

DERECHO, INNOVACIÓN & DESARROLLO SUSTENTABLE

REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Director: DR. EMILIANO E. LAMANNA GUIÑAZÚ

Coordinadoras: MATILDE PÉREZ - VALERIA MORENO

CÁPSULA INTRODUCTORIA

Transitando el sendero de los grandes cambios, por Valeria Moreno
- Cita Digital: ED-IV-CMLXXI-682

CÁPSULA DE INFORMACIÓN

Acercas de la séptima edición de Encuentros 4.0 de Telecom: ¡Experiencia Tierra del Fuego!, por Mariana Sánchez Caparrós - Cita Digital: ED-IV-CMLXXI-681

DOCTRINA

Protección de las infancias en entornos digitales. Sobre la necesidad de adaptar las normas para el efectivo goce de los derechos, por Zarina Ross - Cita Digital: ED-IV-CMLXXI-680

La incidencia de la nueva normalidad post COVID-19 en la institución jurídico-política de ciudadanía. Reflexiones en el contexto de los cambios sociales y el ecosistema digital que gobierna las relaciones interpersonales ciudadanas en Ecuador, por Gustavo Andrade Figueroa - Cita Digital: ED-IV-CMLXXI-679

El Consejo de Asistencia Técnica para Procesos Judiciales de Salud (CATPROS): interrogantes en torno a su implementación, por Sofía María Parra Senfet - Cita Digital: ED-IV-CMLXXI-678

NODO STARTUP (La columna de los emprendedores)

Reportaje a la abogada María Josefina Orozco, fundadora del sitio web www.todocompliance.com y miembro activo de WiC (Women in Compliance), por Emiliano Lamanna Guiñazús - Cita Digital: ED-IV-CMLXXI-677



El Consejo de Asistencia Técnica para Procesos Judiciales de Salud (CATPROS): interrogantes en torno a su implementación^(*)



por SOFÍA MARÍA PARRA SENFET^(**)



Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. DETERMINANTES QUE REPERCUTEN EN EL “FENÓMENO DE JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD”. – III. REGULACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN VS. SOSTENIBILIDAD: TODO, PARA TODOS Y ¿GRATIS? – IV. LA EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍAS SANITARIAS. MARCO LEGAL Y EVOLUCIÓN EN ARGENTINA.

– V. EL CATPROS Y SUS INTERROGANTES – VI. CONCLUSIONES. – VII. BIBLIOGRAFÍA. VII.1. SITIOS WEB (POR ORDEN DE APARICIÓN). VII.2. FALLOS (POR ORDEN DE APARICIÓN). VII.3. DOCTRINA (POR ORDEN DE APARICIÓN).

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica*, por ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA, ED, 197-709; *Historia clínica. Encuadre probatorio. Responsabilidad médica. Responsabilidad omisiva*, por LUCÍA GRACIELA SAVARESE, ED, 216-642; *El derecho a la salud como derecho social. Garantía de la dignidad del hombre*, por VIOLETA CASTELLI, EDA, 2007-743; *El plazo de la prescripción liberatoria en materia de responsabilidad médica en los hospitales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por INÉS AMURA, ESTEBAN CENTANARO y JUAN PABLO RODRÍGUEZ, ED, 234-708; *Responsabilidad médica por mala praxis*, por MARIANO GAGLIARDO, ED, 251-465; *Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)*, por MARCELO J. LÓPEZ MESA, ED, 266-703; *La doctrina de la “real malicia” y el derecho a la información sobre cuestiones médicas*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-47; *Consentimiento informado de las personas con discapacidad en tratamientos médicos*, por NICOLÁS PILDAYN y MARINA M. SORGI ROSENTHAL, ED, 279-726; *La protección de los datos personales en internet (una tarea ineludible)*, por ESTEBAN RUIZ MARTÍNEZ, ED, 284-726; *Datos personales: Google se asocia con el sistema de salud más importante de Estados Unidos*, por LAURA BELÉN YACHELINI, ED, 286-618; *El médico y la virtud de la prudencia en tiempos de pandemia*, por GERMÁN CALABRESE, ED, 289-1581; *Odontólogos. Responsabilidad civil profesional en tiempos de pandemia*, por DANTE GÓMEZ HAISS, ED, 289-1434; *La responsabilidad del médico especialista*, por MILTON H. KEES, ED, 290-809; *La regulación del derecho a la imagen y el régimen de protección de datos de carácter personal. Ciertas “fricciones” entre ambos regímenes*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 290-637; *Responsabilidad del médico: necesidad de deslindar el caso de la no culpa*, por FEDERICO OSSOLA y JULIETA BOLLERO HAUSER, ED, 291-514; *El derecho a la información de salud y el hábeas data específico*, por EDUARDO MOLINA QUIROGA, ED, 294-972; *Derecho a la intimidad de los datos de salud*, por JULIÁN PRIETO, ED, 300. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) El presente trabajo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el Profesor Doctor Jorge Nicolás Lafferrere, concretamente en el Programa IUS titulado “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídico/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable” que dirigen los Dres. Emiliano Carlos Lamanana Guiñazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan; también del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada titulado “La función preventiva y la incertidumbre científica en actividades especialmente peligrosas. El Compliance como técnica de prevención y anticipación de daños en el ámbito empresarial” que dirige la Dra. Matilde Pérez juntamente con el Dr. Fernando Ubiría junto a un destacado grupo de colaboradores.

(**) Abogada (UCA, 2016). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA, 2022). Especialista en Derecho de Familia (UCA, 2021). Coordinadora y Docente en el Curso de Posgrado Instituciones del Derecho de la Salud (UCA). Docente en el Curso “Soluciones prácticas en amparos de salud y juicios de mala praxis médica” en Fundación CIJUSO. Docente de Derecho Internacional Público (Universidad Siglo 21). Miembro del Comité de Redacción de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Contribuye como experta local para cuestionarios del grupo de investigación del Banco Mundial para Argentina “Mujer, Empresa y el Derecho”. Autora de diversas publicaciones sobre Derecho de la Salud, Familia e Internacional Público. Actualmente se desempeña como Abogada en el Estudio jurídico Cassagne Abogados. Sofía ha sido colaboradora interna en el grupo de investigación del Proyecto IUS “Los derechos a la intimidad, imagen, honor e identidad en el entorno digital. Alcances de su protección y desafíos”, dirigido por la Doctora Bibiana Nieto en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (marzo 2022-Actualidad). También prestó colaboración interna en el grupo de investigación del Proyecto IUS “Discrecionalidad judicial en materia filiatoria, con especial referencia a los casos de maternidad subrogada”, dirigido por la profesora Analía Pastore en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (marzo 2019-diciembre 2021).

I. Introducción

En fecha 11 de septiembre de 2023 se ha publicado en el Boletín Oficial de la Nación el Decreto 468/2023⁽¹⁾, mediante el cual se creó el “Consejo de asistencia técnica para procesos judiciales de salud” (en adelante, por sus siglas, “CATPROS”), en el ámbito del Ministerio de Salud, cuya vigencia comenzará a operar a los 30 días a partir de su publicación, es decir el próximo 11 de octubre.

Entre sus considerandos se menciona que la decisión de crearlo se debió a la creciente utilización del recurso de la acción de amparo como herramienta para lograr mayores garantías en materia de salud y para contribuir a mejorar el acceso oportuno y adecuado por parte de la población. Por tal motivo, su objetivo será brindar asesoramiento técnico con independencia de criterio y competencia especializada al Poder Judicial de la Nación como también a los poderes judiciales de las distintas jurisdicciones locales, en reclamos por cobertura de medicamentos, tratamientos y procedimientos en el marco de enfermedades poco frecuentes y/o patologías especiales alcanzadas por la Ley 26.689.

