dichos por culpa de los empleados de la oficina de movimientos del mismo, invocando la obligación de reparar dispuesta por el artículo 1109 del Código Civil.

La Corte entendió que surgía naturalmente la responsabilidad civil de los empleados de la oficina de servicio y conservación del puerto de la Capital, y con ella, la del Gobierno bajo cuya dependencia se hallaban, sin perjuicio del derecho de repetición. Asimismo destacó que tratándose de una acción civil deducida contra la Nación en su carácter de persona jurídica por obligaciones emergentes de la explotación de una vía férrea expresamente consignados en la ley general de Ferrocarriles Nacionales, correspondía también hacer lugar a la demanda en virtud de los artículos 1113 y 1123 del Código Civil.

* Similares argumentos jurídicos a los expresados en el pronunciamiento anterior utilizó la Corte Suprema en la causa “Cayetano Cueva c/Poder Ejecutivo nacional s/indemnización de daños y perjuicios” (Fallos 111:333), del año 1909. Este caso fue motivado como consecuencia de un accidente que había sufrido el actor, cuando se encontraba prestando servicios como cambista en el ferrocarril del puerto de la Capital. El accionante, siguiendo órdenes del capataz de movimientos de vagones inició las maniobras para enganchar vagones al tren que se acercaba, en tanto que el maquinista en vez de detener la locomotora como correspondía, al efectuarse una operación de enganche, aceleró la marcha, dando por resultado que Cueva cayera debajo de las ruedas, que le destrozaron la pierna derecha.

La Corte tuvo por acreditados los hechos reseñados y no habiendo probado la demandada que el accidente había sido puramente casual en el sentido propio del concepto, hizo lugar a la demanda. Fundo, además el pronunciamiento en la ley de Ferrocarriles, que prevé la responsabilidad de la Nación en su carácter de persona jurídica que explota líneas férreas, e invocó los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

* En los autos “Eduardo Dughera c/Gobierno Nacional s/Daños y perjuicios” (Fallos 112:78), de 1909 el actor demandó al Gobierno, afirmando que al cruzar con su carro la vía férrea del puerto de la Capital por un paso a nivel desprovisto de barreras y de guarda vía, y después de detenerse para dar paso a un convoy de vagones, fue atropellado por una locomotora de la misma línea, que marchaba oculta detrás de una larga fila de vagones, y que no dio aviso ni uso del silbato reglamentario. El choque le provocó a Dughera lesiones, la Corte acogió la demanda, sin perjuicio del derecho a repetir acordado por el artículo 1123 del Código Civil.

* La actora en los autos caratulados “Teresa Tomassoni c/Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios” (Fallos 113:111) del año 1910, reclamaba una indemnización por la muerte de su esposo, quien trabajando como peón de las obras de salubridad sobre un vagón del ferrocarril, fue lesionado por unos caños que se descargaban del vapor “Belgian”, por haberse cortado la cuerda con que estaban atados y suspendidos del guinche número 85, de propiedad fiscal, falleciendo a consecuencia de las lesiones recibidas. La Corte entendió que la Nación, como persona jurídica, sólo es responsable de los daños y perjuicios derivados del dolo o de la culpa de sus representantes o empleados, en el cumplimiento de obligaciones convencionales, sin perjuicio de la ampliación de esa responsabilidad fuera de las relaciones contractuales cuando disposiciones legales lo han establecido expresamente, como sucede con las empresas ferroviarias y el servicio de guinches en el puerto, conforme lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 4392., haciendo lugar a la demanda.

* En la causa “Compañía Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich s/daños y perjuicios” (Fallos 123:407), del año 1916, la demandante pedía la reparación de los daños sufridos por una embarcación de su propiedad, la cual se encontraba haciendo operaciones de carga, cuando uno de los guinches eléctricos del puerto fue girado con imprudencia, chocando contra la embarcación y provocando abolladuras y desperfectos.

La Corte dijo que en autos no se había cuestionado la obligación del Gobierno Nacional de reparar los perjuicios ocasionados por hechos de los empleados de la administración en las operaciones de carga y descarga de embarcaciones en el puerto. Tampoco se puso en duda que el vapor “Rivadavia” había sufrido deterioros motivados por el guinche que manejaba su encargado. Todo ello, a criterio del tribunal imponía la obligación de reparar el daño ocasionado, salvo que se probara alguna causa eximente, circunstancia que no se verificaba en el caso, por lo que se hizo lugar a la demanda.

*Siguiendo unos años más en la evolución de la jurisprudencia del Alto Tribunal hallamos la causa “Diego Lezica Alvear c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” (Fallos130:105) de 1919, y aquí sancionada ya la ley 3952 de demandas contra la Nación, la Corte se pronunció en éste caso a favor del reconocimiento de la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires, la que había sido demandada por la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las chispas emanadas de un ferrocarril provincial del puerto de la Plata que cruzaba por el campo de

la actora. Dichas chispas habían provocado en el campo de la actora un incendio, con la consecuente inutilidad de esas tierras, muerte de animales, destrucción de alambrados, etc.

La Corte recurre al Código Civil (arts. 1109 y 1113) para fundamentar la responsabilidad provincial, además de hacer lugar a la demanda por aplicación de las leyes específicas que regulaban a los ferrocarriles. Con respecto al artículo 1109, fijó la Corte su postura en cuanto al incendio, considerando que el mismo, como acto reprobado por ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que con él se causan a terceros, fórmula que luego la Corte utilizaría en el caso “Devoto”, considerado por calificada doctrina como el pretoriano nacimiento de la admisión de la responsabilidad, aunque sin un texto legal como el contenido en la Ley General de Ferrocarriles Nacionales 2873, que expresamente genera responsabilidad por el incendio producido por la utilización de vehículos ferroviarios.

En cuanto al artículo 1113, referente a la responsabilidad indirecta, la Corte entendió que la responsabilidad a la que se hacía referencia en el artículo 1109 era extensible a las personas bajo cuya dependencia se encontraba el autor del daño, o por las cosas de que se sirviera o que tuviera a su cuidado. En este caso además la Corte descarta, tal vez por la existencia de ley expresa que contemplara el caso concreto, toda invocación del argumento de la indemandabilidad del Estado basada en el artículo 43 del Código Civil, como venía haciendo anteriormente. Para lo cual hecha mano a la teoría de la doble personalidad estatal, siendo procedente la responsabilidad pública solamente en los casos en que el órgano estatal actúe como persona de derecho privado, situación que se verificaba en el caso de autos, afirmando así que la provincia actuaba en carácter de “empresa y como tal de persona jurídica en la explotación de sus vías férreas”.

* Tan sólo catorce años más tarde (1933) llegará la Corte a reforzar esta doctrina, con un aditamento importante en el caso “Tomás Devoto y Cía. C/la Nación s/daños y perjuicios” (Fallos 169:111). En éste pronunciamiento, se refuerzan las ideas volcadas en el fallo analizado en el punto anterior. Los hechos pueden resumirse así: algunos operarios que trabajaban en la instalación de una línea telegráfica habían provocado un incendio en los campos que arrendaba la sociedad actora en la provincia de Entre Ríos, el fuego había comenzado en uno de los potreros del establecimiento llamado San Isidro y se fue propagando a los otros. El incendio fue originado por las chispas de un brasero que utilizaban esos trabajadores. Se inició demanda de daños y perjuicios.

La Corte emplea la fórmula que había utilizado en el caso “Lezica Alvear”, con la diferencia de que en el caso “Devoto” no existía una ley expresa como la 2873, que estableciera la responsabilidad, como sí la había en su antecedente, pues la Corte recurre únicamente a los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. El Máximo Tribunal encuadró la actuación del Estado como persona de derecho privado, por tratarse de casos en los que actuaba como empresa en la explotación de un servicio y omitió, sobre esa base referirse al artículo 1112. Según destacada doctrina el caso es importante, pues por primera vez la normativa que hasta aquí se había aplicado sólo a personas físicas, se aplicaba ahora al Estado, consagrando así su responsabilidad extracontractual.

* Hasta donde se tienen noticias la aplicación del artículo 1112 del Código Civil en la jurisprudencia de la Corte sólo tuvo lugar en 1938, cuando en el caso “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños e intereses” (Fallos:182:5) reconoció la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires en un caso de error del

Registro de la Propiedad Inmueble, con base en los artículos 1112 y 1113. La actora había comprado en 1914 un terreno en Morón, solicitando el escribano interviniente al Registro de la Propiedad un certificado en el que se hizo constar que el vendedor aparecía como titular del inmueble, sin inhibición, ni gravamen alguno. En el año 1928 un tercero reclamó la propiedad del inmueble, iniciando juicio de reivindicación, y allí obtuvo sentencia favorable. La empresa Ferrocarril Oeste inició entonces demanda contra la Provincia por indemnización de los daños y perjuicios que el equívoco del Registro de la Propiedad provincial había ocasionado.

Aquí el Máximo Tribunal, analiza nuevamente el artículo 43 del Código Civil, pero por primera vez, justifica por qué no es de aplicación al caso, y en ese sentido sostiene que al haber actuado la Provincia de Buenos Aires a través del Registro de la Propiedad como entidad de derecho público, tomando y monopolizando una función, no actúa como persona de derecho privado ni tampoco como persona jurídica, sino como entidad de derecho público, sin perjuicio de lo cual establece un límite para los actos de imperio, donde se ejercen atributos de soberanía.

Así, afirma la Corte que reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado por la intervención de sus funcionarios o empleados, por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, cuando la entidad pública ejerce el monopolio, un servicio público o una industria. Es decir, el Estado provincial imponía la obligación del certificado para otorgar escrituras sobre transmisión de inmuebles, cobrando un sellado, lo que presuponía la obligación de prestar un servicio regular.

La doble circunstancia de recurrir por un lado a este argumento, y por el otro omitir la aplicación al caso del artículo 1109 del Código Civil, permiten afirmar que la Corte comienza a aplicar más definidamente la teoría de la “falta de servicio”, y para eso afirma que quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan por el incumplimiento o su irregular ejecución (arts. 625 y 630 del Código Civil).

En cuanto a la aplicación del artículo 1112, la Corte extrae del mismo la existencia de ciertos elementos a considerar: 1) debe tratarse de una conducta culpable, sin necesidad de que exista dolo; 2) cometida por un agente estatal en el desempeño de sus funciones y obrando bajo su dependencia, y 3) que ha causado un daño. La Corte se hubiera podido quedar con estos argumentos, sin embargo al mismo tiempo acudió a la previsión contenida en el artículo 1113 del Código Civil, considerando así una responsabilidad de carácter indirecto. La aplicación conjunta de ambas normas (1112 y 1113) es contradictoria, desde una perspectiva actual si aceptamos la teoría del órgano como fundante de la imputación de la actuación de los funcionarios y agentes a la estructura de la cual forman parte.

* Más tarde la Corte Suprema resuelve la causa “Automotores Faillace Triangeli c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” (Fallos 287:108) en el año 1973. En estos autos la parte actora había iniciado juicio ejecutivo contra Pedro Sabella ante la falta de pago de un pagaré suscripto a favor de aquella, proceso en que se trabó embargo preventivo sobre la finca del deudor. Antes de la subasta se pidió informe al Registro de la Propiedad, informando éste sobre las condiciones de dominio, la existencia del embargo anotado y de una hipoteca sobre la que no pudo dar más datos porque faltaba el folio correspondiente. Realizadas mayores averiguaciones, a fin de citar a los acreedores

hipotecarios, se comprobó que la finca embargada ya había sido transferida, razón que motiva la causa en análisis. La Corte vuelve a aplicar los artículos 1112 y 1113 del Código Civil, agregando también el artículo 1109 de ese cuerpo normativo.

El tribunal enumera en este caso, los elementos que el actor debe acreditar para que la acción indemnizatoria resulte procedente: error, falsedad o mal funcionamiento del servicio y el daño producido. Así parece el tribunal nuevamente aceptar la teoría de la falta de servicio, y a pesar de invocar artículos que requieren la verificación de culpa, negligencia o dolo no analiza la culpabilidad de los involucrados. La Corte exige además que el daño producido sea jurídico y cierto, descartando el eventual. En el caso concreto, entendió la Corte que la frustración de la garantía individual del embargo burlado constituía de por sí un daño que únicamente podía destruirse por la prueba de la existencia de otros bienes suficientes y embargables que anularan el mismo.

* Un año después (1974), en las causas “Sánchez Puppulo c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” (Fallos 288:108) y “Gallegos Botto c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” (Fallos 290:71), la Corte, trata entiende en dos juicios que tienen como protagonista al mismo sujeto que actuó bajo el alias de Juan Alfredo Iglesias y en sede criminal resultó ser Eduardo Mario Vélez; en ambas causas se había firmado un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

En el primero, vencido el plazo sin que se verificara el pago correspondiente al primer trimestre, se intentó ubicar al deudor por intermedio de la escribanía que había intervenido en la operación. Quienes tomaron luego conocimiento de que Iglesias estaba detenido y que según las constancias obrantes en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires habían sido víctimas de una estafa, ya que la escritura dominial que había servido de base para la constitución de la hipoteca era falsa, no obstante lo cual había sido inscripta en el Registro de la Propiedad, información que luego se emitió en el certificado erróneo que ocasionó este juicio.

En el segundo caso, ante el vencimiento del segundo trimestre de intereses se promovió ejecución hipotecaria en la que se dictó sentencia de remate. Antes de proceder a la subasta del inmueble se requirió informe al Registro sobre la situación dominial y se advirtió que el campo gravado no correspondía a Iglesias.

En ambos casos la Corte consideró que los folios arrancados denotaban un obrar negligente, y, principalmente, que la actitud delictiva de Iglesias por si sola era ineficaz para la procedencia de la pretensión, de no haber contado con la inscripción del dominio que avalaba su comportamiento. O sea que, el hecho generador de responsabilidad no era la maniobra dolosa, sino la inscripción del dominio que había avalado su comportamiento. Así la Corte, no solo deja establecida la necesidad de causalidad adecuada y eficiente entre el obrar y el daño, sino que paralelamente prescinde del elemento subjetivo.

En el caso “Busso de Gallegos Botto” la Corte recurre a los artículos 1112 y 1113 en tanto que en “Sánchez Puppulo”, además aplica el artículo 1109, como puede apreciarse los artículos aplicados no se corresponden con la lógica del fallo, que no analiza la culpa en el agente, extremo que no podría dejarse de lado si se diera pleno efecto al artículo 1109 del Código Civil. Pero ese no es el único problema que presentan los antecedentes jurisprudenciales en cuestión, referidos a la aplicación conjunta de las normas citadas. En

efecto, resulta contradictorio sustentar, como lo hace la Corte, por un lado una responsabilidad directa (1112) y otra indirecta (1113). No soluciona el conflicto pretender que el 1112 consagra una falta personal. Por el contrario, ello provocaría superposición con lo normado por el artículo 1109.

* Así llegamos a 1984, momento en el cual la Corte al fallar en el caso “Vadell, Jorge c/Provincia de Buenos Aires s/inemnización” (Fallos 306:2030) da un giro importantísimo en cuanto a la fundamentación de la responsabilidad extracontractual pública por su actuación irregular o ilícita. A partir de la resolución de éste caso la Corte ordena la línea argumental que venía empleando para fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad irregular o ilícita. El hecho, generador del juicio nuevamente fue un error del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. En 1906, el señor Abásolo había adquirido la totalidad de la chacra 164, compuesta por dos manzanas, identificadas como “E” y “F” y posteriormente, vendió todo menos la parte noroeste de la primer manzana citada. En 1914 le transfirió a su hermano el remanente. El certificado provincial que se expidió informó que la totalidad de la propiedad pertenecía al vendedor y el escribano, confundido, inscribió la transferencia por la parte “F” (suroeste), razón por la cual su hermano quedó en calidad de propietario de parte de la manzana “F”, que –en rigor– ya había sido vendida.

En 1924, la sucesión del hermano enajenó su parte “F” y nuevamente se produjo un error notarial porque se inscribió como “F” (noroeste), lo cual originó una nueva superposición de dominio sobre el ángulo noroeste de la manzana “F”.

La Corte se remite al caso “Ferrocarril Oeste, pero reconoce la necesidad de modificar su doctrina, y como consecuencia de ello consagra la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, con base única en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil. Para ello, dice que la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público no requiere recurrir al artículo 1113, pues no se trata de una responsabilidad indirecta, acudiendo a la teoría del órgano, explica que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo “principal” y “directo” por sus consecuencias dañosas.

El nuevo ingrediente proviene de resolver la contienda con aplicación de la teoría del órgano y prescindiendo, consecuentemente, de la responsabilidad indirecta contenida en el artículo 1113, ya que el Estado responde de manera principal como responsable directo.

La Corte recurre al artículo 1112 para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita y así lo considera suficiente, sin la necesidad de invocar en forma asociada, como lo venía haciendo, el primer párrafo del artículo 1113, el cual se reconoce como inaplicable. Este será uno de los aspectos elogiados del fallo, mientras que un ángulo criticable del mismo sería la postulación que hace sobre la aplicación subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil, que debería ser directa, por ser una de las fuentes de las obligaciones, cuya ubicación metodológica (legislación de fondo) es la más ajustada al reparto de competencias entre la legislación federal y la local.

* Sin embargo, resulta curioso que con posterioridad, más precisamente en 1992, en el caso “Pose, Daniel c/Provincia de Chubut y otra s/daños y perjuicios” (Fallos 315:2834) con hechos de gran repercusión pública, la Corte Suprema responsabilizó a la Provincia

de Chubut por los daños y perjuicios sufridos por José Daniel Pose, en virtud de la aplicación de los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil.

En esta causa la Corte involuciona en los conceptos volcados en el caso “Vadell”, y responsabiliza a la Provincia de Chubut por los daños y perjuicios sufridos por el actor, aplicando los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. El juicio comenzó a consecuencia de que mientras Pose practicaba natación en playas vecinas a la zona céntrica de la ciudad de Puerto Madryn, llegando a la altura de varias torres existentes en el mar que habían sido construidas por la municipalidad local a cien metros de la rambla, que tenían dos plataformas ubicadas a distinta altura con un trampolín en su parte superior, a una de las cuales el demandante trepó y se arrojó de ella varias veces desde la primera plataforma. Luego, con un intervalo de quince minutos, volvió a arrojararse sin advertir que el nivel de agua había descendido sensiblemente por la bajamar, lo que motivó que golpeará muy fuerte contra la arena y sufriera lesiones graves que lo dejaron cuadripléjico, sin control de esfínteres y con imposibilidad de procreación y derivaciones serias en los órdenes físico y psíquico.

La Corte, aún luego de la doctrina sentada en el caso “Vadell”, aplicó nuevamente los artículos 1109, 1112 y el segundo párrafo, segunda parte del artículo 1113 del Código Civil, responsabilizando al municipio por falta de vigilancia ejercida y concurrentemente a la Provincia, por ser propietaria de las playas. O sea que la Municipalidad resultó responsable por ser guardián de la cosa, conforme al artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, actuando como eximentes de dicha responsabilidad la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, pues en tales casos la relación de causalidad queda interrumpida.

Mertehikian sostiene que es, sin embargo correcta la aplicación del artículo 1113 en este caso, pues la responsabilidad extracontractual del Estado cabe en cuanto propietario o guardián de la cosa, circunstancia que no se ve invalidada por la aceptación de la teoría de la falta de servicio y la correcta aplicación del artículo 1112 del Código Civil.

Con respecto al uso y goce de los bienes del dominio público la Corte afirmó que importaba para el Estado la obligación de colocarlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Sin embargo, se cae nuevamente en el error de invocar el artículo 1109, aunque no pueda decirse que en este caso la Corte haya necesitado analizar la condición subjetiva en el agente causal del daño requerida por dicha norma.

* En la Causa “Tejedurías Magallanes S.A. c/Administración Nacional de Aduanas” (Fallos 312:1659) del año 1989, se juzgó la alegada responsabilidad de la Administración Nacional de Aduanas por la instrucción de un sumario que determinó la detención del propietario de la mayoría del paquete accionario de la empresa Tejedurías Magallanes, frustrando los trámites de obtención de beneficios promocionales para la industria que se pretendía radicar en el entonces territorio nacional de Tierra del Fuego al amparo de la ley 19.640. Puntualmente sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita, la Corte confirmó su doctrina expuesta en el caso “Vadell”, sobre el artículo 1112 del Código Civil, la recepción en el mismo de la doctrina de la falta de servicio y la responsabilidad directa a través de la aplicación de la teoría del órgano. Ratificando, así, el Máximo Tribunal que la responsabilidad del Estado no se limita a los supuestos de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, contemplados en el artículo 1113, primera parte. La Corte desestimó la demanda, que había llegado a su conocimiento por apelación

ordinaria, por considerar que no se cumplía el requisito de adecuada causalidad entre el hecho generado y el daño.

A modo de conclusión con respecto al recorrido hecho a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita, se puede afirmar que si bien la Corte ha propiciado la aplicación del artículo 1112 del Código Civil, a partir del caso “Vadell”, no abandona totalmente la invocación del artículo 1113, primera parte, del mismo cuerpo normativo y para demostrarlo se pueden citar dos casos resueltos por el Alto Tribunal.

El primero de ellos es la causa “Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos” (Fallos 317:146) resuelta en 1994, en la cual se reclamaba la reparación de los daños causados por un bombero de la policía de la provincia demandada, que conducía una autobomba de propiedad de la Fuerza Aérea Argentina cedida en uso a la policía provincial y afectada al servicio de combate de incendios en el aeropuerto internacional de la ciudad de San Carlos de Bariloche. El vehículo al desviarse de la calle de rodaje aledaña a la pista del aeropuerto cayó a una zanja de drenaje, sufriendo importantes daños. La Corte entendió que la Provincia demandada era responsable, aún cuando el agente hubiera obrado abusando de la función propia de su empleo, en la medida en que el principal no hubiera adoptado medidas para hacer cumplir las obligaciones a cargo del agente o no haya controlado dicha actuación.

El fallo afirma, con fundamento en el artículo 1113, primer párrafo, que el principal responde no sólo por los hechos de los dependientes realizados en el desempeño de las tareas a su cargo, sino también por aquellos actos practicados con abuso de la función, sea que el subordinado haya asumido tareas que puedan considerarse no comprendidas por el encargo o que haya violado disposiciones reglamentarias, toda vez que ello no resulta decisivo para negar la responsabilidad del principal, en virtud de que tal infracción no puede obrar en perjuicio de terceros si no se han adoptado medidas adecuadas para hacerlas cumplir o, en su caso, ha faltado control. La Corte decide hacer lugar a la demanda, condenando a la Provincia de Río Negro.

El otro caso es “Scamarcia, Mabel y otro” (Fallos 318:1715) del año 1995, en el cual se consideró comprometida la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por los daños causados por un agente de policía que en un local bailable usó su arma en una riña. La Corte tuvo en cuenta que, en tanto era obligatorio para el agente portar el arma reglamentaria aún cuando se encontraba fuera de servicio, resultaba lógico admitir que los perjuicios que de ello derivaran fueran soportados por la comunidad y no sólo por los damnificados. En consecuencia, hace lugar a la demanda con relación a la Provincia de Buenos Aires y rechazarla respecto de los propietarios del local, aplicando el concepto de responsabilidad *in eligendo e in vigilando*, ajenas al ámbito del artículo 1112 y vinculadas al 1113, primera parte del Código Civil.

Se puede afirmar, entonces, después de lo expuesto hasta aquí, que la evolución de la jurisprudencia de la Corte va desde negar la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de una consideración rígida del antiguo artículo 43 del Código Civil, con base en la cual funda la tesis negatoria, pasando por una etapa en la cual la Corte omite, directamente o indirectamente toda mención del citado artículo, aunque funda la responsabilidad extracontractual en la aplicación al Estado de los artículos 1109 y 1113 de Código Civil, hasta considerar inaplicable el artículo, a través de construcciones tales

como la que se asienta en distinguir cuando el Estado actúa como empresa o persona jurídica o cuando lo hace como poder público.

Por otra parte, la evolución reseñada denota la consideración que se ha ido realizando del artículo 1112, que primero es ignorado y que luego es considerado como el receptor de la doctrina de la “falta de servicio”, aunque resuelva equivocadamente que es de aplicación subsidiaria al derecho administrativo y que debe ser completado con los artículos 625 y 630 del Código Civil.

2. Aplicación del artículo 1112 del Código Civil para determinar la responsabilidad del Estado:

La prescripción contenida en el artículo 1112 regula la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, y es sin lugar a dudas una norma de derecho público, ya que prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública y ella puede invocarse como fundamento legal positivo de esta clase de responsabilidad sin conectarla con el artículo 1113 de dicho código. En tal sentido, la responsabilidad del Estado por la actuación de sus órganos (agentes con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños) es siempre una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio, aún cuando no excluye la posibilidad de que se configure la falta personal del agente público.

Es claro, además, que el fundamento esencial de la responsabilidad extracontractual por la actuación ilícita del Estado es siempre de derecho público y consiste en la necesidad de restablecer el equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado. Se trata, en suma, de un principio de derecho público, reconocido por el artículo 16 de la Constitución Nacional: el de igualdad ante las cargas públicas.

3. Presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita:

Para que se configure la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos ilegítimos en el ámbito extracontractual según enseña Juan Carlos Cassagne en su libro “Derecho Administrativo”²¹ es necesaria la concurrencia de ciertos presupuestos que condicionan esa responsabilidad: a) la imputabilidad material de la acción u omisión a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; b) falta de servicio, por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio (ilegitimidad objetiva) sea el incumplimiento derivado de acción u omisión; c) La existencia de un daño cierto en los derechos del administrado; d) la conexión causal entre un hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

a) Imputabilidad material de la acción u omisión a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones:

Se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad, al contrario de la solución positiva prescripta en el Código Civil donde “los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación

²¹ Cassagne JC. Derecho Administrativo, t. I, 7º ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot: 2003

alguna” (art.900). Así, la Administración será responsable por los hechos ejecutados por un funcionario público demente cuando su actuación genere una falta de servicio y también lo será aun cuando no pueda individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto u omisión a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones.

Como afirma Mertehikian²² “abandonadas las posturas contractualistas que conllevaban las teorías del mandato y la representación para explicar la actuación de las personas jurídicas públicas, y adoptada definitivamente entre nosotros la denominada teoría del órgano, debe decirse que la creación de una persona jurídica pública implica, a su vez la creación de los órganos que derivan de la propia constitución de aquella, integrando su estructura. De ese modo, cuando actúa el órgano es como si actuara la persona jurídica, no existiendo vínculos de representación externa entre ambos”. De esta forma la teoría del órgano le proporciona fundamento jurídico a la tesis que sustenta la imputación directa al Estado por las conductas del órgano, pues cuando actúa este sus consecuencias se atribuyen a la estructura estatal de la que aquel forma parte.

La expresión “órgano” designa a las dos facetas de la misma realidad, el *órgano-persona* y el *órgano-institución* que se manifiesta a través de la atribución de competencia para actuar. De tal manera, son comprendidas las dos nociones, o sea que no sólo debe entenderse por órgano a las personas físicas adscriptas a la función, sino también a las reparticiones estatales que impliquen esferas de competencia.. Cuando se crea una persona jurídica pública se le asignan funciones, por cuanto la personalidad apareja necesariamente competencia, como enseña Marienhoff.²³ Pues bien la doctrina argentina define la competencia como el “conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar”; es decir, “el conjunto de potestades administrativas que, con arreglo a las previsiones de la ley, un órgano puede ejercer válidamente”²⁴. La competencia es atribuida por las normas del ordenamiento jurídico objetivo.

Por lo explicado hasta aquí Mertehikian sostiene que en tanto los perjuicios sean ocasionados por la actuación de un órgano del estado en el ejercicio aparente o real de los poderes conferidos por el ordenamiento jurídico, el Estado deberá responder por las consecuencias patrimoniales de tal actuación. De allí que sea suficiente que tal circunstancia se verifique para tener por configurado el requisito contenido en el artículo 1112 de código civil, en el sentido de que el daño sea provocado por la persona del agente o funcionario (órgano-persona) actuando en el ámbito del vínculo que se establece con la función asignada (órgano institución).

b) Falta de servicio:

Implica el cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, una ley o el reglamento o por funcionamiento defectuoso del servicio sea el incumplimiento derivado de acción u omisión. El concepto de la falta de servicio prescinde de la noción de culpa, aparece estructurado en el artículo 1112 del Código Civil, pero su fundamento es el principio unitario que rige la responsabilidad estatal que exige “afianzar la justicia” a través de la restitución que procede para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo.

²² Mertehikian E. La responsabilidad pública. . 1ºed. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L.: 2001

²³ Marienhoff M. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot:1977

²⁴ Cfr. Escola H. Tratado general de procedimiento administrativo. Buenos Aires: 1981

Dispone el artículo 1112 del Código Civil que:

“Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de éste Título”, es decir el título de las “obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

La norma no exige ningún factor de imputación “subjetiva” adicional, pues no es necesaria la verificación de culpa o dolo en el agente, sino la acreditación del incumplimiento de la obligación legal o, si se quiere el cumplimiento irregular de la misma. Al analizar el tema de la falta de servicio no puede omitirse la conexión que existe entre el artículo 1112 y los artículos 625 y 630 del Código Civil, incluidos estos últimos en la teoría general de las obligaciones (ambas disposiciones no solamente corresponden a las obligaciones nacidas al amparo de un contrato sino, en general, toda vez que exista por parte del deudor, la obligación de prestar algún servicio, y por el lado del acreedor, de reclamar su cumplimiento).

El mencionado artículo 625 establece:

“El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho”.

Por su parte el artículo 630 dispone:

“Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación”.

Dichas disposiciones según Eduardo Mertehikian²⁵ resultan plenamente aplicables a la conducta estatal y se conectan con el concepto de la “falta de servicio” antes citada, en cuanto la norma del artículo 625 permite, también, abrirla desde el texto legal. Por otro lado, no puede omitirse que la propia Corte Suprema de Justicia ha hecho expresa aplicación de dicha disposición (“Ferrocarril Oeste” Fallos 182:5). En tanto la prestación que encierre el objeto de la obligación que implica el servicio asumido por el Estado no se cumpla o se cumpla de un modo irregular, dará nacimiento a una acción para exigir los daños y perjuicios ocasionados

c) La existencia de un daño cierto en los derechos del administrado:

La existencia de un daño o perjuicio en el patrimonio del administrado constituye también un presupuesto esencial para determinar la responsabilidad del Estado, como bien lo explica Marienhoff²⁶. Ese daño debe reunir determinados caracteres: 1) puede ser actual o futuro, pero tiene que ser cierto, lo cual excluye los daños puramente eventuales; 2) debe hallarse individualizado, no afectando por igual a todos los administrados, lo cual no excluye la responsabilidad por aquellos perjuicios que aun impuestos por normas

²⁵ Mertehikian E. La responsabilidad pública. 1°ed. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L.: 2001

²⁶ Marienhoff M. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot:1977

generales excedan la medida normal de los inconvenientes de vecindad y los causados por las obras públicas; 3) el derecho afectado puede ser un derecho subjetivo como un interés legítimo o puede tratarse de un derecho de incidencia colectiva, debe tratarse de perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto al daño patrimonial estricto como al daño moral.

Como se mencionó el daño debe recaer sobre un derecho subjetivo, sobre un interés legítimo, o sobre un derecho de incidencia colectiva, situaciones todas que, en el estado actual de evolución del derecho argentino, bien pueden ser comprendidas en la generosa expresión empleada por la Corte Suprema como "toda lesión a una situación jurídicamente protegida"²⁷, y cuya existencia –para ser resarcible- debe verificarse de un modo cierto, no hipotético o conjetural, sino en forma real, a lo que cabe añadir que dicho daño puede ser actual o futuro. Por último, la prueba de la existencia del daño le incumbe a quien lo alega.

d) Conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular:

Se trata de la relación de causalidad, donde se busca indagar la causa eficiente que ocasiona el daño, lo que responde al principio de lógico de razón suficiente, conforme al cual, todo lo que es, tiene su causa en alguna razón.

Como explica Llambias²⁸ "Todos los fenómenos del mundo jurídico, como los del mundo físico, están sujetos al principio de causalidad. En efecto, todo lo que acontece con alguna relevancia en el derecho, responde a un hecho anterior que le sirve de causa o antecedente, e influye en otro u otros hechos concomitantes o consecuentes". Es decir que lo que se trata es de establecer si a tal o cual acto, hecho u omisión estatal se sigue como consecuencia el daño cuya reparación se persigue, o si, en su caso, obedece a otras causas

No se trata aquí de la imputabilidad material del hecho o acto administrativo al órgano del Estado sino de determinar las consecuencias dañosas de ese hecho o acto derivan necesariamente de éstos u obedecen a otra causa. En consecuencia, puede haber relación causal entre un hecho y el daño ocasionado aun cuando no se hubiera podido individualizar al autor del perjuicio, ya que la imputabilidad subjetiva no es presupuesto de la causalidad, que se basa en una relación objetiva, tendiendo a la realización de lo justo, sin atender al reproche moral o culpa del agente.

Como la causalidad exigida debe ser "directa" e "inmediata", sostiene Mertehikian²⁹ que para establecer la relación de causalidad y su consecuencia debe acudir al Código Civil, el cual adoptando el criterio de la "causalidad adecuada", distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas, casuales y remotas. Esta clasificación se encuentra en el artículo 901 del citado cuerpo normativo, y se halla realizada de acuerdo a un criterio de probabilidad con referencia al acto dañoso, Para, seguidamente determinar, el propio Código reglas de imputación de dicha consecuencias.

²⁷ "Revestek S.A. c. Banco Caentral de la República Argentina y otros s/ordinario", 15/8/95, Fallos 318:1531.

²⁸ Llambias JJ. Código Civil anotado. Buenos Aires: Abeledo –Perrot: 1992

²⁹ Mertehikian E. La responsabilidad publica. 1°ed. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L.: 2001

Así el Código Civil define las consecuencias inmediatas como aquellas que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas (art.901) y siempre se debe responder por ellas, en tanto que las consecuencias mediatas resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto (art. 901) y sólo se responde por ellas cuando el autor del hecho las hubiere previsto y cuando, empleando la debida atención y conocimiento de la causa , haya podido preverlas (art.904).

Las casuales son las consecuencias mediatas que no pueden preverse ni aun usando toda la diligencia que el caso requiera (art.901). Sólo son imputables al autor del hecho cuando debieran resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art.905).

Por último las consecuencias remotas no son nunca imputables, excepto que tengan un nexo adecuado de causalidad con el hecho ilícito, según surge del artículo 906 que recepta la teoría de la “causalidad adecuada”. Esta teoría según también lo explica Borda³⁰, entiende que “todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede”.

Esta regulación del Código Civil que contiene preceptos de la teoría general de la responsabilidad, válidamente aplicables, con las pertinentes modulaciones, a cualquier situación o relación jurídica, incluso al derecho administrativo (así lo entendió la Sala V de la Cámara federal en lo Contencioso Administrativo, en los autos “Ferrocon S.R.L. c. Ministerio de Justicia de la Nación” LL. 2000-B-659), reposa en la idea de previsibilidad que debe tener la conducta del hombre pero valorada de un modo abstracto y apriorístico.

