



Defensoría del Pueblo de la Nación
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Resolución

Número: RESOL-2023-9-E-DPN-SECGRAL#DPN

CIUDAD DE BUENOS AIRES

Jueves 9 de Febrero de 2023

Referencia: RESOLUCIÓN N° 00008/23 - ACTUACIÓN N° 8198/22 - [REDACTED] s/presuntos inconvenientes con la provisión de medicamentos - EX-2022-00062851- -DPN-RNA#DPN - OSDE.

VISTO la Actuación N° 8198/22, caratulada: “[REDACTED] sobre presuntos inconvenientes con la provisión de medicamentos”, Expediente EX-2022-00062851- -DPN-RNA#DPN; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 13 de septiembre de 2022 se presentó la Sra. [REDACTED] quien recurrió a esta INDH para denunciar que la Obra Social de la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) no le brindaba la cobertura de la medicación necesaria para tratar la patología que la aqueja.

Que, tal como lo acreditó con la documental acompañada en su presentación, es usuaria de OSDE con número de social [REDACTED].

Que, según refiere, al haber sido diagnosticada con poliposis nasal con rinosinusitis crónica, su médico tratante (Dr. [REDACTED], especialista en Neumonología y Alergia) le indicó un tratamiento prolongado en base al ingrediente farmacéutico activo dupilumab (Dupixent®) en dosis de 300 mg. Sin embargo, y pese a solicitar la cobertura en su agente de salud, no se lo autorizaron.

Que, en virtud de lo planteado por la empresa de medicina prepaga y su negativa a cubrir el medicamento indicado, la Sra. [REDACTED] decidió presentarse ante esta INDH a fin de conocer si sus derechos como usuaria del subsistema privado de salud habían sido vulnerados y, en su caso, requerir su pronto restablecimiento.

Que, a partir de la denuncia efectuada por la Sra. [REDACTED] y luego de analizar la documentación aportada, el 01/10/2022 ésta Defensoría envió un pedido de informes a OSDE a través de la Nota NO-2022-00068582-DPN-SECGRAL#DPN, a fin de que informara concretamente si registraba en su padrón de socios a la interesada, si se desprendía de sus antecedentes que requiriese de un tratamiento con dupilumab, si registraba la solicitud de provisión de dicha droga, si existía algún trámite que debiese subsanar el paciente y la fecha en que se procedería a la provisión del medicamento.

Que, a raíz de ello, el 17/10/2022 esta INDH recibió la respuesta de la empresa de medicina prepaga quien se manifestó en los siguientes términos: “...la Sra. [REDACTED] resulta ser beneficiaria de esta Organización. Respecto a la cobertura del medicamento Dupixent, cumplimos en informar lo oportunamente informado a la reclamante. Esta Organización, como Agente del Seguro de Salud, se encuentra obligada a brindar la cobertura de los medicamentos contemplados en la normativa vigente, en la extensión y hasta los límites allí establecidos (Res. 201/02 MS, Res. 310/04 MS). En tal sentido, el medicamento solicitado no está comprendido dentro de la mencionada Resolución ni en la cobertura que OSDE brinda a sus asociados...”.

Que, en razón de lo expuesto y atento la gravedad de la problemática denunciada es que corresponde que esta INDH se pronuncie sin más dilación pues se advierte que las consecuencias de la falta de acceso al tratamiento farmacológico prescrito ponen en riesgo la calidad de vida de la interesada.

Que, previo a continuar con el desarrollo del presente pronunciamiento corresponde detenernos en el análisis de la respuesta de OSDE quien hace una interpretación parcial y errónea del derecho que les corresponde a sus asociados en relación al acceso a los medicamentos.

Que, en dicho sentido se desprende del responde anteriormente aludido que la denunciada sustentó su postura negativa a cubrir el costo del medicamento en cuestión a partir de la interpretación restrictiva que ha hecho del Programa Médico Obligatorio. Sin embargo, no rechazó el hecho de la grave patología padecida por la denunciante ni desvirtuó el criterio médico relativo a la necesidad del tratamiento con la medicación indicada.

Que, tampoco formuló disidencia alguna en lo que respecta al alto precio del medicamento ni sobre las consecuencias perniciosas que acarrearía el abandono del tratamiento prescrito.

Que, del mismo modo, tampoco justificó los motivos por los que desconocía la prescripción médica efectuada por un profesional de la salud de su propio staff, de allí que resulta extraño que una empresa de medicina prepaga ponga a disposición de sus usuarios los profesionales de la salud que considera adecuados para brindarles atención y asistencia médica pero luego desconozca sus indicaciones terapéuticas.