Si bien la presente norma viene a dar soluciones al creciente fenómeno de judicialización de la salud, al mismo tiempo introduce una serie de dudas e incertezas en su implementación que de forma criteriosa se expondrán en el presente comentario, luego de hacer un repaso por los antecedentes que motivaron su creación.

II. Determinantes que repercuten en el “fenómeno de judicialización de la salud”

Hace tiempo que la judicialización es un desafío que aqueja a los sistemas de salud. Los conflictos sanitarios originados principalmente por falta de cobertura de prestaciones por parte de los financiadores del sistema terminan siendo resueltos por los jueces cuando en realidad podrían prevenirse con un marco normativo que brinde seguridad jurídica a todos los actores que lo componen.

Si bien opinamos que la deficiencia o ausencia de regulación sanitaria es el principal determinante que da lugar al fenómeno, lo cierto que en la actualidad podemos identificar otros, que están directamente relacionados con él. Ellos son: las interpretaciones extensivas de la ley con el solo fundamento del “derecho a la salud”; la invocación de los tratados internacionales para justificar la amplitud de cobertura y el incumplimiento o cumplimiento tardío del Agente del Seguro de Salud.

La deficiente o ausente regulación sanitaria origina indefectiblemente la litigiosidad, que deja en manos de la justicia la decisión de apegarse estrictamente a lo que dice la ley, tener un margen de apreciación para interpretarla, o directamente resolver conforme la equidad, según el caso. En tal sentido, es claro que lo más factible debería ser – como anticipamos –, que el Estado asegure una regulación adecuada.

En su primera versión del Programa Médico Obligatorio (PMO), aprobado mediante la Resolución 247/1996 del Ministerio de Salud y Acción Social y de la Administración Nacional del Seguro de Salud (MS y AS), en el Anexo I de la norma se describen determinadas prácticas que las Obras Sociales debían cubrir obligatoriamente a sus beneficiarios⁽²⁾ y se concluye disponiendo que “Todas aquellas prácticas no contempladas en este Programa Médico Obligatorio (PMO) podrán ser brindadas por las Obras Sociales a través del mecanismo de la Vía de Excepción”. Luego de la modificación que sufriera a través de la Resolución 939/2000 MS y AS se aprobó el PMO actualmente vigente mediante la Resolución 201/2002 MS, que viene siendo modificado por una gran cantidad de normas que van incorporando nuevas prestaciones al

(1) Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/293813/20230911> (último acceso, 09/10/2023).

(2) Disponible en: <https://www.sssalud.gob.ar/normativas/consulta/000370.pdf> (último acceso, 03/10/2023).

Programa. En su Anexo II (Catálogo de Prestaciones), reza “Los Agentes del Seguro de Salud garantizarán a través de sus prestadores propios o contratados la cobertura y acceso a todas las prestaciones incluidas en el presente catálogo. Las prácticas consideradas de alto costo, necesarias para el diagnóstico y tratamiento de patologías de baja incidencia y alto impacto económico y social, han sido normatizadas para asegurar el correcto uso de la tecnología y establecer los alcances de su cobertura evitando la inadecuada utilización de dichas prácticas. El Agente del Seguro de Salud podrá ampliar los límites de cobertura de acuerdo a necesidades individuales de sus beneficiarios”.

En ese orden, nos preguntamos si el PMO es la “cobertura mínima” o es simplemente enunciativa la lista de patologías y tratamientos que cubre, aun cuando la norma no lo dice. En este punto, si bien existe el criterio que entiende que el PMO es solo un piso prestacional y no un máximo de cobertura, ello no puede llevar a la interpretación forzada de que “quien debe lo menos debe lo más”. Es que, es claro que la Obra Social podría ofrecer a sus beneficiarios una cobertura más extensa a la que le imponen las normas, mas no resiste lógica afirmar que ello se traduce en que está obligada a hacerlo⁽³⁾.

La jurisprudencia expuso con relación a ello lo siguiente: “... Las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga deben cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial como mínimo las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme a lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y sus respectivas reglamentaciones⁽⁴⁾”. Asimismo, sostuvo, “La obra social demandada no es deudora de una obligación asistencial cuando se trata de una práctica médica no cubierta por el PMO, porque aquella solo se encuentra comprometida al suministro de los servicios y prestaciones individualizadas en el Anexo I de la Resolución General N° 27 del M.S. y A.S. y el Plan de Garantía de Calidad de la Atención Médica⁽⁵⁾”.

Entonces, nos preguntamos ¿tiene sentido legislar para establecer mínimos si no hay techos? Y, en esa línea, opinamos que resulta sumamente gravoso que los Agentes del Seguro de Salud no puedan apelar a los términos de la normativa vigente –en particular el PMO– para conocer el alcance de sus obligaciones, en tanto jamás podrían contar la seguridad jurídica de que su conducta se ajusta a derecho, ya que sus obligaciones serían ilimitadas bajo el criterio de que el hecho de que el PMO sea un piso prestacional –cosa que nadie duda– implica que también está obligada a reconocer la cobertura de prestaciones que están por encima de ese Programa, que no es de fuente contractual, sino que allí se detalla la cobertura que el Estado le ha impuesto en su carácter de Agente del Seguro de Salud.

Al respecto, se refiere Alterini a la seguridad jurídica diciendo “... Hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que solo se aplican a conductas posteriores a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo. Todo ello permite calcular razonablemente las consecuencias de Derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy. (...) Cuando un funcionario desborda su competencia, vale decir, cuando obra más allá del límite de sus facultades legales, la certidumbre resulta perjudicada.⁽⁶⁾” Recordemos que nuestra Corte Suprema de la Nación también le ha reconocido carácter constitucional al principio de seguridad jurídica⁽⁷⁾.

Por otro lado, encontramos que los jueces invocan los tratados internacionales para justificar la amplitud de la cobertura de todo tipo de prestación en la materia. En ese orden, cabe hacer una breve mención a lo que dicen los tratados internacionales citados. Veamos por ejemplo, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre, que en su artículo XI reconoce: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por 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⁽⁸⁾”. Es decir, que el Estado no se obligó a cubrir cualquier prestación que les sea requerida sino a proveer servicios de asistencia médica de acuerdo al nivel que les permitan sus recursos y los de la comunidad.

Por su parte, otro de los instrumentos comúnmente citados en las resoluciones judiciales es el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), que su artículo 12 reza: “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental⁽⁹⁾”. En este caso el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció sobre este artículo a través de la Observación N° 14⁽¹⁰⁾. Así las cosas, en el Apartado 9, que refiere al título I denominado “Contenido Normativo del artículo 12”, aclara que “El concepto de más alto nivel posible de salud (...) tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y sociológicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado”. Asimismo, el apartado 19, última parte: refiere a la “No discriminación e igualdad de trato”, y dispone lo siguiente: “Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una fracción pequeña de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población”. Por otro lado, el apartado 33. in fine, que forma parte del título II, titulado “Obligaciones de los Estados Partes” dice que “... Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”. Finalmente, el apartado 53, última parte de la mentada observación que integra el título IV de la misma, titulado “Aplicación en el Plano Nacional”, se indica que “La estrategia nacional en materia de salud también deberá tener en cuenta los recursos disponibles para alcanzar los objetivos fijados así como el modo más rentable de utilizar esos recursos”.