Además, de tener que ser la relación de causalidad “directa” e “inmediata” según la Corte Suprema de Justicia de la Nación (desde sus primeros fallos: “Aguilar y Sevilla c. Provincia de Corrientes” del 8 de octubre de 1866 Fallos 2:434), el Alto tribunal agregó el requisito de la “exclusividad” , cuando en los autos “Ledesma” del 31 de octubre de 1989 (Fallos 312:2022), sostuvo que el daño debe producirse sin intervención externa que pudiera interferir en el nexo causal. Esto implica que el órgano estatal puede deslindar su responsabilidad si acredita que ha ocurrido una circunstancia externa o ajena que determine la ruptura del nexo causal y entre éstos eximentes cabe citar como eximentes de responsabilidad estatal al caso fortuito o la fuerza mayor (art. 513 Código Civil) y la conducta de la víctima o de un tercero por quien no tenga la obligación de responder (arts. 1111 y 1113 Código Civil, supuestos todos donde se encuentra afectado el añadido requisito de exclusividad).

4.La falta de entrega de medicamentos configura la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita:

Teniendo en cuenta, lo expuesto, se puede explicar por qué la falta de entrega de medicamentos por parte del Estado a las personas que no cuentan con obra social o que si

³⁰ Borda GA. Tratado de derecho civil, “Obligaciones, 8ªed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: 1998.

lo hacen, pero las mismas están imposibilitadas por cualquier motivo que sea para proveer los remedios, trae aparejada la responsabilidad extracontractual estatal por actividad ilícita. Esta afirmación se puede hacer, toda vez que los presupuestos para que se configure dicha responsabilidad se presentan, como sucede aquí, en el caso concreto.

Así, el primer presupuesto que es la imputabilidad material del hecho o acto administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones se presenta cuando algún órgano del Poder Ejecutivo deniega la entrega de medicamentos a personas que se encuentren sin cobertura médica o que teniéndola, ésta no pueda cumplir con la entrega. El hecho u acto administrativo generalmente provendrá del Ministerio de Salud y Acción Social, a través de alguno de los Bancos Nacionales de Drogas dependientes de aquel, Como ocurrió en el caso “Campodónico de Beviacqua, Ana c/Estado Nacional” donde el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas denegó la entrega de medicamentos que venía haciendo a un menor con una enfermedad congénita, esgrimiendo que le correspondía al gobierno de la provincia a la que el chico pertenecía y a su obra social (que estaba suspendida) realizar esa entrega. Se configura de esta manera el primer presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.

Con respecto al segundo presupuesto que hace referencia a la falta de servicio, por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio sea el incumplimiento derivado de acción u omisión. También se presenta, ya que el estado incurre en una falta de servicio al cumplir de manera irregular o directamente incumplir los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución Nacional. Así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso antes citado, sosteniendo que teniendo en cuenta que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que enumera el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo, de nuestra Carta Magna reconocen y amplían el concepto de derecho a la salud, el Estado a través de los mismos a asumido compromisos internacionales explícitos en el sentido de garantizar ese derecho a todos los habitantes de la Nación (considerandos 16 a 21). El incumplimiento en éste caso es producido por parte del Ministerio de Salud y Acción Social. El Máximo Tribunal ha reafirmado en el mismo sentido en el caso “Asociación Benghalensis y otros v/Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo” el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

Este concepto de falta de servicio, prescinde de la noción de culpa, se encuentra normado por el artículo 1112 del Código Civil y hace responsable al Estado por los hechos, actos y/u omisiones que cometan los funcionarios pertenecientes a los órganos que lo integran, independientemente de que éstos hayan o no actuado de manera culpable. Entonces la responsabilidad estatal por sus actos u omisiones ilícitas resulta como directa y objetiva, circunstancia que excluye la aplicación en la materia de los artículos 1113 y 1109, delimitando la cuestión a lo definido en el artículo 1112 del Código Civil

El tercer presupuesto para determinar la responsabilidad del Estado, esta constituido por la existencia de un daño en el patrimonio del damnificado, el cual puede ser actual o futuro, pero debe ser cierto, el daño que provoca la omisión en la entrega de medicamentos por parte del Estado a una persona que lo necesita para vivir y/o para

mejorar su calidad de vida es actual y también será futuro, pues no sólo se ve impedida de tratar actualmente su dolencia, para poder reintegrarse a la vida sociocultural y laboral que llevaba antes de enfermarse, sino además, seguramente en un futuro la enfermedad sin tratamiento irá en progreso aislando a la persona cada vez más de una calidad de vida por lo menos aceptable. Se puede también categorizar el daño que causa el Estado con su actuación como apreciable en dinero, entendiéndolo tanto como estricto daño patrimonial (la persona no puede trabajar o en muchos casos en la actualidad ya se encuentra sin trabajo, y si esta enferma tiene menos posibilidades para costear los gastos que le represente el hecho de salir a buscar trabajo), pero también puede configurarse un daño moral.

En referencia al cuarto y último de los presupuestos que Cassagne enumera en su obra “Derecho Administrativo”, como configurativos y necesarios para juzgar la responsabilidad del Estado en el ámbito extracontractual por actividad ilícita, se trata de la existencia de una relación de causalidad entre el hecho o acto administrativo y el daño causado al particular, y se puede afirmar que también se presenta en la hipótesis, ya que de la causa eficiente (falta de entrega de medicamentos) se derivan necesariamente las consecuencias dañosas (deterioro de la salud, daño patrimonial, moral, etc.).

5. Plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios:

Según el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando no media vinculación contractual, el plazo de prescripción de la acción para demandar al Estado por los daños causados por hechos o actos administrativos de carácter lícito o ilícito es de dos años a tenor de lo dispuesto en el artículo 4037 del Código Civil (Fallos 300:143 “Cipollini”; 320-2289 “Wiater”).

6. La restitución: Criterio para establecer la medida de la indemnización

En principio, todo comportamiento ilegítimo de los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa que provoca daños al particular, engendra como enseña Cassagne, la obligación de restablecer la igualdad. Esa obligación se lleva a cabo a través de un acto de restitución -propio de la justicia conmutativa- que consiste básicamente en la igualación de las cosas aun cuando se está obligado a reparar también según la condición de las personas y de acuerdo a las circunstancias.

El particular puede pretender que la restitución consista en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si ello no fuera posible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También puede el administrado optar por la indemnización pecuniaria..

En lo que concierne al criterio para fijar la indemnización cabe señalar que deben resarcirse integralmente los daños, actuales o futuros, siempre que sean ciertos y no eventuales hipotéticos. Tratándose de la reparación de las consecuencias de los actos o hechos ilegítimos la indemnización debe ser integral y comprende todos los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), ya sea que deriven de una consecuencia inmediata o mediata, como el daño moral, cuando éste fuera procedente. En el caso de acreditarse la existencia de dolo cometido por un órgano del Estado, la indemnización debe comprender también los daños provenientes de las consecuencias casuales cuando ellas debieron producirse según las miras del autor del hecho o acto administrativo, sólo

que en tal caso se tratará de una falta personal del funcionario, porque aparte que no es dable suponer la existencia de ese dolo específico en los órganos del estado que actúan dentro de las funciones o en ocasión de las mismas, no resulta justo que la comunidad cargue con este dolo especial del agente público.

7. El requisito del reclamo administrativo previo:

El reclamo administrativo previo fue instituido por la ley 3952 de demandas contra la Nación sancionada en el año 1900, para suplir el requisito de la “venia” o autorización previa que el Estado Nacional debía conferir para ser demandado judicialmente. Esa venia o autorización debía ser efectuada por el congreso de la Nación en orden a la facultad de arreglar la deuda pública asignada por el artículo 67 inc. 6º, de la Constitución nacional de 1853.

Actualmente en la legislación nacional, la exigencia del reclamo administrativo previo se encuentra establecida en el artículo 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, fijándose las excepciones en el artículo 32 de la misma norma, que actualmente como consecuencia de las reformas introducidas por la ley 25.344 de Emergencia Económica han quedado reducidas a dos. De entre ellas interesa señalar la contenida en el inciso b del artículo 32, pues en virtud de la misma el reclamo administrativo previo no es necesario cuando “se reclaman daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual”.

Capítulo V

EL RECORDADO CASO DE LA CROTOXINA

SUMARIO

1. Introducción.
2. Los amparos y la desesperación por conseguir Crotoxina.
3. El punto final puesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al tema de la Crotoxina.
4. Lineamientos que surgen de la opinión de los tribunales argentinos en el tema de la Crotoxina respecto a la obligación del Estado en la entrega de medicamentos.

Capítulo V

“EL RECORDADO CASO DE LA CROTOXINA”

1. Introducción:

Es lógico que al referirse este trabajo al derecho a la salud, y dentro del mismo, al tema específico de la entrega por parte del Estado de medicamentos cuando la persona no puede procurárselos por otro medio, surjan interrogantes acerca de una polémica que se desató en su momento en nuestro país en torno a la Crotoxina aplicada al tratamiento del cáncer, polémica de la que participaron doctrinarios de la talla de Germán Bidart Campos.³¹

La polémica referida se originó a mediados de 1986, y llegó a tomar estado público a través de los medios de comunicación, en los que se informó el 8 de julio de ese año por medio de una conferencia de prensa dada por un grupo de médicos pertenecientes al Instituto de Neurobiología, que refirieron haber estado tratando desde hacía tres años a un grupo de enfermos terminales de cáncer, con un compuesto llamado “Crotoxina A-B” preparado en base a los venenos de las víboras cascabel y cobra, observando, según afirmaban un alto porcentaje de retroceso y eventual cura de tan grave mal. Además expresaron los médicos que el director del Instituto en que se había llevado a cabo la experimentación tenía decidido que la misma no se seguiría realizando.

Es necesario dejar en claro, que la administración de la mencionada droga fue realizada sin el control y correspondiente autorización de la autoridad sanitaria nacional que es en el caso el Ministerio de Salud y Acción Social. Los trámites para obtenerla recién fueron iniciados por aquel grupo de profesionales de la medicina el 11 de julio de 1986, para cuya evaluación el antedicho Ministerio nombró una comisión especial.

También es útil para comprender éste tema saber que los médicos que habían llevado adelante el experimento refirieron luego en sede judicial que días antes de la conferencia de prensa, habían presentado en el Registro de la Propiedad Intelectual su fórmula para patentarla. Agregando que el director del Instituto de Neurobiología (quien conocía y convalidaba la entrega de la droga desde el principio), los había estado presionando para que compartan con él los derechos de patente, refiriéndoles que si ellos no accedían él daría por terminado el experimento, como más tarde lo hizo. Hipótesis que se comprobó luego judicialmente. En cambio el director del mencionado Instituto sostuvo que desconocía que se había estado llevando a cabo la experimentación, y que una vez enterado, decidió ponerle fin ya que la misma no contaba con la autorización del Ministerio correspondiente.

³¹ Bidart Campos G. La Crotoxina y los amparos para su suministro. ED 120-475

Teniendo presente que la Crotoxina no podía ser considerada, según la ley 16.463 y su decreto reglamentario, como un medicamento por tratarse de una sustancia en experimentación en proceso muy incipiente y que por tanto su aplicación en humanos estaba vedada, no resulta común que el Ministro de Salud mediante la resolución que lleva el número 522 del 16 de julio de 1986 aduciendo razones de carácter humanitario, haya autorizado la aplicación del compuesto “Crotoxina A-B” a las 81 personas que venían recibiendo desde el comienzo del experimento en el Instituto de Neurobiología.

Otro dato significativo para la comprensión del tema es el que se refiere a la producción del complejo medicinal en cuestión, aquella se realizaba solamente y exclusivamente en el Instituto nombrado, sin que se produjera en otro lugar del país. Dicha producción estaba limitada, ya que se necesitaba para elaborar la Crotoxina, del veneno de las víboras Cascabel y Cobra, por lo que la obtención de éste se hacía por medios biológicos (la producción por el propio ofidio) siendo imposible al menos en ese momento sintetizarlo artificialmente. Los dos puntos comentados en éste párrafo, hacían que sólo fuera posible producir la droga para satisfacer la demanda de los 81 pacientes incluidos desde el comienzo en el experimento sin posibilidades de ampliar la lista de aquellos.

2. Los amparos y la desesperación por conseguir Crotoxina:

Se presentaron en ese entonces numerosos amparos ante la justicia, exigiendo principalmente dos cosas: a) obtener la entrega directa al demandante de la droga por parte del Ministerio de Salud y Acción Social, y en su defecto, b) lograr la inclusión del actor en el tratamiento experimental que el Ministerio de Salud había autorizado continuar con los 81 pacientes.

Uno de los mencionados amparos fue “A.U.G.S. c. Ministerio de Salud y Acción Social” (ED 120-475) resuelto en primera instancia por el Juez Néstor Buján a cargo del Juzgado Nacional N°1 en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal y luego por la Sala III de la Cámara de Apelaciones respectiva. La cuestión planteada en primera instancia consistía en obtener que “a la mayor brevedad -por el medio de estilo, dosis de práctica y bajo control clínico- se le proporcione al actor la droga conocida como compuesto Crotoxina A-B”, alegando “su derecho a hacerse suministrar bajo su responsabilidad, aún como terapia experimental, una determinada droga que a causa de actos emanados de la autoridad pública se le está impidiendo”, refiriéndose luego que “es inadmisibles que la autoridad pública conceda a algunos el acceso a una determinada terapéutica y al resto se la vede. Porque aunque se trate de la hipótesis de una terapéutica experimental, todos los enfermos de neoplasia son iguales ante la ley y, por lo tanto, todos los que quieran someterse bajo su responsabilidad a una determinada terapéutica pueden hacerlo, sin discriminaciones”.

Entendiendo la actora, por tanto que la conducta estatal que cuestionaba resultaba ser violatoria de los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional. La actora solicitaba en la demanda que en defecto de poder dar cumplimiento a la pretensión antedicha, se le agregara a la amparista en la lista de 81 personas que recibirían la Crotoxina en cumplimiento de la resolución ministerial N° 522. Posteriormente la actora introduce otra pretensión en defecto, de las dos anteriormente nombradas, la cual consiste en solicitar que se ordene al Ministerio de Salud tenerla en cuenta con carácter prioritario respecto de una vacante o cupo que se produzca en razón de las altas de enfermos que tuvieran lugar.

El magistrado afirma que el ministro de salud al contestar el informe que prevé el artículo 8 de la ley 16.986, manifiesta que la investigación experimental en cuestión había sido llevada adelante sin conocimiento y sin la correspondiente autorización por parte del Ministerio de Salud, en el Instituto de Neurobiología persona de derecho privado y que su suministro había sido interrumpido por exclusiva decisión de las autoridades del mismo por no haberse acompañado la pertinente autorización de la autoridad pública para la aplicación de una droga no autorizada en seres humanos. Agrega que una vez que la cuestión tomó estado público el Ministerio adoptó medidas de “neto corte humanitario”, decidiendo impulsar la investigación clínica aplicada a seres humanos, con las personas que por su propia voluntad se encontraban ya sometidas a la experiencia, bajo la responsabilidad de los investigadores clínicos que la venían realizando, asistidos por una comisión integrada por expertos del Ministerio, un investigador del CONICET y los especialistas oncólogos de mayor relevancia en la República y en un establecimiento oficial, todo ello con la finalidad de obtener una información evaluatoria de estricto carácter científico y determinar sus reales alcances terapéuticos.

Enfatizó, además, el Ministerio de Salud que, esa fecha, la toxina que motivaba el amparo no era medicamento, ni droga, producto químico, reactivo, forma farmacéutica, ni elemento de diagnóstico, que puedan ser empleados con otros fines que los experimentales, por lo que, tras dar cuenta de las normas jurídicas aplicables en la materia, afirma que el citado ministerio no puede otorgar a la actora o a otras personas, autorización para la aplicación de la toxina con fines terapéuticos en seres humanos, señalando, además, que una decisión distinta importaría la violación de la ley.

Luego, el Ministerio antedicho pone de relieve el hecho de lo limitada que es la producción del compuesto requerido, por las razones apuntadas ut supra en este trabajo, y expresa, también que la investigación se había llevado acabo sin la autorización correspondiente y que los trámites para obtenerla la iniciaron los médicos investigadores recién el día 11 de julio de 1986, constituyéndose en el mismo día una comisión encargada de evaluar la solicitud, la cual se expidió el día subsiguiente hábil señalando que la presentación no guardaba los recaudos técnicos indispensables para evaluar la autorización del ensayo clínico, detallando los datos que consideró necesarios que se aportaran, por lo que afirma el ministro que aún no puede determinarse con certeza científica si tiene o no efectos terapéuticos que puedan servir de sustento a una eventual autorización del compuesto Crotoxina A-B como medicamento.

Antes de dar por resuelto el caso el Juez Buján hace un aleccionador análisis ético, moral y humano de la experimentación clínica con humanos, y del caso particular de los enfermos terminales. Así es como afirma que la experimentación en humanos es una necesidad social. No hay, dice, investigaciones, progresos o descubrimientos sin experimentación. El desarrollo de la medicina, la prevención de enfermedades y el cuidado de la salud, así como los avances científicos requieren del tipo de investigación mencionado.

Agrega que la experimentación en humanos es tan antigua como la misma Medicina, pudiendo afirmarse que la historia de ésta es toda una serie de tanteos, de experimentos, de ensayos y errores. Sostiene, también, que es indudable que estos últimos siglos han sido testigos de espectaculares avances en el campo de la medicina, la cirugía y la biología y como resultado de ello o como antecedente o causa, el experimento ha sido

decisivo, habiéndoselo efectuado sobre especies animales, sobre otros seres humanos o sobre el propio cuerpo del investigador (Considerando 4°).

Afirma, no obstante lo dicho, que la experimentación en seres humanos aunque sea necesaria para el avance de la ciencia, encuentra un límite, dado por lo que la moral y la ética profesional imponen al científico en orden al respeto de los derechos humanos y la propia e inalienable dignidad de la persona humana. Dice, que las atrocidades que en nombre del beneficio científico cometió el régimen nazi durante la segunda guerra mundial, los daños derivados de interesados apresuramientos en la aprobación de medicamentos y la desaprensión por la dignidad humana que refleja la historia experimental de la medicina, ha llevado a una fuerte reacción contraria, que se refleja en normas de ética internacional como las contenidas en el Código de Nuremberg y la Declaración de Helsinki, y una minuciosa reglamentación en la mayoría de los países en orden a los requisitos de procedencia de la investigación experimental, rigiendo a ese momento en Argentina la disposición 3916, del subsecretario de regulación y control del Ministerio de Salud, del 2 de julio de 1985. Norma que establecía que la experimentación debe realizarse previamente en laboratorio con animales, para poder acceder a utilizar como sujeto al ser humano, y ya en el campo de la investigación clínica se deben cumplir cuatro fases, siendo la primera de ellas la de determinar los niveles de toxicidad, preferentemente en voluntarios sanos.

Teniendo lo explicado recién en cuenta, el Juez entiende que la experimentación en seres humanos llevada a cabo por el grupo de investigadores en el Instituto de Neurobiología no se adecuaba en lo absoluto a lo que resultaba exigible según la reglamentación vigente.

Sin perjuicio de ello, el magistrado, admite que antes de emitir una descalificación ética por tal causa, debe tenerse presente que Shimkin divide a los sujetos humanos de experimentación en tres categorías: el normal, el afectado de una enfermedad curable o reversible y aquel sobre el que pesa una enfermedad fatal, señalando respecto a los últimos que son los mismos enfermos los que piden y exigen al médico que haga algo para que avance la medicina y pueda curarlos (“The problem of experimentation on human beings, I. Research worker’s point of view”, Science, 1953, 117:205-207). Cita, además, el Juez, el apartado titulado “La experimentación en el hombre” contenido en el escrito “moral”, del 30 de septiembre de 1954, dirigido a los médicos de la Asociación Médica Mundial, en el que su santidad Pío XII –al contestarse sobre las condiciones necesarias para la experimentación, sus límites, sus obstáculos, sus decisivos principios básicos- advierte en forma expresa que “en los casos desesperados, cuando el enfermo está perdido si no se interviene y cuando existe un medicamento, un medio, una operación que, sin excluir todo peligro, guardan todavía cierta posibilidad de éxito, un espíritu recto y reflexivo admite sin más, que el médico puede, con el consentimiento del paciente, proceder a la aplicación de este tratamiento”.

Con respecto, a los resultados obtenidos con el tratamiento informados en la monografía presentada por los médicos investigadores al Ministerio de Salud a fin de obtener la autorización de éste para aplicarlo a seres humanos, el magistrado no llega a la convicción de los efectos terapéuticos y/o de retrotracción del cáncer que se afirma, ya que la documentación que debía acreditar los pretendidos resultados no fue presentada por el grupo de profesionales de la medicina que habían llevado a cabo el experimento. Por lo que los anunciados efectos curativos atribuidos al complejo A-B eran

científicamente inaceptables ya que se limitaban a la sola creencia que pudieran merecer los dichos de los médicos experimentadores y, eventualmente, de los pacientes tratados. Además, aumentaron la desconfianza del Juez, las manifestaciones que hizo la Comisión nombrada por el Ministerio de Salud para evaluar la solicitud de autorización de la droga, la cual en un informe que tituló “Impresiones Preliminares” dado a conocer el día hábil subsiguiente a la presentación de la solicitud de autorización, en el que aquella Comisión manifestaba que de los pocos casos evaluables por contar con documentación respaldatoria (diez en total de los setenta casos mencionados) no se pudo constatar remisión completa o parcial alguna, agregando que en muchos de ellos se observó una progresión de la enfermedad, como así mismo que por lo menos dos enfermos podrían haberse beneficiado de haber seguido tratamientos ortodoxos.

Cuestión seguida, evalúa el Juez y la califica de imprudente y poco cauta a la actitud de los médicos investigadores, de salir a lanzar públicamente la realización de un experimento no autorizado por la autoridad sanitaria nacional, atribuyéndole extraordinarios resultados que no se encontraban en condiciones científicas de demostrar.

Luego, considera también el Juez la actitud del Estado Nacional, quien afirma, fue presentado como “el malo dela película”, achacándole a la burocracia administrativa el condenar a muerte a personas desahuciadas por la ciencia médica reconocida, siendo que el Ministerio de Salud actuó a criterio del magistrado de la mejor manera posible. Ya que, con anterioridad a que se diera a conocer a la opinión pública la situación, las autoridades sanitarias desconocían la existencia de la investigación médica llevada a cabo, haciéndose cargo inmediato de sus responsabilidades al estallar la polémica. Ello resulta así, según el Juez porque el 10 de julio, dos días después de la conferencia de prensa dada por los investigadores, la Secretaría de Salud ya toma intervención, cuando los médicos presentan la solicitud de autorización y nombra una Comisión evaluadora.

El 25 de julio de 1986 el Ministro de Salud decide mediante la resolución 522 autorizar por razones de “corte netamente humanitario” que se continué con la aplicación de Crotoxina a los 81 pacientes que venían siendo tratados con la misma en el Instituto de Neurobiología con seguimiento de una Comisión de expertos en oncología que coparticiparía con los médicos, después de haber recibido por parte del Director de ese Instituto un telegrama en el que ponía a disposición de las autoridades sanitarias la producción del complejo Crotoxina rogándole disponer la continuidad del proceso de elaboración, tratando de cubrir suficientemente la demanda pertinente.

Entiende Néstor Buján, entonces, que fueron gratuitas las críticas formuladas públicamente contra las autoridades sanitarias que, si de algo podrían ser acusadas, es de haber violado el ordenamiento jurídico vigente al autorizar la aplicación de un tratamiento clínico en seres humanos en ausencia del adecuado y suficiente cumplimiento de los pasos previos ineludibles que establece la reglamentación aplicable en la materia. Afirma, sin embargo que es evidente que las razones “humanitarias” invocadas podían justificar la transgresión –para la que no se encontraba el Ministro de Salud facultado por los artículos 2° de la ley 16.463 y 3° del decreto correspondiente-.

El magistrado de esta instancia, dice que sin duda el derecho a la vida –presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos que le puede reconocer un ordenamiento jurídico a una persona- se encuentra implícitamente comprendido en la Constitución Nacional-, y continúa afirmando que tampoco le parece que se pudiera vacilar respecto a que su adecuada tutela comprende el reconocimiento del derecho del individuo a agotar toda

posibilidad –aunque fuere irracional- para conservar su existencia terrenal. Bajo este ángulo, sostiene que corresponde reconocer que toda persona afectada por una enfermedad mortal, respecto a la cual se haya descartado la efectividad de todo medio de tratamiento autorizado, tiene el derecho de recurrir a cualquier medio de tratamiento y de suministrarse cualquier droga que le otorgare esperanza, que la ciencia médica reconozca que escapa a sus alcances brindarle, si se le reconoce ese derecho, corresponde aceptar también que lo tiene para exigir de los demás una abstención respecto a cualquier conducta positiva tendiente a impedirle el ejercicio del propio derecho a conservar la vida o de agotar toda posibilidad al efecto.

Continúa expresando la sentencia que, sin embargo el derecho a suministrarse Crotoxina que cabe reconocerle a la actora en la situación precedentemente descrita, no requiere para su ejercicio la intervención de un magistrado judicial, ya que, en efecto, si la demandante tuviere o pudiese conseguir por sus propios medios la toxina en cuestión – máxime cuando la médica de la actora le prescribió ese tratamiento-, nadie le impide hacer uso de ella y, por consiguiente, ninguna autorización le resulta necesario requerir a la justicia. El problema se plantea según el Juez cuando, como en el caso, la actora carece de la droga y pretende que se le entregue, reclamando protección jurisdiccional al efecto de obtenerla.

En primera instancia la demanda presentada por la actora fue desestimada (criterio contrario al sostenido en este trabajo y a la jurisprudencia que surge de casos resueltos más recientemente por el fuero contencioso administrativo federal, como lo son “Viceconte c. Ministerio de Salud”, “Campodónico de Beviaqua c. Ministerio de Salud”, y “Asociación Benghalensis c. Ministerio de Salud”, etc.), entre otras razones porque el Juez entendió que no puede sostenerse que el ordenamiento jurídico argentino impusiera a esa época al Estado Nacional –ampliamente considerado, sin limitarlo a la Administración Central, sino englobando en el concepto todas las demás personas de derecho público estatal creadas para el mejor cumplimiento de la funciones que por decisión política se ha considerado que debía asumir la rama ejecutiva del Gobierno de la Nación- el deber jurídico de cumplir con la prestación pretendida por la actora, ni aún cuando el requerido fuere un medicamento o tratamiento autorizado por la autoridad sanitaria competente.

Agregando, que no puede imponerse al Estado el suministro y/o producción de insulina –medicamento autorizado- o Crotoxina –droga no autorizada- respecto de una o varias personas determinadas, salvo que una norma jurídica prescribiera que dicho comportamiento le fuere a ellas debido, lo cual, como contrapartida, acordaría a éstas derecho subjetivo para exigir su cumplimiento.

Sostiene el magistrado, en otro lugar de la sentencia, que aún cuando nuestra Constitución Federal no contuviera el reconocimiento en forma expreso del derecho a la salud, el mismo debe ser analizado desde tres posiciones distintas: una primera negativa, que implica para los sujetos pasivos la obligación de no violar ese derecho con conductas positivas; una segunda, también negativa, que obliga a no impedir el desarrollo de la vida corporal, dejando hacer al sujeto, titular de ella; y una tercera positiva, que en ciertas circunstancias impone la obligación de mantener la vida ajena –caso de los padres, tutores, etc- o de socorro al abandonado o en peligro.

Acota el juez, que por supuesto que el Estado se encuentra incluido entre los sujetos pasivos sobre los que pesan aquellos dos deberes jurídicos negativos, y que aún cuando

se sostuviera que el principio de solidaridad social en que encuentra fundamento el deber jurídico de los particulares de prestar ayuda bajo determinadas condiciones –cuyo incumplimiento es sancionable a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Código penal- constituyera una norma positiva generalizada que autorizara el exigirle al Estado el suplir las insuficiencias personales o comunitarias en orden al efectivo goce del derecho a agotar toda posibilidad para conservar la vida por escapar al alcance de los medios de su titular el lograrlo, tal deber no podría ir más allá de lo que permitieran las medidas de sus posibilidades o recursos disponibles –como en forma expresa lo establece el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos humanos-, siendo respecto a este punto importante remarcar que la cantidad de droga que podía producir el Instituto de Neurobiología solamente alcanzaba para cubrir el tratamiento de las 81 personas incluidas en la Resolución del Ministerio de Salud N° 522, ya que se carecía de las víboras cobra necesarias para ampliar el número de pacientes sometidos a tratamiento.

Afirma la sentencia, luego, que descartado así que le asista derecho a la actora para exigirle al Estado la entrega de una droga determinada, más allá de las posibilidades técnicas, operativas y económicas con que cuenta su producción y suministro, tampoco le asiste derecho a la demandante para compeler al responsable de la investigación clínica autorizada a llevarse adelante por el ministro de salud y acción social para 81 enfermos, actualmente sujetos al tratamiento para incluirla en ella. Para llegar a ésta conclusión el magistrado tiene en cuenta la ausencia de posibilidades de incrementar el número de enfermos tratados, por inexistencia de droga al efecto, lo cual le permite afirmar que la conducta estatal no es violatoria de la garantía de igualdad, ya que para el juez resulta justo que se haya optado por los pacientes que por haber estado hasta ese momento sometidos al experimento permitieran sin duda la mayor posibilidad de acceder con rigor científico a la verdad sobre su inocuidad y eficacia.

Sostiene, también el magistrado que tampoco cabe reconocer prioridad a la demandante para cubrir vacantes que puedan producirse entre los pacientes en asistencia, ya que no es atribución de los jueces decidir esa cuestión ni sería razonable que ello se sujetase a la mera anticipación en promover juicio u obtener sentencia.

En mérito a todo lo comentado, el Juez desestima la demanda.

Dicha resolución es apelada ante la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El tribunal al analizar la sentencia del *a quo* entendió que éste adujo en síntesis: a) que no hay normas jurídicas que obliguen al Estado –*lato sensu*- a producir o suministrar a los enfermos dicha droga y menos aún en modo que exceda de sus posibilidades o recursos disponibles; b) que de lo actuado resulta que el único organismo que produce Crotoxina carece de posibilidades para elaborar una cantidad superior a la necesaria para el tratamiento de las ochenta y una personas comprendidas en la autorización dada por la resolución ministerial 522/86; c) que no corresponde incluir a la actora entre los enfermos a tratar, desplazando a tal fin a alguno de los que ya están comprendidos en el ensayo; d) que no resulta arbitraria ni violatoria del principio de igualdad la decisión de que la experimentación continúe con los pacientes que ya estaban en tratamiento, ni han expresado su voluntad de incluir a la actora los médicos privados que tienen a su cargo la investigación; e) que tampoco cabe reconocer prioridad a la demandante para cubrir vacantes que puedan producirse entre los pacientes en asistencia, ya que no es atribución de los jueces decidir esa cuestión ni sería razonable que ello se sujetase a la mera anticipación en promover juicio u obtener sentencia.

Los agravios de la actora apuntan a solicitar la nulidad de la sentencia de primera instancia por no haber sido precedida por la producción de la prueba ofrecida, y además, agrega que no procura ya el suministro de la droga por el Estado sino la autorización para recibirla en caso de haber disponibilidad, sin desplazar a los pacientes ya incluidos en el ensayo, a cuyo fin reputa necesario invalidar los actos administrativos que se oponen a ello.

Al respecto, sostiene la Cámara que en el expediente administrativo en el cual se analiza la solicitud de autorización para aplicar la Crotoxina al tratamiento del cáncer presentada por los médicos investigadores ante el Ministerio de Salud no se ha dictado acto administrativo alguno que haya denegado la pretendida autorización, y que por otra parte el dictamen emitido por la Comisión evaluadora designada por el subsecretario de regulación y control carece de carácter decisorio.

Luego el tribunal se vuelca al análisis de la resolución 522/86 del Ministerio de Salud, por la que se autorizó la continuidad de la experimentación, limitada a los enfermos ya sometidos a ella, para comprobar si la misma restringe derechos de la actora del modo contemplado por el artículo 1° de la ley 16.986. Sobre el punto manifiesta la Cámara que el derecho a la vida reconocido implícitamente por la Constitución Nacional y explícitamente por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la ley 23.054, comprende también el derecho a una asistencia médica que resguarde la salud (art. 25 Declaración Universal de los Derechos del Hombre), pero sujeta a lo que por vía legislativa o administrativa se determine, en la medida de los recursos disponibles (art. 26 de Convención Americana). Por ello entiende que la pretensión originaria de la actora, tendiente a obtener el suministro de la droga experimental por parte de la autoridad pública fue correctamente desestimada en primera instancia, en tanto que la decisión sobre su producción es por regla privativa de los poderes políticos; a lo que se añade que incluso su autorización para ser utilizada como medicamento está sujeta a facultades discrecionales de la Administración, cuyo ejercicio no se ha demostrado como ilegítimo o arbitrario (arts. 1°, 5° y 7° ley 16.463 y 1° ley 16.986), y en consecuencia dadas las limitaciones de disponibilidad de la sustancia (expuestas en la resolución 522/86 y en los considerandos del *a quo*), es razonable que se haya circunscrito la cantidad de pacientes.

Por lo demás, en esta segunda instancia se ratifica la sentencia del juez inferior y la Cámara decide que no corresponde atender a la impugnación sobre la falta de apertura a prueba y defecto procesal en la forma sumarísima en que sin citación de la actora, fueron recogidos por el *a quo* –en aras de la celeridad que el caso requería– las declaraciones testimoniales, ya que el procedimiento cumplió sus finalidades propias sin resultar perjuicios para la apelante en punto a la acreditación de los hechos que resultaron conducentes para la decisión.

El expuesto es solamente uno de los amparos que originó en el país, la esperanza en una cura contra el cáncer, pero en realidad fueron miles las demandas que al respecto se presentaron a los estrados judiciales por esa época, siendo en su gran mayoría desestimadas por razones análogas a las expresadas en la extensa sentencia comentada.

En el curso de los acontecimientos que sucedieron en aquellos momentos, resulta importante advertir que el Ministerio de Salud y Acción Social (Secretaría de Salud) por

resolución 47 del 13 de octubre de 1986 resolvió prohibir el uso y suministro de la Crotoxina.

3. El punto final puesto por la Corte Suprema de Justicia al tema de la Crotoxina:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación le pone punto final al tema al resolver el recurso extraordinario presentado en la causa “C., M. del C. B. c. Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo” que la Corte trata el 27 de enero de 1987.

En el caso, en primera instancia la actora inicia un amparo en Agosto de 1986 en representación de su hijo menor de edad internado en el Hospital de Niños de la Ciudad de Buenos Aires con diagnóstico de neuroblastoma grado 4 (un tipo de cáncer) contra el Estado Nacional y el Ministerio de Salud a fin de que se le suministre el denominado complejo Crotoxina A-B., alegando que al reducir el poder Ejecutivo el número de pacientes autorizados a recibir el tratamiento experimental a ochenta, viene a vulnerar de manera arbitraria el derecho a la vida, la preservación de la misma, y la igualdad de todos los habitantes ante la ley, fundando el derecho que invocaba en la ley 16.986 y en la Constitución Nacional.

El magistrado de primera instancia desestimó la acción por que entendió: 1) que de las constancias obrantes, que refieren los pasos dados por la autoridad administrativa en rededor de las investigaciones sobre la Crotoxina, en modo alguno puede calificarse su proceder como ilegítimo o arbitrario; 2) que la decisión de continuar la investigación con el número de pacientes que a la fecha se encontraban en tratamiento, en modo alguno resulta irrazonable dada la etapa y las condiciones en que se encontraba la investigación, motivo por el que no podía reputarse violada la igualdad ante la ley; 3) que asimismo, la administración de sustancias cuyas propiedades y características no han sido estudiadas y documentadas científicamente, no puede ser aceptada por las modernas sociedades.