Que, en cuanto al alcance de la cobertura a la que la empresa de medicina prepaga se encuentra obligada, la jurisprudencia tiene dicho que el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima, debajo de la cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, más no necesariamente conforma su tope máximo

Que, en virtud de todo ello, corresponde que esta Defensoría se expida sin más dilación pues se advierte que, además de arbitraria, la conducta de OSDE podría estar vulnerando el derecho a la salud, así como el derecho al acceso a los medicamentos de la interesada.

Que, corresponde también realizar algunas aclaraciones pertinentes acerca de la problemática denunciada, el estado de vulnerabilidad de la Sra. [REDACTED] y las obligaciones que incumben a la empresa de medicina prepaga.

Que, en forma previa a resolver la forma en la que esta INDH se pronunciará en el presente caso, corresponde hacer un recorrido sobre la normativa que regula la actividad de las empresas de medicina prepaga en virtud de sus obligaciones en torno a brindar debida cobertura de las erogaciones que implique la utilización de especialidades medicinales prescriptas por los facultativos tratantes.

Que, tomando en cuenta lo dicho precedentemente y las reiteradas denuncias por inconvenientes en la provisión de medicamentos que recibe esta INDH, se puede afirmar que las empresas de medicina prepaga incurren a diario en abusos contra sus clientes y es por ello que corresponde que esta Defensoría se pronuncie de manera categórica sobre el fondo de la presente actuación.

Que, en el año 2011 y con la sanción de la Ley N° 26.682 se reguló por primera vez el marco normativo de este tipo de empresas. Allí, se estableció que empresa de medicina prepaga es "...toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa..." -art. 2° Ley N° 26.682-.

Que, las entidades prepagas asumen el riesgo económico de prestar el servicio de salud a sus asociados, cuyo fondo de financiamiento se constituye a partir del pago de las cuotas periódicas por parte de los adherentes al sistema. Es un sistema que trabaja con el "ahorro" de los asociados, es decir, con el capital que mes a mes van aportando los mismos.

Que, como dato no menor para el presente pronunciamiento es dable destacar que las empresas realizan estrictos cálculos actuariales y estadísticos que tienen en cuenta la aleatoriedad de los riesgos asegurados, a fin de fijar el valor de la prima (el precio de la cuota) y el valor-precio de la retribución a los prestadores por cada acto médico o sanatorial.

Que, independientemente de que se trate de empresas privadas que buscan un fin de lucro en su actividad comercial, no debemos dejar de reparar en que el servicio que brinda (salud) corresponde que en primera medida sea prestado por el Estado y que este último ha delegado en particulares la posibilidad de poder prestarlo. De allí que, por un lado, este tipo de empresas requieren ser supervisadas por el Estado en su actuación y, por el otro y al tratarse la salud de un servicio público esencial, la actividad de estas empresas es esencialmente social, de allí que adquieren especial relevancia los principios de responsabilidad social, buena fe, razonabilidad y equidad, entre otros.

Que, de acuerdo con el propósito que marca la ley que regula la actividad de las prepagas, estas empresas asumen la obligación asistencial de prestar los servicios de cobertura médico asistencial a cambio de una contraprestación en dinero que hace su cliente y que se traduce en la cuota de los servicios médicos que consume o puede consumir.

Que, hechas las aclaraciones, corresponde detenernos en el análisis y desarrollo de alguno de sus artículos, lo que será de relevancia para determinar la manera en la que esta INDH se pronunciará en lo sucesivo.

Que, como primera medida corresponde mencionar que el legislador previó en el art. 7º de la Ley N° 26.682 el alcance de las obligaciones de las empresas de medicina prepaga en cuanto a la cobertura de las prestaciones, al establecer que: "...Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden ofrecer planes de coberturas parciales en: a) Servicios odontológicos exclusivamente; b) Servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas; c) Aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil. La Autoridad de Aplicación podrá proponer nuevos planes de coberturas parciales a propuesta de la Comisión Permanente prevista en el artículo 6º de la presente ley. Todos los planes de cobertura parcial deben adecuarse a lo establecido por la Autoridad de Aplicación. En todos los planes de cobertura médico asistencial y en los de cobertura parcial, la información a los usuarios debe explicitar fehacientemente las prestaciones que cubre y las que no están incluidas. En todos los casos la prescripción de medicamentos debe realizarse conforme la Ley N° 25.649...".

Que, tal como se aprecia en la letra del artículo arriba mencionado, las empresas de medicina prepaga deben cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial, como mínimo, el Programa Médico Obligatorio, estableciéndose de esta manera el aval legislativo para la consideración de dicho plan como un piso de prestaciones que el agente de salud se encuentra obligado a brindarle a sus asociados, más no como un techo prestacional.