No debe soslayarse que la jurisprudencia también se ha ocupado de marcar que no debe apartarse del régimen que la autoridad de aplicación en la materia ha fijado: “Sin prescindir de la valoración de los derechos y garantías que contempla la Constitución Nacional a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales por vía del artículo 75, inc. 22, pero en el ámbito de las normas que reglamentan su ejercicio, no es posible apartarse del régimen que la autoridad de aplicación en la materia sanitaria ha fijado, toda vez que no ha sido cuestionada su constitucionalidad, ni tampoco se han plantado otras razones legales o reglamentarias que abonen la pretensión de los actores, por manera que la cobertura que se reclama resulta inadmisibles⁽¹¹⁾”.

Reiteramos que, de otra manera, sería imposible que los Agentes del Seguro de Salud puedan actuar dentro de un marco de seguridad jurídica, ya que nunca tendrían la certeza de que su conducta se ajusta a derecho si, bajo el argumento del rango constitucional del derecho a la salud, se viera obligado a satisfacer cualquier prestación que le fuera requerida más allá del marco normativo que el Estado le impone a través de las regulaciones que dictan el poder legislativo y la autoridad de aplicación en materia sanitaria.

Por último, y en línea con lo antedicho, en muchos casos los Agentes del Seguro de Salud eligen incumplir sus obligaciones prestacionales con el fin de generar un efecto disuasivo para frenar la litigiosidad. En otros casos, retardan el cumplimiento, siendo esta una alternativa para pallear momentos de escases en los recursos.

(3) Clucellas, Francisco, A., *El alcance del derecho a la salud. Han matado al PMO*, Primera parte, 2022, pp. 3-4, Cita: MJ-DOC-16392-AR | MJ16392 Producto: MJ,SYD.

(4) Fallos: 324:677.

(5) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, Expte. 2322/00, “Vázquez Lledías, Marta E. c/Obra Social de Seguros s/Daños y Perjuicios”, 18/03/2004.

(6) Alterini, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 19.

(7) Fallos 220:5, 243:465, 251:78, 253:47, 254:62, 316:3231, 317:218.

(8) Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf (último acceso, 09/10/2023).

(9) Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> (último acceso, 09/10/2023).

(10) Disponible en: https://conft-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN14 (último acceso, 09/10/2023).

(11) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, Expte. 2742/97, “Tortorello, Marcelo Antonio c/Obra Social del Personal de Fábrica de Pinturas”.

III. Regulación y judicialización vs. Sostenibilidad: todo, para todos y ¿gratis?⁽¹²⁾

En base a lo dicho anteriormente, el derecho a la salud necesariamente debe confrontar con la realidad económica. Para ello nos referiremos al término “sostenibilidad”. La Real Academia Española define su cualidad –sostenible– como: “que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente”⁽¹³⁾. Pensando en el funcionamiento del sistema de salud en la actualidad en nuestro país, nos preguntamos... ¿podremos seguir indefinidamente con esta forma de entender el sistema? ¿no será que la dinámica actual nos conduce a poner el énfasis en los derechos del paciente actual sin tener en consideración los mismos derechos para el paciente futuro?

Pregno ha dicho que no es sostenible en el tiempo un sistema de salud que observe simultáneamente las siguientes tres premisas: a) todas las prácticas-procedimientos-actos-intervenciones, sean diagnósticas, terapéuticas y/o preventivas, que el imperativo tecnológico habilita para atender la salud de la población; b) para todas las personas; y c) en condiciones de gratuidad. Así las cosas, concluye que mantener conjuntamente las tres coordenadas es a riesgo de la existencia misma del sistema⁽¹⁴⁾.

Asimismo, debemos tener en cuenta las responsabilidades de los actores del sistema, a saber: los financiadores (obras sociales y empresas de medicina prepagas), prestadores (del sector privado y público), el Estado (como regulador y también financiador por la vía de la utilización de los recursos provenientes del presupuesto), la conducta de los médicos y la de los pacientes y, finalmente, en cuanto aquí interesa, la de los jueces llamados a decidir en los conflictos derivados de las relaciones médico-paciente, financiador/prestador, afiliado/usuario del sistema de salud. En definitiva, el desafío consistirá en que la forma de actuación –y la comprensión– de todos los actores antes mencionados permitirá lograr –o no– que el sistema sea sostenible en el tiempo.

¿Y cuál es el nudo de este desafío para lograr un sistema de salud sostenible? Hacer todo lo que corresponda para garantizar la sostenibilidad –o sustentabilidad– del mismo, de modo que tanto los pacientes actuales como los futuros puedan recibir una atención igual o mejor que la actual. Y en este sentido, debemos ser conscientes que las necesidades son ilimitadas y los recursos limitados.

Para ello existen diversos remedios institucionales que nos acercan a ese objetivo. Por un lado, se destaca la jurisprudencia actual que materializa el rol del Estado como garante del derecho a la salud, a través de su intervención en el marco de los amparos de salud, ya sea en carácter de demandando o citado como terceros a los organismos Ministerio de Salud y/o la Superintendencia de Servicios de Salud, para que asuman una parte o todo el tratamiento requerido. Esta postura se observa principalmente en juicios que versan sobre pretensión de cobertura de medicamentos de alto costo/precio, y es seguida por las distintas salas de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y, en menor medida por los tribunales de primera instancia del mismo fuero, ya sea de oficio o a solicitud de los Agentes del Seguro de Salud.

Entre los fundamentos que esgrimen para incorporarlos al proceso, se encuentran los siguientes⁽¹⁵⁾:

En primer término, reconocen el rol de garante de los derechos a la salud y a la vida, más allá de las obligaciones que pesen sobre los prestadores de salud conforme el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional. Así las cosas, se advirtió que, si bien las partes del proceso se encontraban vinculadas contractualmente, lo cierto es

que al Estado Nacional le incumbía una responsabilidad subsidiaria de la que recaía sobre el Agente del Seguro de Salud, en el cumplimiento de sus deberes. De tal modo, toda vez que en esas actuaciones el actor perseguía la cobertura de un medicamento con elevado costo y que ello suponía grandes erogaciones a lo largo del tiempo, consideraron oportuno integrar la litis con aquellas personas que no podían permanecer ajenas al desarrollo del pleito, a los efectos de posibilitar una sentencia útil.

Asimismo, aun cuando se pronunciaron acerca del carácter de abreviado del trámite del amparo, destacaron que en casos donde se reclamaron ese tipo de medicamentos, dicho Tribunal se había pronunciado sosteniendo que la intervención obligada de terceros quedaba configurada cuando a pedido de cualquiera de las partes, el órgano jurisdiccional disponía la citación de un tercero, respecto de quien se considerara que la controversia fuera común a fin de que participara en el proceso pendiente y que la sentencia que se llegara a dictar pudiera serle eventualmente opuesta. En esas oportunidades se sostuvo que habría controversia común cuando se entendía que la eventual decisión judicial que se resolviera sobre la relación o situación jurídica planteada en el proceso y que constituía la causa de la pretensión, pudiera de alguna manera afectar, rozar, alterar, gravitar o comprometer la relación o situación jurídica existente entre una de las partes y el o los terceros. En consecuencia, y advirtiendo la existencia de una comunidad de controversias entre el Ministerio de Salud de la Nación y las partes, y que existía la posibilidad de una resolución que afectara los intereses de aquel y las circunstancias particulares de la causa, consideró que se justificaba la pretensión del Agente del Seguro de Salud, a fin de que se integrara el proceso con dicha cartera ministerial, en su carácter de garante última del derecho a la salud de todos los ciudadanos.