Ese pronunciamiento fue apelado por la actora, y el recurso fue desestimado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con base en las siguientes razones: a) el derecho a la vida y el derecho a la salud, quedan sujetos a lo que por vía legislativa o administrativa se determine en la medida de “los recursos disponibles”; b) la decisión sobre la producción de la droga de que se trata “es por regla privativa de los poderes políticos”; c) la autorización de que la Crotoxina sea usada como medicamento “está sujeta a facultades discrecionales de la administración”; d) que dadas las limitaciones de disponibilidad de la sustancia “es razonable que se haya circunscrito la cantidad de pacientes”.

Contra esa decisión la demandante dedujo recurso extraordinario, el cual el Procurador Fiscal de la Nación en su respectivo dictamen considera que debe ser rechazado por haberse la causa convertido en abstracta, pues recuérdese que la Corte trató este caso en enero de 1987 tres meses después de la resolución del Ministerio de Salud N° 47 de fecha 13 de octubre de 1986, por la que se dio por finalizada la investigación respecto de la Crotoxina como tratamiento para el cáncer, prohibiéndose su utilización en humanos. Remarca el Procurador para dictaminar en ese modo que la Corte tiene dicho que no corresponde pronunciamiento de la misma cuando circunstancias sobrevinientes han tornado inoficioso decidir la cuestión materia de la litis (Fallos 306-157) y que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos 306-1116).

El Supremo Tribunal, no obstante reconocer que la causa devino abstracta en cuanto a la pretensión de la actora (traducida en algunos pasajes de la demanda) de que su hijo sea incluido en la investigación acerca de la Crotoxina autorizada por la resolución 522/86, ya que la misma se dio por finalizada mediante una nueva resolución del Ministerio de Salud que lleva el número 47 del 13 de octubre de 1986. Pero en cambio observa la Corte Suprema que una interpretación integral de la del escrito de la demanda permite concluir que su objeto no se halla limitado al recién expuesto y, por ende, supeditado a la vigencia de la resolución 522 citada, sino que su alcance es mayor y comprensivo de la pretensión de que el Estado sea condenado a suministrar al actor el complejo mencionado, por lo que el Alto Tribunal se aboca al estudio de la misma.

Aprecia el Supremo Tribunal que, en el caso el derecho a la vida es invocado como fundamento por el cual el actor podría exigir, y el Estado estaría obligado a satisfacer, una prestación de salud consistente en suministrar determinada sustancia para lo cual debería, además elaborarla previamente, por cuanto, como lo anuncia la resolución 47 citada, el Estado “no (la) posee ni produce”.

Agrega también que no es la oportunidad para estudiar todas las facetas de ese derecho subjetivo, y que tampoco lo es para estudiar si están reunidas todas las condiciones a que podría supeditarse la alegación válida de ese particular aspecto del derecho a la vida: gravedad de la situación; necesidad, insostituibilidad y eficacia del tratamiento; existencia de los medios necesarios para su prestación y el efecto que su empleo podría producir sobre la política general en materia de salud pública.

Aclara luego la Corte que de lo que tratará la sentencia, exclusivamente, es de analizar una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado, según la Constitución Nacional, un tratamiento médico ya escogido, y si ese requisito a sido o no acreditado. Ese requisito o condición indispensable para el ejercicio legítimo de ese derecho, consiste en que tratamiento reclamado tenga, según palabras del Alto Tribunal, “eficiencia para el fin que lo motiva”, que “en el caso tal objetivo es el de combatir el cáncer”.

Menciona el Alto Tribunal que las actividades de importación, exportación, producción, elaboración, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, estaban y aun están sometidas a la ley 16.463 –y a los reglamentos que en su consecuencia se dicten- y sólo pueden realizarse previa autorización y bajo el control del Ministerio de Salud, el que ejerce el poder de policía sanitaria referente a dichas actividades y se halla facultado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias para el cumplimiento de la finalidad del decreto 9763/64, reglamentario de la ley antes mencionada. Afirmando también que la razón de ser de ambas normas radica en evitar el uso indebido de medicamentos, así como en determinar la peligrosidad de éstos, su comprobada y comprobable acción y finalidades terapéuticas y sus ventajas científicas, técnicas o económicas, de acuerdo con los adelantos científicos.

Agrega, además la Corte que en uso de esas facultades el Ministerio citado expidió la disposición 3916 del 2 de julio de 1985, tendiente a controlar la experimentación en el ser humano de productos farmacéuticos y que la misma establece diversos y variados

elementos y etapas que deben cumplir quienes pretenden realizar estudios e investigaciones de farmacología clínica, entre los que se cuentan: demostrar en el proyecto que se presente las propiedades farmacológicas y terapéuticas del compuesto a estudiar; estudiando el margen de sanidad y los efectos adversos, acompañando los antecedentes bibliográficos del plan experimental detallado y fundamentado, realizando antes que en humanos pruebas científicamente comprobables en animales, etc.

Por lo dicho hasta aquí es que el Máximo Tribunal afirma que la resolución 47 citada, elemento relevante para esclarecer el debate, indiscutiblemente fue emanada del órgano al que la ley dejó el control sobre esa materia, y siendo que el Ministerio de salud emitió dictamen inequívoco en cuanto a que el complejo Crotoxina A-B carece de acción antineoplásica, afirma que tampoco del expediente surge ningún elemento de convicción que pueda originar el excepcional supuesto que autorizaría a revisar la validez de la causa de ese acto administrativo.

Considera la Corte Suprema que de todo ello se sigue una importante consecuencia: que no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a otros poderes. Y deja en claro, además, que corresponde señalar que está fuera de discusión que la actividad de la Administración en materia de drogas y productos medicinales así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan.

En último lugar, el Máximo Tribunal recurre, por el vínculo que guarda con el caso analizado, a una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (“United States vs. Rutherford”, junio 18-1979, 61 L. Ed 2 d. 68). En ese caso el producto en juego se denominaba “Laetrile”, proclamado como antineoplásico. La Corte reconoce que también había diferencias entre ambas causas, ya que en la de Estados Unidos no se reclamaba el suministro y producción por el Estado de la droga, sino sólo que se prohibiese a éste, respecto de los enfermos terminales de cáncer, que impidiera el embarque interestatal y la venta de “Laetrile”, una droga no aprobada para su distribución bajo la “Federal Food, Drug and Cosmetic Act”, que vedaba la distribución entre los estados de toda “nueva droga”, antes de que la Secretaría de Salud, Educación y Bienestar del gobierno federal aprobara su aplicación con fundamento en evidencias sustanciales sobre la “seguridad y efectividad” de aquella.

Es necesario mencionar que en el caso norteamericano citado la Cámara de Apelaciones había opinado que los términos “seguridad” y “efectividad” usados en ese Estatuto no tenía una razonable aplicación a los enfermos terminales de cáncer: desde que esos pacientes, por definición “pueden morir de cáncer con indiferencia de lo que se les dé”, no había estándares reales para medir la seguridad y efectividad de una droga para esa clase de individuos. Por ello, la Cámara confirmó el mandato del tribunal de distrito que permitía el uso de “Laetrile” en enfermos de cáncer, cuyo carácter terminal se hallase comprobado.

La Corte norteamericana al revocar ese pronunciamiento expresó: “que dentro de nuestro sistema constitucional, los tribunales federales no desempeñan la función de juntas revisoras con autoridad para rehacer las leyes según sus propias concepciones acerca de las directivas adecuadas de política general. Sólo cuando la aplicación textual

de la ley conduce a resultados tan irrazonables que no sería justo atribuirlos a la intención del Congreso, cabe que los jueces den por sobreentendida la excepción a la letra de la ley”. Agrega nuestra Corte que, tanto en aquel caso como en el de acá, no se advierte que las normas que los rigen hayan dejado de proteger a los enfermos terminales de cáncer de las drogas no efectivas o inseguras.

A continuación la Suprema Corte estadounidense manifestó: “aún antes que la enmienda de 1962 incorporase el estándar de eficacia a la tramitación requerida para la aprobación de nuevos medicamentos, la FDA consideraba la efectividad cuando revisaba la seguridad de las drogas usadas para tratar enfermedades terminales. La práctica de la FDA refleja, así mismo, el reconocimiento, ampliamente respaldado en este caso por los testimonios de médicos expertos, de que en enfermedades como el cáncer, muchas veces es imposible identificar a un paciente como terminal salvo retrospectivamente”. En la nota a este pasaje se indican las declaraciones del doctor Peter Wiernik, jefe de la rama de clínica oncológica del Instituto Nacional del Cáncer del Centro de Investigaciones de Baltimore: “Nadie puede prospectivamente definir la expresión ‘terminal’ con cierta exactitud. De un paciente se puede decir que es terminal sólo después de su muerte. Muchos pacientes en estado crítico responden a los modernos tratamientos de cáncer”.

Por ello, entiende el Alto Tribunal norteamericano que “permitir esta excepción a lo dispuesto por la ley, sin que medie prueba de la eficacia del producto en el tratamiento del cáncer, puede provocar muertes inútiles y el sufrimiento en los pacientes caracterizados como terminales que en la actualidad podrían ser auxiliados por medio de terapias comprobadas. Aceptar la proposición de que los estándares de “seguridad” y “eficacia” del Act no tienen relevancia para los pacientes terminales es negar la autoridad del Comisionado sobre todo medicamento que se suministre a esas personas, por más tóxico o ineficaz que sea. Si la historia suministra alguna guía, este nuevo mercado no debe ser tolerado. Desde el comienzo del Siglo XX, afanosos fabricantes y comerciantes han anunciado una extensa variedad de, presuntamente, sencillas e indoloras curas para el cáncer, incluyendo linimentos de terpenina, mostaza, aceite, huevos y amoníaco; musgo de pantano; combinaciones de reflectores de colores; pastas hechas con glicerina o queso; tabletas minerales; y mezcla de la ‘Fuente de la juventud’, hecha con especias, aceite y grasa. Al citar estos ejemplos, no tenemos, por supuesto, la intención de menoscabar la sinceridad de los que en la actualidad proponen la utilización de “Laetrile”, ni ello involucra ningún juicio acerca de si dicha droga puede finalmente resultar un medio seguro y efectivo en el tratamiento del cáncer. Precisamente, la experiencia de la historia indica por qué el Congreso pudo razonablemente proponerse proteger a los enfermos terminales, en no menor medida que a otros pacientes, del amplio espectro de autoproclamadas panaceas que el ingenio humano puede elaborar”.

Por todo lo dicho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entiende que en el caso no se encuentra probada la efectividad del complejo Crotoxina A-B y por tanto no se reúne ese esencial requisito para que su derecho subjetivo constitucional a la vida y a la salud pueda ser invocado legítimamente.

4. Lineamientos que surgen de la opinión de los tribunales argentinos en el tema de la Crotoxina con respecto a la obligación del Estado en la entrega de medicamentos:

En primer lugar, cabe señalar, que resulta apropiado que el Estado a través del Ministerio de Salud (actualmente por medio de la ANMAT –Administración Nacional de

Medicamentos, Alimentación y Tecnología), tenga el deber y la obligación de determinar que sustancias se pueden emplear como medicamento en medicina humana, otorgándole la correspondiente autorización después de que quienes pretenden comercializar un producto de tales características demuestren científicamente y de acuerdo a procedimientos predeterminados por las normas aplicables, la efectividad y seguridad de la sustancia.

Y es precisamente con respecto a ese punto en particular, donde acierta la jurisprudencia reseñada al denegar la provisión del complejo Crotoxina A-B, pues el mismo no había sido sometido al análisis científico riguroso que imponía en esa época la legislación competente. La ley 16.463 (actualmente vigente) dispone que la producción, elaboración y comercialización de productos destinados a la medicina humana sólo puede realizarse previa autorización y bajo control del Ministerio de Salud de la Nación, pues el mismo, como establece la norma citada, ejerce el poder de policía en materia sanitaria y se halla facultado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias para el cumplimiento de esa ley y de su decreto reglamentario. La Corte afirma acertadamente que en uso de esas facultades el Ministerio de Salud expidió la resolución 3916 del 5 de julio de 1985, donde estableció diversos procedimientos y etapas que deben cumplir los que pretenden realizar estudios e investigaciones de farmacología clínica y conseguir la consecuente autorización para elaborar y/o comercializar el producto. Entre esos procedimientos y etapas se pueden mencionar dice la Corte Suprema la demostración: de las propiedades farmacológicas y terapéuticas; del margen de sanidad y efectos adversos y la realización de pruebas en animales antes que en humanos, etc.

Es correcto entonces que los tribunales judiciales hayan denegado la provisión de una sustancia cuyas propiedades para “curar el cáncer” no estaban demostradas científicamente y que no había obtenido la correspondiente autorización por parte del Ministerio de Salud de la Nación. De haber accedido los jueces a autorizar la entrega de Crotoxina a los pacientes con cáncer que la reclamaban por la vía del amparo, hubieran invadido una esfera de poder propio y discrecional del Poder Ejecutivo como es el que tiene la autoridad sanitaria, a través del Ministerio de Salud para autorizar o denegar la aplicación, elaboración y comercialización de productos farmacéuticos aplicados a la medicina humana. Por los argumentos dados hasta aquí sería razonable la negativa judicial al pedido de quienes pretendían que se les entregue el complejo elaborado con veneno de ofidios conocido como Crotoxina A-B.

En cambio, se presenta como incomprensible la decisión recaída en la causa ”A. U. G. S. C. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo” del juez de primera instancia en lo Civil Néstor Buján, en punto a negar la provisión de Crotoxina por parte del Estado, sosteniendo que si bien el Estado tiene el deber de preservar y asegurar la salud, de ello no se puede deducir, sin más, que cada persona inviste el derecho subjetivo a demandarle la provisión de un tratamiento o un remedio, ni que esté legitimada para accionar judicialmente. Parece incomprensible tal afirmación, teniendo presente que si bien los tratados internacionales de derechos humanos mencionados en el actual artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional no tenían por 1985 (año de resolución de la causa) jerarquía constitucional, (que le fue otorgada recién por la reforma de 1994), si habían sido ratificados por nuestro país desde hacía muchos años y formaban parte del ordenamiento jurídico argentino que el magistrado debía aplicar.

Si el juez hubiera tenido presentes dichos instrumentos internacionales al momento de fallar jamás podría haber dejado de lado que el derecho a la salud implica el de recibir por parte del Estado la asistencia médica que le asegure un nivel de vida adecuado (art.25 Declaración Universal de Derechos Humanos), de acuerdo a lo que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (art.XI Declaración América de los Derechos y deberes del hombre), y hubiera entendido que el derecho a recibir medicamentos por parte del Estado cuando el titular del mismo no tiene cobertura social y no posee los medios económicos necesarios para proveérselos, es parte de ese derecho a la salud. Además la jurisprudencia argentina en casos resueltos más recientemente (Ej: “Viceconte”, “Asociación Benghalensis”, “Campodónico de Beviacqua”, etc.) que más adelante en este trabajo serán comentados, ha resuelto que efectivamente una persona que necesita un medicamento y que no tiene medios para procurárselo, ni obra social (o que si la tiene, pero por cualquier problema que sea no puede proveerle el remedio) tiene derecho a que el Estado a través del Ministerio de Salud y Acción Social le haga entrega de la droga.

Capítulo VI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PUEDE EXTENDERSE A LA FABRICACIÓN DE REMEDIOS

SUMARIO

1. La responsabilidad del Estado puede extenderse a la fabricación de remedios: el caso “Viceconte”
 2. Valor jurídico y moral de la sentencia reseñada.

Capítulo VI

“LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PUEDE EXTENDERSE A LA FABRICACIÓN DE REMEDIOS”

1. La responsabilidad del Estado puede extenderse aún a la fabricación de remedios: el caso “Viceconte”

Esta causa se inició en el mes de septiembre de 1996 por un recurso de amparo en el que la actora (Mariela Viceconte, habitante de la zona y potencial afectada) solicitaba que se ordene al Estado Nacional que: a) ejecutase las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 contra la fiebre hemorrágica argentina – en el Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio Maiztegui-asegurando su inmediato suministro a la población potencialmente afectada por el virus Junín; y b) implementase, en coordinación con las áreas públicas competentes, una campaña para restablecer el ecosistema.

En primera instancia se rechazó la demanda sosteniendo la jueza, que de un informe presentado por el Estado se desprendería que se estaban tomando provisiones a fin de producir en el país la vacuna en cuestión y que por tanto, si en este aspecto se atendía al reclamo de la actora, la decisión carecería de sustento fáctico que la avale. Se hizo de esta manera mérito de lo afirmado por el Ministerio de Salud y Acción Social, el que al contestar el informe previsto en el artículo 8° de la ley 16.986 manifestó que ya se habían consignado partidas presupuestarias de la ley de presupuesto del año 1997 para completar las obras en el Instituto Maiztegui, por lo cual, ante este anuncio se desestimó el amparo por considerarse que la cuestión había quedado resuelta con esa inclusión presupuestaria. Agregando, además la magistrada, que estando la vacuna en una etapa de investigación, la facultad para autorizar el suministro de la misma era privativa de la autoridad administrativa y ajena a la judicial.

Dijo también la jueza en esta instancia, que de acuerdo a la ley 16.463, no podía en el caso hablarse de medicamento, por tratarse de una sustancia en experimentación en proceso muy incipiente, y por tal razón ordenar al poder Ejecutivo el suministro inmediato de la mencionada vacuna sería imponerle una conducta contraria a la ley.

Con respecto a la implementación de una campaña para restablecer el ecosistema, sostuvo la jueza, que la vía del amparo era improcedente, ya que el tema requería, necesariamente la realización de pruebas cuya complejidad excedía el limitado marco de ese proceso abreviado. Apelaron esta resolución la actora y el Defensor del pueblo de la Nación.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revoca en 1998 la decisión del *a quo* y hace lugar al amparo, y para ello hace un razonamiento que se apoya en la Constitución Nacional, con especial hincapié en las modificaciones introducidas en la última reforma (arts. 41 y 75 inc.22) y en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Afirma en ese sentido la Cámara que no puede dejar de tomarse en cuenta que el artículo 41 de la Carta Magna dispone 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 la Constitución, un tratado o una ley”*.

Remarca el tribunal que en el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –cuya jerarquía constitucional le fue otorgada por el artículo 75 inciso 22- se prevé que *“toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por las medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la*

asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Además, el art 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que *"entre las medidas que los Estados Parte deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental figuran: el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"*.

Luego la Cámara cita al Máximo Tribunal y con el afirma que "en el preámbulo de la Constitución Nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud" (Fallos 278-313), y que "lograr el bienestar general significa decir, la justicia en su más alta expresión, esto es la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización" señalando además que "tiene categoría constitucional el principio *in dubio pro justitia socialis* y que las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas con este sentido, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (Fallos 302-1284). Que "los llamados derechos sociales, entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud, no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar (como sucedía con las libertades tradicionales), sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado"(Fallos 302-1284).

Sostiene el tribunal de segunda instancia parafraseando a la Corte Suprema que "lo que se encuentra en juego en el caso es el derecho a la vida, primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente resulta reconocido y garantizado en nuestra Carta Magna" (Fallos 302 1284) y que "el bien común, cometido esencial de la sociedad organizada se logra a través de fines que sólo pueden ser alcanzados por el Estado mismo, tales como la Defensa Nacional o la Justicia. Pero hay otros fines que el Estado asimismo procura y que son concurrentes, en tanto su alcance no corresponde en exclusividad al Estado, sino puede determinar también la acción de los particulares o de otras sociedades" (Fallos 305-1524). Dice la Cámara que de esa índole pueden considerarse los fines educacionales, culturales y de preservación de la salud. Sin embargo cuando en un caso determinado no está previsto –por razones de conveniencia económica o interés comercial- que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad.

La Cámara para decidir el caso, además, tuvo en cuenta otros elementos y así por ejemplo observó que no se encontraban en discusión entre las partes varios puntos, entre los cuales resaltan que la fiebre hemorrágica argentina o mal de los rastrojos es una enfermedad endemoepidémica y que la protección más completa contra la misma la ofrece la aplicación de la vacuna Candid 1 cuya efectividad está en el orden del 95, 5%; que la Organización Mundial de la Salud avaló su eficacia y que el ministerio de Salud y Acción Social de la Nación autorizó su aplicación en 1991. El tribunal observó también que hasta el momento de resolución de la causa la totalidad de la vacuna Candid 1 había sido producida por el Instituto Salk mediante un contrato con el Departamento de

Defensa de los Estados Unidos, habiendo un stock disponible de 80.000 dosis y que esa cantidad no es suficiente para inmunizar a los 3.500.000 habitantes de la zona endémica.

Priorizó también la Cámara para tomar su decisión en estos autos, el hecho de que el mal de los rastros es una enfermedad exclusiva de nuestro país, que no está previsto producir vacuna Candid 1 en el extranjero, y que, debido al número de personas a vacunar la producción de ésta vacuna no es atractiva desde el punto de vista comercial, por lo cual, la disponibilidad de dicha vacuna para la población del área endémica está sujeta a los avances del Proyecto de Producción de la Candid 1 en los laboratorios del Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio Maiztegui. Consideró, además que surgía de las actuaciones que el Estado Nacional, a través del Ministerio de Salud y Acción Social había contraído el compromiso de producir la aludida vacuna a través de la suscripción del mencionado proyecto, centrando en este hecho su atención, pues la Cámara fijó como tema decidendum: la averiguación si el Estado había cumplido puntualmente con esas obligaciones, o si había por el contrario incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población potencialmente afectada por la enfermedad.

Tuvo en cuenta, también el tribunal, que el proyecto de producción de la vacuna Candid 1, iniciado en 1991 y que había alcanzado en 1997 un 80% de la tecnología y de control de calidad, restando finalizar las obras edilicias y de equipamiento del laboratorio de producción, se encontraba al momento de decidir el caso paralizado, por no haberse realizado ninguna inversión en los dos años anteriores. Y reiterando que la preservación de la salud de la comunidad es uno de los objetivos prioritarios de la comunidad organizada como Estado de derecho, al haber el Estado Nacional asumido el compromiso de producir la mencionada vacuna, los habitantes de las zonas afectadas y también el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso. Toma por último, el tribunal, en consideración la gravedad de la enfermedad y la gran cantidad de personas con riesgo de contraerla dentro del área endémica.

Es importante mencionar, también, que para fallar el tribunal de segunda instancia tuvo presente una medida, que ordenara en diciembre de 1997, a través de la cual uno de sus integrantes (Alejandro Uslenghi) realizó una inspección en el laboratorio del Instituto Maiztegui a fin de constatar en forma personal el estado de las obras, e interrogó pormenorizadamente a la directora de esa institución y al personal encargado de la construcción del laboratorio, verificando importantes atrasos en el cronograma de la obra.

Por todo lo expuesto, decide la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, que es necesario el máximo esfuerzo de las autoridades competentes a fin de finalizar, dentro del menor tiempo posible, todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la referida vacuna en el país, y en ese sentido hace lugar a la demanda, ordenando al Estado Nacional- Ministerio de Salud y Acción Social que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma de producción de Candid 1 previsto en el respectivo proyecto emprendido como se dijo antes en 1991, debiendo informar al tribunal en un plazo de diez días el cumplimiento del cronograma y reconoce el derecho del seguimiento de éstas medidas judiciales al defensor del Pueblo de la Nación y a la víctima potencial de la omisión estatal. La sentencia, además responsabiliza en forma personal a los ministros de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos – en sus respectivas áreas de competencia-, y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios.

Desde otro ángulo sostiene la Cámara que no puede ser admitida la petición de la demandante referente a la implementación, en coordinación con las áreas públicas competentes, de una campaña para restablecer el ecosistema que contemple, en particular, la conservación y restablecimiento en las zonas afectadas de los pajonales naturales, hábitat del un felino salvaje que se alimenta de roedores, y también de las tierras duras aptas para la vivienda natural de lechuzas y aves de presa, cazadores naturales de roedores. En segunda instancia se desestima, entonces la pretensión referente al restablecimiento del ecosistema porque se considera que determinar la procedencia de esa pretensión requiere mayor prueba que la que la vía intentada admite, prueba que debería permitir conocer en forma pormenorizada no sólo la situación actual, sino las perspectivas de la evolución de la situación y el impacto que pudieran tener las medidas propuestas por la actora.

2. Valor jurídico y moral de la sentencia reseñada:

Como afirma acertadamente Eduardo Mertehikian en su nota al fallo Viceconte titulado “La protección de la salud como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido”³², este precedente contiene muchas y muy variadas implicancias, que lo inscribe en una lista de decisorios judiciales de los últimos tiempos, con significativo valor moral y jurídico.

Este autor entiende que el fallo trata en definitiva sobre dos aspectos diferentes: el primero sería el alcance del control que deben desplegar los jueces con relación al ejercicio de “poderes discrecionales” por parte de los órganos administrativo y legislativo, por un lado, y en segundo término los problemas de legitimación suscitados a partir de la incorporación de los “derechos de incidencia colectiva” en nuestro derecho a partir de la Constitución Nacional de 1994.

Mertehikian sostiene que la sentencia trata de ello en definitiva, a pesar de que los jueces lo hagan a través de ordenarle cumplir a los órganos políticos aquello a lo que se han comprometido por medio de actos y decisiones adoptadas en el ámbito de facultades que, indubitadamente, les resultan propias. Entiende el doctrinario que por cierto, han sido los poderes políticos los que han establecido que la necesidad de producir la vacuna Candid I, para prevenir la fiebre hemorrágica argentina resulta satisfactoria de una necesidad de interés general al comprometerse a producir la sustancia en el Instituto Nacional de Enfermedades Virales Dr. Julio Maiztegui mediante la suscripción del respectivo proyecto. Afirma el autor analizando el caso que una vez adoptada tal decisión, los jueces se encuentran habilitados para hacerles cumplir a los órganos con decisión política aquello a lo que se habían comprometido, incluyendo la provisión de fondos presupuestarios necesarios para tal objetivo, al punto que la sentencia responsabiliza en forma personal a dos ministros del Poder Ejecutivo Nacional para llevar a cabo los actos que resulten imprescindibles con tal objeto, pues la sentencia dispone con todas las letras que la vacuna en cuestión se debe producir en el país.

Agrega el autor mencionado que “...es como si los jueces hubieran dictado la sentencia sobre la base de un pacto existente entre los gobernantes y la sociedad, pacto que no se agotaría en que aquellos ejerzan las competencias que les resultan propias en el marco

³²Mertehikian E. La “protección de la salud” como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le obliga al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido” LL 1998-F-303

del ordenamiento jurídico, sino que quedarían obligados por las consecuencias futuras de los actos y decisiones así adoptadas. Desde ya que, a los propios jueces les cabe también ese compromiso con la sociedad, aunque ésta no los haya escogido de una manera directa”.

De la sentencia no surge el motivo por el cual se admitió legitimación a la actora, por lo que se debe entender que implícitamente el fallo le reconoce dicha legitimación en calidad de “afectada” de la demandante, que requiere el artículo 43 de la Constitución Nacional para la procedencia del amparo en este caso; además, a intervenido al mismo tiempo el Defensor del Pueblo de la Nación a quien la referida norma constitucional le reconoce legitimación procesal en términos expresos.

Lo expuesto, dice Mertehikian, cobra valor tan pronto como se aprecie que, en los hechos, la actora obtuvo una sentencia “erga omnes” en defensa de un derecho de incidencia colectiva, como es el de la protección de la salud (la de la actora y la de otros 3.500.000 potenciales afectados por la enfermedad, que los jueces admiten sobre la base de lo dispuesto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, a través de considerarlo dentro de los denominados “derechos sociales” (consid. VIII).

De acuerdo a lo expresado, hay dos cuestiones principales y relevantes en el fallo comentado:

1) La que se refiere al control, aunque no se diga explícitamente, que los jueces han desarrollado respecto a las decisiones discrecionales emanadas de otros poderes, al ordenarles que adopten las medidas necesarias para cumplir aquello a lo que se habían comprometido. En este aspecto dice el autor citado, que la solución brindada no es sino la establecida en los artículos 625 y 630 del Código Civil.

La sentencia hace mérito de esa circunstancia al recordar que la declaración de derechos y garantías que preceptivamente establece la Constitución Nacional no es sino y al mismo tiempo, un compromiso del Estado con la sociedad, que debe materializarse no sólo con el dictado de las normas que cumplan el objetivo trazado en el texto constitucional, sino y fundamentalmente el deber de cumplirlas, es decir que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas (consid. VIII).

El artículo 625 del Código Civil, que resulta aplicable dispone que:

“El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciera, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho”.

En suma en este aspecto la sentencia ha resuelto que: a) el Estado debe velar por la salud de la población; b) en tal sentido debe adoptar las decisiones necesarias para cumplir tal finalidad; y d) los jueces se encuentran habilitados para controlar ese cumplimiento, pudiendo en caso de ser necesario, así ordenarlo.

La dificultad que se podría presentar es que si el Congreso Nacional no acuerda las partidas presupuestarias necesarias, que sólo a él compete con carácter exclusivo de acuerdo al artículo 75 inciso 8° de la Constitución nacional, el deber de la autoridad administrativa se agotaría en solicitarle la correspondiente inclusión en el Presupuesto de

la Administración Pública Nacional. Lo contrario podría implicar que los jueces sustituyan el criterio de oportunidad del propio legislador, circunstancia que está expresamente vedada, según la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo” LL 1998-C-556). Claro que de no poder cumplirse la obligación tal como está comprometida, subsiste el deber de reparar el daño que tal incumplimiento provoca (art. 630 Código Civil).

2) El segundo tema importante que se trata en este pronunciamiento, tiene que ver con que el mismo reconoce que el derecho a la salud, configura un derecho de incidencia colectiva ejercido por la actora a través de la acción de amparo promovida con la conjunta intervención del Defensor del Pueblo de la Nación, de donde se desprende que para la Cámara los derechos de tal naturaleza garantizados por el texto constitucional no se agotan en la “enumeración”, que realiza la primera parte del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución nacional, en tanto la citada norma establece la protección de los “derechos de incidencia colectiva en general”.

La admisión de los denominados “derechos de incidencia colectiva” configura una noción superadora de las clásicas categorías del “derecho subjetivo” y del “interés legítimo” y en ese orden de ideas lo relevante del fallo es haber dejado en claro que la enumeración que realiza el artículo 43 de Constitución Nacional no se agota en las menciones que efectúa.

Capítulo VII

LA FALTA DE PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS VA MÁS ALLÁ DE LA MERA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. El caso “Campodónico de Beviacqua Ana c. Estado Nacional.

2. Dura crítica doctrinaria contra la actitud del Estado en este caso.
3. Cuando el estado no entrega medicamentos se presenta: una mera inactividad material administrativa, llega a haber abandono de persona o se trata del abandono de un deber.

Capítulo VII

“LA FALTA DE PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS VA MÁS ALLÁ DE LA MERA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA”

1. El caso “Campodónico de Beviacqua, Ana v. Estado Nacional “CSJN 24-10-2000 (JA 2001-I-464)”

El hijo de la señora Ana Campodónico de Beviacqua nació en el año 1996 con una patología conocida con el nombre de enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita y debía ser tratado con un medicamento especial, que no había podido ser cubierto por su obra social pues la empresa prestadora del servicio había suspendido el convenio que tenía con aquella, mientras que la familia del menor no tenía medios económicos como para afrontar el tratamiento, por lo que el remedio le había sido suministrado por el Banco de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social hasta principios de diciembre de 1998, fecha en que dicho organismo manifestó que entregaba el medicamento por última vez.

Frente a estos acontecimientos la mencionada mujer, con el patrocinio del defensor público oficial interpuso acción de amparo ante el Juzgado Federal de Río Cuarto, Córdoba contra el antedicho ministerio, la Secretaría de Programas de Salud y el Banco de Drogas Antineoplásicas, para hacer cesar el acto lesivo que atentó contra los derechos a la vida y a la salud del menor garantizados por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

La demandada sostuvo en su defensa, que el niño tenía una enfermedad no oncológica, y que por ello no era obligación del Banco de Drogas Antineoplásicas entregar el medicamento sino que lo había hecho hasta ese momento sólo por razones humanitarias, y que la actora debía acudir a los servicios de su obra social, a cargo del Programa Médico Obligatorio para la protección de las personas que dependen del uso de estupefacientes según lo dispuesto por la ley 24455, o sino solicitar un subsidio en la Secretaría de Desarrollo Social pues el Estado sólo tenía responsabilidad subsidiaria en esa materia.

Entendió el magistrado que las razones dadas para suspender la asistencia al niño y hacer recaer la responsabilidad en la obra social o en la autoridad local (Provincia de Córdoba) resultaban incompatibles con las obligaciones primarias puestas a cargo del Estado Nacional como garante del sistema de salud y que el acto afectaba los derechos a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general protegidos por la Constitución Nacional (Preámbulo y arts. 33 y 42), y los tratados internacionales de derechos humanos del artículo 75 inciso 22 de la misma.

El Juez de primera instancia ponderando los informes oficiales sobre la gravedad de la enfermedad, el certificado de discapacidad expedido por el Centro Nacional de Reconocimientos Médicos, y la imposibilidad de pagar el tratamiento que tenía la familia, hizo lugar al reclamo de la actora y ordenó al Ministerio de Salud y Acción

Social a entregar el medicamento, sin perjuicio de los trámites que la madre del niño pudiera realizar para que la provisión fuese efectuada por los organismos apuntados por la demandada.

Esta resolución fue apelada por la demandada, y la Cámara Federal la confirmó, agregando que el principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, según la letra de la ley 23661, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica, y ello impone una intervención cuando se encuentra superada la capacidad de provisión de los individuos o pequeñas comunidades. Agregando que la obra social de la actora (OSPEDYC) no está en condiciones de afrontar la cobertura regular de los medicamentos, ya que la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Sur de Córdoba ACLISA ha suspendido el convenio con aquella por falta de pago de las prestaciones y la entidad Córdoba Farmacéutica Cooperativa Limitada rescindió el contrato en marzo de 1999 por lo que los afiliados a la mencionada obra social estaban sin cobertura médica y asistencial.

Contra este pronunciamiento del tribunal de segunda instancia, la demandada interpuso el recurso extraordinario, el cual por su denegación motivó la queja que luego pasó a examinar la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 24 de octubre de 2000.

La vencida expone ante la Corte, que se agravia porque el fallo cuestionado trasladó indebidamente a la Nación la responsabilidad de atender la enfermedad del niño y en cambio liberó a la obra social y a la autoridad local de las obligaciones legales que pesaban sobre ellas, lo que sostiene, contradice el principio de actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio y las facultades reservadas a las provincias en materia de salud, citando los artículos 17, 18 y 121 de la Carta Magna. La recurrente dice también, que se ha omitido en la sentencia tener en cuenta la ley federal 24.455 y el deber de la obra social de cumplir con el Plan Médico Obligatorio, afirmando que no existe sustento legal para obligar a actuar al Estado nacional en defecto de aquella, y que la carga impuesta por el juez de primera instancia compromete los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud, de acuerdo con lo previsto en la ley 24.156 de administración financiera, en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el Ministerio de Salud y Acción Social debe proteger.

La Corte Suprema entiende que los recurrentes, no logran desvirtuar el juicio del *a quo* relativo al estado de desamparo asistencial en que dejaba al menor la decisión de interrumpir la medicación en razón de no contar con efectiva cobertura de su obra social.