Que, en particular preocupa a esta INDH que, pese a que la interesada presentó a la denunciada las prescripciones médicas y las justificaciones correspondientes que avalan la importancia de contar con el "dupilumab" para el tratamiento de la "poliposis nasal con rinosinusitis crónica" que padece, su agente de salud se haya negado a proveerlo y con ello haya contribuido al agravamiento de su patología.

Que, además de las indicaciones médicas presentadas por la Sra. [REDACTED], corresponde mencionarse también que estas recomendaciones, además, se encuentran públicamente disponibles en los documentos emitidos por la autoridad sanitaria nacional en materia de medicamentos, reconociendo a dicho fármaco como parte de la estrategia terapéutica para el tratamiento de la patología de la interesada.

Que, sobre este último aspecto, puede verse en el Vademécum Nacional de Medicamentos de la ANMAT, disponible en <http://anmatvademecum.servicios.pami.org.ar/> y en el Boletín de Disposiciones ANMAT, disponible en http://www.anmat.gov.ar/boletin_anmat/index.asp, que la especialidad medicinal Dupixent® se encuentra comercializada y autorizada para su uso en la patología que aqueja a la denunciante. En efecto,

según establece la Disposición ANMAT N° 8995/21 publicada en https://boletin.anmat.gob.ar/diciembre_2021/Dispo_8995-21.pdf: "DUPIXENT® está indicado como terapia complementaria con corticosteroides intranasales para el tratamiento de adultos con CRSwNP (rinosinusitis crónica con poliposis nasal) grave para quienes la terapia con corticosteroides sistémicos o la cirugía no proporcionan un control adecuado de la enfermedad".

Que, corroborada la eficacia y la indicación terapéutica para la patología de la interesada, corresponde rebatir el argumento esgrimido por OSDE que considera justificada su ausencia de obligación en su cobertura por no encontrarse el medicamento mencionado expresamente contemplado en un elenco prestacional de medicamentos, un vademécum propio de la institución u otros listados farmacológicos que se tomen de referencia, tal como ocurre con el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) y ello, entonces, merece un análisis adicional con carácter previo a que esta INDH proceda a emitir una recomendación.

Que, en relación al P.M.O., el mismo es un programa que contiene el conjunto de prestaciones médicas a las que tiene derecho todo beneficiario de la seguridad social y todo asociado de la medicina prepaga.

Que, el P.M.O vio la luz por primera vez para los agentes nacionales del seguro de salud en el año 1996 con el Decreto N° 492/1995. A partir de allí la máxima autoridad sanitaria nacional expidió la Resolución N° 247/1996 que aprobó la primera versión del referido P.M.O, estableciendo el Programa Mínimo de Prestaciones y Prácticas Médicas obligatorias que debían otorgar a los agentes del seguro de salud.

Que, dado que dichas normas sólo hacían referencia a las Obras Sociales Nacionales, por intermedio de la Ley N° 24.754, esta obligación de brindar coberturas y prestaciones mínimas se hizo extensiva a empresas de medicina prepaga, aclarándose que las mismas debían otorgar a sus asociados "idéntica cobertura mínima obligatoria" que las brindadas por los agentes del seguro de salud a sus afiliados; es decir, las contenidas en la resolución 247/1996.

Que, el Programa Médico Obligatorio, en su carácter de canasta básica de prestaciones, es un concepto dinámico que debe ir actualizándose y robusteciéndose con motivo de los nuevos desarrollos tecnológicos y las necesidades de la población. Es por ello que dicho P.M.O. fue mutando y ampliándose a través de distintas normas de diverso rango jerárquico.

Que, la tecnología y las ciencias médicas y farmacéuticas avanzan rápidamente en el tratamiento de diversas enfermedades y la normativa que regula las prestaciones médicas y farmacológicas a cargo de las obras sociales y empresas de medicina prepaga resultan muchas veces atrasada e insuficiente, de lo cual se deriva la insoslayable consideración del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) como un piso básico y mutable de prestaciones, que se nutre de las nuevas técnicas y tiene un fin integral que supera el mero sufragio económico de la práctica médica.