Por su parte, respecto a la Superintendencia de Servicios de Salud, manifestaron que también correspondía su integración a la litis, en su carácter de organismo descentralizado del Ministerio de Salud de la Nación y entidad estatal de derecho público con personalidad jurídica y autarquía individual, financiera y administrativa (cfr. artículo 2º del Decreto N° 1615/1996), resaltando sus funciones de implementar y administrar los fondos destinados a financiar a los agentes del seguro en el caso de reconocimiento de prestaciones de alto impacto económico y las de tratamiento prolongado⁽¹⁶⁾.

Y agregó finalmente que además que no soslayaba que la solución propiciada constreñía a la parte actora a litigar con quien no había elegido, sin embargo, los extremos señalados anteriormente justificaron dicha decisión. Por lo demás, sostuvieron que nada en la causa permitía presumir que se fuera a desnaturalizar el trámite impreso ni se viera afectado el derecho a la salud de la demandante, quien ya contaba con una resolución cautelar dictada por el juez de la anterior instancia. Tampoco advirtieron que lo decidido afectara el principio de economía procesal o significara un dispendio jurisdiccional inútil que afectara los intereses que perseguía la demandante en el marco de esos actuados.

En varias ocasiones, los tribunales resuelven condenar en distintos porcentajes. Veamos el caso del medicamento onasemnogèn abeparvovec, mejor conocido por su nombre comercial Zolgensma, considerado como “el medicamento más caro del mundo”⁽¹⁷⁾.

El Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín, por resolución del 23 de diciembre de 2021, hizo lugar a la cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenó a las demandadas que cubrieran el costo de la medicación, conforme los siguientes porcentajes: ochenta por ciento (80%) del costo total a cargo del Estado Nacional y el veinte por ciento (20%) restante a cargo de la obra social

(12) Frase utilizada por Elian Pregno en su artículo “Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud”. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), pp. 176-186. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p176-186>

(13) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Palabra: sostenible. Disponible en: <https://dle.rae.es/sostenible?m=form> (último acceso, 06/10/2023).

(14) Pregno, Elian, “Ideas generales para la construcción de una respuesta jurídica compleja, autónoma y transversal a los procesos salud-enfermedad-atención”. *En Letra*, 1, n. extraordinario sobre Derecho de la Salud, 2014, p. 78. Disponible en: <http://oaji.net/articulos/2014/1341-1418596983.pdf> (último acceso, 03/10/2023).

(15) Cámara Nacional Civil y Comercial Federal – Sala II, Expte. 14702/2022 caratulado: “Z., G. J. c/OBRA SOCIAL DE EJECUTIVOS Y PERSONAL DE DIRECCION DE EMPRESAS s/AMPARO DE SALUD”, 11/04/2023 y Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, Expte. 1085/2023 caratulado “A. M., P. M. c/OSDE s/AMPARO DE SALUD”, 22/06/20223.

(16) Actualmente se encuentra vigente el Sistema Único de Reintegro por Gestión de Enfermedades (SURGE) (Resolución 731/2023).

(17) El precio de salida de laboratorio de Zolgensma® (onasemnogèn abeparvovec) es de USD 1.700.000 más IVA. No obstante, Novartis ha arribado a distintos acuerdos comerciales como el celebrado con el Ministerio de Salud de la Nación, en los cuales el producto ha sido vendido a cambio de un precio de venta mínimo de USD 1.300.000 más IVA. Si bien el precio es elevadísimo, comulgamos con la opinión de Novartis que argumenta que Spinraza® (Nusinersen), aprobado por la FDA en diciembre de 2016 para todos los tipos de AME sin importar la edad del paciente, cuesta casi el doble si se mantiene durante 10 años. Su precio es de USD 750.000 el primer año y USD 375.000 en los años posteriores y a diferencia de Zolgensma®, que es de una sola aplicación, el tratamiento con Spinraza® es de por vida.

demandada OSECAC. Para así resolver, sostuvo que correspondía al Estado Nacional soportar el mayor porcentaje del costo de la medicación, habida cuenta de su función rectora y en razón de haber asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud. En efecto, manifestó que el Estado Nacional, al haber dictado una profusa legislación que implicaba la incorporación de mayores costos a todo el sistema de salud, no podía quedar ajeno al esfuerzo económico. Dicha medida fue confirmada por la Sala de la Cámara de Apelaciones de La Plata mediante resolución de fecha 6 de mayo de 2022⁽¹⁸⁾.

En el marco de otra medida cautelar peticionada el Juzgado Federal de Rosario N° 2, ordenó la cobertura de la medicación Zolgensma, correspondiendo la distribución de la misma de la siguiente manera: a cargo de Galeno Argentina un 30%; de la Obra Social de Mandos medios de Telecomunicaciones en la República Argentina y el Mercosur (OSMMDT), un 30% y del Estado Nacional – Ministerio de Salud, el 40% restante⁽¹⁹⁾.

Por su parte, y en el ámbito de la jurisdicción civil y comercial federal de capital, el Juzgado Civil y Comercial Federal N° 11, hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado Nacional, a Swiss Medical y a OSDE a suministrar a la actora la medicación Zolgensma, distribuyendo la carga inicial de los costos en un 80% al Estado nacional y en un 10% a cada una de las prestadoras demandadas. Ello sin perjuicio de la obligación que cada una de las partes codemandadas tienen de responder por el total con respecto a la actora⁽²⁰⁾.

En ese orden, el Juzgado Civil y Comercial Federal N° 10 hizo lugar a la medida cautelar peticionada ordenando a OSDE, al Ministerio de Salud de la Nación y a la Superintendencia de Servicios de Salud a que, de manera inmediata, efectúen las gestiones para brindar en tiempo y forma la cobertura de la medicación, quedando a cargo de cada una de ellas el 33% del valor total de comercialización, para lo cual deberá descontarse el aporte que efectuarán los padres de la menor de edad en virtud del compromiso asumido⁽²¹⁾.

Sin perjuicio de lo expuesto, parte de la jurisprudencia de primera instancia opta por rechazar la citación de terceros que solicitan los Agentes del Seguro de Salud. Entre los fundamentos rechazo se destaca que en el procedimiento establecido en la Ley 16.986 no se encuentra prevista la intervención de terceros; instituto que –sostienen– es opuesto al carácter urgente y expedito de esta acción excepcional, en la que por tales razones la reglamentación excluye la promoción de incidentes (artículo 16). Asimismo, entienden que no procede la citación de terceros cuando con la solicitud se intentara justificar en las hipótesis de que la parte eventualmente vencida tiene una acción regresiva contra el tercero o que media conexión entre la relación controvertida en el proceso y otra existente entre el tercero y el demandado.

No comulgamos con esta postura, ya que opinamos que la inclusión del Estado ya sea como codemandado o tercero, resulta favorable a la totalidad de las partes. Ello, en tanto no solo se evita el desbaratamiento del Agente del Seguro de Salud –más que nada en los casos que no se encuentra probada la eficacia de la prestación–, sino que se garantiza al paciente la efectiva cobertura al tener el Estado acceso a mayor presupuesto sin riesgo de desfinanciamiento y, en muchos casos, a la inmediatez de la adquisición cuando él mismo se obligó a asegurar

(18) Cámara Federal de La Plata, Sala II, Expte. N° FLP 16230/2021/2, “D., D. D Y OTRO c/ OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES -OSECAC- Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986”, 06/05/2022. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/inicio.html/d/sentencia-SGU-97ff938f-d7da-4171-af7b-76083d4468b2.pdf> (último acceso, 09/10/2023).