Afirma, también, el Alto Tribunal que no resultan admisibles las objeciones relativas a la omisión de la Cámara de considerar la ley federal 24445, que incorporó entre las prestaciones que deben dar las obras sociales a sus afiliados, la cobertura para tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y la drogadicción, ya que el remedio necesario para tratar la deficiencia del sistema inmunológico del chico nada tiene que ver con los aspectos a que hace referencia esa legislación cuando incluye en el Programa Médico Obligatorio, la rehabilitación de las personas que dependen física o psíquicamente del uso de estupefacientes, por lo que el ámbito de aplicación de esa norma es ajeno a este caso.

En cambio, con respecto al recurso extraordinario, declara la Corte que es formalmente procedente con relación a los agravios de la parte que cuestionan la responsabilidad asignada al Estado Nacional frente a la situación que compromete la vida y la salud del menor, lo cual involucra la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria a los derechos que en ellas ha fundado la apelante.

Manifiesta, también el Alto Tribunal, como lo ha hecho ya en otras ocasiones que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional, y que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en si mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

Dice, además, que ha partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75 inc.22) la Corte ha reafirmado en recientes pronunciamientos, como lo es el caso “Asociación Benghalensis v. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo” del 1° de junio de 2000, el derecho a la preservación de la salud y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

La Corte se refiere en especial para resolver este caso a los tratados de derechos humanos que con la reforma de 1994 adquirieron jerarquía constitucional, afirmando que los mismos resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del artículo 7 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los artículos 4 inciso 1° y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Con referencia a este último, agrega que el mismo reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados Parte de procurar su satisfacción, entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad. Recalcando los ministros del Alto Tribunal que este tratado dice que los Estados Parte se han obligado hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en él.

Se refiere, entre otras cosas, la Corte a la “cláusula federal” prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar “de inmediato” las medidas pertinentes conforme a su constitución y a las leyes, para que las autoridades competentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado. Y hace especial mención a la Convención sobre los Derechos del Niño que incluye, además, la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los

recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23 y 26)

Teniendo en cuenta este racconto del contenido de los mencionados tratados, la Corte Suprema entiende que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales, según surge de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3°.

El Máximo Tribunal, para resolver la cuestión, analiza también normas de orden interno, como lo es la ley 23.661 la cual instituye un sistema nacional 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. Y con tal finalidad, dicho seguro se ha organizado dentro del marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública debe reafirmar su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión de las acciones (art.1). Su objetivo fundamental es proveer al 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 prestación eliminando toda forma de discriminación (art.2).

Dice la Corte que el Ministerio de Salud y Acción Social, mediante la Secretaría de salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y es también el organismo en la ley 23.661 encargado de llevar a cabo la política de medicamentos, y que en tal carácter le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que presten las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (arts. 3, 4, 7, 15, 28, 36 de la ley 23.661).

Refiere la Corte que la ley citada establece que las prestaciones serán otorgadas de acuerdo con los planes nacionales de salud, los que deben asegurar “la plena utilización de los servicios y capacidad instalada existente y que el Fondo Solidario de Redistribución es el instrumento destinado a dar apoyo a los agentes y jurisdicciones adheridas, equiparar niveles de cobertura obligatoria y asegurar la financiación de programas a favor de sus beneficiarios” (arts. 24 y 25). Agregando que la obra social para el Personal de Entidades Deportivas y Civiles, a que pertenece la actora, está comprendida entre los agentes sindicales que integran el referido Sistema Nacional de Seguro de Salud, y en tal carácter, su actividad se encuentra sujeta a la fiscalización de la actual Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, bajo la órbita del ministerio demandado que debe disponer medidas concretas para garantizar la continuidad y normalización de las prestaciones sanitarias a cargo de las obras sociales y, en especial, el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio.

No deja de tener presente el Máximo tribunal la Constitución de la Provincia de Córdoba (donde reside el menor), la que garantiza para todos sus habitantes el derecho a

la vida, atribuye al gobierno local facultades para regular y fiscalizar el sistema de salud, integrar todos los recursos y concertar la política sanitaria con el gobierno federal, las demás provincias y los municipios y demás entidades públicas y privadas, y conserva la potestad del poder de policía provincial en materia de legislación y administración atinente a dicho sistema.

Asegura, así, la Corte Suprema, que lo expresado pone en evidencia la función rectora que ejerce el Estado nacional en esta materia y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y con los estados provinciales.

Entonces de acuerdo a la legislación examinada por la Corte, esta afirma que la decisión de prestar asistencia al menor adoptada en un principio por la autoridad nacional, hasta que resolvió interrumpir la entrega del medicamento, había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento para salvaguardar la vida y la salud del niño, y se ajustaba a los principios constitucionales que rigen esta materia y a las leyes dictadas en su consecuencia.

Apunta, más tarde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la existencia de una obra social que deba cumplir el Programa Médico Obligatorio, no puede resultar en perjuicio de la afiliada y menos del chico, pues si se aceptara el criterio de la recurrente que pretende justificar la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, además de no contar con las prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al estado Nacional en violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

Además, la Corte observa acertadamente que el niño se halla amparado por las disposiciones de la ley 24.431 de protección integral a las personas discapacitadas, a la que adhirió la Provincia de Córdoba, y ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de obra social a que está afiliado, lo cual corrobora la sinrazón del acto de la autoridad pública que amenazó los derechos a la vida y a la salud del menor. Sostiene, en ese sentido, el máximo tribunal que la ley 24.901 ha creado un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura. Pero frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, la Corte dice, que el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial.

En último término la Corte Suprema, afirma que la resolución de la Cámara ha sido suficientemente explícita en cuanto ha asignado a la demandada responsabilidad subsidiaria y ha dejado a salvo sus atribuciones para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y oportunidad que el caso exige, sin liberar al gobierno provincial o a la obra social de sus obligaciones legales, y es inconcebible que puedan invocarse perjuicios derivados de las gestiones encomendadas en la sentencia, cuando es el Estado nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos

constitucionales que amparan la vida y la salud del niño. Por lo cual la Corte confirma la sentencia apelada.

Analizando este fallo se puede afirmar que el término “derecho humano a la salud” expresa hoy un concepto mucho más extenso del que tenía décadas atrás, ya que ahora implica el derecho a una mejor calidad de vida y configura al decir de Walter Carnota en su trabajo “Proyecciones del derecho humano a la salud”³³ un derecho de naturaleza prestacional, un derecho de la población a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud.

En tal sentido el Estado, debe promover y facilitar las prestaciones de salud, brindar los servicios cuando la actividad privada resulta insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de determinados medicamentos y/o tratamientos médicos en hospitales públicos, incluyendo la elaboración de vacunas contra enfermedades endémicas. El Estado tiene entonces el deber ineludible de proteger la vida y la salud como derechos humanos fundamentales de toda la población. En materia de salud pública le corresponde gestionar y aplicar los recursos necesarios para la efectivización de tales derechos y en especial –conforme al art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales- adoptar las medidas necesarias para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil así como el desarrollo de la salud de los niños.

En el caso comentado antes, resuelto por la Corte Suprema de justicia de la Nación, ésta se encontró ante el problema de un niño afectado por una neutropenia severa congénita o enfermedad de Kostman –que ataca la médula ósea disminuyendo las defensas inmunológicas- que había sido asistido con la medicación especial que requiere su tratamiento por el Banco de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, organismo que decidió interrumpir el suministro sin cargo del fármaco aduciendo que no tenía la obligación de proveerlo y que su entrega había obedecido a razones exclusivamente humanitarias.

El fallo da cuenta de las peripecias judiciales que debió sobrellevar la familia del menor con el fin de hacer cesar el acto que privó de tan esencial prestación con menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, primero ante un Juzgado Federal de Río Cuarto y luego ante la Cámara Federal de Córdoba incluyendo el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja de la demandada y que la Corte por mayoría declaró procedente no sin argumentar rotundamente a favor de la continuidad de la prestación debida confirmando así la sentencia apelada

Queda en claro que no sólo razones humanitarias – de suyo suficientes- sino también legales – con ápice en las indicadas normas supraleales- abonaban la asistencia sanitaria cuya arbitraria interrupción debió corregir la justicia, tal como surge de las leyes 22.431 (que establece el sistema de protección integral de las personas discapacitadas) su complementaria y modificatoria 24.901 (del 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), y concordantes 23.660 (del régimen de las obras sociales), 23.661 (del Sistema Nacional de Seguro de Salud, con el Ministerio de Salud y

³³ Carnota WF. Proyecciones del derecho humano a la salud. ED 128-879 y 880.

Acción Social como autoridad de aplicación de la política de medicamentos) y 24.455 (de incorporación de prestaciones obligatorias en las obras sociales), todas normas analizadas con elocuencia por la Corte sobre la base de que el Estado no puede desentenderse de sus deberes en la realización del servicio de salud, máxime si se trata de preservar la vida y la salud de un niño, que requiere preferente atención a las necesidades derivadas de minusvalía. La Corte aplica así el principio *pro minoris* que en pos del interés superior del menor desplaza a cualquier otro, y anuda también la trílogía *minoridad-discapacidad-situación de urgencia y extrema necesidad* acentuando el deber de actuar de la autoridad de aplicación.

2. Dura crítica doctrinaria contra la actitud del Estado en este caso:

Walter Carnota en su nota a este fallo titulado *¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?*³⁴ sostiene que el mismo denota el vía crucis que tuvo que transitar un menor de edad que padecía una gravísima enfermedad y su grupo familiar, lo cual revela cuán lejos está nuestro medio jurídico –al margen del derecho escrito, que lo hay, bueno y mucho- de asemejarse tan siquiera un poco a las estructuras “desarrolladas” a las que legítimamente se aspira integrar. Afirma el autor que lo que francamente causa asombro son las argumentaciones desplegadas por el Estado Nacional en los tres peldaños de la judicatura federal para “sacarse de encima el problema” en aras del ritualismo burocrático y de la insensibilidad economicista. Aunque la representación estatal perdió en la primera y en la segunda instancia, no dudó en recurrir ante los estrados de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, para defender lo indefendible.

Carnota elogia la decisión de la Corte que declara que la responsabilidad del Estado en esta materia es subsidiaria, con prolijas citas de la ley 23.661 y concordantes, y destaca también que nadie puede pretender eximir de la responsabilidad que puede incumbir a la obra social del menor. Pero había, como explica el autor mencionado, suficiente material probatorio arrimado a la causa como para que, frente a la imposibilidad de la obra social, quedará configurado el deber público; tampoco debe relevarse de responsabilidad –y también lo enfatiza el Supremo Tribunal- al Estado provincial; pero de allí a buscar subterfugios para no hacerse cargo para nada de la situación, hay una distancia muy grande.

La crítica que en el artículo citado se hace al comportamiento del Ministerio demandado es durísima desde el punto de vista jurídico, ya que se dice al respecto que al Estado Nacional y al Ministerio antes nombrado no tuvieron presente para cambiar su conducta el vasto arsenal normativo, que con particular fuerza desde la reforma constitucional, despliega el bloque federal de constitucionalidad en punto a los derechos a la vida y a la salud, y que el hecho contrario hubiera evitado que el litigio se prolongue hasta llegar a la Corte. Al Estado Nacional no le bastaron los artículos 14, 14 bis, 19 y 33 de la Constitución Nacional, sino que tampoco lo satisfizo los pactos internacionales del artículo 75 inc. 22, que si no sirven, se acota en dicho comentario, para detener semejante atropello que conmueve la vida y la salud de un chico, no se sabe para que está.

Como comentario final Walter Carnota dice que la Corte centra muy bien su enfoque en la discapacidad del menor, y en la necesidad de adoptar medidas de acción positiva que, con mucha sabiduría, recalca no sólo reciente legislación, sino sobre todo el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y destaca el Supremo Tribunal con acierto el estado

³⁴ Carnota WF. *¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?*. Revista jurídica La Ley del 4 de mayo de 2001

de “discriminación inversa” en que se encontraría el menor y su grupo familiar, de prestarse atención al “razonamiento” estatal sobre la intercalación de su obra social. Además agrega que pese al excelente decisorio del tribunal, que seguramente constituirá un hito en el incipiente derecho sanitario argentino, queda un dejo de tristeza, provocado por la actitud de quienes enarbolando la defensa del erario público niegan el acceso a un remedio vital a un niño.

3. Cuando el Estado no entrega medicamentos: se presenta una mera inactividad administrativa, llega a haber abandono de persona o se trata del abandono de un deber:

El caso Campodónico presenta múltiples aristas que permiten afirmar que en él se pueden encontrar los siguientes elementos:

I) hay una pretensión prestacional (la anulación del acto lesivo posibilitando la inmediata continuidad del suministro de la medicación que debe recibir el chico enfermo,

II) hay también inactividad material administrativa expresa, no tácita, pues media la decisión de interrumpir acciones positivas con las que comenzara a dar cumplimiento a la obligación indeclinable del Estado de garantizar los derechos humanos fundamentales que se hallaban en juego.

III) hay certeza de que la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud y Acción Social) tuvo la oportunidad de medir las consecuencias disvaliosas de su decisión, concretamente la situación de desamparo asistencial en que dejaba al niño, lo que lleva a plantear si cabe reprocharle no ya mera inacción propia de la indicada inactividad material sino incuria propia del abandono, y en esa dirección del abandono de persona.

Los derechos de los particulares son susceptibles de ser lesionados no sólo por acciones que provengan del Estado, sino también por la omisión en la que puedan incurrir los entes administrativos, la que puede consistir en inactividad formal o bien material. Cuando se habla de omitir se hace referencia a que existe una determinada acción cuya realización no se emprende, pero en el ámbito jurídico el concepto normativo de omisión contempla, además, que el hecho negativo o de abstención constituya un deber u obligación legal del sujeto que omite y por tanto un derecho del interesado a exigirle su cumplimiento. Por inactividad material según Tomás Hutchinson en su obra “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales”³⁵ se entiende una pasividad, un no hacer de la Administración dentro del marco de sus competencias ordinarias. En cambio, la inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento. Es la simple no contestación a una petición de los particulares.

En el caso Campodónico de Beviacqua, la inactividad material administrativa se presenta como atípica, pues tiene origen en un acto cuyo cese fue peticionado, se trata entonces de una omisión deliberada y manifiesta frente a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar

³⁵ Hutchinson T. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. t. I Buenos Aires: Astrea: 1997

la vida y la salud del niño y cuyo contexto familiar y social distaba de ofrecer una solución alternativa (consid. 6, “c” y “ch”), circunstancias que la autoridad de aplicación debió ponderar antes de desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que no han dado siempre adecuada tutela asistencial (consid. 33).

Habiendo dejado el Ministerio de salud y Acción Social, a través del Banco de Drogas Antineoplásicas, al menor en situación de desamparo asistencial (consid. 10), al haber interrumpido la entrega de medicación, habrá que analizar si se configuran los elementos que dan lugar al delito de abandono de persona.

El Código Penal Argentino establece en su artículo 106 que:

“El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años. La pena será de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión”.

Como manifiesta David Dayenoff en su libro “Código Penal. Concordancias, comentarios, jurisprudencia, esquemas de defensa”³⁶, el delito de abandono de personas tiene como fundamento la protección de la vida y la integridad física o salud de las personas; la figura encuadra dentro de la categoría de delitos de peligro, vale decir aquellos que se concretan con la sola posibilidad de poner en peligro el bien jurídico protegido, sin necesidad de que el mismo se materialice. Afirma Soler en su trabajo titulado “Derecho Penal argentino”³⁷, en ese mismo sentido que en el abandono todas las figuras son de peligro. El peligro tenido en cuenta por estas infracciones es el que puede derivar tanto para la vida como para la salud, el hecho objetivo y subjetivo debe consistir solamente en el abandono Sin perjuicio de ello, la producción del daño está prevista como circunstancias de agravación (párrafos segundo y tercero del art. 106). La mayoría de los autores coinciden en que respecto de este ilícito, la tentativa no resulta posible.

El primer párrafo del citado artículo del Código Penal contempla la figura básica de este delito la cual admite tres modos de ejecución:

a) colocar a la víctima en situación de desamparo y de la cual resulte peligro para su vida o su salud. En este supuesto el sujeto activo es quien crea la situación, impidiendo que la víctima obtenga los cuidados que le son imprescindibles, y coloca en ella al sujeto pasivo.

b) abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar

c) abandonar a su suerte a un ser humano al que el mismo autor haya incapacitado

³⁶ Dayenoff D. Código Penal. Concordancias, comentarios, jurisprudencia, esquemas de defensa. 5°ed. Buenos Aires: A-Z Editora: 1996.

³⁷ Soler S. Derecho Penal Argentino, act. Manuel A. Bayala Bsombrío, t.III. Buenos Aires: ED.Tea: 1992

Como acertadamente afirma Guillermo Frías en su “Teoría del delito”³⁸, atendiendo a las modalidades que puede asumir en el mundo externo el elemento voluntario interior, hay delito de comisión por omisión cuando se vulnera a la vez una norma prohibitiva (se infringe una obligación de no hacer: colocar a una persona en situación de desamparo) y otra que contiene un mandato positivo (en este supuesto lo que no se cumple es una obligación de hacer: abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que se debe mantener o cuidar, vale decir, el sujeto activo priva al sujeto pasivo de los cuidados debidos y necesarios para subsistir).

El delito de comisión por omisión requiere así: a- una situación de peligro objetivo para un bien jurídico (en el caso Campodónico lo que el Estado puso en juego al negar la medicación es la vida y la salud de un menor protegida por la Constitución Nacional, por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional – art.75 inc.22-en especial por la Convención sobre los derechos del niño), b-un deber de intervenir para hacer cesar o precaver el riesgo o la situación de peligro (precisamente el conjunto normativo señalado es el que le impone al Estado garantizar el derecho a la vida y a la salud de todos los habitantes de la República Argentina, y también la ley 23.661 que establece el Sistema Nacional de Seguro de salud aclara que es el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación el encargado de dictar las políticas en materia de medicamentos, por todo lo cual ampliamente se puede afirmar que existía el deber de parte del Estado de no descuidar los derechos a la vida y a la salud del pequeño), c-debe presentarse también un incumplimiento del deber de intervenir (que en el caso se dio sin vacilaciones ya que el Estado incurrió en una omisión deliberada y manifiesta, frente a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño, circunstancias que la Corte Suprema supo ponderar en el fallo agregando que “al Estado no le preocupó que el contexto familiar y social del chico distaba de ofrecer una solución alternativa, buscando desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades como las obras sociales que no han dado siempre adecuada tutela asistencial”)

Atento a lo recién explicado, es que se puede afirmar que el Estado al omitir entregar el medicamento necesario para que un menor pueda seguir viviendo, incurre en el delito previsto en el primer supuesto del artículo 106 del Código Penal que habla de aquel que “pusiere en peligro la vida o la salud de otro, colocándolo en una situación de desamparo”. En este ilícito en el que se habla de “colocar”, “exponer a peligro”, “poner en situación de desamparo”, doctrinarios como Dayenoff en su obra citada ut supra, Fontán Balestra F. en su trabajo “Derecho Penal” Parte Especial³⁹ y Carlos Creus también en su libro “Derecho Penal” Parte especial⁴⁰, plantean que el sujeto activo y el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, en el caso analizado lo son el Estado y el niño respectivamente.

En el caso Campodónico de Beviacqua el Estado Nacional a través del Ministerio de Salud, del cual depende el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, es el que pone al menor en la situación de desamparo de la que habla la primera hipótesis del

³⁸ Frías Caballero J, Codino D, Codino R, Teoría del delito. Buenos Aires: Ed. Hammurabi: 1993.

³⁹ Balestra, Fontán F. Derecho Penal (Parte Especial), act Guillermo A. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot:1998.

⁴⁰ Creus C. Derecho Penal (Parte Especial). Buenos Aires: Ed. Astrea: 1999

citado artículo (al interrumpir la entrega de la medicación) con grave riesgo para la vida del menor .

Con respecto al segundo supuesto contenido por el artículo 106, que dice que comete el delito de abandono de persona “*El que pone en peligro la vida o la salud de otro, abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener y cuidar*”, se pueden encontrar mayores incertidumbres en torno a llegar a afirmar que el Estado efectivamente es responsable de su ejecución. En un primer término se puede alegar a favor del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que si bien se trataba de un incapaz de valerse, antes que el Estado tenían la obligación de mantenerlo y cuidarlo sus padres como consecuencia de los derechos y deberes que nacen de la patria potestad, pero la familia no contaba en el caso con los medios económicos necesarios para hacerlo, en segundo término como lo manifestaba la demandada era la obra social la que en cumplimiento del Plan médico Obligatorio y como integrante del Sistema Nacional de Seguro de Salud la que debía prestar el servicio entregando los remedios, pero como ya se vio esta entidad no pudo hacerse cargo tampoco.

Se puede concluir, entonces, que la familia del menor no podía brindarle los medicamentos, y que tampoco la obra social contaba con tal posibilidad, por lo cual era el Estado en su calidad de garante del derecho a la salud el que debía hacerse cargo de la prestación.

Resulta importante destacar que para que se presente este segundo supuesto de abandono que habla de “abandonar, “dejar” aún temporariamente sin que sea necesario que se configure la situación de desamparo, el sujeto activo es el encargado de cuidar al incapaz de valerse –sujeto pasivo- desentendiéndose materialmente aquél del incapaz de proveer a su propia existencia, como bien se explico en el párrafo que precede era el Estado quien ante la imposibilidad de la familia y de la obra social debía cuidar de la salud del niño, incapaz de valerse por sí mismo.

De tal modo es que a partir de ahora en este análisis sí se puede decir que el Estado cometió abandono de la persona del niño en cuestión en los términos de la segunda hipótesis descrita por el mencionado art 106 del ordenamiento penal, porque el Estado es el garante del derecho a la salud como lo ha afirmado la Corte por ejemplo en el caso “Asociación Benghalensis v. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo ley16.986” en el que ha dicho, que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. Sin dejar de tener en cuenta las obligaciones que respecto al derecho a la salud le impone la Constitución reformada y la ley 23.661.

En apoyo de lo afirmado se puede citar al juez federal que intervino en la primera instancia de esta causa el cual concluyó que “las razones dadas para suspender la asistencia al paciente...resultaban incompatibles con las obligaciones primarias puestas a cargo del Estado Nacional como garante del sistema de salud y que el acto atacado lesionaba los derechos a la vida, a la dignidad y al bienestar general protegidos por el Preámbulo y por los artículos 33 y 42 de la Constitución nacional y los tratados y convenciones de derechos humanos de igual jerarquía”,

pronunciamiento que confirmó la alzada y que compartió la Corte al enfatizar: “la función rectora que ejerce el estado Nacional en este campo...garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios...”(consid. 27) y “es inconcebible que puedan invocarse perjuicios derivados de las gestiones encomendadas en la sentencia, cuando es el Estado nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud del niño y de asegurar la continuidad de su tratamiento”(consid.34).

No obstante lo dicho hay autores como Soler en su obra “Derecho Penal Argentino”⁴¹ que tras inquirir si basta la omisión de cuidados debidos para configurar el abandono indica: “Es preciso no llevar la tesis a términos muy extremos, pues se corre el riesgo de llamar abandono a cualquier omisión de deberes, identificando el abandono de un deber con el abandono de una persona. La ley exige que se abandone a una persona, y si se refiere luego al deber de mantener o cuidar lo hace para que queden individualizadas las personas que antes ha mencionado”, agregando que “Difícilmente podrá darse la figura en el abandono o en el incumplimiento de un deber singular, aunque referible a la persona humana”, admite “Puede ser que, en casos excepcionales, el médico sea responsable de esa situación, pero cuando la ley habla de cuidar no se refiere a la atención médica eventual, sino a la situación jurídica de asistencia personal”, y concluye “En el segundo de los modos de comisión de este delito – el que se consuma dejando abandonada a la persona la fuente de la obligación de no dejar está constituida por una preexistente obligación legal de mantener o cuidar. De tal manera, la determinación del ámbito de esa obligación, coincidirá con la determinación de los sujetos a quienes tales obligaciones incumben”.

En el autor recién citado se apoya Eduardo L. Tinant en la nota que le hace al fallo Campodónico que lleva por título “¿Inactividad material administrativa o abandono de persona? ¿O tertius genus (abandono de un deber)?”⁴², para concluir que en el caso no se configura el delito de abandono de persona por parte de la autoridad de aplicación, sino que lo que si hay es el abandono de un deber. Para llegar a esa conclusión dice, que si bien es cierto que en el caso la autoridad de aplicación “no colocó” (no puso) en peligro al niño, vale decir, no lo expuso a una situación que no padeciera antes con riesgo cierto para su vida y su salud. Pero no lo es menos que lo “dejó” en estado de desamparo asistencial en razón de no contar con efectiva cobertura de su obra social, alegando en sustancia una actuación subsidiaria del Estado. Continúa diciendo que “ello da algún pábulo a la segunda hipótesis legal (cuyo concepto es abandonar) en la que la conducta del autor no es de eminente actividad –como en la primera- sino que implica dejar definitiva o temporalmente de modo que se ponga en peligro la incolumidad personal, con la salvedad de que el abandono requiere una imposibilidad de lograr asistencia o ayuda ajena”, la cual agrega “no ha quedado evidenciada en la especie”.

Si bien la opinión reseñada merece el mayor respeto, no coincide con la volcada en este trabajo, por lo cual se reitera que el Estado no ha abandonado sólo un deber, sino que lo que con su actuación a abandonado es una persona en los términos del artículo 106 del Código penal Argentino, pues al dejar de suministrar el

⁴¹ Soler S. Derecho Penal Argentino, act. Manuel A. Bayala Basombrío, t.III. Buenos Aires: Ed. Tea: 1992

⁴² Tinant EL. ¿Inactividad material administrativa o abandono de persona?. JA-2001-I-470

medicamento que este niño necesitaba para poder subsistir ha puesto en peligro, sin lugar a dudas, su vida y su salud.

Capítulo VIII

EL TEMA EN EL CASO PARTICULAR DEL SIDA

SUMARIO

1. El marco normativo de la atención del HIV/SIDA, en el contexto de los derechos humanos.
2. La situación actual del HIV/SIDA.
3. Proceso de provisión, compra y distribución de medicamentos:
 - a) Beneficiarios.
 - b) Normatización de la compra y distribución.
 - c) Proceso administrativo para acceder a la medicación.
 - d) Proceso de compra y distribución.
 - e) Presupuesto nacional para la compra de medicamentos.
 - f) La opinión de los afectados.
4. Condena a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para que entregue los remedios destinados para el tratamiento del SIDA.
5. Dos fallos de segunda instancia que resguardan el derecho a la salud de quienes padecen SIDA:
 - a) Caso “Asociación Benghalensis c. Ministerio de Salud-Estado Nacional”
 - b) Caso “S/N c. Ministerio de Salud”
6. El fin esencial del Estado es lograr el bien común, en el que se encuentra insito el derecho a la salud, y a la provisión de medicamentos.

Capítulo VIII

“EL TEMA EN EL CASO PARTICULAR DEL HIV/SIDA”

1. El marco normativo de la atención del HIV/SIDA, en el contexto de los derechos humanos:

En los últimos años se ha producido en Argentina un profundo cambio de la política económica y social, que aceleró el proceso de “achicamiento” del Estado, con la privatización considerable del subsector

público de la salud, y la descentralización Nación-Provincia-Municipio de la gestión y administración de los servicios de salud.

Esta descentralización tiene profundas consecuencias de desigualdad en el acceso a la atención de la salud de la población, ya que se delega a las provincias las responsabilidades de promoción y atención de la salud, mientras las partidas presupuestarias de la administración central no

son transferidas o quedan supeditadas en gran medida a los avatares políticos y económicos. Esto repercute en la atención de la salud en general y del HIV/SIDA en particular, ya que la epidemia registra un marcado crecimiento y un cambio de su perfil epidemiológico, incrementando su prevalencia en la población joven y pobre.

Con respecto a la legislación específica sobre HIV/SIDA, en 1990 se

sancionó la ley 23.798 de Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. A diferencia de la política de descentralización de la atención de la salud contenida en la ley 23.661, la norma citada en primer término declara de interés nacional la lucha contra el SIDA y establece que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Esto significa que corresponde a ese

ministerio el diagnóstico y tratamiento como también la información y prevención. La ley 23.798 obliga al Ministerio de Salud a promover la investigación y la capacitación de recursos humanos, como así también la cooperación internacional. Tanto la ley como su decreto reglamentario número 1244, sancionado en el mismo año, regulan el proceder de los profesionales de la salud en

la detección y atención del HIV/SIDA.

La norma comentada y su decreto reglamentario expresan que el test para la detección del HIV/SIDA debe ser realizado en todos los casos con el consentimiento voluntario del/la interesado/a, con la excepción establecida por el artículo 9, que establece la obligación de los inmigrantes que solicitan su radicación en Argentina, de realizare el análisis del HIV.

En 1991, el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación adoptó la resolución 787 “Política Normativa en Relación a la Infección de HIV en los Servicios Carcelarios Federales”, que acorde con la ley 23.798 y su decreto reglamentario, establece que los análisis de HIV deben ser voluntarios y consentidos por los internos, como así también establece la obligación del Estado de proveerles tratamiento y medicamentos. No obstante

debe reconocerse que la mayoría de los servicios penitenciarios no cumplen con la ley, y sus internos/as con HIV/SIDA no gozan en la práctica de los derechos que los/ las asisten.

En 1992, el Ministerio de Salud estableció el Programa Nacional de Lucha Contra los Retrovirus Humanos (leucemia y SIDA, resolución 18/92) que depende directamente del mencionado ministerio.

En 1994, estableció el “vademécum básico para la atención de pacientes con HIV”, según resolución 169/94.

En 1995, el Poder Ejecutivo emitió el decreto 906, que obliga al personal ingresante y permanente de las Fuerzas Armadas y de Seguridad a la realización del HIV. Este decreto viola la ley 23.798.

En 1995, se sancionó la ley 24.455 “Cobertura de las Obras Sociales a Enfermos de SIDA y

drogadependientes”. La ley establece las prestaciones obligatorias de las obras sociales a las personas con HIV y a los usuarios de drogas. Al encontrarse obligadas legalmente a la cobertura total de la atención médica psicológica y de medicamentos para las personas con HIV, las obras sociales expresaron su disconformidad y en muchos casos no cumplieron o intentaron no cumplir. Las denuncias y/o amparos legales que

realizan los beneficiarios resultan eficaces, en especial para asegurar la provisión de medicamentos.

En 1996, se promulgó la ley 24.754 de Prestaciones Obligatorias, que obliga a los seguros privados a cubrir las prestaciones y medicamentos para el HIV/SIDA, que en ese sentido establece en su primer artículo “A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de

medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones”.

En 1996 el Ministerio de Salud y Acción social de la Nación aprobó el Programa Médico Obligatorio que debe cumplir la seguridad social –PMO- y en el que se

incorpora la cobertura total de las prestaciones a las personas viviendo con HIV/SIDA, según resolución 247, artículo 1 “Apruébase el Programa médico Obligatorio (PMO) para los agentes del seguro de salud comprendidos en el artículo 1 de la ley 23.660 que como anexo I pasa a formar parte de la presente resolución”.

En 1997, el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, por resolución 346 cambió el sistema de

compra y distribución de los medicamentos para HIV/SIDA, ésta responsabilidad pasó a la Dirección Nacional de Normatización de Servicios, que depende de la Subsecretaría de Atención médica. Estableció aquella resolución que “corresponde al Programa Nacional de Lucha contra los Retrovirus Humanos, SIDA: a) la determinación de las necesidades a cubrir; b) la definición de las especificaciones técnicas

respecto de los productos necesarios a adquirir; c) el dictamen técnico, respecto del contenido de las ofertas que se obtengan en los procedimientos de compra; y d) la determinación de las cantidades y calidades de los productos a distribuir a los distintos efectores y jurisdicciones”.

Esta resolución descentraliza la distribución de medicamentos, refiriéndose en sus considerandos a la “necesidad de la provisión

de medicamentos donde se produce la atención” y a la “optimización del servicio prestado a los pacientes, evitando los desplazamientos y otras incomodidades”. Además el Ministerio Nacional de Salud firmó convenios con los ministerios provinciales, mediante los cuales asumió el compromiso de proveer las drogas para el tratamiento de las personas con HIV/SIDA que la provincia denuncie. Estos convenios establecieron

responsabilidades compartidas entre la Nación y las provincias, si bien la principal responsabilidad le cabe al Ministerio Nacional, según la ley 23.798.

2. La situación actual del HIV/SIDA:

Los primeros enfermos de Sida en Argentina se registraron en 1982, desde entonces el número de personas enfermas aumentó significativamente, alcanzando en 1998 en algunas áreas del país

niveles de incidencia y prevalencia muy elevadas. En los últimos años se observa una marcada tendencia de la epidemia a afectar a los sectores de la población más vulnerables y desprotegidos, como son las mujeres, los jóvenes y las personas con escasos recursos económicos.

Según el Programa Nacional de Lucha contra el Retrovirus del Humano y SIDA –PNLRHS- (Boletín sobre SIDA, Ministerio de Salud y Acción Social, año

V, N°15, diciembre 1998) el número de enfermos de Sida en Argentina al 30 de noviembre de 1998 era de 13.789 personas, de las cuales 10.887 eran hombres y 2.790 mujeres. Tomando en cuenta el retraso en la notificación de nuevos casos, el PNLRHS estimaba que el número real era mucho mayor.

Según datos oficiales, el 50% de los enfermos de todo el país fueron diagnosticados en la segunda mitad de la década

de los noventa. La mayor concentración se registra en la provincia de Buenos Aires (42%) fundamentalmente en el Conurbano bonaerense, seguida por la Ciudad autónoma de Buenos Aires (35%), la provincia de Santa Fe (7%) con la mayor concentración en la ciudad de Rosario y por último la provincia de Córdoba (4,5%). El 88% de los enfermos de SIDA residen en las áreas urbanas de mayor

concentración poblacional, donde habita el 64% de la población total del país. Esto indica el predominio del HIV/SIDA en las áreas urbanas, ello no sólo por ser residentes habituales de las ciudades, sino también por migrar a ellas frente al diagnóstico del HIV para mantener la confidencialidad sobre su status serológico y lograr mejor acceso a la atención de su salud en términos cuanti y cualitativos.

Un cambio importante experimentado por la epidemia en la Argentina en los últimos años, fue la distribución según sexo. Al principio los enfermos eran fundamentalmente hombres. La primera mujer enferma se diagnosticó en 1987. Año en el cual la relación hombre/mujer era de 14:1, ésta disminuyó en 1990 a 6,7:1 y se mantiene en descenso hasta llegar en 1997 a 3:1.

La edad media de las personas enfermas ha disminuido en el curso de la epidemia, en la actualidad es de 31 años en los hombres y 24 años en las mujeres.

También los patrones de transmisión se han modificado con la propagación de la enfermedad entre personas heterosexuales y usuarias de drogas endovenosas, aumento que convierte a las mujeres, los jóvenes y pobres en los más

vulnerables. El aumento de la incidencia del SIDA en las mujeres incrementó el riesgo de la transmisión madre-hijo, que en Argentina corresponde al 7,2% de todos los casos, uno de los más elevados de la región. En la actualidad la vía de transmisión más importante en el país tanto para hombres como para mujeres es la sexual (47% en ambos sexos). Le sigue la vía sanguínea principalmente por usuarios de drogas

endovenosas. Esta predomina entre los varones (46%), y es menor en las mujeres (33%).