Que, en línea con los preceptos constitucionales e instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos incorporados a nuestro texto constitucional, todos ellos tuitivos del derecho a la salud de la totalidad de los habitantes de la Nación, un agente de salud no podría denegar la cobertura de una prestación, en particular, una prestación de índole farmacológica, bajo el pretexto de que dicha terapéutica no se encuentra incorporada a un listado no taxativo, de cobertura mínima y que no establece limitaciones ante la necesidad vital de los pacientes de acceder a nuevos productos más seguros y eficaces para tratar las patologías que los aquejan, máxime cuando las indicaciones de tales productos se encuentran avaladas por la autoridad regulatoria rectora de la materia en el ámbito nacional, como resulta ser el caso de la droga "dupilumab" para la "rinosinusitis crónica con poliposis nasal".

Que, la jurisprudencia se ha manifestado en numerosas oportunidades sobre la cuestión, siendo pacífica la inteligencia adoptada para resolver las cuestiones en que se ventilaban problemáticas en torno a coberturas medicamentosas de especialidades medicinales no contempladas en el Programa Médico Obligatorio. En tal sentido, se tiene dicho que "...cuando se descubre una medicación o droga nueva o eficaz para calmar los dolores más crueles de una enfermedad terminal, resulta manifiestamente inaceptable que los prestadores de salud se nieguen a proporcionarlas a sus afiliados invocando como pretexto, que todavía no las han incorporado a sus vademécum o no han sido incluidas en el PMOE..." y que "...el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la

cobertura mínima, debajo de la cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, más no necesariamente conforma su tope máximo..." ("G., G. P. c/Staff Médico" - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala M, 06/12/2011).

Que, en el mismo sentido se han pronunciado los sentenciantes en "G. I., T. c/Swiss Medical S.A. s/sumarísimo" de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, con fecha 07/07/2013, en donde se pretendía la cobertura del 100% para un tratamiento aprobado por la ANMAT pero no incluido en el P.M.O. y en donde tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la provisión del medicamento señalando los camaristas que la cobertura brindada por el P.M.O. debe ser considerada un "piso prestacional".

Que, a mayor abundamiento de opiniones jurisprudenciales cabe mencionar lo decidido más recientemente por la Cámara Federal de Rosario, Sala A, en los autos "T., N. A. c/Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/Amparo contra actos de particulares", donde los magistrados afirmaron que "...no resulta ocioso recordar que, conforme se ha sostenido en reiterados fallos de esta Cámara Federal de Apelaciones a fin de fundar la ampliación de cobertura, el Plan Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga deben garantizar, lo cual no constituye una limitación para los agentes de salud sino que se trata de una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales y que contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional, debajo del cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, mas no necesariamente conforma su tope máximo...".

Que, en el mismo sentido, también ha sido opinión de los camaristas de la Sala E de la Cámara Nacional Civil intervinientes en los autos "B., C. A. c/Sistema de Protección Médica S.A." de fecha 24/06/2005, que "...las prestaciones que se reconocen como obligatorias en el PMO no constituyen un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico, la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de "calidad de vida" que es esencialmente cambiante...".

Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expedido sobre la cuestión al afirmar que "... cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el P.M.O., pues el enfoque restrictivo que subyace en la decisión, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y al someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal..." (Fallos 337:471).

Que, la aludida doctrina del "piso prestacional" y la inteligencia sostenida mayoritariamente en las decisiones jurisprudenciales más arriba citadas son plenamente aplicables a OSDE al ser dicha empresa una persona jurídica comprendida en el art. 2º de la Ley Nº 26.682 y como tal, está obligada al cumplimiento de las obligaciones que emanan de la norma que la regula y, además, a adecuar su conducta a los postulados de las leyes anteriormente mencionadas.

Que, entre otras cosas, lo que esta INDH busca con su labor es abrir instancias de reflexión, de acercamiento y de entendimiento partiendo de la premisa de que la salud de la persona es el presupuesto esencial del derecho a la vida.

Que, el término derecho a la salud sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho a la población al acceso – in paribus conditio- a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud-. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos (CARNOTA, Walter F., "Proyecciones del derecho humano a la salud", ED, 128-877, esp. ps. 882/884).

Que, por lo anteriormente expuesto y existiendo evidencia científica que avala el tratamiento, documentación

clínica que acredita el uso de la droga y la orden de un médico neumonólogo de la cartilla de la empresa de medicina prepaga que indica esa droga para esa patología, no se encuentran motivos suficientes que permitan justificar la conducta de OSDE que solo ha contribuido a generar en la interesada temor e incertidumbre sobre el futuro de su tratamiento.

Que, en el presente caso no debe perderse de vista la edad de la beneficiaria y la particular condición de salud en la que se encuentra.

Que, esta actitud displicente, frente a una situación de incumplimiento de los lineamientos normativos más arriba detallados se muestra manifiestamente arbitraria en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y admite poner en funcionamiento la protección que ha creado nuestra norma fundamental a través de su art. 86.