(19) Juzgado Federal de Rosario N° 2, Expte. FRO 20606/2021, “R. F. y otro c/ OSMMDT (obra social de mandos medios de telecomunicaciones en la República Argentina y Mercosur) y otro s/ amparo contra actos de particulares”, 19/01/2022. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/01/21/fallos-derecho-a-la-salud-cobertura-del-medicamento-zolgensma-de-u-2-000-000-para-una-nina-con-una-enfermedad-poco-frecuente/> (último acceso 09/10/2023).

(20) Juzgado Civil y Comercial Federal 11, Secretaría 22, Expte: 20663/2022, “B., F. E. c/ SWISS MEDICAL SA Y OTRO s/SUMARISMO DE SALUD”, 21/03/2023.

(21) En este caso los progenitores de la menor de edad habían organizado una colecta que se difundió por los medios de comunicación. De la cuenta de la red social Instagram “TODOSPORYCONFATIMA” surge que lograron recaudar más de USD 1.000.000. Disponible en: <https://www.instagram.com/todosporconfatima/?hl=es> (último acceso, 09/10/2023).

su cobertura, como en los casos de provisión directa⁽²²⁾ o acuerdos de esfuerzo compartido⁽²³⁾.

IV. La evaluación de tecnologías sanitarias. Marco legal y evolución en Argentina

El otro remedio institucional que tienen los Estados para garantizar la sostenibilidad, son las agencias de evaluación de tecnologías sanitarias (ETS). Señala Tobar⁽²⁴⁾ que la dinámica de la incorporación tecnológica en salud es diferente a la registrada en otros sectores de la actividad humana, sencillamente porque el sujeto que decide su incorporación resulta más difuso. Es decir, no resulta claro quién es el que toma la decisión de incorporar las nuevas tecnologías sanitarias dentro de la función de producción de salud. Esto se debe a que hay asimetrías de información que se produce porque el paciente no decide ni paga, el médico decide, pero no utiliza ni paga y el financiador paga, pero no decide ni utiliza.

Sobre ese triángulo conformado por el paciente, el profesional de la salud y el agente financiador se establece una relación de agencia donde cada actor transfiere decisiones a los otros. Pero ante la ausencia del Estado en la regulación y el monitoreo de esa relación de agencia aparecen efectos colaterales y comportamientos oportunistas, como la aparición del cuarto agente, el vendedor u oferente de una determinada tecnología que introduce incentivos capaces de sesgar el diagnóstico y la prescripción. También puede intervenir una asociación de pacientes, en general cuando se trata de enfermedades costosas. El sexto actor que se incorpora son los abogados que interceden en favor de los pacientes para lograr que la nueva tecnología sanitaria sea cubierta por el financiador. Y, agrega una más, el séptimo actor, los jueces con sus resoluciones mayormente favorables al paciente.

El segundo de los factores que sostiene Tobar que condicionan la incorporación de la tecnología sanitaria es la segmentación de las decisiones clínicas. Esto es cuando los cuidados médico-sanitarios se asumen en forma esporádica y no como un proceso continuo, que contribuye a la pérdida de oportunidades de diagnóstico y tratamiento, a la discontinuidad de los cuidados, a la duplicación de prácticas y, en ocasiones, hasta la iatrogenia⁽²⁵⁾. En conclusión, sostiene que la incorporación de nuevas tecnologías en salud requiere ser racionalizada, siguiendo reglas claras y estrictas que orienten las interacciones de todos los actores para optimizar los resultados de salud obtenidos con los recursos disponibles.

Ahora bien, quienes se encargan de llevar adelante un proceso que permita concluir si una tecnología previamente autorizada para ser comercializada debe ser financiada con recursos públicos, son las agencias de evaluación de tecnologías. Estas a través de documentos de ETS tratan de evaluar la efectividad de una tecnología sanitaria, mediante una metodología explícita, ordenada y reproducible. Las preguntas que debe plantearse la ETS, según Lifschitz⁽²⁶⁾ son: ¿esta tecnología es efectiva? ¿qué pacientes se benefician? ¿es superior en términos de eficacia y seguridad al estándar? ¿cuánto cuesta? ¿el beneficio justifica los costos incrementales? ¿se cuenta con la infraestructura necesaria para adoptar la tecnología? ¿es posible incorporarla desde un punto de vista social y ético?

Entre las distintas experiencias de ETS en el mundo encontramos las siguientes: en Inglaterra, el Instituto Nacional para la Salud y la excelencia clínica (NICE); en Francia, la Alta Autoridad de Salud; en España funciona la Red Española de Agencias de ETS; en Alemania el Instituto para la Calidad y Eficiencia del Cuidado de la Salud; en Brasil la Comisión Nacional de Incorporación de Tecnologías de Salud, y en Colombia el Instituto de Eva-

(22) Este es el caso de Spinraza, como surge de la página de Pharmabiz: <https://www.pharmabiz.net/spinraza-nueva-compra-desde-el-estado-2/> (último acceso, 09/10/2023).

(23) Este es el caso de Zolgensma mencionado anteriormente: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-de-salud-proveera-la-terapia-genica-de-mas-alto-precio-de-la-region-para-el> (último acceso, 09/10/2023).

(24) Lifschitz, Esteban [et al.], *Agencia de evaluación de tecnologías sanitarias*, 1° ed. adaptada – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes, 2017, pp. 12-13.

(25) Este consiste en el daño ocasionado por el profesional de la salud a pacientes, familias u otras personas, de manera no intencional, que puede provocar desde un ligero malestar emocional hasta la propia muerte.

(26) Lifschitz, Esteban [et al.], *Agencia de evaluación de tecnologías sanitarias*, 1a ed. adaptada – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes, 2017, p. 33.

luación Tecnológica en Salud. En Argentina, a principios de la segunda década del siglo XXI el tema de incorporar una Agencia de ETS ingresó en la agenda de políticas públicas. Allí comienza el recorrido hasta el proyecto de ley⁽²⁷⁾ de creación de la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias (AGNET⁽²⁸⁾), que finalmente perdió estado parlamentario. Sin embargo, los dictámenes elaborados en Comisión sirvieron de base para que el senador Mario R. Fiad el 2 de marzo de 2022 presentara en el Senado el proyecto S-0002/2022 (DAE 1-22)⁽²⁹⁾ que propone crear la AGNET como organismo descentralizado, con autarquía económica, financiera y personería jurídica propia, con el objeto de evaluar las tecnologías sanitarias para permitir la toma de decisiones sustentadas en evidencia científica tendiente a mejorar el acceso y las condiciones de salud de la población.

En el año 2018 se creó la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (Res 623/2018 MS)⁽³⁰⁾, asignándosele competencia para la realización de estudios y evaluaciones de medicamentos, productos médicos e instrumentos, técnicas y procedimientos clínicos, quirúrgicos y de cualquier otra naturaleza destinados a la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades y/o rehabilitación de la salud, a fin de determinar su uso apropiado, oportunidad y modo de incorporación para su financiamiento y/o cobertura, de modo que dichas evaluaciones podrán tener en cuenta, según el caso, criterios de calidad, seguridad, efectividad, eficiencia, equidad, bajo dimensiones, éticas, médicas, económicas y sociales.