En Argentina, los datos de mortalidad por SIDA se obtienen de dos fuentes: las estadísticas vitales del Programa Nacional de Estadísticas de salud a través de los certificados de defunción obtenidos en los registros civiles; y del Programa Nacional de Lucha contra los Retrovirus del Humano,

SIDA y ETS (sigla que se refiere a las enfermedades de transmisión sexual) que recibe información específica de las muertes por SIDA a través de los programas provinciales. El subregistro y la falta de notificación de las muertes al PNLRHS son muy importantes y aumenta con el tiempo; en promedio el subregistro es del 50 al 70%.

3. Proceso de Provisión, Compra y Distribución de Medicamentos:

A) Beneficiarios:

El Programa Nacional de Lucha contra el Retrovirus del Humano, SIDA y ETS es responsable de la provisión de medicamentos en todo el territorio nacional. Los remedios se suministran gratuitamente a las personas sin cobertura de la seguridad social que prueben ser indigentes o insolventes. Las personas cubiertas por la seguridad social a través de obras sociales o por un seguro privado, deben tramitar la provisión de los

medicamentos a través de sus respectivas instituciones de cobertura, según lo previsto por las leyes 24.455 y 24.754 respectivamente..

El PNLRHS también es responsable de la cobertura de la carga viral necesaria para el control e indicación del tratamiento a las personas indigentes y sin cobertura. Las personas que tienen HIV y residen en la Ciudad de Buenos Aires y en la región sur del país deben realizar la carga viral en la Facultad de

Medicina de la Universidad de Buenos Aires, y aquellos residentes en la mitad Norte del país, deben hacerlo en la Facultad de Medicina de la Universidad de Rosario, según convenios firmados por el Ministerio de Salud de la Nación con ambas Universidades en 1998.

Estos estudios son gratuitos pero registran demoras considerables, motivo por el cual muchas personas se realizan el análisis de carga viral en

forma privada, incluso en esas mismas Facultades donde si se abona no se sufre ninguna demora.

b) Normatización de la Compra y Distribución:

En 1997 el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación adoptó la resolución 346 por la cual modificó la responsabilidad y el mecanismo de compra de los medicamentos para el HIV/SIDA y las infecciones oportunistas. También estableció un modelo diferente de distribución de los programas provinciales

y sus efectores. Esta resolución estableció que en el Ministerio le corresponde al Programa Nacional de Lucha contra el Retrovirus del Humano, SIDA y ETS – PNLRHS- determinar las especificaciones técnicas de los productos a adquirir y determinar la cantidad y la calidad de los mismos. A la Dirección Nacional de Normatización de Servicios a través del Área de Gerenciamiento le corresponde la compra de los medicamentos,

monitorear la recepción de los mismos, su almacenamiento y control del stock, así como la distribución de los remedios a los programas provinciales y/o sus efectores. También se entregan y distribuyen medicamentos en forma directa a las personas con SIDA en la sede del mencionado Ministerio.

A tal efecto el PNLRHS junto con el asesoramiento de un comité de expertos, científicos reconocidos internacionalmente especialmente constituido, actualiza el estado de la ciencia y el vademécum de los medicamentos para el HIV, disponibles en los servicios públicos de todo el país para el tratamiento de las personas que se atienden en el Subsector Público de Salud.

La compra de los medicamentos se efectúa por medio de licitaciones públicas a través del Ministerio Nacional mediante el Área de Gerenciamiento de la Dirección Nacional de Normatización de servicios. Con la nueva norma se pretendió descentralizar la entrega y provisión de medicamentos a las personas que padecen el HIV, para que éstas puedan recibirlos en el Hospital u otro efector donde se atiendan, evitando la concurrencia a la Sede del Ministerio Nacional para retirarlos, como se hacía con anterioridad.

c) Proceso administrativo para acceder a la medicación:

Junto con la nueva norma de compra de las drogas necesarias para el tratamiento del SIDA dentro del Ministerio de Salud de la Nación, en la resolución 346/97 se establecieron las responsabilidades para la atención del HIV por parte de los beneficiarios de los hospitales, de los programas provinciales y de los ministerios de salud provinciales.

Para acceder a la medicación en forma gratuita a través del Programa Nacional de Lucha contra los Retrovirus de Humano y SIDA, las personas que tengan HIV deben presentar la documentación que se detalla a continuación:

1) Resumen de historia clínica del/la paciente que consigne el diagnóstico con Test de Elisa y confirmativo con Western Bolt, dosaje CD4 y carga viral.

2) Prescripción médica: Indicando detalladamente las drogas y dosis indicadas como tratamiento.

3) Encuesta social realizada por el Servicio Social del Hospital u otro efector público que acredite que la persona no dispone de los medios económicos para comprar los medicamentos.

4) Certificación del ANSES –Administración Nacional de la Seguridad Social, organismo que coordina todos los sistemas de Seguridad Social Médica en Argentina- que asegure que la persona no tiene cobertura médica por la Seguridad Social.

5) Certificación del PAMI –Obra Social de Jubilados y Pensionados- que exprese que la persona no recibe pensión por invalidez o incapacidad, y/o no es beneficiario de jubilación alguna.

La documentación indicada en los ítems 1, 2 y 3 debe ser extendida en hospitales o centros de salud públicos. Las personas afectadas por el SIDA deben tramitar los documentos necesarios por sí mismas, si es en un hospital o pueden hacerlo por cuenta de terceros: familiares, amigos u otros, si la gestión se inicia en Area de Gerenciamiento del Ministerio de Salud. Obtenida dicha documentación hay dos posibilidades para gestionar con los mismos la entrega de los remedios:

a) llevarlos al Ministerio Nacional, directamente al Area de Gerenciamiento, ó

b) al Programa Nacional de Lucha contra los Retrovirus del Humano y SIDA junto con una planilla de pedido de medicamentos especialmente elaborada y complementada por el hospital y otra del Programa Provincial.

Si los documentos son presentados en el Area de Gerenciamiento del Ministerio de Salud, se abrevia el trámite y se recibe antes la medicación.. En cualquiera de las dos posibilidades de gestión antes mencionadas, es necesario aclarar que la presentación de la documentación se debe renovar completa cada tres meses.. Esto implica repetir cuatro veces en el año la recolección y presentación de aquellos papeles. Teniendo en cuenta que una persona necesita entre dos y cuatro semanas como mínimo, para obtener todos

los documentos requeridos y que la presentación de los mismos debe repetirse cuatro veces al año, sólo estos trámites le insumen entre tres y cuatro meses por año.

Este tiempo del paciente y o sus familiares u otras personas, no es considerado por los funcionarios del gobierno. Cuando establecen el tiempo de demora en la gestión de los medicamentos sólo consideran el tiempo transcurrido entre la recepción de la planilla con el pedido de medicación al PNLRHS y el envío al efector, hospital u otro servicio público de salud.

El Ministerio Nacional estima que ésta gestión demora un mes, según refirieron los entrevistados. Sin embargo a éste periodo se le agregan los quince o treinta días como mínimo que le insume a la persona completar toda la documentación, a lo que se debe adicionar el tiempo de demora por el procesamiento en el hospital y el nivel provincial, el tiempo mínimo entre la indicación y la recepción por parte del paciente en la variante que lo gestione a través del hospital, demora entre dos y tres meses.

En caso de gestionarlo en el Área de Gerenciamiento del Ministerio es de entre quince días y un mes.

d) Proceso de compra y distribución:

Según la resolución ministerial 346/97 la Dirección Nacional de Normatización de Servicios es la responsable de la compra y distribución de los medicamentos a través del Área de Gerenciamiento del Plan Nacional de Lucha contra el Retrovirus del Humano y SIDA –PNLRHS-. Las compras se efectúan a través de licitaciones públicas. En 1998 el Ministerio aprobó la resolución N° 763 por la cual se normatizan los procedimientos de solicitud y de compra de los medicamentos por parte del Área de Gerenciamiento. En base a esta resolución se reconocen las dos modalidades para requerir los medicamentos antes señalados:

- 1) a través de las jurisdicciones, vía los hospitales,
- 2) a través del Area de Gerenciamiento, en la sede del Ministerio de Salud de la Nación. En este caso puede hacerlo el paciente personalmente o través de un apoderado.

Cuando la solicitud se realiza a través de la jurisdicción, el proceso se inicia a nivel del hospital u efector público de salud que remite al responsable jurisdiccional una planilla mensual con la solicitud, en la que figurarán todos los datos del paciente y toda la documentación requerida antes mencionada.

El responsable jurisdiccional es el único habilitado para elevar los pedidos al Area de Gerenciamiento del Programa en el Ministerio Nacional. La solicitud debe hacerla en los primeros quince días de cada mes, firmada por él y acompañada de los formularios de los efectores. Estos deben ser firmados por los jefes de los servicios hospitalarios en los cuales los médicos indican ésta medicación. En los programas provinciales los formularios de los distintos efectores son resumidos en una planilla mensual que se envía al Área de Gerenciamiento del Ministerio Nacional. Asimismo, el responsable jurisdiccional debe enviar las novedades de los nuevos tratamientos, defunciones, abandonos por decisión del paciente y suspensiones por indicación médica que ocurran .ese mes.

Una vez recibidos los pedidos, el Área de Gerenciamiento lo envía al Departamento de Almacenes y notifica a la jurisdicción, la que debe retirar la medicación en el citado departamento en las 72 horas hábiles posteriores a su notificación. De no cumplirse este plazo, el Área de Gerenciamiento intima a hacerlo en las siguientes 72 horas. Vencido este nuevo plazo, la medicación puede ser distribuida en otras jurisdicciones o entregadas directamente en el Área de Gerenciamiento .

Una vez recibidos los medicamentos en la provincia, el responsable jurisdiccional los distribuye a los distintos hospitales donde se almacena en la farmacia. Los pacientes retiran los remedios contra presentación de la orden médica en la farmacia del hospital y firman una planilla que el hospital envía al Área de Gerenciamiento a través del responsable jurisdiccional. A cada hospital llegan los medicamentos asignados a las personas constando los datos personales, esto obliga a entregarlos de manera personalizada, caso contrario se deben devolver al Ministerio Nacional.

En caso de entrega directa al paciente a través del Área de Gerenciamiento, los pacientes y/o sus apoderados deben gestionar allí los medicamentos y retirarlos en esa área. La resolución ministerial aclara que esta gestión y entrega directa en el Ministerio se realizará hasta tanto todas las jurisdicciones puedan realizar sus pedidos, es necesario dejar en claro que esto no se cumple ya que al ser más rápida la entrega cuando los trámites se inician directamente en el Ministerio de Salud de la Nación, es esta la vía elegida por los desesperados pacientes afectados por el HIV.

Obviamente la gestión en el Ministerio es accesible para las personas que viven en la Ciudad de Buenos Aires o sus alrededores y/o que tienen medios económicos y disponibilidad de tiempo para movilizarse hasta la sede del mencionado Ministerio. Las personas sin trabajo y/o con un salario mínimo (que son la mayoría entre las personas infectadas por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) y/o que viven en el interior del país, no tienen posibilidades de utilizar esta modalidad del trámite para obtener los medicamentos.

Entonces, el mecanismo de gestión y entrega en el Ministerio beneficia sólo a algunas personas que viven en la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, que tienen recursos económicos y tiempo suficiente ellos o sus familiares; esto constituye un motivo de desigualdad que no permite a todos los habitantes de la Nación beneficiarse con el acceso a la atención gratuita y de mejor calidad en los servicios de Salud Pública. Se trata de una violación a los derechos humanos básicos de las personas que viven con HIV en el interior del país, sin recursos económicos. Estas personas que deberían ser las prioritariamente beneficiadas por la entrega gratuita de medicamentos, resultan ser las más discriminadas y excluidas del sistema de salud en Argentina..

Los referentes del Programa de SIDA de la Provincia de Buenos Aires informan que el procedimiento establecido por el Ministerio Nacional no permite realizar un stock de drogas, sólo se entrega mensualmente la medicación solicitada para cada persona en tratamiento. Los funcionarios provinciales expresan que a pesar de que que últimamente la provisión de medicamentos se ésta cumpliendo en tiempo y forma, se han registrado periodos en los que hubo falta de algunas drogas, o en ocasiones como sucedió a principios de 1999, se entregó la mitad de las dosis solicitadas de algunos medicamentos.

Esta falta de stock en el Programa Provincial de SIDA y la falta de medicamentos que a veces se produce en el Ministerio Nacional que impide la provisión a las provincias,

genera dificultades y demoras en el tratamiento, en especial en el caso de las mujeres embarazadas y de los pacientes con intolerancia al tratamiento a los que se les debe cambiar la medicación, iniciándose un nuevo tratamiento. Frente a esto, la provincia de Buenos Aires hace su propio stock comprando cierta cantidad de medicamentos que calcula en base al 2% de la prevalencia de las personas con SIDA en la provincia. Esta compra la hace a través de licitaciones públicas cada tres meses. Aún así, la provincia ha tenido que recurrir a la compra directa en algunas oportunidades, en que no recibieron del Programa Nacional la medicación solicitada y no contaban con stock propio suficiente.

Los referentes de los hospitales de la Ciudad de Buenos Aires y del Gran Buenos Aires entrevistados plantearon la discontinuidad en la provisión de algunos medicamentos y que la entrega a los hospitales en ocasiones no es suficiente para cubrir toda la demanda. También expresaron que frecuentemente en el Área de Gerenciamiento faltan algunos medicamentos o entregan los medicamentos en cantidades menores. Esto determina que el paciente, en vez de recibir la medicación completa para un mes de tratamiento, deba concurrir más de una vez al mes al hospital y/o al Ministerio Nacional o provincial a retirar los medicamentos faltantes. Esto perjudica a los pacientes en la continuidad del tratamiento, insumiéndoles mayores esfuerzos de traslado y obligándolos a una inversión de tiempo y dinero, que en muchos casos afecta su salud, y en muchos otros favorece el abandono del tratamiento.

En general en los hospitales públicos en todo el país no se dispone de stock completo de medicamentos y a nivel provincial no se compran drogas para contar con stock propio. Sólo se compra periódicamente AZT para ser usado en caso de accidentes laborales debido a que se reguló esto para todo el país en 1998.

La experiencia relatada en relación a la entrega de la medicación fue distinta en el Hospital Muñiz de la Ciudad de Buenos Aires, especializado en enfermedades infecciosas, que en el Hospital Posadas, importante efector de salud del conurbano bonaerense. En el primero se informó que en teoría toda la medicación debía ser entregada en el hospital, sin embargo, en la práctica las personas retiran una o dos drogas en el hospital y las otras deben ser retiradas en el Ministerio de Salud. En el hospital Posadas los enfermos retiran la medicación sólo en el hospital. Este recibe en general los medicamentos que solicita, aunque también refiere falta de drogas y/o demoras, lo que repercute negativamente en los tratamientos. El Hospital Posadas se encuentra a una distancia considerable de la Ciudad de Buenos Aires, lo que dificulta el traslado de quienes tienen HIV hasta el Área de Gerenciamiento del Ministerio Nacional para solicitar las drogas faltantes, teniendo en cuenta que gran cantidad de la población atendida en el Hospital Posadas vive en situación de pobreza y carece de recursos para costear dicho viaje.

El programa de SIDA de la Provincia de Buenos Aires informó acerca de inconvenientes con el transporte de la medicación. Esta debe ser transportada por camiones custodiados por personal de seguridad. Los transportes con custodia son contratados por el gobierno provincial, lo cual a veces ocasiona demoras y genera costos económicos importantes. Lo apuntado aquí encuentra su razón de ser en la resolución 763/98 según la cual cada provincia es responsable de retirar los medicamentos en el Ministerio Nacional, ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, y de trasladarlos hasta su propio territorio.

Los referentes hospitalarios entrevistados plantearon dificultades de tramitación para solicitar la medicación, así como demoras que concuerdan con lo relatado hasta aquí. En los casos de cambio de medicación por intolerancia o por ineficacia, el paciente tiene que tramitar y presentar nuevamente todos los documentos, ya que según la resolución N°763, los cambios de tratamiento son considerados nuevos tratamientos.

e) Presupuesto nacional para la compra de medicamentos:

Como se mencionó al comenzar este capítulo, la atención de las personas que viven con el HIV, así como el diagnóstico, asesoramiento y control de la epidemia, es responsabilidad del Ministerio de Salud de la Nación. La partida para este rubro está incluida en el presupuesto nacional en el ítem Ministerio de Salud.

Desde el comienzo de la epidemia, el presupuesto asignado al SIDA no registra una gran variedad de rubros, sólo reconoce el de personal y drogas e insumos. Esto implica que alrededor del 97% del total se asigna a insumos, correspondiendo éstos a los gastos de compra de reactivos para el testeo de la sangre y hemoderivados en los bancos de sangre y al testeo de las personas que lo requieren espontáneamente o por indicación médica, y a compra de medicamentos para el tratamiento.

f) La opinión de los afectados:

Consultadas un número considerable de personas afectadas por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, cuyas identidades se preservan por expreso pedido de las mismas, refirieron que los trámites para obtener la documentación a pesar de no ser complicados, requieren mucho tiempo y a veces la colaboración de otras personas, familiares o amigos. Como las pruebas diagnósticas y de laboratorio deben realizarse en hospitales públicos, sufren las demoras inherentes al subsector público, lo que retrasa el inicio del tratamiento o la continuidad al tener que renovar la presentación cada tres meses. En la Ciudad de Buenos Aires y en otras ciudades grandes del país se presentan menos inconvenientes que en áreas urbanas más pequeñas y en zonas rurales, según expresan los informantes.

En relación a las obras sociales, los afectados ponen en evidencia que tienen serios problemas en la provisión de ciertas drogas, especialmente las más caras, pero que frente a la denuncia y/o al amparo legal, o ante la denuncia en los medios de comunicación, la situación se regulariza rápidamente. Informaron que los trámites son más sencillos que en los hospitales públicos ya que sólo se requiere la prescripción del médico de la obra social, el resumen de historia clínica y los análisis de laboratorio de rutina.

Representantes de algunas ONG que apoyan y/o cuentan con residencias para los enfermos de SIDA sin familias, señalaron algunos problemas del sistema de atención en los hospitales públicos, como por ejemplo el retraso en los turnos de cirugía, la necesidad de los pacientes de asistir de madrugada al hospital para obtener el turno de atención y los prejuicios del personal de salud hacia las personas infectadas, entre otros.

Las críticas a la provisión de medicamentos estuvieron orientadas principalmente a la cantidad de documentación solicitada y a la demora en la obtención de éstas. Muchas veces por su condición de salud o porque están internadas en un hospital, las personas no tienen posibilidades de realizar los trámites personalmente ni cuentan con quien pueda ayudarlas para ello. Estas dificultades las afecta en lograr el acceso al tratamiento. Los

representantes de las ONG entrevistados estiman que el tiempo de obtención de las drogas en general, supera ampliamente los dos meses. Reconocen que actualmente la entrega de medicamentos ha mejorado, aunque periódicamente se registra la falta de alguno de ellos. La discontinuidad en los tratamientos es muy frecuente y esto impide muchas veces estimular una mejor adherencia. Todo este proceso ocasiona que cada mes las personas en tratamiento vivan la angustia e incertidumbre de conseguir todos los medicamentos, lo que repercute en su situación psicofísica y en su calidad de vida.

Como se puede apreciar en la página web www.Página12.com.ar, son muchas las denuncias acerca de la falta de provisión de medicamentos para tratar el SIDA las que se presentan en los últimos tiempos.

En el mencionado sitio de Internet se puede encontrar un trabajo que lleva por título “Cuarenta ONG denuncian la falta de medicamentos contra el HIV-El calvario de esperar los remedios” escrito por Pedro Lipcovich, en el cual cuarenta de dichas entidades no gubernamentales manifiestan a través de sus representantes que se han unido para denunciar al gobierno nacional, ya que lo que se está haciendo es, afirman, “un crimen contra 16.000 argentinos”, porque dejó de cumplirse adecuadamente la entrega de medicamentos; cuando se entregan, su calidad es dudosa; además el médico tampoco tiene las herramientas para administrarlos bien, porque en muchos lugares no se cumplen los análisis necesarios para monitorear los tratamientos. Es como consecuencia de lo explicado que una de las ONG, avalada por las demás, ha presentado un recurso de amparo contra el Ministerio de Salud de la Nación. Además, estas entidades no gubernamentales señalan la responsabilidad de gobiernos provinciales como el bonaerense.

En ese mismo artículo Kurt Frieder, director ejecutivo de la Fundación Huésped, le anuncia al diario Página 12 que prácticamente todas las ONG del país, y las redes de personas viviendo con HIV están en estado de alerta general, porque el problema es gravísimo. La cuestión más aguda, manifiesta esta persona, es la cuestión de la falta de medicamentos: “no siempre son los mismos: a veces faltan más unos, a veces otros. No se hacen en tiempo y forma los estudios de diagnósticos de carga viral y conteo de linfocitos, imprescindibles para orientar los tratamientos”.

Según las ONG una de las causas por las cuales faltan los remedios se puede hallar en que “el Ministerio de Salud compra mal: prepara los pliegos de licitación de tal manera que se presentan empresas que no tienen el medicamento que ofrecen y recién cuando ganan la licitación salen a buscarlo: entonces entregan tarde, y el ministerio las multa por importes que son irrisorios, de modo que a las empresas les conviene seguir así” explica Javier Hourcade Bellocq, de la Fundación Spes, que ha presentado un recurso de amparo ante la justicia por la falta de garantías sobre la calidad de los medicamentos antirretrovirales en circulación en el país.

En el trabajo mencionado, publicado por Página 12 en Internet, se explica, además, a quienes afecta la carencia de medicamentos, y se da cuenta de que cuanto más lejos esté el paciente de la Capital Federal, menos acceso a la salud tendrá, porque quienes viven en la Ciudad de Buenos Aires tienen la posibilidad de buscarlos directamente en el Ministerio de Salud, en el conurbano bonaerense ya muchos no pueden hacerlo y en provincias alejadas la gente queda casi directamente fuera del sistema de salud. La Red Bonarense de Personas Viviendo con HIV/SIDA también ha comunicado irregularidades en la provisión y distribución de los medicamentos, denunció el faltante de droga

Efavirenz y de remedios del vademécum básico para enfermedades oportunistas y profilaxis. Un ejemplo concreto de ello fue aportado al autor del artículo en comentario, por María del Carmen Allende, voluntaria en el Hospital Petrona V de Cordero de San Fernando, que manifiesta: “Hemos formado un grupo de autoayuda y una persona viaja a buscar la medicación al Ministerio, pero no en todos los hospitales pueden hacer eso. Además no está llegando el Nelvir, que es un medicamento para niños, antes recibíamos una presentación que venía con muñequitos y sabor a frutilla pero después lo sacaron del vademécum; es difícil lograr que los chicos tomen todos los días de su vida remedios con gusto horrible”.

Las obras sociales y las empresas de medicina prepaga en muchas ocasiones tampoco entregan la medicación, y a dichos incumplimientos no debería ser ajeno el Estado, ya que “El Ministerio de Salud tiene y debe ejercer el poder de policía sobre esas entidades y , además, hacerse cargo de las prestaciones que faltaran”, afirmó Mario Burgos, de Fundación Red, quien por otra parte señala “la responsabilidad compartida con los gobiernos provinciales: el bonaerense, por ejemplo, por convenio con la Nación quedó a cargo del análisis de linfocitos, esencial para monitorear tratamientos, y hace dos meses que casi no se está haciendo en toda la provincia”.

La titular de la Unidad Coordinadora Ejecutora del Ministerio de Salud, Mabel Bianco, tuvo en el trabajo comentado, oportunidad de responder a las críticas, y al respecto indicó: “Solo hubo faltantes de dos medicamentos. La falta de Abacavir se debe a que es un producto relativamente nuevo, cuyo consumo creció mucho este año respecto de las previsiones del año pasado. En cuanto al Efavirenz, la falta responde a que la licitación fue impugnada por otro oferente, y tuvimos que hacer una contratación directa”.

Condena a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para que entregue remedios destinados al tratamiento del Sida:

En la causa “S/N c./Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s./ amparo” la jueza, doctora Graciela Amábile Cibils a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 105 resuelve el 2 de abril de 1996, hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por S/N disponiendo que la Municipalidad de la mencionada ciudad por intermedio del Hospital Muñiz o el nosocomio municipal habilitado al efecto proceda a entregar en forma gratuita toda la medicación necesaria para el tratamiento del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y TBC multiresistente durante todo el tiempo que tales afecciones duren en las dosis que los facultativos dependientes de la Municipalidad determinen.

La jueza para resolver de esta forma tiene en cuenta que la ordenanza municipal N° 45.381, declara de interés municipal la lucha contra el HIV, y que entiende comprensivo de esa lucha la implementación de estrategias de prevención y educación sanitarias, atención integral al afectado y al enfermo, rehabilitación e inserción psicosocial, educación, etc.. También crea esa ordenanza el Programa Municipal de Lucha Contra el SIDA, y además en su artículo 4° dispone la provisión gratuita de medicamentos incluyendo al denominado AZT a los pacientes que se encuentren bajo atención en los centros sanitarios dependientes de la Ciudad de Buenos Aires

5. Dos fallos de segunda instancia que resguardan el derecho a la salud de quienes padecen HIV:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, a sentado valiosa jurisprudencia con relación a un punto tan trascendente como lo es el de dar adecuada respuesta jurídica e institucional a la grave y compleja problemática social que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida representa, para lo cual a tratado aspectos vinculados a la tutela de derechos fundamentales y a la actuación integrada de los agentes del seguro social y del Ministerio de Salud, como parte de una política articulada en base a los principios de solidaridad y subsidiariedad.

A) Caso Asociación Benghalensis contra el Ministerio de Salud-Estado Nacional:

Caso resuelto por la Sala I de la mencionada Cámara el 5 de Marzo de 1998 que se conoce como “Asociación Benghalensis y otros c.Ministerio de salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo ley 16.986”. La causa se inicia en primera instancia como consecuencia de una acción de amparo interpuesta por las actoras, en la que se solicita que se condene al Ministerio de Salud a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos -en forma regular, oportuna y continua- a aquellos enfermos que padecen SIDA y que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país, pretensión a la que la jueza hizo lugar, reconociéndoles legitimación a las asociaciones accionantes (organizaciones no gubernamentales que persiguen el fin de prestar ayuda y asesoramiento a quienes padezcan SIDA) de acuerdo a los artículos 41y 42 de la Constitución Nacional y entendiendo que la ley 23.798 declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA, siendo el Estado Nacional el responsable de la provisión de drogas, medicamentos y reactivos para los tratamientos.

Esta sentencia fue apelada por la representación del Estado Nacional, que entre sus agravios menciona que las asociaciones como la actora carecen de la legitimación que les atribuye la juez de primera instancia, pues no son afectadas directamente en el caso, y sostiene también que de la ley 23.798 no surge la responsabilidad que en la instancia anterior se le asigna al Estado Nacional de costear el tratamiento de la población, sino el deber del Estado de administrar el Programa Central debiendo las jurisdicciones locales coordinar las obligaciones que los artículos 3, 4 y 21 determinan. La apelante sostiene, además, que se ha omitido considerar el tema del agotamiento de las vías ordinarias o la existencia de otros mecanismos judiciales aptos. Por último agrega que la sentencia altera el sistema constitucional republicano que hace referencia a la división de poderes, ya que interfiere indirectamente en el presupuesto nacional al decidir sobre la forma en que deben administrarse los fondos públicos.

La Cámara analiza el agravio de la demandada en punto a la falta de legitimación de los accionantes, y llega a la conclusión de que el mencionado agravio carece de fundamentos. En ese orden de ideas dice el tribunal de segunda instancia, que de la actual redacción del artículo 43 de la Constitución Nacional surge que la acción expedita y rápida de amparo puede ser interpuesta 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 Carta Fundamental, por un tratado o una ley. De esta manera, la acción puede ser interpuesta contra “cualquier forma de discriminación” por el “afectado, el defensor del

pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines”, en la medida en que estén registradas y autorizadas para funcionar.

Con respecto a lo que sostiene la apelante de que no se han agotado los medios procesales para el acceso al amparo, aclara el tribunal que a fin de solicitar la protección judicial del amparo debe acreditarse en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias o a fin de reparar el perjuicio invocado (Fallos 274:13), o que la remisión a ellas provoquen un gravamen serio insusceptible de reparación ulterior (Fallos 263:371). De dicha forma afirma la Cámara, se han constatado en el caso los reclamos realizados al Ministerio de Salud y Acción Social solicitando que se regularizara y garantizara el suministro de medicamentos y reactivos necesarios para la asistencia y tratamiento de pacientes con HIV.

En relación a la ley 23.798, sostiene el tribunal de alzada, que la misma declara de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (art.1º), tendiente al cuidado de la salud pública, a través de programas que persigan la detección, investigación, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, así como su prevención, asistencia y rehabilitación. Así, en su artículo 4º establece que las autoridades sanitarias deberán desarrollar programas destinados al cumplimiento de las acciones descriptas en el artículo 1º, gestionando los recursos para su financiación y ejecución que serán “solventados por la Nación, imputados a rentas generales y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción”.

Agrega la Cámara, que de lo expresado se desprende que el Estado Nacional, en cumplimiento de su deber natural de proteger la salud pública en la ley 23.798 ha asumido, por razones de bien común, una obligación específica en el caso del SIDA que pone potencialmente en peligro la salud de la comunidad. Dice también la alzada, que la asunción por el Estado de tal obligación es una consecuencia de la manda constitucional ínsita en su letra de la protección de la vida y la salud (Preámbulo, arts. 14, 18, 19 y 33) y del cumplimiento de los pactos con jerarquía constitucional del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

La Cámara ratifica lo dispuesto por la juez de primera instancia, sosteniendo que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del derecho a la vida, valor supremo en un Estado de Derecho, que “en la escala de prerrogativas humanas ocupa el primer puesto”. De tal forma, frente a esa determinación de asumir una obligación concreta en la lucha contra la enfermedad, el accionar del Estado de incumplir o cumplir mal con su deber de proveer de medicamentos a enfermos de HIV, constituye una omisión que roza la violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional, ante la que este remedio excepcional del amparo, asume en principio, el perfil del remedio judicial adecuado.

Es importante mencionar, que esta causa llegó a ser tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ratificó el pronunciamiento de segunda instancia, sosteniendo que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida- y ha también destacado la Corte la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

B) Caso S/N contra el Ministerio de Salud y Acción Social:

La causa “S7N c. Ministerio de Salud y Acción Social y otro s/amparo ley 16986” fue resuelta el 27 de Octubre de 1997 por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El juicio se inició por una acción de amparo presentada por S/N (sin nombre en cumplimiento de la legislación vigente de SIDA) contra OSDE y subsidiariamente contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), en primera instancia el juez condenó a OSDE a suministrarle al amparista la medicación que suscriba su médica tratante, haciéndose cargo del 100% de la cobertura; en caso de incumplimiento y ante la sola acreditación de tal circunstancia, la obligación recae sobre el Estado Nacional a través del Ministerio mencionado. Es necesario aclarar que quien presento el amparo, previamente había solicitado a la obra social la entrega de los medicamentos que su profesional tratante le había indicado, reclamo frente al cual la entidad ofreció efectuarle un descuento del 50% sobre el precio como acostumbra a hacer con los restantes fármacos de utilización ambulatoria.

Se cuestionó por parte de OSDE, en esta instancia judicial, la aplicación de las normas 24.455 y 24.754 que establecieron para las obras sociales recipiendarias del Fondo Solidario de Redistribución de la ley 23.661 y para las empresas de medicina prepaga, respectivamente, el deber de incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de quienes padecen el SIDA y/o las enfermedades intercurrentes, como así también los programas de prevención pertinentes.

OSDE alegó no encontrarse alcanzada por las previsiones de ninguna de ambas normas. En el caso de la ley 24.455, en razón de que el accionante no reviste la calidad de afiliado obligatorio sino voluntario, y que, respecto de estos últimos, ese ente de obra social no recibe apoyos financieros provenientes del Fondo Solidario de Redistribución de la ley 23.661. Y en el supuesto de la ley 24.754, habida cuenta de que se trata de una obra social y no de una entidad que preste servicios de medicina prepaga.

El juez de primera instancia desestimó los fundamentos de la obra social, conducente a crear un vacío normativo. En tal sentido, sostuvo que “importa tener en cuenta, ante todo, que ni en la primera de las leyes aludidas (24.455) ni en su decreto reglamentario (580/96) se distingue entre afiliados obligatorios y voluntarios; y que tampoco resulta de allí el establecimiento de limitación alguna en cuanto al alcance de la cobertura correspondiente a las prestaciones obligatorias que la norma manda incorporar. De consuno con ello, resulta irrelevante para la solución del conflicto la elucidación de lo atinente a si la obra social es recipiendaria del fondo de redistribución en relación con sus afiliados voluntarios o no lo es; pues en rigor esa es una controversia que se concreta en el marco de la relación entre OSDE y la ANSSAL (como administradora de dicho fondo) que como principio, no autoriza a la primera a negar la cobertura del 100% que le solicitara el amparista... en el caso de que esta cuestión se resolviera de manera negativa (esto es: que el Fondo de Redistribución no alcanza a los afiliados adherentes o voluntarios, caracterización que de todos modos, parecería hoy insostenible por la desregulación operada en la materia), ninguna duda cabría en cuanto a que la vinculación de OSDE con este tipo de afiliados quedaría entonces alcanzada por la regulación concretada en el marco de la ley 24.754, habida cuenta de la analogía existente entre la relación que vincula a las obras sociales con sus afiliados voluntarios y la que concurre en los casos de las empresas que prestan servicios de medicina prepaga y sus asociados”.

El Estado Nacional codemandado, a través del ministerio de Salud y Acción Social –al producir el informe previsto en el artículo 8° de la ley 16.986- desconoció que constituyera una obligación a su cargo brindar al amparista la medicación solicitada, como así también que, ante el incumplimiento de OSDE, resultaría improcedente requerirle tal prestación. También puso de manifiesto que la prioridad que persigue en la lucha contra el flagelo que padece el accionante, es el de motivar y valerse de terceros en campos específicos: efectores externos, quienes son los encargados de la entrega de los medicamentos y reactivos a los enfermos. Asimismo, sostuvo ese Ministerio que debe salvaguardar la salud de aquellos que carecen de cobertura médico asistencial, que son quienes sí se hallarían desamparados, ya que respecto de ellos no existe una norma que específicamente obligue a un tercero a satisfacer sus necesidades de tratamiento y medicación, considerando que es en estos casos en donde su actuación resulta de singular importancia “por virtud del principio de subsidiariedad del Estado”.

La resolución de primera instancia es apelada por el Estado Nacional y por OSDE. La obra social sostiene que no tiene la obligación de cubrir los medicamentos del afiliado amparista porque el mismo lo es en condición de voluntario y no en carácter obligatorio. La Cámara al respecto dice que las prestaciones obligatorias que la ley 24.455 pone en cabeza de las obras sociales asociaciones del sistema nacional incluidas en la ley 23.660 y recipiendarias del Fondo Solidario de Redistribución de la ley 23.661, entre las que se menciona la cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por alguno de los retrovirus humanos y los que padecen SIDA, alcanzan, en el caso concreto, a todos los afiliados de OSDE sin que quepa efectuar distinción según sea su condición de voluntarios u obligatorios, esto es así, afirma el tribunal de alzada pues del texto de la ley no surge dicha distinción.

OSDE, también, sostenía que el Fondo Solidario de Redistribución del que es recipiendaria, sólo alcanza a los afiliados obligatorios, a dicho punto la Cámara encuentra que la obra social no había logrado acreditar dicho extremo.

Hace notar la Cámara, que la apelante no había aportado argumento alguno que permitiera modificar lo decidido por el *a quo* respecto de su obligación de hacerse cargo del 100% de la medicación que debe suministrarse al paciente. Dice la alzada, que en ese aspecto la ley 24.455, además de no establecer limitación alguna en ese sentido, al igual que su decreto reglamentario, prevé la existencia previa de partidas específicas en el Presupuesto General de la Nación, destinadas al cumplimiento de sus fines (art. 5). Por su parte, agrega la Cámara, que la resolución 709/97 confiere a los agentes mencionados la facultad de solicitar apoyo financiero para la cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por retrovirus humanos y las que padezcan SIDA, por los valores que se señalan en el anexo I. Observa la Sala II que la codemandada, sin embargo, no ha siquiera negado que actualmente dicha cobertura la esté efectuando con fondos propios, o que los valores de la medicación que suministra exceden de los fijados en dicha resolución.

Por todo lo expuesto, el tribunal de segunda instancia, entiende que queda precisada la obligación de OSDE de suministrarle al amparista el remedio en cuestión, sin que problemas que pudieran suscitarse de carácter financiero o presupuestario entre la obra social y la ANSSAL, puedan afectar el derecho del paciente a recibir el medicamento, cuya suspensión en el suministro podría afectar su vida misma. Para evitar eso, entiende la Cámara y sólo frente a la imposibilidad cierta y debidamente acreditada por OSDE de

no contar con los fondos a los que se hizo mención y carecer incluso de fondos propios, es el Estado Nacional – a través del organismo pertinente- el que debe asumir aquella obligación. Ello es así para la alzada, pues, aún cuando la ley 24.455 pone en cabeza de, entre otras, las obras sociales el cumplimiento de las prestaciones que menciona, no puede perderse de vista que existe una responsabilidad preexistente que surge de la ley 23.798 y que le cabe al Estado Nacional en la detección e investigación de los agentes causales del HIV, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación y las medidas tendientes a evitar su propagación; y que no puede entenderse limitada con motivo de aquella suerte de delegación de responsabilidades teniendo en cuenta la extrema gravedad de los flagelos que se intenta prevenir y combatir.

Confirma de este modo, la Cámara, la sentencia de primera instancia.

6. El fin esencial del Estado es lograr el bien común, en el que se encuentra insito el derecho a la salud, y a la provisión de medicamentos:

Para poder analizar cual es el contenido ideológico de las dos sentencias comentadas antes es necesario recurrir a determinados conceptos propios del Estado Social de Derecho, que correctamente explica Martha Zilli de Miranda en una nota que hace a las sentencias mencionadas titulada “La solidaridad social en dos fallos del fuero contencioso administrativo”⁴³.

Actualmente se busca eliminar los excesos de la injerencia del Estado en la economía, el cual debe renunciar a su protagonismo como sujeto económico productor o empresario, para dedicarse tan sólo a garantizar el acceso a los diferentes mercados en forma permanente y en igualdad de condiciones a todos los actores. Esta concepción de la economía se inscribe en la democracia como sistema político. Pero así como la democracia no es posible sin el Estado de Derecho, tampoco será efectiva y estable si no existe una armonización entre los intereses sociales y económicos de una sociedad, que permita concretar el ideal de justicia social, pues como afirma en conferencia Monseñor Jorge Mejía⁴⁴ “el mercado libre y el libre juego de la oferta y de la demanda son un instrumento económico necesario y utilísimo, pero de sí no producen justicia. Esto no significa que se los deba condenar, suprimir o trabar, sino que se los debe corregir y controlar, o desde dentro o desde fuera; o desde una u otra perspectiva”. Esto es así porque a diferencia de otros sistemas, la democracia vive de la legitimación a través del consenso de los involucrados y sólo puede contar con él cuando el Estado cumple con su fin esencial: la realización del bien común.

El bien común ha sido definido como “el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a las asociaciones y a los individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección “ según lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 179:113. Y es precisamente el bien común la línea directriz de la política democrática que se concreta en la relación de libertad individual con la integración del individuo en la sociedad.

⁴³ Zilli de Miranda M. La solidaridad social en dos fallos del fuero contencioso administrativo. ED 178-773

⁴⁴ Cfr. Mons. Jorge Mejía, citado por Alberto M. Sánchez en Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiariedad, R.D.A, N° 18, 1995, p.95.

La fórmula “Estado Social de Derecho” alude, precisamente a un Estado cuya acción persigue, dentro del mayor respeto al derecho, la consecución del máximo bienestar social. Esta idea reconoce su origen inmediato en la obra de Herman Sèller, a principios del siglo XX, y es anterior a su consagración constitucional primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho radicaría según el mencionado autor, en que el primero sólo atiende a la *vertiente formal* del principio de igualdad: lo importante es que todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercerlos por igual, y prescinde de las relaciones sociales de poder. Para el segundo, lo decisivo ha de ser la igualdad *en sentido material*; en virtud de ello, el estado tiene la obligación –atendiendo a las relaciones sociales de poder- de corregir las desigualdades, garantizando que los socialmente débiles cuenten efectivamente con la libertad y una protección judicial equivalentes a las de los socialmente favorecidos.

Puede advertirse que la idea del Estado Social de Derecho surge como una reacción frente a ciertas disfunciones del estado de derecho, lo cual conduce a una inevitable tensión entre los principios que los sustentan. Una manifestación de dicha tensión es la contraposición entre Estado de Derecho y Estado Social respecto a la extensión del poder estatal: el primero exige la limitación de la incidencia estatal en la libertad y en la propiedad, mientras que el Estado Social reivindica su competencia para la intervención social, en la medida en que sea exigida por la satisfacción de sus fines propios.

No obstante, la aparente antinomia entre ambos principios encuentra solución en la medida en que se les otorgue idéntico rango, admitiendo que se determinan y limitan recíprocamente. Esto implica concebir al Estado Social no como un ideal absoluto, sino manteniendo su realización dentro en los límites del Estado de Derecho garante de la libertad y, a su vez, que el principio máximo del Estado de Derecho –la tutela de la libertad individual- tenga como presupuesto mismo de su efectividad determinadas condiciones de equidad y justicia social.

El Estado democrático y social de Derecho representa la aspiración de la concreción de una *sociedad justa* –basada en la dignidad de la persona concebida como ser integral y social- es decir, de la *justicia social como valor resultante de la libertad en igualdad*, habilitando y aún exigiendo para ello a los órganos estatales una actuación positiva de configuración social con vistas a la igualdad, pero desde el respeto a la libertad y en el contexto del pluralismo político que caracterizan al Estado de Derecho.

Un aspecto decisivo para la materialización de aquella justicia es el diseño de la política social del Estado, uno de cuyos componentes esenciales es la *seguridad social*, basada en la *solidaridad* y organizada en función del *principio de subsidiariedad*. La seguridad social debe entenderse compuesta por una serie de subsistemas que se concretan en instituciones independientes pero interrelacionadas por un mismo objetivo: proteger a la población frente a contingencias que amenazan con perjudicar los fundamentos mismos de la existencia de los individuos.

Según la Organización Mundial del Trabajo, una definición genérica de la *seguridad social* debería incluir los siguientes programas: a) seguros sociales que comprenden pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia; atención médico

hospitalaria y prestaciones monetarias por riesgos profesionales, enfermedad común y maternidad, prestaciones monetarias por desempleo y asignaciones familiares; b) programas de salud pública o sistemas de salud; c) asistencia social, en términos de transferencias directas a los grupos más vulnerables y no elegibles para las prestaciones del seguro social.

Los principios recién enunciados colocan al individuo y a su familia en el centro del sistema social, limitando las intervenciones del Estado a aquellas instancias en las que resulta inevitable. De tal modo, pueden reducirse a su mínima expresión los conflictos que se presentan entre los objetivos sociales y los económicos, si la política social se plantea de manera que la asistencia subsidiaria de las instituciones de seguridad actúa recién cuando se supera la capacidad de previsión individual.

Si como se señaló la solidaridad y subsidiariedad son los principios básicos de una adecuada política social, se hace necesario precisar sus conceptos. Solidaridad significa brindarse el uno al otro; de ellos dependen los individuos y la comunidad. La solidaridad es una expresión de la naturaleza social del hombre y su objetivo es posibilitar una vida digna para todos. Esta dependencia recíproca de las personas entre sí, como en su relación con las comunidades, propia de su condición humana, es la base sobre la que se formulan las exigencias respecto de las conductas que deben ser consideradas por la política social y que finalmente quedan incorporadas al sistema jurídico en forma de diversos derechos y deberes.

El principal significado de la idea de solidaridad reside en su función de suministrar una teoría sobre la relación entre individuo y conjunto y viceversa, o sea en su función de teoría mediadora entre el individualismo y el colectivismo; en tal sentido es la base socioética en la que se sustenta el principio del Estado Social moderno.

El más importante campo de aplicación del principio de solidaridad es la redistribución solidaria con el fin de lograr un sistema de seguridad social. Lo que se define como redistribución es, en última instancia, el instrumento técnico a través del cual se concreta la ayuda solidaria y su financiamiento.

Este es el sustento iusfilosófico de la ley 23.661, cuya aplicación –complementada por las leyes 24.455 y 24.754- resulta determinante para fundar la decisión de los tribunales en la causa “S/N” en comentario. Así puede leerse en la exposición de motivos de la ley 23.661: ...”las disposiciones que incluye el proyecto están basadas y dan cabal cumplimiento a insoslayables principios de seguridad social que garantizan una más justa distribución de esfuerzos y beneficios del conjunto de la población.

El primero de ellos es la cobertura universal... además de los beneficiarios del sistema actual de obras sociales, incluye a los trabajadores autónomos e incorpora a las personas que se encuentran sin protección médico-asistencial suficiente por carecer de tareas remuneradas. El segundo principio afirmado por el proyecto es el de solidaridad. En primer lugar, cada obra social agente del Seguro Nacional de Salud individualmente consideradas ya se apoya en la solidaridad grupal de los beneficiarios comprendidos por ella.

El Fondo Solidario de Redistribución, formado por los aportes de todas las obras sociales, supone un segundo nivel de solidaridad –más inclusiva- donde quienes más recursos disponen más contribuyen. Además se prevé que una parte de los recursos de dicho fondo sean redistribuidos entre las obras sociales, agentes del seguro de modo automático, en función inversa al promedio de salarios de sus afiliados directos. Así quien menos recaude en razón del nivel retributivo de sus beneficiarios más recibirá del fondo común.

Finalmente, la solidaridad de la Nación entera se hace efectiva a través de los aportes del Tesoro Nacional que el proyecto establece, que servirán especialmente para contribuir a afrontar los gastos que demande extender la cobertura a los hoy desprotegidos”.

Probablemente el mayor desafío para la concreción del principio de solidaridad volcado en la seguridad social, llevados al campo de las políticas y la legislación social, sea proveer un justo equilibrio entre responsabilidades individuales y colectivas, pues la responsabilidad colectiva de las comunidades respecto de sus miembros deben corresponderse con responsabilidades individuales de estos miembros hacia sus comunidades. Y es aquí donde entra a jugar el concepto de *subsidiariedad* , como regla de organización o asignación de competencias: la autoayuda del individuo y la asistencia de las comunidades más pequeñas no estatales, deben tener prioridad frente a la ayuda (“subsidiaria”) de las comunidades más grandes, en particular del Estado.

Subsidiariedad (principio enfatizado por la doctrina social de la Iglesia) significa que queda reservado al ciudadano todo aquello que éste pueda realizar individualmente, en el seno de su familia o en cooperación con otros, con exclusión del estado u otros organismos superiores. Sin embargo, subsidiariedad significa también que las comunidades más importantes –incluido el Estado- tienen que actuar cuando la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad, exceden la capacidad del individuo o las comunidades menores.

Aclarado lo que precede, se puede analizar con mayor nitidez la jurisprudencia citada en este capítulo. Una primera reflexión a tener presente lleva a afirmar que así como en el ámbito de las libertades individuales prevalece la idea de garantía – en orden a la tutela de los principios fundantes del Estado de Derecho-, en el campo de los derechos sociales ha de existir un adecuado equilibrio entre tal garantía y la intervención estatal, traducida en acciones positivas del Estado para la producción de determinados resultados sociales. Sin duda, dicho mandato de actuación positiva alcanza a todos los poderes estatales.

Su observancia a través de la jurisprudencia comentada , puede verificarse con diversos niveles de intensidad.

El Poder Legislativo ha diseñado un plexo normativo –integrado por las leyes 23.660, 23.661, 24.455 y 24754- orientado a asegurar un nivel de prestaciones mínimo que debe recibir todo beneficiario de servicios del Sistema Nacional del Seguro de Salud, como así también todo usuario de entidades que presten servicios de medicina prepaga, en materia de tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de quienes padecen SIDA y/o enfermedades intercurrentes.

Dicha normativa articula los servicios de salud de las obras sociales, de los establecimientos públicos y de los prestadores privados con los alcances de un seguro social basado en los principios de solidaridad y subsidiariedad antes indicados (art. 1° ley 23.661) con el fin de garantizar cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada.

El legislador a completado su propósito de dar respuesta integral a esta grave enfermedad, mediante el dictado de la ley 23.798, que declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA, “entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar la propagación, en primer lugar y la educación de la población” (art.1°)

Luego de establecerse que la autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (art.3°), en el artículo 4° del mismo cuerpo normativo se dispone que las autoridades sanitarias deberán desarrollar programas destinados al cumplimiento de las acciones descriptas en el artículo 1°, gestionando los recursos para su financiación y ejecución, “los que serán solventados por la Nación, imputados a rentas generales y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción” (art.21). Los instrumentos legales reseñados dan cuenta de una labor eficaz por parte del Congreso Nacional, ya que los mismos promueven la solidaridad social, organizada de conformidad con el principio de subsidiariedad, en el marco de las concepciones imperantes en un Estado democrático y social.

Por su parte, los pronunciamientos en ambas instancias del fuero contencioso administrativo federal, en las dos causas examinadas, son ejemplares.

En la causa “Asociación Benghalensis” la jueza de primera instancia ha hecho una interpretación medular en torno a los alcances de la ley 23.798, para dejar claramente establecido el incumplimiento del Ministerio de Salud –como autoridad de aplicación de dicha norma- “colocando en grave riesgo no sólo a los pacientes afectados sino a la comunidad toda”, al violar las disposiciones de la ley en la materia.

Dicha decisión no deja lugar para el intento del Ministerio de minimizar sus obligaciones al afirmar que “sólo administra” el Programa Nacional de Lucha previsto por la ley 23.798, pretendiendo un traslado indebido de su responsabilidad a los centros efectores de la jurisdicción del paciente, en orden a la falta de suministro en forma oportuna y continuada de los medicamentos requeridos.

Ante esta argumentación del organismo estatal demandado, la magistrada sostiene “...aún cuando por hipótesis esa circunstancia pudiera haberse planteado, ello no exime de responsabilidad al Ministerio, quien es el que diseña el plan de distribución y debe, por consiguiente, velar por su correcto cumplimiento, debiendo en su caso haber denunciado a los funcionarios responsables de tal conducta”.. Para desvirtuar la defensa esgrimida, asimismo, señala que “...no puede desconocer el Ministerio que el número de afectados se incrementa permanentemente, y ese incremento se traduce necesariamente en un aumento de los medicamentos requeridos, y que, además, las drogas deben ser suministradas a los pacientes en

forma continua y regular, advirtiéndose desde las mismas comunicaciones emanadas de la accionante, los riesgos que comporta para sus salud la interrupción del tratamiento. De tal forma, el comportamiento que se espera de aquel a quien la ley ha encomendado primariamente la atención de los afectados, es que prevea esa necesidad y envíe en tiempo oportuno la nueva partida de la medicación de que se trate, al efector de la jurisdicción respectiva, para que éste pueda entregarla al paciente a su primer requerimiento, de forma tal que no se produzca interrupción”

.

A su tiempo, la Cámara –al ratificar la resolución de primera instancia – refuerza la apreciación sobre la responsabilidad estatal, fundando el deber de protección de la vida y de la salud –sin perjuicio del basamento legal antedicho- en la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos incorporados a ella, razón por la cual considera violatoria de aquellos derechos, la omisión del Estado de proveer medicamentos a los enfermos de HIV. Ello, es destacable, puesto que es en el campo de los derechos del hombre, aquel en el que mayor es la diferencia entre las normas que los declaran y su efectiva aplicación. La dificultad se verifica en mayor medida en el ámbito de los derechos sociales, pues su protección requiere realizaciones, es decir, una intervención activa del Estado.

A tal fin la interpretación del principio de igualdad como mera exigencia de igualdad formal de las posiciones debe ser sustituida por la aplicación del principio de igualdad material –inherente al Estado social- que conlleva la opción a favor del disfrute efectivo por el mayor número posible de ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por los derechos fundamentales y consecuentemente, la atribución de responsabilidad al Estado con relación a la tarea de procurar el logro de una situación en que esa alternativa se haga realidad.

Se ha dicho que para la eficacia de los derechos humanos la independencia judicial es más importante que el catálogo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.. Tal consideración parece enteramente aplicable al tiempo de apreciar en su real dimensión la importancia del precedente que sienta la jurisprudencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “S/N”, pues allí la decisión judicial circunscribió acertadamente la responsabilidad directa de la obra social con relación a la cobertura de la prestación solicitada por el amparista, por vía de la aplicación de las leyes 23.661, 24.455 y 24754, cuyos contenidos dan cuenta del marco conceptual desarrollado, al tiempo que se estableció claramente la obligación subsidiaria del Estado Nacional, ante el eventual incumplimiento de aquella entidad, en virtud de la responsabilidad preexistente que le asigna la ley 23.798. De este modo se efectiviza el propósito del legislador en orden a la adecuada tutela de los bienes jurídicos comprometidos.

Resta considerar la actitud asumida por el Ministerio de Salud y Acción Social, a través del cual el Estado Nacional resulta demandado. En la primera de las causas comentadas ha quedado suficientemente demostrado el deficiente cumplimiento de su obligación de suministrar regular y oportunamente la medicación destinada al tratamiento de las personas afectadas por HIV. En la segunda, el Estado pretendió restringir su intervención subsidiaria a aquellos supuestos en los que los enfermos carecieran de cobertura médica asistencial, negándose a admitir que configurara un deber a su cargo brindar al accionante los medicamentos recetados, aún ante el incumplimiento de la obra social.

Ello demuestra por parte del Estado una inaceptable renuncia a dar cumplimiento a las obligaciones que el bloque de normas legales y supralegales implicadas le han atribuido en materia de protección de la salud pública. De tal manera, ignora las pautas de idoneidad, rapidez y eficacia que han de caracterizar la gestión del bien común y se aparta de la juridicidad que debe presidir la actuación estatal.

Como ha dicho la Corte Suprema en Expte.S-2867/92 Superintendencia, autos N.XXXIV “Naviero de la Serna de López Helena María c. Bahuoffer Marta Betriz s/recurso de hecho, “si el bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y más pleno de su propia perfección, no es dudoso que una de esas condiciones es la vigencia irrestricta del orden jurídico. Y si la Administración, dentro del Estado, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquel bien, no es tampoco dubitable que ella debe actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico”.

Capítulo IX

UNA PROPUESTA QUE ASEGURA LA PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS A QUIENES LOS NECESITAN

SUMARIO

1. Una propuesta que asegura la provisión de medicamentos a quienes los necesitan

Capítulo IX

“UNA PROPUESTA QUE ASEGURA LA PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS A QUIENES LOS NECESITAN”

* Es conveniente aclarar que la propuesta que se hará en el presente, y que se podría denominar Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos, debería implementarse en forma de ley, sancionada por el Congreso de la Nación, pues esto evitaría que la solución sea temporaria, como se presenta la prevista por el Programa Remediar que no proviene de una ley, sino que se origina en una política de salud implementada por el Ministerio de Salud, supeditada a la existencia de un préstamo por parte del Banco Interamericano de desarrollo, y que tiene vigencia asegurada sólo hasta finales de 2006.

* La norma jurídica propuesta, teniendo en cuenta que la salud no constituye una de las materias delegadas por las provincias al gobierno federal, debería invitar a éstas a adherirse a la norma.

* Los convenios de adhesión celebrados por la Secretaría de Salud de la Nación autorizarían que el Ministerio de Salud de la Nación instale en cada provincia, y dentro de ésta en cada municipio (por convenio entre la provincia y cada uno de sus municipios) una representación en donde recepcionar los pedidos de medicamentos y donde a la vez los mismos sean entregados. De esta manera el ministerio nacional se aseguraría de que los remedios lleguen de manera directa a quienes los reclaman. Representando a la vez esta metodología la vuelta a la centralización en materia de salud, pues el Seguro Nacional de Salud implementado por la ley 23.661 se basa en la descentralización de los servicios sanitarios y hasta el momento no ha mostrado muchos resultados favorables, pues la misma se limitó a transferir los hospitales y centros de atención a las provincias y municipios, con el único objetivo de aliviar el gasto del Estado Nacional, y el resultado fue el aumento de la ineficiencia y la profundización de las inequidades.

* También es necesario mencionar los principios que van a inspirar a la norma propuesta:

- 1) Universalismo: esta idea involucra dos aspectos; el primero concierne a la no discriminación: nadie debe resultar segregado por razones económicas, de edad, tipos de enfermedad o de otra índole. Todas las personas, por la sola calidad de tales, tienen el derecho de que sus demandas legítimas sean atendidas según las posibilidades y medios socialmente disponibles para ello. El segundo aspecto de la universalidad implica que el sistema no debe estar orientado exclusivamente a los grupos carenciados. En ello radica la diferencia entre considerar a la salud como un *derecho* o como un *deber de beneficencia* de ciertos sectores privilegiados que se obligan a ejercer su caridad con los peor situados. En una sociedad democrática la salud es un bien colectivo tanto como individual, de manera que sólo un sistema diseñado sobre bases universalistas puede favorecer una actitud de compromiso por parte de los ciudadanos hacia los bienes públicos.
- 2) Igualdad: Desde la perspectiva de la salud, el principio de la *justa igualdad de oportunidades* puede interpretarse como el deber de ahorrar igualitariamente las circunstancias que malogran la capacidad de estar sano. Para que el sistema refleje este principio, debe estar diagramado de modo tal que ofrezca una atención de carácter integral y no se limite a un mero *decent minimum*, orientado hacia la atención primaria y a servicios curativos de baja complejidad. La salud no es un bien divisible y por ello no puede establecerse un nivel mínimo aceptable; no existe, como afirma Gabriela Vidiella en su libro “Derecho a la salud”⁴⁵, una salud “básica” y otra “superior”. El sistema debe proveer servicios integrales de provisión de medicamentos que contemplen tanto la atención primaria como medicina de media y de alta complejidad.
- 3) Equidad: Una de las características de una sociedad justa es la distribución equitativa tanto de los beneficios como de las cargas sociales. A fin de que la norma planteada sea equitativa, sus beneficios y costos deben estar repartidos entre todos. Una sociedad justa debe aceptar la redistribución de los bienes sociales.

* Para el diseño del Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos, se tomarán las líneas interpretativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Campodónico de Beviacqua Ana c. Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación s/amparo ley 16.986” que establecen que es obligación del estado entregar los medicamentos necesarios para tratar la enfermedad de un menor, pues la familia del mismo no contaba en ese momento con los servicios de su obra social (por rescisión de los convenios que la misma tenía con las asociaciones médicas y farmacéuticas prestatarias) y tampoco poseía la familia los medios necesarios para poder comprar los remedios requeridos. Igual criterio se repite en la causa “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo ley 16.986 resuelta por el Máximo tribunal el 1º de junio de 2000, donde se establece la “impostergable obligación que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas (en el caso entrega de remedios para tratar el HIV), sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. También resulta útil recoger la decisión de la Cámara Nacional de apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II en el caso “S/N c. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley

⁴⁵ Vidiella G. Derecho a la salud. 1ºed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires: 2000

16.986”que condenó a la obra social OSDE a la que pertenecía el actor a entregarle los medicamentos necesarios para el tratamiento del SIDA, pero además ordenó que sea el Estado Nacional, el que se ocupe de la entrega en cuestión frente a la imposibilidad cierta y acreditada por OSDE de proveer los remedios.

Se está haciendo alusión en estos pronunciamientos citados al principio de *subsidiariedad* que también es necesario implementar en el proyecto que en este trabajo se propone, en síntesis muy apretada este principio significa que queda reservado al ciudadano todo aquello que éste pueda realizar individualmente, en el seno de su familia o en cooperación con otros, con exclusión del Estado u otros organismos superiores. Sin embargo *subsidiariedad* significa también que las comunidades más importantes – incluido el Estado- tienen que actuar cuando la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda sociedad, exceden la capacidad del individuo o de las comunidades menores. Esta doble significación aplicada al tema de la provisión de medicamentos, implica que los individuos ya sea individualmente o en cooperación con otros y con exclusión del Estado, deben procurarse por sus medios o a través de las obras sociales los remedios, pero si la capacidad individual o la de las obras sociales se ven excedidas será el Estado el que deberá actuar para satisfacer dichas exigencias.

* El Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos, debe tener como fin procurar a través de la provisión de medicamentos (siempre que hayan sido autorizados como tales para ser comercializados y aplicados a la medicina humana por el Ministerio de Salud), el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural, geográfica, de sexo o de edad y sin atender al tipo de patología que presenten.

Se cumpliría de esta forma con el principio de universalidad, pues no se hacen discriminaciones de ningún tipo en orden al goce efectivo del derecho a la salud a través de la posibilidad de recibir los medicamentos necesarios para tratar cualquier tipo de enfermedad.

* El sistema debe tener como objetivo fundamental la provisión gratuita, universal e igualitaria de medicamentos destinados al tratamiento de todas las enfermedades conocidas y a conocerse que integren lo que se denomina atención primaria de la salud, pero también entregará los fármacos necesarios para el tratamiento de las enfermedades de media y alta complejidad.

Esta idea está pensada en función del *principio de igualdad* porque se está apuntando a todas las clases de enfermedades, sin importar que pertenezcan a la atención primaria de la salud, o a la de media o alta complejidad, escapando así a la idea del *decent minimun* orientado a la atención primaria de la salud.

* El sistema deberá adecuar sus acciones a las políticas que se dicten e instrumenten a través del Ministerio de Salud de la Nación.

* Deberían ser destinatarios del Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos:

- a) Las personas que no cuenten con obra social o cobertura privada y demuestren de acuerdo a lo que en ésta ley se establezca, que carecen de medios económicos

para proveerse los remedios que necesitan para tratar las enfermedades de que sufran, cuyo diagnóstico también debe ser acreditado según los preceptos de esta norma.

- b) Las personas que siendo afiliadas a una obra social demuestren que la misma está imposibilitada por el motivo que sea de brindarle los medicamentos, quedando dichas entidades a disposición de la ANSSAL (Administración Nacional del Seguro de Salud) para la aplicación de las sanciones que le correspondan por el incumplimiento.

Se incluyen dentro de este Sistema de Provisión de Medicamentos a las personas que no tienen obra social y carecen de medios para adquirir los remedios que necesitan porque son ellas las únicas que han que dado desamparadas, pues los afiliados a las obras sociales previstas en la ley 23.660, encuentran en éstas su cobertura. Quienes cuentan con los servicios de la medicina prepaga también tienen asegurada la provisión de medicamentos. Pero quienes no tienen obra social quiere decir que carecen de una tarea remunerada o por lo menos de una tarea que se desarrolle de acuerdo a las leyes laborales y previsionales, y si tampoco tienen plan de medicina prepaga quedan sin ninguna garantía que les asegure que cuando se enfermen van a poder contar con remedios para curarse, esto es así porque aunque la ley 23.661 establezca el Seguro Nacional de Salud también para aquellos que no tienen cobertura social de ningún tipo, lo cierto es que el mencionado seguro no contiene previsión alguna acerca de la entrega de fármacos a éstas personas.

Las personas afiliadas a obras sociales que (por cualquier problema que tengan) no cubran parcial o totalmente el costo del remedio también son incorporadas en el Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos, porque quedan en iguales condiciones, aunque sea temporalmente, que quienes no poseen cobertura social.

La inclusión de las personas mencionadas responde al ya comentado principio de subsidiariedad del accionar del Estado, el cual actúa a través de esta ley cuando queda superada la capacidad de previsión de los individuos o de las comunidades menores.

* La autoridad de aplicación del Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos debería ser la Secretaría de Salud de la Nación. En cuyo ámbito podría funcionar la Dirección del Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos,

*Dicha Dirección del Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos estaría a cargo de un presidente, designado por el Poder Ejecutivo nacional a propuesta del Ministerio de Salud de la Nación, y un directorio integrado por cuatro directores. Uno de los cuales será designado a través de una votación directa que harán los representantes de los distintos laboratorios autorizados por el Ministerio de Salud de la Nación para la elaboración, distribución y/o comercialización de fármacos destinados a la medicina humana que operen en el país. Otro de los directores será designado por votación directa que se haga en los distintos colegios que nuclean en nuestro país a los profesionales médicos. Y los otros dos directores serán designados por votación directa que efectúen los directores de los distintos hospitales y efectores públicos de salud, ya sean nacionales, provinciales o municipales.

* Correspondería al presidente:

- a) Representar a la Dirección Nacional de Provisión de medicamentos en todos sus actos.
- b) Ejercer las funciones, facultades y atribuciones y cumplir con los deberes y obligaciones establecidos en la presente ley, su reglamentación y disposiciones que la complementen.
- c) Convocar y presidir las reuniones de directorio en las que tendrá voz y voto el que prevalecerá en caso de empate.
- d) Adoptar todas las medidas que siendo competencia del Directorio no admitan dilación sometiéndolas a la consideración de la sesión inmediata.

* Correspondería al Directorio:

- a) Dictar su propio reglamento.
- b) Intervenir en la elaboración del presupuesto anual de gastos, cálculo de recursos y cuenta de inversiones y elaborar la memoria y balance al finalizar cada ejercicio.
- c) Asignar los recursos.

* Todas las personas que soliciten medicamentos ante el Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos deberían acreditar la enfermedad que padecen mediante resumen de historia clínica expedido por un hospital u otro efector público, adjuntando la prescripción médica que indique detalladamente las drogas y las dosis indicadas así como el tiempo estimado de tratamiento.

* Las personas que carezcan de obra social, deberían demostrarlo mediante certificado expedido por la ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social) que asegure que ese individuo no tiene cobertura médica por la seguridad social. Y deberán acreditar que carecen de medios económicos para comprar los medicamentos a través de una encuesta social realizada por el Servicio Social del hospital u efector público donde se atiende. Además deberán presentar certificado expedido por el PAMI (Obra social de jubilados y pensionados) que exprese que la persona no recibe pensión por invalidez o incapacidad, y/o no es beneficiario de jubilación alguna).

* Aquellas personas que aleguen ser afiliadas a una obra social, la cual no pueda a ese momento proveer el remedio, deberán acreditar que efectivamente están afiliadas a una determinada obra social mediante certificado expedido por la ANSES que así lo acredite y deberá adjuntar la respuesta por escrito dada por la obra social en relación con la negativa a proveer los remedios y los motivos de ese acto.

* Los certificados referidos que deba entregar la ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social) serán expedidos a través de consultas informáticas que podrán ser hechas desde cada uno de los Centros Nacionales de Provisión de Medicamentos. Igual método se implementará con respecto a los certificados que deba expedir el PAMI.

Este sistema informático conectaría las bases de datos de la ANSES y del PAMI con el sistema informático del Sistema Nacional de Provisión de medicamentos, para evitar los retrasos y los costos que suelen significar para los enfermos tener que acercarse hasta las sedes de dichos organismos para realizar cualquier trámite.

* La adquisición de los medicamentos necesarios para cubrir las demandas del Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos, debería efectuarse por medio de licitaciones públicas que garanticen al Estado la mejor calidad al precio más justo.

* El financiamiento de éste sistema se cubrirá con las partidas que individualizadas a este respecto se incluyan en el presupuesto nacional en el ítem Ministerio de Salud.

Otra forma de financiamiento posible sería a través de contribuciones hechas sobre un determinado porcentaje de las ventas hechas por los laboratorios que elaboren, distribuyan o comercialicen remedios en Argentina, pues son quienes a la vez se van a favorecer con las licitaciones públicas que va tener que hacer el Ministerio de Salud para adquirir los medicamentos que demande el Sistema Nacional de Provisión de Medicamentos.

Podría, además, disponerse algún tipo de aporte financiero por parte de cada una de las jurisdicciones que se adhieran al Sistema. Dicho aporte podría hacerse efectivo, por ejemplo, a través de personal remunerado por las provincias para atender los Centros de Provisión de medicamentos que instale la Subsecretaría de Salud de la Nación en aquellas.

Esta sería en síntesis la propuesta para que cada habitante de la república Argentina pueda tener acceso a los fármacos que necesita para tratar las patologías que lo aquejan, a través de la cual podría comenzar a hacerse efectivo el goce del derecho a la salud que tan ampliamente consagran los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional del artículo 75 inciso 22 segundo párrafo de la Carta Magna.

APÉNDICE

- LEY 23.661
- LEY 24. 455
- LEY 24.754
- LEY 25.649 Y DECRETO REGLAMENTARIO 1855/2002
- LEY 23.798 Y DECRETO REGLAMENTARIO 1244/91

LEY 23.661

SISTEMA NACIONAL DE SEGURO DE SALUD

Creación

Sanc. 29/12/1988; promul. 5/1/1989; publ. 20/1/1989

El Senado y la Cámara de diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de ley:

CAPITULO I:

AMBITO DE APLICACIÓN:

Art. 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.

Art. 2 El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer al 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.

Art. 3 El seguro adecuará sus acciones a las políticas que se dicten e instrumenten a través del Ministerio de Salud y Acción Social.

Dichas políticas estarán encaminadas a articular y coordinar los servicios de salud de las obras sociales, de los establecimientos públicos y de los prestadores privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país. Se orientarán también a asegurar adecuado control y fiscalización por parte de la comunidad y afianzar

los lazos y mecanismos de solidaridad nacional que dan fundamento al desarrollo de un seguro de salud.

Art. 4 La Secretaría de Salud de la Nación promoverá la descentralización progresiva del seguro en las jurisdicciones provinciales, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

A ese efecto, las funciones, atribuciones y facultades que la presente ley otorga a la Secretaría de Salud de la Nación y a la Administración Nacional del Seguro de Salud podrán ser delegadas en las aludidas jurisdicciones mediante la celebración de los convenios correspondientes.

CAPITULO II: DE LOS BENEFICIARIOS

Art.5 Quedan incluidos en el seguro:

- a) Todos los beneficiarios comprendidos en la ley de obras sociales;
- b) Los trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones, con las condiciones, modalidades y aportes que fije la reglamentación y el respectivo régimen legal complementario en lo referente a la inclusión de productores agropecuarios.
- c) Las personas que con residencia permanente en el país, se encuentren sin cobertura médico-asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales, en las condiciones y modalidades que fije la reglamentación.

Art.6 El personal dependiente de los gobierno provinciales y sus municipalidades y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito no serán incluidos obligatoriamente en el seguro. Sin embargo podrá optarse por su incorporación parcial o total al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión.