Dentro del período que estuvo vigente, la CONETEC intervino en la evaluación del medicamento Spinraza® (Nusinersen) en casos de Atrofia Muscular Espinal (AME), elaborando el informe de ETS n. 1 (13-11-2019)⁽³¹⁾. En el mismo se hicieron estos cuestionamientos: ¿Nusinersen es más efectivo – seguro que placebo para tratamiento de AME? ¿El sistema de salud de la Argentina debería incorporar a Nusinersen como prestación cubierta? ¿Para qué poblaciones y bajo qué condiciones debería cubrirse Nusinersen?

Al evaluar la evidencia disponible sobre Nusinersen y el posible impacto de su incorporación al PMO de acuerdo al marco de valor establecido, la CONETEC concluyó que: si bien su beneficio clínico sobre los pacientes con AME tipo I y II sería mayor y esto está respaldado por evidencia científica de buena calidad, la incorporación de la tecnología tendría impacto negativo sobre la salud pública, la equidad y en el aspecto económico. Teniendo en cuenta el informe técnico, la información disponible hasta el momento y el contexto actual la mesa técnica no recomendó la incorporación de esta tecnología a la cobertura obligatoria del país. A raíz de este informe mediante Resolución 1115/2020⁽³²⁾ se derogó la resolución 1452/2019⁽³³⁾ que había incorporado el Nusinersen al PMO, dejando a salvo los pacientes que habían iniciado tratamientos durante la vigencia de la normativa anterior, cuya continuidad de cobertura debía ser garantizada por los Agentes del Seguro de Salud.

En el corriente año, por medio del Decreto 344/2023⁽³⁴⁾ se crea la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Excelencia Clínica (CONETEC), continuadora, a todos sus efectos, de la Comisión creada por la Resolución 623/2018 MS y su modificatoria, como organismo desconcentrado dependiente del Ministerio

de Salud de la Nación, que realiza evaluaciones y emite recomendaciones técnicas sobre la incorporación, desinversión, forma de uso, financiamiento y cobertura de las tecnologías sanitarias empleadas en el sistema de salud bajo dimensiones éticas, médicas, económicas y sociales.

Exactamente una semana después de la publicación en el Boletín Oficial de la norma de creación del organismo objeto de análisis, y en el marco de sus facultades para dictar las normas complementarias y/o aclaratorias que resultan necesarias para el funcionamiento de la nueva CONETEC, el Ministerio de Salud dictó la Resolución 2092/2023⁽³⁵⁾ y que conforme su artículo 7, entró en vigencia a partir del día de su publicación, el 20 de septiembre de 2023, es decir, sin haber entrado en funcionamiento el CATPROS.

Ello se debió a que se consideró que no se encontraba garantizando la representación de todos los actores del sistema sanitario argentino como así también la de otros actores de interés. Es por eso que se estableció la cantidad de representantes por cada uno de los organismos y entidades que conforman la Comisión y que dichos representantes participarán en las Mesas de Trabajo creadas a tal efecto.

Recientemente se publicó la Resolución 2679/2023⁽³⁶⁾ el 6 de octubre del corriente año, corrigiendo un error involuntario del artículo 1, que establecía la conformación de la Mesa de Trabajo de la CONETEC, dado que se había omitido mencionar entre los 28 integrantes a la Superintendencia de Servicios de Salud.

V. El CATPROS y sus interrogantes

Como se adelantó a modo introductorio, el CATPROS fue creado mediante el Decreto 468/2023, publicado en el Boletín Oficial el 11 de septiembre de 2023, cuya vigencia comenzará a operar a los 30 días a partir de su publicación, es decir el 11 de octubre del corriente año. Funcionará en el ámbito del Ministerio de Salud, ante la creciente utilización de la acción de amparo como herramienta para lograr mayores garantías en materia de salud y para contribuir a mejorar el acceso oportuno y adecuado por parte de la población, brindando asistencia técnica con independencia de criterio y competencia especializada a los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación como también a aquellos que conforman los poderes judiciales de las distintas jurisdicciones locales.

En este apartado analizaremos sus principales disposiciones, siguiendo la estructura en forma de interrogantes planteados a cada cuestión:

1) ¿Se justificaba crear un organismo nuevo? Advertimos en este comentario que al momento no contamos con una Agencia de ETS pero sí con una Comisión –la CONETEC– que comparte las funciones que en un principio se atribuyeron a la AGNET. Entre ellas destacamos que el artículo 7 del proyecto de 2016 disponía “Intervención en procesos judiciales (...) La AGNET será el órgano de consulta en los procesos judiciales de toda clase en los que se discutan cuestiones de índole sanitaria relativas a las temáticas previstas en el artículo 2º”. Siguiendo esa línea, el proyecto de 2022 en su artículo 9 ampliaba la redacción de esta forma: “Órgano de consulta. La AGNET podrá intervenir como órgano de consulta en cualquier instancia donde se debatan cuestiones vinculadas al área de su competencia incluidos los procesos judiciales...”.

En tal sentido, la misma CONETEC en su primera versión regulada por la Resolución 623/2018 contenía un artículo que expresamente la designaba como órgano consultor. En efecto, el artículo 6 de la Resolución 623/2018 disponía que también podrá intervenir como órgano consultor en cualquier instancia donde se debatan cuestiones vinculadas al área de competencia de esta Comisión, incluidos los procesos judiciales. Así las cosas, ¿no hubiese sido mejor ampliar funciones a la CONETEC creada por el Decreto 344/2023?

El mismo Ministerio de Salud no se pronunció sobre esta cuestión, pero cuando anunció la creación de esta herramienta en el Primer Encuentro Federal de Integración informó que el CATPROS articulará su trabajo con la CONETEC⁽³⁷⁾. Ello también surge del artículo 2 e) del

(27) Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/82.16/PE/PL> (último acceso, 09/10/2023).

(28) Para un mayor análisis del organismo se sugiere consultar Lafferrere, Jorge N. y Zambrano (h.), Martín “Proyecto de Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias “AGNET”: inquietudes en su implementación e incidencia en los amparos de salud”. *DFyP*, 2016 (noviembre), 04/11/2016, 142.

(29) Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2.22/S/PL> (último acceso, 09/10/2023).

(30) Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resolucion_623-18.pdf (último acceso, 09/10/2023). Como complemento de la misma, por Resolución N° 2965/2019 de la ex Secretaría de Gobierno de Salud del entonces Ministerio de Salud y Desarrollo Social, se aprobaron los documentos técnicos de la citada Comisión, los manuales operativos de funcionamiento y metodológico que establecieron los marcos de criterios a aplicar en la evaluación de tecnologías sanitarias.

(31) Disponible en: <http://iah.salud.gob.ar/doc/428.pdf> (último acceso, 04/10/2023).

(32) Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/231313/20200629> (último acceso, 09/10/2023).

(33) Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/213349/20190812> (último acceso, 09/10/2023).

(34) Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/289801/20230707> (último acceso, 09/10/2023).

(35) Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/294474/20230920> (último acceso, 09/10/2023).

(36) Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/295639/20231006> (último acceso, 09/10/2023).

(37) Tanto la creación de este consejo como el fortalecimiento de la CONETEC formaron parte del documento al que se arribó junto a los representantes de todos los subsectores del sistema de salud, en el

Decreto 468/2023, que prevé que en los requerimientos judiciales que se le formulen, estará facultado para efectuar consulta previa y/o referencia a las evaluaciones y recomendaciones efectuadas por la CONETEC u otras instancias análogas especializadas, respecto a la incorporación, forma de uso, financiamiento y/o políticas de cobertura de las tecnologías sanitarias reclamadas.

2) ¿Cómo será su intervención en un proceso judicial? En primer término, la norma aclara que la solicitud de asesoramiento será facultativa para los tribunales intervinientes en las causas que se reclame la provisión de medicamentos, tratamientos y procedimientos innovadores y tecnologías sanitarias para el tratamiento de enfermedades poco frecuentes y patologías especiales, en atención a la evidente complejidad técnica presente en tales casos y la trascendencia de los derechos involucrados (considerando 47). Es decir, que el tribunal a cargo de la causa podrá pedir o no al CATPROS la elaboración de uno o más informes. En ese marco de discrecionalidad, nos preguntamos si las partes involucradas también están facultadas para solicitarlo. Creemos que sí, que podrán requerirlo al juez como medida de mejor proveer o en la prueba informativa, según el estado procesal.

Por su parte, entre los considerandos aclara que la labor se desarrollará dentro del marco cognoscitivo de una acción de amparo, sumarísimo u ordinario, lo que descartaría en principio otro tipo de procesos (considerando 42). Por otro lado, se dispone que la norma es de aplicación a todo el país. En ese orden, nos preguntamos si ello vulneraría el ejercicio de poder de policía de las provincias en materia de salud y de no ser así, cómo podrían ellas evitar que eso suceda.

Respecto a sus integrantes el artículo 4 menciona que serán cinco profesionales en ciencias de la salud: tres en representación del Ministerio de Salud, uno/a en representación de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) y uno/a en representación de la Superintendencia de Servicios de Salud, los cuales no deberán tener responsabilidad directa en la respuesta y/o gestión de cumplimiento de las resoluciones judiciales que se dicten en el marco de acciones por las que se reclama la cobertura, y quienes lo integren estarán obligados a pronunciarse sobre la base de su conocimiento, idoneidad y experticia, así como también manifestarse en relación con la existencia o no de conflictos de interés, debiendo excusarse si fuera el caso.

Al respecto, vemos que los integrantes detallados no representan a todos los actores del sistema de salud, ya que, por ejemplo, deja afuera a los financiadores, profesionales de la salud y a las asociaciones de pacientes. Creemos que para que sea verdaderamente representativo, debería seguir las bases del artículo 3 del Decreto 344/2023, que añade a los al Consejo Federal de Salud (Co.Fe.Sa.), al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), Obras Sociales Nacionales, Obras Sociales de las distintas Jurisdicciones, Entidades de Medicina Prepaga, Defensoría del Pueblo de la Nación y asociaciones de pacientes. Asimismo, advertimos que en los casos donde uno o varios de los organismos representados sean codemandados o citados como terceros, el tribunal deberá evaluar criteriosamente su intervención para no vulnerar el derecho de defensa de las partes, dado que podrán generarse conflictos de interés, por ejemplo, si también se ofreciera prueba informativa a los organismos.

Por lo demás, destacamos que un organismo que se compone de cinco personas tendrá una ardua tarea por delante dada la cantidad de procesos que se encuentran en trámite y que, por la naturaleza de las cuestiones debatidas, no admiten demora. Incluso teniendo en cuenta que el artículo 6 dispone que los miembros permanentes y “ad hoc⁽³⁸⁾” del CATPROS desempeñarán sus tareas con carácter “ad honorem”. En consecuencia, y en línea con el

que se acordó avanzar en ambos temas. Así, el Decreto 468/2023 que da creación al CATPROS y el Decreto 344/2023 del 7 de julio, mediante el cual la CONETEC –que funcionaba dentro de la cartera sanitaria– se constituyó como organismo desconcentrado a fin de fortalecer y jerarquizar su función. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-creo-el-consejo-de-asistencia-tecnica-para-procesos-judiciales-de-salud> [último acceso, 04/10/2023].

(38) A estos miembros el CATPROS podrá solicitar la opinión técnica de expertos profesionales o expertas profesionales de las ciencias de la salud pertenecientes a universidades o instituciones académicas, sanitarias y/o científicas, quienes serán invitados o invitadas a integrar dicho Consejo con carácter “ad hoc”, con el fin de contar con los conocimientos y la experiencia especializada sobre los casos particulares.

apartado anterior, cabe preguntarnos, ¿podrán cinco personas con otras funciones remuneradas cumplir gratuitamente y en tiempo y forma con todos los requerimientos que les solicite cualquier tribunal de la nación?

3) ¿Cuál es el plazo para elaborar el informe? En este punto, vale la pena destacar que el artículo 9 del proyecto de creación de la AGNET disponía que tratándose de casos de urgencia procesal la AGNET deberá instrumentar un mecanismo de rápida respuesta que le permita evacuar la consulta en un “plazo perentorio”, sin precisar plazos para su actuación.

Por su parte, respecto al informe elaborado por el CATPROS, el artículo 3 señala que el mismo será emitido en el plazo que el tribunal interviniente disponga, considerando la complejidad de la cuestión sometida a consulta, la gravedad y/o urgencia del caso individual y respetando la naturaleza del proceso por el cual tramita el reclamo. En aquellos casos en los que no se establezcan plazos de respuesta el Consejo deberá guiarse por los Códigos de rito.

En conexión con lo anterior, opinamos que no puede haber lugar a dudas en la determinación de los plazos, dada la relevancia de las decisiones y la urgencia que pueden presentar algunas situaciones. Si se desea incidir en la cantidad de amparos en salud, es importante que el CATPROS pueda dar muestras de eficiencia en su actuación para generar confianza y respeto como institución en el marco del proceso. De lo contrario no cumplirá los objetivos por los cuales fue creado, pudiendo incluso dar lugar a planteos de carácter administrativo e indefiniciones que terminen afectando la salud de los pacientes.

4) ¿Qué efectos jurídicos producirá el informe? Al respecto, el artículo 15 del proyecto de AGNET establecía que “toda decisión de la AGNET sobre los temas de su competencia será de carácter vinculante para todos los organismos del Estado Nacional, de las Jurisdicciones que adhieran y de los sujetos alcanzados por su actuación”.

Respecto a las definiciones técnicas sometidas a consulta de la CONETEC se estableció que las mismas fueran para todo el sistema de salud y tuvieran carácter vinculante para el Ministerio de Salud Nacional, sus organismos descentralizados y desconcentrados. Los informes y recomendaciones de esta comisión son públicos y de libre consulta para toda la sociedad⁽³⁹⁾.

Ahora bien, el Decreto 468/2023 es contundente en sostener que el informe será no vinculante para el tribunal consultante, quien podrá requerirlo de acuerdo a las circunstancias del caso, en forma previa a resolver la solicitud efectuada. En ese orden, nos preguntamos si se justifica el trabajo de un organismo que elabora un informe en un caso particular, para que después el juez sin más decida apartarse del criterio indicado por la CATPROS. Entendemos que para ello debería esgrimir razones verdaderamente fundadas. Sin perjuicio de ello si se considerara vinculante como en el proyecto de AGNET, dicha pretensión podría ser hasta inconstitucional al avasallar la división de poderes.