Los organismos que brinden cobertura asistencial al personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y el organismo que brinde cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación y/o a los jubilados de dichos ámbitos podrán optar por su incorporación total o parcial al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión.

CAPITULO III DE LA ADMINISTRACIÓN DEL SEGURO

Art. 7 La autoridad de aplicación del seguro será la Secretaría de Salud de la Nación. En su ámbito funcionará la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), como entidad de derecho privado con personalidad jurídica y autárquica individual, financiera y administrativa.

En tal carácter está facultada para ejecutar el ciento por ciento (100%) de los ingresos genuinos que perciba.

La fiscalización financiera patrimonial de la Administración Nacional del Seguro de Salud, prevista en la Ley de Contabilidad, se realizará exclusivamente a través de las rendiciones de cuentas y estados contables, los que serán elevados mensualmente al Tribunal de Cuentas de la Nación.

Art. 9 La ANSSAL tendrá la competencia que le atribuye la presente ley en lo concerniente a los objetivos del seguro, promoción e integración del desarrollo de las prestaciones de salud y la conducción y supervisión del sistema establecido.

Art. 10 La ANSSAL estará a cargo de un Directorio integrado por un (1) presidente y catorce (14) directores. El presidente tendrá rango de subsecretario y será designado por el Poder Ejecutivo Nacional, a propuesta del Ministerio de Salud y Acción Social. Los directores serán siete (7) en representación del Estado Nacional, cuatro (4) en representación de los trabajadores organizados en la Confederación General del Trabajo, uno (1) en representación de los jubilados y pensionados, uno (1) en representación de los empleadores y uno (1) en representación del Consejo Federal de Salud. Este último tendrá como obligación presentar, como mínimo dos (2) veces al año, un informe sobre la gestión del seguro y la administración del Fondo Solidario de Redistribución.

Los directores serán designados por la Secretaría de Salud de la Nación, en forma directa para los representantes del Estado, a propuesta de la Confederación General del Trabajo los representantes de los trabajadores organizados, el del Consejo Federal de Salud a propuesta del mismo, y a propuestas de las organizaciones que nuclean a los demás sectores, de acuerdo con el procedimiento que determine la reglamentación.

Art. 11 Los directores durarán en sus funciones dos (2) años en sus funciones, podrán ser nuevamente designados por otros períodos de ley y gozarán de la retribución que fije el Poder Ejecutivo Nacional.

Deberán ser mayores de edad, no tener inhabilidades ni incompatibilidades civiles o penales. Serán personal y solidariamente responsables por los actos y hechos ilícitos en que pudieran incurrir con motivo y en ocasión del ejercicio de sus funciones.

En caso de ausencia o impedimento del presidente, será reemplazado por uno de los directores estatales, según el orden de prelación de su designación.

Art. 12 Corresponde al presidente:

- a) Representar a la ANSSAL en todos sus actos;
- b) Ejercer las funciones, facultades y atribuciones y cumplir con los deberes y obligaciones establecidos en la presente ley, su reglamentación y disposiciones que la complementen;
- c) Convocar y presidir las reuniones del Directorio en las que tendrá voz y voto el que prevalecerá en caso de empate.
- d) Invitar a participar, con voz pero sin voto, a un representante de sectores interesados, no representados en el Directorio, cuando se traten temas específicos de su área de acción;

- e) Convocar y presidir las reuniones del Consejo Asesor y de la Comisión Permanente de Concertación, que crea la presente ley;
- f) Aplicar apercibimientos y multas de hasta cuatro (4) veces el monto mínimo, según lo establecido en el art. 43 de la presente ley;
- g) Intervenir en lo atinente a la estructura orgánica funcional y dotación de personal del organismo;
- h) Adoptar todas las medidas que, siendo competencia del Directorio, no admitan dilación, sometiéndolas a la consideración en la sesión inmediata;
- i) Delegar funciones en otros miembros del Directorio o empleados superiores del organismo.

Art. 13 Corresponde al Directorio:

- a) Dictar su reglamento interno;
- b) Intervenir en la elaboración del presupuesto anual de gastos, cálculo de recursos y cuenta de inversiones y elaborar la memoria y balance al finalizar cada ejercicio;
- c) Designar a los síndicos y fijarles remuneración;
- d) Asignar los recursos del Fondo Solidario de redistribución dictando las normas para el otorgamiento de subsidios, préstamos y subvenciones;
- e) Intervenir en la elaboración y actualización de los instrumentos utilizados para la regulación de efectores y prestadores;
- f) Dictar las normas que regulen las distintas modalidades en las relaciones contractuales entre los agentes del seguro y los prestadores;
- g) Autorizar inscripciones y cancelaciones en el Registro Nacional de Agentes del Seguro;
- h) Aplicar las sanciones previstas en el art. 43 de la presente ley;
- i) Delegar funciones en el presidente por tiempo determinado;
- j) Aprobar la estructura orgánica funcional, dictar el estatuto, escalafón y fijar la retribución de los agentes de la ANSSAL;
- k) Designar, promover, remover y suspender el personal de la Institución.

Art. 14 En el ámbito de la ANSSAL, funcionará un Consejo Asesor que tendrá por cometido asesorarlo sobre los temas vinculados con la organización y funcionamiento del seguro y proponer iniciativas encuadradas en sus objetivos fundamentales.

Estará integrado por los representantes de los agentes del seguro, de las entidades adherentes inscriptas como tales, de las entidades representativas mayoritarias de los prestadores y representantes de las jurisdicciones que hayan celebrado los convenios que establece el art. 48.

Podrán integrarlo representantes de sectores interesados, no representados en el Directorio de la ANSSAL, a propuesta del propio Consejo Asesor, con el carácter y en las condiciones que determine la reglamentación.

Los integrantes del Consejo Asesor no percibirán remuneración por parte de la ANSSAL.

CAPITULO IV: DE LOS AGENTES DEL SEGURO

Art. 15 Las obras sociales comprendidas en la ley de obras sociales serán agentes naturales del seguro, así como aquellas obras sociales que adhieran al régimen de la presente ley.

Art. 16 Las entidades mutuales podrán integrarse al seguro, suscribiendo los correspondientes convenios de adhesión con la Secretaría de salud de la Nación. En tal caso las mutuales se inscribirán en el Registro nacional de Agentes del Seguro. Tendrán las mismas obligaciones, responsabilidades y derechos que los demás agentes del seguro que tienen respecto de sus beneficiarios y del sistema.

Art. 17 La ANSSAL, llevará un Registro Nacional de Agentes del Seguro, en el que inscribirá:

- a) A las asociaciones comprendidas en la ley de obras sociales;
- b) A las asociaciones de obras sociales;
- c) A otras obras sociales que adhieran al régimen de la presente ley;
- d) A las entidades mutuales inscriptas en las condiciones del artículo anterior.

Formalizada la inscripción, expedirá un certificado que acredita la calidad de agente del seguro.

La inscripción habilitará al agente para aplicar los recursos destinados a las prestaciones de salud, previstos en la ley de obras sociales.

Art. 18 Los agentes del seguro, cualquiera sea su naturaleza, dependencia y forma de administración, deberán presentar anualmente a la ANSSAL para su aprobación, en el tiempo y forma que establezca la reglamentación:

- a) El programa de prestaciones médico-asistenciales para sus beneficiarios;
- b) El presupuesto de gastos y recursos para la ejecución del mencionado programa.

La ANSSAL resolverá dentro de los treinta (30) días hábiles inmediatos a su presentación la aprobación, observaciones o rechazo de las proporciones referidas en los

incisos precedentes. Transcurrido el plazo antes señalado sin resolución expresa, se considerarán aprobadas las propuestas.

Asimismo deberán enviar para conocimiento y registro de la ANSSAL:

- 1) La memoria general y balance de ingresos y egresos financieros del periodo anterior;
- 2) Copia legalizada de todos los contratos de prestaciones que celebre durante el mismo periodo.

Art. 19 La ANSSAL designará síndicos que tendrán por cometido la fiscalización y control de los actos de los órganos y funcionarios de los agentes del seguro vinculados con el cumplimiento de las normas y disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

Estas sindicaturas serán colegiadas y cada una de ellas podrá abarcar más de un agente del seguro.

Su actuación será rotativa con un máximo de cuatro años de funciones en un mismo agente del seguro.

Los síndicos podrán ser removidos por la ANSSAL y percibirán la remuneración que la misma determine, con cargo a su presupuesto.

La ANSSAL establecerá las normas referidas a las atribuciones y funcionamiento de la sindicatura.

Art. 20 Las resoluciones de los órganos de conducción deberán ser notificados a la sindicatura dentro de los cinco (5) días hábiles de producidas. Esta en igual plazo deberá expedirse y en caso de efectuar observaciones las mismas deberán ser fundadas y podrán ser recurridas ante la ANSSAL de acuerdo al siguiente procedimiento:

1. En el término de cinco (5) días hábiles subsiguientes a la notificación de la observación, el agente del seguro elevará a la ANSSAL la actuación observada y los fundamentos para su insistencia, sin que ello implique la suspensión de la ejecutoriedad de la resolución cuestionada.
2. El Directorio de la ANSSAL deberá resolver la cuestión planteada dentro de los diez (10) días hábiles de recepcionadas las actuaciones, notificando al agente la decisión adoptada, la que será irrecurrible en sede administrativa.

Vencido el plazo antes mencionado, y no mediando resolución expresa, quedará firme el acto observado.

La sindicatura podrá asistir a las sesiones del órgano conductivo del agente del seguro, con voz pero sin voto, y sus opiniones deberán constar en las respectivas actas.

**CAPITULO V:
DE LA FINANCIACION**

Art. 21 El Sistema Nacional del Seguro de salud, para garantizar las prestaciones a que se refiere el art. 2 de la presente ley, contará con:

- a) La cobertura de prestaciones que tienen que dar a sus beneficiarios las obras sociales, a la que destinarán como mínimo el ochenta por ciento (80%) de sus recursos brutos en los términos del art. 5 de la ley de obras sociales, que a tal fin serán administrados y dispuestos por aquellos;
- b) Los aportes que se determinen en el presupuesto General de la Nación, discriminados por jurisdicción adherida, y los de éstas, con destino a la incorporación de la población sin cobertura y carente de recursos. A tal efecto, y a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, se creará en el ámbito de la Secretaría de salud de la Nación dependiente del Ministerio de salud y acción Social, una cuenta especial, a través de la cual se recepcionarán las contribuciones del tesoro Nacional con destino al Fondo Solidario de Redistribución, como contrapartida de lo que las jurisdicciones adheridas aporten en igual sentido en sus respectivos ámbitos, dándose apertura a las partidas necesarias en el presupuesto de gastos de dicha secretaría.

La base de cálculo que deberá tenerse en cuenta en la elaboración del Presupuesto General de la Nación para dotar de recursos a la cuenta antes indicada, será el equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor promedio del ingreso de aportes y contribuciones que, por cada beneficiario obligado, recibieran las obras sociales de las jurisdicciones adheridas durante sus respectivos ejercicios presupuestarios del año inmediato anterior, a valores constantes, multiplicado por la población sin cobertura y carente de recursos que estime cubrir en sus respectivos ámbitos por periodo presupuestario. El cincuenta por ciento (50%) que corresponde aportar a las jurisdicciones adheridas se considerará cumplido con lo invertido en sus presupuestos de salud para atención de carenciados de sus respectivos ámbitos. En dicho presupuesto deberá individualizarse la partida destinada para atender carenciados.

El convenio de adhesión previsto en el art. 48, siguientes y concordantes establecerá, a su vez, la responsabilidad de las partes y los mecanismos de transferencias;

- c) El aporte del Tesoro Nacional que, según las necesidades adicionales de financiación del seguro, determine el Presupuesto General de la Nación;
- d) Con las sumas que ingresen al Fondo Solidario de Redistribución.

Artt 22 En el ámbito de la ANSSAL funcionará bajo su administración y como cuenta especial un Fondo Solidario de Redistribución que se integrará con los siguientes recursos:

a) (Texto según decreto 486/2002). El quince por ciento (15%) o el diez por ciento (10%), respectivamente, de la suma de las contribuciones y los aportes que prevén los incisos a) y b) del art. 16 de la ley 23.660 –según se supere o no el tope de la remuneraciones brutas mensuales de pesos un mil (\$1000) inclusive-. Para las Obras Sociales del Personal de Dirección y de las Asociaciones Profesionales de Empresarios el porcentaje mencionado precedentemente será del veinte por ciento (20%) o del quince por ciento (15%), respectivamente, según se supere o no la retribución mencionada.

a) (Texto según decreto 446/2000). El diez por ciento (10%) de la suma de las contribuciones y los aportes que prevén los incisos a) y b) del art. 16 de la ley 23.660, de los sueldos de hasta pesos setecientos (\$700) mensuales inclusive; el quince por ciento (15%) de la suma de la contribución y los aportes que prevén los

incisos a) y b) del art. 16 23.660, de los sueldos superiores a pesos setecientos (\$700) y hasta pesos mil quinientos (\$1.500), inclusive, y el veinte por ciento (20% de la suma de la contribución y los aportes que prevén los incisos a) y b) del art. 16 de la ley 23.660, de los sueldos superiores a pesos mil quinientos (\$1.500).

a) (Texto originario) El diez por ciento (10%) de la suma de las contribuciones y aportes que prevén los incisos a) y b) del art. 16 de la ley de obras sociales. Para las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios el porcentaje mencionado precedentemente será del 15 por ciento (15%) de dicha suma de contribuciones y aportes.

b) El cincuenta por ciento (50%) de los recursos de distinta naturaleza a que se refiere la última parte del art. 16 de la ley de obras sociales;

c) Los reintegros de los préstamos a que se refiere el art. 24 de la presente ley;

d) Los montos reintegrados por apoyos financieros que se revoquen con más su actualización e intereses;

e) El producido de las multas que se apliquen en virtud de la presente ley;

f) Las rentas de las inversiones efectuadas con recursos del propio fondo;

g) Los subsidios, subvenciones, legados y donaciones y todo otro recurso que corresponda ingresar al Fondo Solidario de Redistribución;

h) Los aportes que se establezcan en el Presupuesto General de la Nación, según lo indicado en los incisos b) y c) del art. 21 de la presente ley;

i) (derogado por ley 24.189). Con el cinco por ciento (5%) de los ingresos que por todo concepto, perciba el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados;

J) Los aportes que se convengan con las obras sociales de las jurisdicciones, con las asociaciones mutuales o de otra naturaleza que adhieran al sistema;

k) Los saldos del Fondo de Redistribución creado por el art. 13 de la ley 22.269, así como los créditos e importes adeudados al mismo.

Art. 23 La recaudación y fiscalización de los aportes, contribuciones y recursos de otra naturaleza destinados al Fondo Solidario de Redistribución lo hará la ANSSAL directamente o a través de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional, conforme a lo que determine la reglamentación, sin perjuicio de la intervención de organismos provinciales o municipales, que correspondieren.

En caso de que la recaudación se hiciera por la Dirección Nacional de Recaudación Previsional, la ANSSAL podrá controlar y fiscalizar directamente a los obligados el cumplimiento del pago con el Fondo Solidario de Redistribución.

Art. 24 (Texto según decreto 1140/2000). Los recursos del Fondo Solidario de Redistribución serán destinados por la Superintendencia de Servicios de Salud a:

a) Atender los gastos administrativos y de funcionamiento de la Superintendencia de Servicios de Salud, con el tres por ciento (3%) de la totalidad de los recursos del mencionado fondo en cada periodo presupuestario.

b) Subsidiar automáticamente a aquellos beneficiarios que, por todo concepto, perciban menores ingresos, con el propósito de equiparar sus niveles de cobertura obligatoria, según establezca la reglamentación.

c) La cobertura de prestaciones médicas especiales de alta complejidad o elevados costo y baja frecuencia de utilización y las de discapacidad. Se distribuirá, automáticamente, entre los agentes del seguro que lo soliciten y que cumplan con los requisitos técnicos y financieros para garantizar la cobertura de dichas prestaciones, un monto mínimo de pesos uno (\$1) mensual por beneficiario.

d) Supletoriamente, constituir reservas líquidas destinadas a atender posibles desequilibrios financieros originados por la mora en los aportes y contribuciones del sistema.

e) El eventual excedente del Fondo Solidario de Redistribución permanecerá en el Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Art. 24 (Texto según decreto 446/2000). Los recursos del Fondo Solidario de Redistribución serán destinados por la Superintendencia de Servicios de Salud a:

a) Ala contratación de seguros que cubran las contingencias derivadas de las prestaciones médicas especiales de alta complejidad o de elevado costo y baja frecuencia de utilización;

b) A subsidiar automáticamente a aquellos beneficiarios que, por todo concepto, perciban menores ingresos, con el propósito de equiparar sus niveles de cobertura obligatoria, según establezca la reglamentación.

Art. 24 (Texto originario). Los recursos del Fondo Solidario de Redistribución serán destinados por la ANSSAL:

a) Los establecidos en el inciso b) del art. 21 de la presente ley, para brindar apoyo financiero a las jurisdicciones adheridas, con destino a la incorporación de las personas sin cobertura y carentes de recursos, de conformidad con lo establecido en el art. 49 inciso b) de la presente ley;

b) Los demás recursos:

1. Para atender los gastos administrativos y de funcionamiento de la ANSSAL con un límite de hasta el cinco por ciento (5%), que podrá ser elevado hasta el seis por ciento (6%) por decreto del Poder Ejecutivo, en cada período presupuestario, a propuesta fundada del Directorio de la ANSSAL.

2. Para su distribución automática entre los agentes en un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%), deducidos los recursos correspondientes a los gastos administrativos y de funcionamiento de la ANSSAL, con el fin de subsidiar a aquellos que por todo concepto, perciban menores ingresos promedio por beneficiario obligado, con el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria, según la reglamentación que establezca la ANSSAL.

3. Para apoyar financieramente a los agente del seguro, en calidad de préstamos, subvenciones y subsidios, de conformidad con las normas que la ANSSAL dicte al efecto.

4. Para la financiación de planes y programas de salud destinados a los beneficiarios del seguro.

5. Los excedentes del fondo correspondiente a cada ejercicio serán distribuidos entre los agentes del seguro en proporción a los montos con que hubieran contribuido durante el mismo periodo, en las condiciones que dicte la ANSSAL y exclusivamente para ser aplicados al presupuesto de prestaciones de salud.

CAPITULO VI: DE LAS PRESTACIONES DEL SEGURO

Art.25 Las prestaciones del seguro serán otorgadas de acuerdo con las políticas nacionales de salud, las que asegurarán la plena utilización de los servicios y capacidad instalada existente y estarán basadas en la estrategia de la atención primaria de la salud y la descentralización operativa, promoviendo la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios, donde ello fuera posible.

Art. 26 Los agentes del seguro mantendrán y podrán desarrollar los servicios propios existentes en la actualidad. Para desarrollar mayor capacidad instalada deberán adecuarse a las normativas que la ANSSAL y la Secretaría de Salud de la Nación establezcan.

Asimismo articularán sus programas de prestaciones médico-asistenciales con otras entidades del seguro, procurando su efectiva integración en las acciones de salud con las autoridades sanitarias que correspondan. En tal sentido, los servicios propios de los agentes del seguro estarán disponibles para los demás beneficiarios del sistema, de acuerdo con las normas generales que al respecto establezca la Secretaría de Salud de la Nación o el Directorio de la ANSSAL, y las particulares de los respectivos convenios.

Art. 27 Las prestaciones de salud serán otorgadas por los agentes del seguro según las modalidades operativas de contratación y pago que normatice la ANSSAL de conformidad a lo establecido en los arts.13 inc. F) y 35 de esta ley, las que deberán asegurar a sus beneficiarios servicios accesibles, suficientes y oportunos.

Art. 28 Los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran.

Art. 28 La ANSSAL llevará un Registro Nacional de Prestadores que contraten con los agentes del seguro, que será descentralizado progresivamente por jurisdicción, a cuyo efecto la ANSSAL convendrá la delegación de sus atribuciones en los organismos que correspondan. La inscripción en dicho registro será requisito indispensable para que los prestadores puedan celebrar contrato con agentes del seguro.

Deberán inscribirse en el Registro Nacional de Prestadores:

a) Las personas físicas, individualmente o asociadas con otras;

b) Los establecimientos y organismos asistenciales públicos y privados;

c) Las obras sociales, agentes del seguro, cooperativas y mutualidades que posean establecimientos asistenciales;

d) Las asociaciones que representen a profesionales de la salud o a establecimientos asistenciales que contraten servicios en nombre de sus miembros;

e) Las entidades y asociaciones privadas que dispongan de recursos humanos y físicos y sean prestadores de servicios médico-asistenciales.

Cada prestador individual, sea persona física, establecimiento o asociación, no podrá figurar más de una vez en el registro.

No podrán inscribirse en el registro ni recibir pago por prestaciones otorgadas al seguro, las personas o entidades que ofrezcan servicios a cargo de terceros.

Art.30 Los hospitales y demás centros asistenciales dependientes de la Ciudad de Buenos Aires y del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, se incorporarán al seguro de calidad de prestadores, en las condiciones que determine la reglamentación.

Art.31 La Secretaría de Salud de la Nación establecerá las definiciones y normas de acreditación y categorización para profesionales y establecimientos asistenciales sobre cuya base la ANSSAL fijará los requisitos a cumplir por parte de las personas o entidades que se inscriban en el Registro Nacional de Prestadores.

La aplicación de dichas normas así como su adaptación a las realidades locales, serán convenidas por la Secretaría de Salud de la Nación con las jurisdicciones adheridas.

Art. 32 La inscripción en el Registro Nacional de Prestadores implicará para los prestadores la obligación de respetar las normas y valores retribuidos que rijan las contrataciones con los agentes del seguro, mantener la prestación del servicio en las modalidades convenidas durante el lapso de inscripción y por un tiempo adicional de sesenta (60) días corridos y ajustarse a las normas que en ejercicio de sus facultades, derechos y atribuciones establezca la ANSSAL:

Art. 33 Las prestaciones de salud garantizadas por la presente ley que sean comprometidas por los prestadores de servicio durante el lapso y según las modalidades convenidas con los agentes del seguro, se considera servicio de asistencia social de interés público.

La interrupción de las prestaciones convenidas –sin causa justificada- se considerará infracción en los términos del inc. B) del art. 42 de la presente ley.

Art. 34 La Secretaría de Salud de la Nación aprobará las modalidades, los nomencladores y valores retributivos para la contratación de las prestaciones de salud, los que serán elaborados por la ANSSAL.

Art. 35 A los fines dispuestos precedentemente, funcionará en el ámbito de la ANSSAL la Comisión Permanente de Concertación, que será presidida por uno de sus directores e integrada por representantes de los agentes del seguro y de las entidades representativas mayoritarias de los prestadores en el ámbito nacional o provincial, cuyo número y proporción fijará el Directorio de la ANSSAL.

La Comisión Permanente de Concertación participará en la elaboración de las normas y procedimientos a que se ajustará la prestación de servicios y las modalidades y valores retributivos.

La ANSSAL dictará el reglamento de funcionamiento de la citada comisión, el que preverá la constitución de subcomisiones y la participación de la autoridad sanitaria correspondiente.

En los casos que la Comisión Permanente de Concertación deba considerar aspectos relativos a distintas ramas profesionales y actividades de atención de salud podrá integrar, con voz pero sin voto, al correspondiente representante para el tratamiento del tema.

La Comisión Permanente de Concertación funcionará como paritaria periódica a los efectos de la actualización de los valores retributivos.

Art.36 La política en materia de medicamentos será implementada por el Ministerio de Salud y Acción Social de acuerdo con las atribuciones que al efecto determina la legislación vigente.

Art.37 Las normas referidas al régimen de prestaciones de salud del seguro serán de aplicación para las entidades, mutuales que adhieran al régimen de la presente ley.

CAPITULO VII:

DE LA JURISDICCIÓN; INFRACCIONES Y PENALIDADES

Art. 38 La ANSSAL y los agentes estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fuesen actoras. El sometimiento de los agentes del seguro a la justicia ordinaria estará limitado a su actuación como sujeto de derecho en los términos dispuestos por la ley de obras sociales.

Art. 39 La ANSSAL y los agente del seguro estarán exentos del pago de tasas y contribuciones nacionales y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El Poder Ejecutivo Nacional gestionará una exención similar de los gobiernos provinciales.

Art.40 A instancia de la ANSSAL, previo traslado por diez (10) días hábiles al agente del seguro cuestionado, la Secretaría de Salud de la Nación podrá requerir al Poder Ejecutivo Nacional la intervención de la entidad cuando se produzca en ella acciones u omisiones que por su carácter o magnitud impidan o alteren su funcionamiento en cuanto a las prescripciones de la presente ley. Al mismo tiempo la ANSSAL deberá disponer los mecanismos sumarios que permitan la continuidad y normalización de las prestaciones de salud.

Art. 41 Será reprimido con prisión de un mes a seis años el obligado que dentro de los quince (15) días corridos de intimado formalmente no depositare los importes previstos en los incisos b), d) y e) del art. 19 de la ley de obras sociales, destinados al Fondo Solidario de Redistribución.

Cuando se tratare de personas jurídicas, sociedades, asociaciones y otras entidades de derecho privado, fallidos o incapaces, la pena corresponderá a los directores, gerentes, o representantes responsables de la omisión.

Los órganos de recaudación establecidos en la presente ley y los agentes del seguro deberán formular la denuncia correspondiente o asumir el carácter de parte querellante en las causas penales que se sustancien con motivo de lo dispuesto en este artículo.

La justicia federal será competente para conocer sobre los delitos previstos en el presente artículo.

Art. 42 Se considera infracción:

- a) La violación de las disposiciones de la presente ley y su reglamentación, las normas que establezcan la Secretaría de Salud de la Nación, la ANSSAL y las contenidas en los estatutos de los agentes del seguro;
- b) La violación por parte de los prestadores de las condiciones contenidas en las contrataciones de los servicios;
- c) La negativa de un agente del seguro a proporcionar la documentación informativa y demás elementos de juicio que la ANSSAL o los síndicos requieran en el ejercicio de sus funciones, derechos y atribuciones;
- d) El incumplimiento de las directivas impartidas por las autoridades de aplicación;
- e) La no presentación en tiempo y forma de los programas, presupuestos, balances y memorias generales y copia de los contratos celebrados, a que hace referencia el art. 18 de la presente ley.

Art. 43 Las infracciones previstas en el artículo anterior acarrearán las siguientes sanciones:

- a) Apercibimiento;
- b) Multa desde una (1) vez el monto del haber mínimo de jubilación ordinaria del régimen nacional de jubilaciones y pensiones para trabajadores en relación de dependencia, vigente al momento de hacerse efectiva la multa y hasta cien (100) veces, dicho monto.

La multa se aplicará por cada incumplimiento comprobado a los agentes del seguro;

- c) Suspensión de hasta un año o cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Prestadores.

Para la aplicación de cada una de las sanciones y su graduación se tendrán en cuenta la gravedad y reiteración de las infracciones.

Art. 44 Sólo serán recurridas las sanciones previstas en los incisos b) y c) del art. 43 de la presente ley, dentro de los diez (10) días hábiles de notificadas, fehacientemente y en domicilio legal del agente del seguro o prestador.

Será irrecurrible la sanción de multa que no exceda de cuatro (4) veces el monto mínimo fijado en el inc. B) de dicho artículo.

Será competente para conocer el recurso la Cámara Federal que corresponda de acuerdo con el domicilio del recurrente.

El recurso se deducirá ante la Secretaría de Salud de la Nación con la expresión de su fundamento. Interpuesto el recurso las actuaciones se elevarán inmediatamente al Tribunal correspondiente, pudiendo en el mismo acto, la Secretaría de Salud de la Nación, contestar los agravios del recurrente.

Art. 46 La ANSSAL podrá delegar en las jurisdicciones que hayan adherido al seguro la sustanciación de los procedimientos a que den lugar las infracciones previstas en el art. 42 de la presente ley y otorgarles su representación en la tramitación de los recursos judiciales que se interpongan contra las sanciones que aplique.

Art. 47 El cobro judicial de los aportes, contribuciones, recargos, intereses y actualizaciones adeudados al Fondo Solidario de Redistribución y de las multas establecidas por la presente ley, se hará por la vía de ejecución fiscal prevista en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por el presidente de la ANSSAL. Las acciones para el cobro de los créditos indicados en el párrafo anterior, prescribirán a los diez (10) años.

CAPITULO VIII: DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PROVINCIAS

Art. 48 Las jurisdicciones que adhieran al sistema administrarán el seguro dentro de su ámbito, a cuyo efecto celebrarán los respectivos convenios con la Secretaría de Salud de la Nación.

La adhesión de las distintas jurisdicciones implicará la articulación de sus planes y programas con lo que la autoridad de aplicación establezca, y el cumplimiento de las normas técnicas y administrativas del seguro, sin perjuicio de la adecuación que se requiera para su utilización local.

Art. 49 La adhesión al Sistema Nacional del Seguro de Salud implicará para las distintas jurisdicciones:

a) Incorporar en su ámbito, en las condiciones que se hayan determinado según lo previsto en el inc. b) del art. 5 de la presente ley, a los trabajadores autónomos del régimen nacional con residencia permanente en la jurisdicción que no sea beneficiarios de otros agentes del seguro, y a los pertenecientes a los regímenes de su respectivo ámbito, si los hubiere;

b) Incorporar en su ámbito a las personas indicadas en el inc. C) del art. 5 de la presente ley, a cuyo efecto recibirán apoyo financiero a través del Fondo Solidario de Redistribución por un monto igual al que la provincia aporte a esta finalidad.

Este apoyo financiero se hará efectivo con los recursos de la cuenta especial a que hace referencia el inc. B) del art. 21 de la presente ley, en forma mensual, en función de la población que estime cubrir con sujeción a las demás condiciones que se establezcan en los respectivos convenios;

c) Administrar sobre la base de las normas generales del sistema, el Registro de Prestadores para la provincia, a cuyo fin establecerá las normas particulares y complementarias que resulten menester;

d) aplicaren su ámbito las normas de acreditación y categorización para profesionales y establecimientos de salud que serán requisito para la inscripción en el Registro Nacional de Prestadores;

e) Participar en el Fondo Solidario de redistribución a través del organismo que se determine, efectuando las contribuciones previstas en el inc. J) del art. 22 de la presente ley y recibiendo los apoyos financieros referidos en el art. 24 de esta ley;

f) Establecer y coordinar dentro de su ámbito una subcomisión de la Comisión Permanente de Concertación sujeta a la aprobación de ésta, con representantes de los agentes del seguro y de los prestadores propuestos por sus organizaciones representativas mayoritarias;

g) Suministrar la información que le sea requerida por la ANSSAL en relación con la administración y desarrollo en su ámbito del Sistema Nacional del Seguro de Salud;

h) Ejercer las demás facultades, atribuciones o funciones que se le deleguen según convenio de adhesión y cumplir con las obligaciones que le imponga el mismo.

Art. 50 Las jurisdicciones que asuman la administración del Sistema Nacional del Seguro de Salud en su respectivo ámbito determinarán el organismo a cuyo cargo estarán dichas funciones.

CAPITULO IX: DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 51 Las autoridades de la ANSSAL asumirán sus funciones en un plazo máximo e improrrogable de noventa (90) días corridos a partir de la promulgación de la presente ley, lapso dentro del cual el poder Ejecutivo reglamentará el art. 10. mientras tanto, las funciones y atribuciones previstas para la ANSSAL serán asumidas por el Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS).

Art. 52 Los directores que a partir de la sanción de esta ley sean designados para integrar el Directorio de la ANSSAL cesarán automáticamente el día 10 de diciembre de 1989. podrán ser designados nuevamente por el plazo y en las demás condiciones establecidas en los arts. 10 y 11 de la presente.

Art. 53 Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Pugliese – Martínez – Bravo - Macris

Ley 24.455

OBRAS SOCIALES

Prestaciones obligatorias. Incorporación

Sanc. 8/2/1995; promul. 1/3/1995

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de ley:

Art. 1 Todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional incluidas en la ley 23.660, recipendarias del fondo de redistribución de la ley 23.661, deberán incorporar como prestaciones obligatorias:

- a) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y/o enfermedades intercurrentes;
- b) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacéuticos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes;
- c) La cobertura para los programas de prevención del SIDA y la drogadicción.

Art. 2 Los tratamientos de desintoxicación y rehabilitación mencionados en los artículos 16, 17, 18 y 19 de la ley 23.737 deberán ser cubiertos por la obra social de la cual es beneficiaria la persona a la que se aplica la medida de seguridad curativa. En estos casos el juez de la causa deberá dirigirse a la obra social que corresponda a fin de indicarle la necesidad y condiciones del tratamiento.

Art.3 Las obras sociales, junto con el Ministerio de salud y Acción Social, elaborarán los programas destinados a cubrir las contingencias previstas en el art. 1 de la presente. Éstos deberán ser presentados a la ANSSAL para su aprobación y financiación, rigiendo su obligatoriedad a partir de ellas.

La no presentación en tiempo y forma de los programas previstos generará las sanciones que prevén las leyes 23.660 y 23.661.

Art.4 El control del cumplimiento de los recaudos exigidos en el art. 1 de la presente se efectuará por intermedio del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

Art. 5 La presente ley tendrá ejecutoriedad, previa existencia en el Presupuesto General de la Nación del periodo de que se trata de partidas específicas destinadas a sus fines.

Art.6 La presente ley deberá ser reglamentada dentro de los sesenta días de su promulgación.

PIERRI – MENEM – ESTRADA- PIUZZI

Ley 24.754

MEDICINA PREPAGA

Prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales. Cobertura

sanc. 28/11/1996; promul. de hecho 23/12/1996; publ. 2/1/1997

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de ley:



Art. 1.- A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas por las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23660, 23661 y 24455, y sus respectivas reglamentaciones.

Art. 2.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

PIERRI - RUCKAUF - PEREYRA ARANDÍA DE PÉREZ PARDO - PIUZZI.

LEY 25649

PROMOCION DE LA UTILIZACIÓN DE MEDICAMENTOS POR SU NOMRE GENERICO

Sanc.: 08/2002

**El Senado y Cámara de
Diputados de la Nación
Argentina reunidos en
Congreso, etc. sancionan
con fuerza de ley:**

Art. 1 La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor de medicamentos y drogas farmacéuticas y su utilización como medio de diagnóstico en tecnología biomédica y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana.

Art. 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.

El farmacéutico, debidamente autorizado por la autoridad competente, es el único responsable y capacitado para la debida dispensa de especialidades farmacéuticas, como

así también para su sustitución. En este último caso deberá suscribir la autorización de sustitución en la prescripción.

La libertad de prescripción y de dispensa está garantizada por la elección del principio activo y no sobre especialidades de referencia o de marca.

Art. 3 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 prescrita, careciendo de valor alguno para autorizar el expendio del medicamento de que se trate.