VI. Conclusiones

Tal como se esgrime en los considerandos del CATPROS, si bien se han alcanzado avances en pos de lograr un sistema de salud que garantice el acceso a toda la población a las innovaciones científicas, su ingreso al menú de cobertura prestacional por vía judicial sin la adecuada evaluación técnica por parte de las autoridades sanitarias perjudica la calidad de la atención y pone en riesgo su sustentabilidad (considerando 37). Más aun, cuando la tecnología que se prescribe es de una única aplicación, puesto que, en tales casos, con su otorgamiento mediante medida cautelar agotaría el objeto de la pretensión principal articulada.

Es por ello que, en esos casos, este organismo técnico especializado tomará un papel preponderante al abocarse a tareas que vemos que están siendo asumidas por el Cuerpo Médico Forense⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, hay cuestiones

(39) Decreto 344/2023, artículo 1.2.

(40) Este organismo interviene constantemente en medidas de mejor proveer solicitadas por los tribunales en el marco de la excepción del artículo 2 de la Acordada 47/2009 que expresamente prevé que los magistrados que no pertenezcan al fuero criminal podrán requerir su intervención cuando medien notorias razones de urgencia, pobreza o interés público debidamente acreditadas o cuando las circunstancias particulares del caso hicieran necesario su asesoramiento. También es usual que las partes a fin de evitar cargar con los gastos de un perito oficial, solicitan como prueba pericial la remisión de las actuaciones a este cuerpo colegiado.

que planteamos que deben ser analizadas para su adecuada implementación, en particular, lo referente a los informes –plazo, forma y efectos–, dado que, de lo contrario, y aun cuando persigue un fin loable, carecería de incidencia práctica para palear el fenómeno de la judicialización de la salud.

Resulta esclarecedor finalizar este comentario con la reflexión de Lifschitz, que sostiene que resulta tan importante que alguien acceda a una tecnología que necesita en el momento que lo requiere como que no lo haga aquella otra persona que no reúne los criterios para beneficiarse de la misma, ya que, si un beneficio no es para todos los que lo necesitan, no se trata de un derecho sino de un privilegio. Y, concluye, que resulta equivocado creer que, si alguien no accede a algo que no necesita, se le están restringiendo derechos. El acceso a la tecnología inadecuada y/o en el momento inadecuado puede ser, incluso, y muchas veces lo es, riesgoso para el propio paciente⁽⁴¹⁾.

Quedará augurar a que la reglamentación clarifique todos o parte de los interrogantes planteados para salvaguardar la seguridad jurídica para todos los actores del sistema y que, al mismo tiempo, asegure su sostenibilidad.

VII. Bibliografía

VII.1. Sitios web (por orden de aparición)

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/293813/20230911>

<https://www.sssalud.gob.ar/normativas/consulta/000370.pdf>

https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americanade_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN14

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Palabra: sostenible. Disponible en: <https://dle.rae.es/sostenible?m=form>

<https://www.instagram.com/todosporyconfatima/?hl=es>
<https://www.pharmabiz.net/spinraza-nueva-compradesde-el-estado-2/>

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-de-salud-proveera-la-terapia-genica-de-mas-alto-precio-de-la-region-para-el>

<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/82.16/PE/PL>

<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2.22/S/PL>

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resolucion_623-18.pdf

<http://iah.salud.gob.ar/doc/428.pdf>

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/231313/20200629>

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/213349/20190812>

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/289801/20230707>

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/294474/20230920>

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/295639/20231006>

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-creo-el-consejo-de-asistencia-tecnica-para-procesos-judiciales-de-salud>

VII.2. Fallos (por orden de aparición)

Fallos: 324:677.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, Expte. 2322/00, “Vázquez Lledías, Marta E. c/Obra Social de Seguros s/Daños y Perjuicios”, 18/03/2004.

Fallos 220:5, 243:465, 251:78, 253:47, 254:62, 316:3231, 317:218.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, Expte. 2742/97, “Tortorello, Marcelo Antonio c/Obra Social del Personal de Fábrica de Pinturas”.

Cámara Nacional Civil y Comercial Federal – Sala II, Expte. 14702/2022 caratulado: “Z., G. J. c/OBRA SOCIAL DE EJECUTIVOS Y PERSONAL DE DIRECCION DE EMPRESAS s/AMPARO DE SALUD”, 11/04/2023 y Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, Expte. 1085/2023 caratulado “A. M., P. M. c/OSDE s/ AMPARO DE SALUD”, 22/06/2023.

Cámara Federal de La Plata, Sala II, Expte. FLP 16230/2021/2, “D., D. D Y OTRO c/ OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES -OSECAC- Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986”, 06/05/2022. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/inicio.html/d/sentencia-SGU-97ff938f-d7da-4171-af7b-76083d4468b2.pdf>

Juzgado Federal de Rosario N° 2, Expte. FRO 20606/2021, “R. F. y otro c/ OSMMEDT (obra social de mandos medios de telecomunicaciones en la República Argentina y Mercosur) y otro s/ amparo contra actos de particulares”, 19/01/2022. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/01/21/fallos-derecho-a-la-salud-cobertura-del-medicamento-zolgensma-de-u-2-000-000-para-una-nina-con-una-enfermedad-poco-frecuente/>

Juzgado Civil y Comercial Federal 11, Secretaría 22, Expte: 20663/2022, “B., F. E. c/ SWISS MEDICAL SA Y OTRO s/SUMARISIMO DE SALUD”, 21/03/2023.

VII.3. Doctrina (por orden de aparición)

Clucellas, Francisco A., *El alcance del derecho a la salud. Han matado al PMO*, Primera parte, 2022, pp. 3-4, Cita: MJ-DOC-16392-AR | MJD16392 Producto: MJ,SYD.

Alterini, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 19.

Pregno, Elian, “Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud”. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), 2016, pp. 176-186. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p176-186>

Pregno, Elian, “Ideas generales para la construcción de una respuesta jurídica compleja, autónoma y transversal a los procesos salud-enfermedad-atención”. *En Letra*, 1, n. extraordinario sobre Derecho de la Salud, 2014, p. 78. Disponible en: <http://oaji.net/articles/2014/1341-1418596983.pdf>

Lifschitz, Esteban [et al.], *Agencia de evaluación de tecnologías sanitarias*, 1a ed. adaptada – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes, 2017, pp. 12-13.

Lafferrière, Jorge Nicolás N. y Zambrano (h.), Martín, “Proyecto de Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias “AGNET”: inquietudes en su implementación e incidencia en los amparos de salud”. *DFyP*, 2016 (noviembre), 04/11/2016, 142.

Lifschitz, Esteban [et al.], *Agencia de evaluación de tecnologías sanitarias*, 1a ed. adaptada – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes, 2017.

VOCES: HISTORIA CLÍNICA - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - TECNOLOGÍA - PERSONA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTIMIDAD - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - DERECHOS PERSONALÍSIMOS - ORDEN PÚBLICO - HÁBEAS DATA - DERECHOS HUMANOS - SECRETO PROFESIONAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PSÍQUICO - RESPONSABILIDAD CIVIL - MÉDICO - MEDICAMENTOS - CONTRATOS - OBLIGACIONES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - POLÍTICAS PÚBLICAS - SALUD PÚBLICA - DERECHOS HUMANOS - CONSENTIMIENTO - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - OBRAS SOCIALES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - MEDICINA PREPARADA - PROFESIONALES DE LA SALUD

(41) Lifschitz, Esteban [et al.], *Agencia de evaluación de tecnologías sanitarias*, 1a ed. adaptada – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes, 2017, p. 128.