Art. 4 A los fines de la presente ley se entiende por:

- a) Medicamento: toda preparación o producto farmacéutico empleado para la prevención, diagnóstico o tratamiento de una enfermedad o estado patológico, o para modificar sistemas fisiológicos en beneficio de la persona a quien se le administra;**
- b) Principio activo o monodroga: toda sustancia química o mezcla de sustancias relacionadas, de origen natural, biogénico, sintético o semisintético que, poseyendo un efecto farmacológico específico, se emplea en medicina humana;**
- c) Nombre genérico: denominación de un principio activo, monodroga o de una asociación de principios activos a dosis fijas, adoptada por la autoridad sanitaria, o en su defecto la denominación común internacional de un principio activo o combinación de los mismos recomendada por la Organización Mundial de la Salud;**
- d) Especialidad medicinal: todo medicamento de composición cualitativa y cuantitativamente definida, declarada y verificable, de forma farmacéutica estable y de acción terapéutica comprobable debidamente autorizada por la autoridad sanitaria;**
- e) Especialidad medicinal genérica: especialidad medicinal identificada por el nombre genérico que corresponda a su composición,**
- f) Especialidad medicinal de referencia: es aquel medicamento debidamente habilitado como tal por la autoridad sanitaria nacional, cuya eficacia y seguridad terapéutica ha sido científicamente comprobada por su uso clínico y comercializado en el país por un laboratorio innovador. Cuando un**

producto que reúna estas características no se comercialice en el país, podrá utilizarse como especialidad medicinal de referencia a fin de comparar la especialidad medicinal genérica, aquella avalada por la Organización Mundial de la Salud por haberse comprobado su acción terapéutica mediante su liderazgo en el mercado farmacéutico internacional.

Art. 5 Será obligatorio el uso del nombre genérico: a) En todo envase primario, secundario, rótulo, prospecto o cualquier documento utilizado por la industria farmacéutica para información médica o promoción de las especialidades medicinales; b) En todos los textos normativos, inclusive registros y autorizaciones relativas a la elaboración, fraccionamiento, comercialización, exportación e importación de medicamentos; **c) En toda publicidad o propaganda dirigida al público en general.**

Art. 6 En los rótulos y prospectos de los medicamentos registrados ante la autoridad sanitaria, se deberán incorporar los nombres genéricos en igual tamaño y realce que el nombre comercial. Cuando se trate de medicamentos constituidos por dos o más nombres genéricos, el tamaño de la tipografía para cada uno de ellos podrá ser reducido en forma proporcional.

Art. 7 En el expendio de medicamentos, los establecimientos autorizados deberán informar al público todas las especialidades medicinales que contengan el mismo principio activo o combinación de ellos que la prescrita en la receta médica que se les exhiba y los distintos precios de esos productos. En caso de incumplimiento serán de aplicación las sanciones previstas por la ley 24.240, de defensa del consumidor.

Art. 8 El Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Salud, será el organismo encargado de controlar el cumplimiento de la presente ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior. En este marco deberá especialmente diseñar campañas de difusión masiva respecto de los beneficios que reviste el uso de las denominaciones genéricas en las prescripciones médicas.

Art. 9 La autoridad nacional deberá elaborar, dentro de los sesenta días de promulgada la presente ley, un vademécum , el que deberá ser actualizado en forma periódica , en el que se ordenarán las especialidades medicinales genéricas o formas comerciales autorizadas en base a su contenido de principio activo, monodroga o nombre genérico y un listado de combinaciones de monodrogas identificadas por su nombre genérico que hayan sido recomendadas por la Organización Mundial de la Salud o autorizadas por la autoridad sanitaria nacional, los cuales deberán estar a disposición de los profesionales del arte de curar y del público en general en todas las farmacias de la República.

Art. 10 El Poder Ejecutivo nacional promoverá en forma conjunta , con las organizaciones médicas, farmacéuticas y odontológicas y todas aquellas reconocidas en el arte de curar, los mecanismos que aseguren amplia comunicación, información y educación sobre los medicamentos genéricos. Asimismo, deberán realizar las acciones que sean pertinentes a los efectos de que en todas las universidades del país y en las áreas vinculadas a la formación de conocimiento en ciencias de salud sea incorporado dentro de las respectivas

currículas el estudio de la investigación y transferencia de conocimientos sobre la temática abordada en la presente ley

Art. 11 El Poder Ejecutivo propenderá, en materia de medicamentos, a una política de progresiva sustitución de importaciones.

Art. 12 Invítase a las provincias a adherir a la presente ley. **Asimismo el Poder Ejecutivo nacional queda facultado a suscribir convenios con las provincias y con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de delegar facultades de fiscalización.**

Art. 13 Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

CAMAÑO – LOPEZ ARIAS – ROLLANO – OYARZUN

NOTA: Los textos en negrita fueron observados.

DECRETO 1855/2002

Bs. As. 18/9/2002

VISTO el Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.649, sancionado por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN el 28 de agosto de 2002, y

CONSIDERANDO:

Que el mencionado Proyecto de Ley, promueve la utilización de medicamentos por su nombre genérico.

Que, en el marco de la actual emergencia sanitaria, el acceso a los medicamentos por ciertos sectores de la población se encuentra comprometido, situación que puede atenuarse si los profesionales prescriben adecuadamente los medicamentos.

Que la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de Salud reconocen que una política de medicamentos esenciales tiene importancia estratégica para garantizar el acceso y el uso racional de los productos farmacéuticos.

Que el nombre genérico o Denominación Común Internacional es el verdadero nombre de los medicamentos.

Que el artículo 2° del Proyecto de Ley dispone que 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, pudiendo indicarse en la receta, además del nombre genérico, el nombre o marca comercial.

Que el último párrafo del citado artículo establece que: “La libertad de prescripción y de dispensa está garantizada por la elección del principio activo y no sobre especialidades de referencia o de marca”.

Que corresponde observar el último párrafo del artículo 2°, debido a que lo que se pretende es compatibilizar la libertad de prescripción por parte de los profesionales de la salud con la libertad de elección de elección de las personas. Una política de prescripción de medicamentos por su nombre genérico tiene además entre sus objetivos, el revalorizar el papel del médico y la utilidad de sus estudios farmacológicos y jerarquizar, al mismo tiempo la figura del farmacéutico.

Que el artículo 4° del Proyecto de Ley, define los términos: medicamento, principio activo o monodroga, nombre genérico, especialidad medicinal genérica y especialidad medicinal de referencia.

Que el Decreto N° 150/92 ya ha definido las categorías de medicamento, principio activo y droga farmacéutica, nombre genérico y especialidad medicinal o farmacéutica que resultan relevantes para la temática de prescripción y dispensa de medicamentos por su nombre genérico, ya que han demostrado rigor científico a lo largo de dos años.

Que, por otra parte, la noción de especialidad medicinal genérica y la de especialidad medicinal de referencia son conceptos ajenas al tema legislado, por lo que resulta conveniente observar el artículo 4° del Proyecto de Ley.

Que el artículo 5° del proyecto de Ley, dispone que será obligatorio el uso de nombre genérico, entre otros, en toda publicidad o propaganda dirigida al público en general.

Que el sector salud tiene muy comprometidos los recursos como para hacer frente a un aumento en los gastos que irrogaría realizar la publicidad o propaganda exigidas en el Proyecto de Ley.

Que el artículo 9° del Proyecto de Ley, dispone que la autoridad sanitaria nacional deberá elaborar un vademécum en el que se ordenarán las especialidades medicinales genéricas o formas comerciales autorizadas en base a su contenido de principio activo, monodroga o nombre genérico y un listado de combinaciones de monodrogas identificadas por su nombre genérico que hayan sido recomendadas por la Organización Mundial de la Salud o autorizadas por la autoridad sanitaria nacional.

Que se estima conveniente observar el artículo mencionado, toda vez que, a los efectos previstos por la norma sancionada, el vademécum sólo debe realizarse sobre la base del nombre genérico de los medicamentos sin hacer referencia a las especialidades medicinales genéricas.

Que el artículo 10 del Proyecto de Ley, dispone que el Poder Ejecutivo nacional, promoverá en forma conjunta con las organizaciones médicas, farmacéuticas y odontológicas, los mecanismos que aseguren amplia comunicación, información y educación sobre los medicamentos genéricos. Asimismo, se establece que deberá incorporarse a los programas de educación en ciencias de la salud el estudio de la investigación y transferencia de conocimientos sobre la temática abordada por la norma sancionada.

Que la referencia que el artículo efectúa a los medicamentos genéricos, omite considerar que sólo se está legislando sobre el ejercicio profesional, es decir, prescripción y dispensa de medicamentos por su nombre genérico.

Que el artículo 12 del Proyecto de Ley, invita a las Provincias a adherir a la misma. Asimismo, dispone que el Poder Ejecutivo nacional está facultado a suscribir convenios con las provincias y con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de delegar facultades de fiscalización.

Que resulta conveniente observar la facultad otorgada al Poder Ejecutivo nacional, toda vez que el poder de policía en materia de salud es una facultad por las provincias al Gobierno Nacional.

Que la observación que se propone no altera el espíritu ni la unidad del Proyecto de Ley sancionado por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN .

Que el PODER EJECUTIVO NACIONAL se encuentra facultado para dictar el presente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Nacional.

Por ello,

EL PRESIDENTE
DE LA NACIÓN ARGENTINA
EN ACUERDO GENERAL DE MINISTROS
DECRETA:

Art. 1 Obsérvese el último párrafo del artículo 2° del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.649.

Art. 2 Obsérvanse los artículos 4°, 9° y 10 del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.649.

Art. 3 Obsérvase el inciso c) del artículo 5 del Proyecto de Ley registrado bajo el N°25.649.

Art. 4 Obsérvase en el artículo 12 del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25..649, la frase que dice: “Asimismo el Poder Ejecutivo nacional queda facultado a suscribir los convenios con las provincias y con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de delegar facultades de fiscalización”.

Art. 5 Con las salvedades establecidas en los artículos precedentes, cúmplanse, promúlgase y téngase por Ley de la Nación el Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.649.

Art. 6 Dése cuenta al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

Art. 7 Comuníquese, publíquese, dése a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.-DUHALDE.-Alfredo Atanasof.-Ginez González García.- Jorge matzkin.- Roberto Lavagna.-Graciela Camño.-Graciela Gianettasio.-María Doga.-Losé Jaunarena.-Juan Alvarez.

LEY NACIONAL DE SIDA

LEY N° 23.798

Art. 1 Declárase de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, entendiéndose por tal la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar la educación de la población.

Art. 2 Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

- a) Afectar la dignidad de la persona;
- b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación;
- c) Exceder el marco de excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma respectiva;
- d) Incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina;
- e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada.

Art. 3 Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo el territorio de la República. La autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Subsecretaría de salud, la que podrá concurrir a cualquier parte del país para contribuir al cumplimiento de esta ley. Su ejecución en cada jurisdicción estará a cargo de las respectivas autoridades sanitarias a cuyo fines podrán dictar las normas complementarias que consideran necesarias para el mejor cumplimiento de la misma y su reglamentación.

Art. 4 A los efectos de esta ley, las autoridades sanitarias deberán:

- a) Desarrollar programas destinados al cumplimiento de las acciones descriptas en el artículo 1, gestionando los recursos para su financiación y ejecución;
- b) Promover la capacitación de recursos humanos y propender al desarrollo de actividades de investigación, coordinando sus actividades con otros organismos públicos y privados, nacionales, provinciales o municipales e internacionales;
- c) Aplicar métodos que aseguren la efectividad de los requisitos de máxima calidad y seguridad;
- d) Cumplir con el sistema de información que se establezca;
- e) Promover la concertación de acuerdos internacionales para la formulación y desarrollo de programas comunes relacionados con los fines de esta ley;
- f) El Poder Ejecutivo arbitrará medidas para llevar a conocimiento de la población las características del SIDA, las posibles causas o medios de transmisión y contagio, las medidas aconsejables de prevención y los tratamientos adecuados para su curación, en forma tal que se evite la difusión inescrupulosa de noticias interesadas.

Art. 5 El Poder Ejecutivo establecerá dentro de los sesenta días de promulgada esta ley, las medidas a observar en relación a la población de instituciones cerradas y

semicerradas, dictando las normas de bioseguridad destinadas a la detección de infectados, prevención de la propagación del virus, el control y tratamiento de los enfermos, y la vigilancia y protección del personal actuante.

Art. 6 Los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa indirecta de la infección.

Art. 7 Declárase obligatoria la detección del virus y de sus anticuerpos en sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma y otros de los derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico. Declárase obligatoria, además, la mencionada investigación en los donantes de órganos para trasplante y otros usos humanos, debiendo ser descartadas las muestras de sangre, hemoderivados y órganos para trasplante que muestren positividad.

Art. 8 los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarles sobre el carácter infectocontagioso del mismo, los medios y formas de adquirirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada.

Art. 9 Se incorporará a los controles actualmente en vigencia para inmigrantes, que soliciten su radicación definitiva en el país, la realización de pruebas de rastreo que determine la autoridad de aplicación para detección del VIH.

Art. 10 La Notificación de casos de enfermos de SIDA deberá ser practicada dentro de las cuarenta y ocho horas de confirmado el diagnóstico, en los términos y formas establecidos en la ley 15.465. En idénticas condiciones se comunicará el fallecimiento de un enfermo y las causas de muerte.

Art. 11 Las autoridades sanitarias de los distintos ámbitos de aplicación de esta ley establecerán y mantendrán actualizadas, con fines estadísticos y epidemiológicos, la información de sus áreas de influencia correspondiente a la prevalencia e incidencia de portadores, infectados y enfermos con el virus de la I.D.H., así como también los casos de fallecimiento y las causas de su muerte. Sin perjuicio de la notificación obligatoria de los prestadores, las obras sociales deberán presentar al INOS una actualización mensual de ésta estadística. Todo organismo, institución o entidad pública o privada, dedicado a la promoción y atención de la salud tendrá amplio acceso a ella. Las provincias podrán adherir a este sistema de información, con los fines especificados en el presente artículo.

Art. 12 La autoridad nacional de aplicación establecerá las normas de bioseguridad a las que estará sujeto el uso de material calificado o no como descartable. El incumplimiento de esas normas será considerado falta gravísima y la responsabilidad de dicha falta recaerá sobre el personal que las manipule, como también sobre los propietarios y la dirección técnica de los establecimientos.

Art. 13 Los actos u omisiones que impliquen transgresión a las normas de profilaxis de esta ley y las reglamentaciones que se dicten en consecuencia, serán faltas administrativas, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad civil o penal en que pudieran estar incurso los infractores.

Art. 14 Los infractores a los que se refiere el artículo anterior serán sancionados por la autoridad sanitaria competente, de acuerdo a la gravedad y/o reincidencia de la infracción con:

- a) Multa graduable entre 10 y 100 salarios mínimo, vital y móvil;
- b) Inhabilitación en el ejercicio profesional de un mes a cinco años;
- c) Clausura total o parcial, temporaria o definitiva del consultorio, clínica, instituto, sanatorio, laboratorio o cualquier otro local o establecimiento donde actúen las personas que hayan cometido la infracción.

Las sanciones establecidas en los incisos precedentes podrán aplicarse independientemente o conjuntamente en función de las circunstancias previstas en la primera parte de este artículo.

En el caso de reincidencia, se podrá incrementar hasta el décuplo la sanción aplicada.

Art. 15 A los efectos determinados en este título se considerará reincidentes a quienes, habiendo sido sancionados, incurran en una nueva infracción, dentro del término de cuatro años contados desde la fecha en que haya quedado firme la sanción, cualquiera fuese la autoridad sanitaria que la impusiera.

Art. 16 El monto recaudado en concepto de multa que por intermedio de esta ley aplique la autoridad sanitaria nacional ingresará a la cuenta especial "Fondo Nacional de Salud" dentro de la cual se contabilizará por separado y deberá utilizarse exclusivamente en erogaciones que propenden al logro de los fines indicados en el artículo primero.

El producto de las multas que apliquen las autoridades sanitarias provinciales y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, ingresará de acuerdo con lo que al respecto se disponga en cada jurisdicción, debiéndose aplicar con la finalidad indicada en el párrafo anterior.

Art. 17 Las infracciones a esta ley serán sancionadas por la autoridad sanitaria competente previo sumario con audiencia de prueba y defensa a los imputados. La constancia del acta labrada en forma, al tiempo de verificarse la infracción, y en cuanto no sea enervada por otros elementos de juicio, podrá ser considerada como plena prueba de la responsabilidad de los imputados.

Art. 18 La falta de pago de las multas aplicadas hará exigible su cobro por ejecución fiscal, constituyendo suficiente título ejecutivo el testimonio autenticado de la resolución condenatoria firme.

Art. 19 En cada provincia los procedimientos se ajustarán a lo que al respecto resuelvan las autoridades competentes de cada jurisdicción, de modo concordante con las disposiciones de este título.

Art. 20 Las autoridades sanitarias a las que corresponda actuar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de esta ley están facultadas para verificar su cumplimiento y el de sus disposiciones reglamentarias mediante inspecciones y/o pedidos de informes según estime pertinente. A tales fines, sus funcionarios autorizados tendrán acceso a cualquier lugar previsto en la presente ley y podrán proceder a la intervención o secuestro de

elementos probatorios de su inobservancia. A estos efectos podrán requerir el auxilio de la fuerza pública o solicitar orden de allanamiento de los jueces competentes.

Art. 21 Los gastos que demande el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la presente ley serán solventados por la Nación, imputado a “Rentas Generales”, y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción.

Art. 22 El Poder Ejecutivo reglamentará, las disposiciones de esta ley con el alcance nacional dentro de los sesenta días de su promulgación.

Art.. 23 Comuníquese al Poder ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los dieciséis días del mes de agosto de mil novecientos noventa.

Visto la Ley N° 23.798, y

Considerando:

Que el artículo 22 de la mencionada ley establece que el Poder Ejecutivo Nacional reglamentará las disposiciones de la misma con alcance nacional.

Que consecuentemente con ello resulta necesaria la aprobación de dichas normas reglamentarias.

Que se actúa en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 86, incisos 1) y 2) de la Constitución Nacional y por el artículo 12 de la ley N° 16.432, incorporado a la ley N° 11.672. (Complementaria Permanente de Presupuesto).

Por ello, el Presidente de la Nación Argentina decreta:

Art. 1° Apruébase la reglamentación de la ley N° 23.798, que declaró de interés nacional la Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), que como anexo I forma parte integrante del presente decreto.

Art. 2 Créase en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social la cuenta especial N° 23.798 con el correspondiente régimen de funcionamiento obrante en planilla anexa al presente decreto.

Art. 3 Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

DECRETO REGLAMENTARIO N° 1.244/91
DE LA LEY N° 23.798

Anexo I

Art. 1 Incorporárase la prevención del SIDA como tema en los programas de enseñanza de los niveles primario, secundario y terciario de educación. En la esfera de su competencia, actuará el Ministerio de Cultura y Educación, y se invitará a las provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a hacer lo propio.

Art. 2 Incisos a) y b). Para la aplicación de la ley y de la presente Reglamentación deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23.054, y de la ley Antidiscriminatoria N° 23.592.

Inciso c) Los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus HIV, o s halle enferma de SIDA, tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo en las siguientes circunstancias:

1. A la persona infectada o enferma, o a su representante, si se trata de un incapaz.
2. A otro profesional médico, cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de un persona infectada o enferma.
3. A los entes del Sistema Nacional de Sangre creado por el artículo 18 de la ley N° 22.990, mencionados en los incisos a), b), c), d), e), f), h), e i), del citado artículo, así como a los organismos comprendidos en el artículo 7° de la ley 21.541.
4. Al Director de la Institución Hospitalaria, en su caso al Director del servicio de Hemoterapia, con relación a personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, cuando resulte necesario para dicha asistencia.
5. A los jueces en virtud de auto judicial dictado por el Juez en causas criminales o en las que se ventilen asuntos de familia.
6. A los establecimientos mencionados en el artículo 11, inciso b) de la ley de Adopción, N° 19.134. Esta información sólo podrá ser transmitida a los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes.
7. Bajo responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor.

Inciso d) Sin reglamentar.

Inciso e) Se utilizará, exclusivamente un sistema que convine iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento. Los días y meses de un solo dígito serán antepuestos del número cero (0).

Art. 3 El Ministerio de Salud y Acción Social procurará la colaboración de las autoridades sanitarias de las provincias, como asimismo que las disposiciones complementarias que dicten tengan concordancia y uniformidad de criterios.

Se consideran autoridades sanitarias de aplicación del presente al Ministerio de Salud y Acción Social por medio de la Subsecretaría de Salud, y a las autoridades de mayor jerarquía en esa área en las Provincias y en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Art. 4

Inciso a) Sin reglamentar.

Inciso b) Sin reglamentar.

Inciso c) Sin reglamentar.

Inciso d) Sin reglamentar.

Inciso e) Sin reglamentar.

Inciso f) A los fines de este inciso, créase el Grupo Asesor Científico Técnico, que colaborará con la Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA en el marco del artículo 8° del Decreto 385 del 22 de marzo de 1989. Su composición y su mecanismo de actuación serán establecidos por el Ministerio de Salud y Acción Social.

Art.5 Las autoridades de cada una de las instituciones mencionadas en el artículo 5° de la ley 23.798 proveerán lo necesario para dar cumplimiento a las disposiciones de dicha ley y, en especial lo preceptuado en los artículos 1°, 6° y 8°. Informarán asimismo, expresamente a los integrantes de la población de esas instituciones de lo dispuesto por los artículos 202 y 203 del Código Penal.

Art.6 El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de éste. Le asegurará la confidencialidad y, previa confirmación, lo asesorará debidamente.

De ello se dejará constancia en el formulario que a ese efecto aprobará el Ministerio de Salud y Acción social, observándose el procedimiento señalado en el artículo 8°.

Art.7 A los fines de la ley, los tejidos y líquidos biológicos de origen humano serán considerados equivalentes a los órganos.

Serán aplicables al artículo 21 de la ley N° 22.990 y el artículo 18 del Decreto N° 375 del 21 de marzo de 1989.

Art. 8 La información exigida se efectuará mediante notificación fehaciente. Dicha notificación tendrá carácter reservado, se extenderá en original y duplicado, y se entregará personalmente al portador del VIH. Este devolverá la copia firmada que será archivada por el médico tratante como consecuencia del cumplimiento de lo establecido por este artículo.

Se entiende por <<profesionales que detecten el virus>> a los médicos tratantes.

Art.9 El Ministerio de Salud y Acción Social determinará los controles mencionados en el artículo 9° de la ley. El Ministerio del Interior asignará a la Dirección Nacional de Migraciones los recursos necesarios para su cumplimiento.

Art. 10 La notificación de la enfermedad y, en su caso, del fallecimiento, será cumplida exclusivamente por los profesionales mencionados en el artículo 4° inciso a) de la ley N° 15.465, observándose lo prescripto en el artículo 2°, inciso e) de la presente reglamentación.

Todas las comunicaciones serán dirigidas al Ministerio de Salud y Acción Social y a la autoridad sanitaria del lugar de ocurrencia, y tendrán el carácter de reservado.

Art. 11 Las autoridades sanitarias llevarán a cabo programas de vigilancia epidemiológica a los fines de cumplir la información. Sólo serán registradas cantidades, sin identificación de personas.

Art. 12 El Ministerio de Salud y Acción Social establecerá las normas de bioseguridad a que se refiere el artículo 12 de la ley. El personal que manipule el material a que alude dicha norma será adiestrado mediante programas continuos y de cumplimiento obligatorio y se le entregará constancia escrita de haber sido instruido en las normas a aplicar.

Art. 13 Sin reglamentar.

Art. 14 En el ámbito nacional será autoridad competente el Ministerio de Salud y Acción Social.

Art. 15 El Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad competente habilitará un registro nacional de infractores, cuyos datos serán tenidos en cuenta para la aplicación de las sanciones que correspondan en caso de reincidencia. Podrá solicitar a las autoridades competentes de las Provincias y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la información necesaria para mantener actualizando dicho registro.

Art. 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 Sin reglamentar.

CONCLUSIÓN:

Habiendo finalizado este trabajo, me puse a pensar , que fue lo que me motivó para elegir el tema del cual trata. Entonces recordé que durante los cinco años que duró mi carrera universitaria, siempre viajé hasta la facultad en tren, y que allí todos los días un muchacho repartía sahumeros a cambio de las monedas que la gente le pudiera dar para poder comprar los remedios necesarios para poder tratar la terrible enfermedad que lo aquejaba, pues era portador de SIDA.

Manifestaba aquel joven que desde el Ministerio de Salud no se entregaban los medicamentos ni regular ni continuamente, lo que lo obligaba a depender de la ayuda de la gente para poder adquirirlos y no interrumpir su tratamiento y poder seguir viviendo un poco más y más dignamente.

Es en lo relatado donde encontré mi motivación para abordar el tema de la provisión de medicamentos por parte del Estado en esta tesis, la cual me pareció un espacio adecuado para poder hacer algún aporte en la materia y lograr que más gente la conozca y que tal vez en el futuro se opere algún cambio favorable al respecto.

Con respecto al contenido del presente trabajo, se puede concluir fácilmente de él que nuestros tribunales han sabido llevar a la práctica la letra de los tratados de derechos humanos que cuentan con la jerarquía constitucional que le otorga el artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental, que garantizan a todo ser humano el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, dentro del cual se encuentra comprendido el derecho a la provisión de medicamentos para tratar las distintas enfermedades que aquejan a los seres humanos, dejando en claro las decisiones de nuestros jueces que es el Estado Nacional quien debe proveer los fármacos ante la imposibilidad económica de una persona para adquirir un remedio y/o ante la dificultad que tenga una obra social para proporcionarlo.

Ello resulta así, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro país, pues a pesar de ser la salud una de las materias no delegadas por las provincias a al gobierno federal, el Estado resulta ser el garante del derecho a la salud, según palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Campodónico de Beviacqua “, y tiene el deber de actuar de acuerdo al principio de subsidiariedad, cuando se ve superada la capacidad de previsión de los individuos.

Personalmente me complace haber podido llegar mediante esta tesis a esa conclusión, pues ello me hace seguir creyendo en la justicia, me hace sentir que nuestros jueces son seres humanos, que más allá de la imparcialidad que los debe caracterizar, aún pueden compadecerse del sufrimiento de sus semejantes.

Me gustaría, además, hacer un reflexión final:

Las personas en la naturaleza están libradas a la voluntad de su creador, pero en la “sociedad” pierden parte de su libertad en pos de una convivencia justa sujeta a reglas que le aseguren la paz y la seguridad. El problema central es cuanto de esa libertad hay que dar. Siempre debe entenderse que ese “dar de la libertad” tiene su limiten la “dignidad”, pues cuando se coloca al ser humano en “indignidad” se pierde la esencia misma de la persona, y llega la marginación, el odio, la violencia y el devenir se torna incierto, oscuro pero no sólo para el despojado sino para toda la humanidad, pues cuando se daña a un ser humano se está dañando a toda la humanidad. El derecho a la vida no es

un derecho a secas, por sí y en sí, sino lo es indisolublemente unido a la dignidad, a la calidad de vida. Las enfermedades, son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y que en la medida que puedan ser aliviadas, o sanadas deben serlo, pues sino incorporan un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana. En este sentido, la sociedad como núcleo organizado, al cual cada uno de nosotros le entrega parte de esa libertad, debe colocarse al lado de quien sufre, pues esa es la “función social del Estado o la sociedad organizada” de lo contrario ésta última no tiene finalidad teleológica y pierde razones de sus esencias y existencia. La entrega de un medicamento a una persona enferma(cualquiera sea su patología no puede ser negada bajo ningún pretexto, es más importante que construir autopistas, es más importante que el financiamiento de la política...es más importante...porque se trata de quitar el dolor, de ser misericordioso con el otro. ¿Será esto tan difícil de entender par algunos funcionarios públicos?.

No se puede pensar en una organización social sin un proceso de valorización del ser humano y esto es simplemente la “dignidad” del otro, del conciudadano, del emparejamiento frente a la realidad del que sufre.

INDICE

Capítulo I

DERECHO A LA SALUD

1. Introducción.....	2
2. Intento de definición.....	3
3. Facultades que otorga el derecho al a salud y sujetos obligados.....	3
4. Evolución histórica.....	4
5. Reconocimiento normativo internacional.....	6
6. Derecho constitucional comparado.....	7
7. Reconocimiento normativo interno.....	7

Capítulo II

EL PAPEL DEL ESTADO

1. Obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.....	11
2. Organización del sistema de salud en nuestro país.....	15
3. El mandato constitucional de preservar el derecho a la salud como derecho Derecho humano fundamental.....	16
4. El Sistema Nacional de Seguro de Salud (ley 23.661).....	18
5. Programa Médico Obligatorio (PMO).....	22
6. El Programa Remediar.....	23
7. La utilización de medicamentos por su nombre genérico.....	26

Capítulo III

EL ESTADO DEBE RESPONDER POR SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE SALUD

1. Posibilidad de exigir a órganos del Estado el cumplimiento de sus obligacio- nes a través del control judicial.....	30
2. Apertura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	32

Capítulo IV

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILICITA

1. La responsabilidad del Estado por actividad ilícita (evolución de su reconoci- miento por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Na- ción).....	38
---	----

2. Aplicación del artículo 1112 del Código Civil para determinar la responsabilidad del Estado.....	47
3. Presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita.....	47
4. La falta de entrega de medicamentos configura la responsabilidad del Estado por actividad ilícita.....	52
5. Plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios.....	53
6. La restitución: criterio para establecer la medida de la indemnización.....	53
7. El requisito del reclamo administrativo previo.....	54

Capítulo V

EL RECORDADO TEMA DE LA CROTOXINA

1. Introducción.....	56
2. Los amparos y la desesperación por conseguir Crotoxina.....	57
3. El punto final puesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al tema de la Crotoxina.....	64
4. Lineamientos que surgen de la jurisprudencia de los tribunales argentinos en el tema de la Crotoxina con respecto a la obligación del Estado en la entrega de Medicamentos.....	67

Capítulo VI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PUEDE EXTENDERSE A LA FABRICACION DE REMEDIOS

1. La responsabilidad del Estado puede extenderse a la fabricación de medicamentos: el caso “Viceconte”.....	71
2. Valor jurídico y moral de sentencia reseñada.....	74

Capítulo VII

LA FALTA DE PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS VA MAS ALLA DE LA MERA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. El caso: “Campodónico de Beviacqua”.....	78
2. Dura crítica doctrinaria contra la actitud del Estado en este caso.....	84
3. Cuando el Estado no entrega remedios se presenta: una mera inactividad material administrativa, llega a haber abandono de persona o se trata del abandono de un deber.....	85

Capítulo VIII

EL TEMA EN EL CASO PARTICULAR DEL HIV

1. El marco normativo de la atención del HIV/SIDA en el contexto de los derechos humanos.....	91
2. La situación actual del HIV.....	93
3. Proceso de provisión, compra y distribución de medicamentos:	94
a. Beneficiarios.....	94
b. Normatización de la compra y distribución.....	94
c. Proceso administrativo para acceder a la medicación.....	95
d. Proceso de compra y distribución.....	96
e. Presupuesto nacional para la compra de medicamentos.....	99
f. La opinión de los afectados.....	99
4. Condena a la Municipalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que entregue remedios destinados al tratamiento del SIDA.....	101
5. Dos fallos de segunda instancia que resguardan el derecho a la salud de quienes padecen SIDA:	102
A. Caso “Asociación Benghalensis”.....	102
B. Caso “S/N c. Ministerio de Salud”.....	104
6. El fin esencial del Estado es lograr el bien común, en el que se encuentra insisto el derecho a la salud y la provisión de medicamentos.....	106

Capítulo IX

UNA PROPUESTA QUE ASEGURA LA PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS A QUIENES LOS NECESITAN

1 Una propuesta que asegura la provisión de medicamentos a quienes los necesitan.....	113
---	-----

BIBLIOGRAFÍA:

Balestra Fontan F. Derecho Penal-Parte Especial. Buenos Aires: Abeledo-Perrot:1998.

Bazán V. Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y la Argentina, en obra colectiva: Bazán Víctor (coord.), Inconstitucionalidad por omisión. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A.:1997

Bidart Campos GJ. Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994. Revista Hechos y Derechos: 2000, Nro.7.

Bidart Campos GJ. Tratado elemental de derecho constitucional. Buenos Aires: Ediar: 1986, t. I

Boletín PROAPS-REMEDIAR (Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación). Atención Primaria de la Salud. Año 1- N°3 – Septiembre 2003.

Borda GA. Tratado de derecho civil, “Obligaciones”, 8°ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot:1998

Buchanan A., The Right to Decent Minimum of Health Care. Philosophy and Public Affairs vol.13,1984.

Carnota WF. Proyecciones del derecho humano a la salud. ED, 128-879 y 880.

Carnota WF. ¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?. La Ley: Viernes 4 de Mayo de 2001.

Carnota WF. La politicidad del derecho de la seguridad social. ED 127-839.

Cassagne JC. Derecho Administrativo.7°ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot: 2003

Cetrángolo O, Devoto F. Reformas en la política de salud en Argentina durante los años noventa, con especial referencia a la equidad. Centro de Estudios para el Cambio Estructural : Serie Estudios: 1998, Nro.27.

Creus C. Derecho Penal-Parte Especial. t. I, Buenos Aires: Astrea: 1999.

Cuadros OA. Responsabilidad del Estado por omisión: el problema acerca de los requisitos para su configuración en el caso de deberes normativos genéricos. Semanario Jurídico. 1998: T° 78-B.

Dayenoff DE. Código Penal. Concordancias, comentarios, jurisprudencia, esquemas de defensa. Buenos Aires: AZ Editora:1996.

Engelhart T. The Foundations of Bioethics, N. York:Oxford U.P., 1986

Escola H. Tratado general de procedimiento administrativo. Buenos Aires. 1981

- Frías G, Codino J, Codino D. Teoría del delito. t. I, Buenos Aires: Tea: 1996
- Hauriou, André-Gicquel, Jean y Gerald, Patrice. Derecho constitucional e instituciones políticas. Barcelona: Ariel: 1980.
- Hooft PF. Bioética y derechos humanos. Temas y Casos. Buenos Aire: Depalma: 1999.
- Hooft PF. Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: La protección de la vida humana naciente. ED 124-685.
- Hutchinson T. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. t. I, Buenos aires: Astrea: 1987.
- Llambias JJ. Código Civil anotado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: 1992
- Marienhoff MS. Tratado de Derecho Administrativo. t. IV, Buenos Aires: 1977
- Mertehikian E. La responsabilidad pública. Buenos Aires: Abaco-Depalma: 1998
- Mertehikian E. La protección de la salud como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido. La Ley 1998-f-303.
- Mill JS. El utilitarismo. Buenos Aires: Aguilar:1974.
- Ministerio de Salud y Acción Social. Boletín sobre el SIDA en Argentina del Programa Nacional de Lucha contra los retrovirus del humano, SIDA y ETS. Diciembre de 1998. año V. N° 15.
- Sade RM. "Medical Care as a Righth: a refutation", en New England Journal of Medicine, n°.285. Dic.1971, pp.1288-1292.
- Sagues N. Elementos de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Astrea: 1999
- Sagues N. La interpretación judicial de la Constitución. Buenos Aires: Depalma: 1998
- Sánchez AM. Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiariedad. R.D.A. 1995. N°18: p.95.
- Securing Acces to Health Care. Washington DC: US Government Printing Office, 1983
- Soler S. Derecho Penal Argentino. t. III Buenos Aires: Tea: 1992.
- Stiglitz G. Derecho del consumidor n 9. Buenos Aires: Ed. Juris: 1998
- Tafari R. Privatización, subcobertura y reforma competitiva en salud. Universidad Nacional de Río Cuarto: 1997, p 148.
- Tinant EL. ¿Inactividad material administrativa o abandono de persona? ¿O tertius genus (abandono de un deber)?. JA 2001-I-470.

Vidiella G. El derecho a la salud. 1° ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires: 2000.

BIBLIOGRAFÍA EN INTERNET:

- www.msal.gov.ar
- www.Página12.com.ar