Que, finalmente lo que se busca proteger es el derecho a la salud de una persona y para ello es indispensable conocer los alcances que dicho concepto tiene y cuál es su paraguas protector dentro del ordenamiento jurídico.

Que, en la problemática que aquí se plantea se encuentra comprometida la salud e integridad física de una persona adulta mayor, que posee reconocimiento en la Constitución Nacional y los pertinentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella, de modo que la presente cuestión debe ser analizada y resuelta teniendo en cuenta tanto el derecho interno como el derecho convencional.

Que, en ese sentido, cabe resaltar que la Organización Panamericana de la Salud en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud definió: "la salud es un estado completo de bienestar físico, mental, y social".

Que, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional, la salud ha sido reconocida como un derecho humano, inherente a la dignidad humana, de forma tal que este bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano, constituye un derecho fundamental. La dignidad es el fundamento de los derechos de los pacientes y del derecho a la salud.

Que, así ha sido reconocido por el Código Civil y Comercial de la Nación cuyo art. 51 reza: "...La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad...".

Que, en definitiva, la dignidad constituye la fuente de todos los derechos y ello implica que ya no se puede hablar de persona o derechos a secas, sino de persona digna y de derechos que contemplan esta dignidad de la persona humana.

Que, la Constitución Nacional reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental en su art. 42, estableciendo que: "...Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a la protección de su salud...". Se infiere, además, este derecho del art. 33, y como corolario indispensable del derecho a la vida, que resulta base de todos los demás.

Que, adicionalmente, cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: "...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. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad...".

Que, a los fines de proveer los criterios interpretativos que deben aplicar al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido en el año 2000 su Observación General N° 14 abordando las cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación de dicho Pacto.

Que, en relación al derecho al acceso a los medicamentos, componente esencial del derecho a la salud, la

Observación General mencionada en el considerando anterior establece algunos elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad de los bienes sanitarios, entre los cuales los productos farmacéuticos se destacan del resto de las tecnologías sanitarias disponibles por su enorme impacto en la salud de la población.

Que, merece ponerse de resalto, además, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido –en subsidio– asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes y, en este contexto, no puede dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del art. 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar – como competencia del Congreso de la Nación– “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.

Que, del plexo normativo descrito surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello –y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud– de tomar acciones positivas en su resguardo.

Que, por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su art. 25.1 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”.

Que, respecto de las obligaciones establecidas por el derecho convencional, el más alto Tribunal de la Nación tiene dicho que “...De los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos...” (Fallos: 342:459; 341:1511).

Que, cabe recordar, también, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, respecto del derecho a la salud como presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida: “...el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional...” (Fallos: 302:1284; 310:1112).

Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316: 479, votos concurrentes).

Que, además de ello también es dable destacar que nuestro País ha suscrito la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores y en dicho sentido esta INDH debe velar por que la Administración cumpla con los estándares allí propuestos.

Que, en relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales y convencionales se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares que brinden servicios públicos esenciales como lo es la salud.

Que, dentro de los sujetos de especial protección se encuentran las personas adultas mayores quienes, en base los postulados de la Convención, tienen derecho a una protección reforzada en su salud y, por ello, las entidades prestadoras, sean de carácter público o privado, están obligadas a brindarles la atención médica que requieran. En efecto, la protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requiera el paciente, lo cual implica, de ser necesario, el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos de normas específicas de cobertura.

Que, sobre la condición de persona adulta mayor la Convención Interamericana sobre Protección de los

Derechos Humanos de las Personas Mayores, incorporada al ordenamiento jurídico interno de nuestro país a través de la Ley N° 27.360, ha dicho que persona mayor es aquella persona de 60 años o más y, por tal motivo y dado que la Sra. [REDACTED] es una persona que supera dicha edad, automáticamente se constituye en titular de los derechos que esta Convención reconoce y que encuentran sustento en los principios de igualdad, no discriminación, bienestar, cuidado, seguridad física, económica y social, solidaridad, buen trato y atención preferencial, entre otros.

Que, recientemente, mediante la Ley N° 27.700 se otorgó jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015 y aprobada por ley 27.360.

Que, entre los derechos consagrados por la Convención merece especial mención el derecho a la salud, receptado en el art. 19, mediante el cual se establece que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación y que se debe proveer una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social, garantizando el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad, entre muchas otras medidas tuitivas de este colectivo especialmente vulnerable.

Que, teniendo en cuenta lo anterior y advirtiendo que desde junio de 2022 la interesada se encuentra reclamando la medicación para poder cumplir el tratamiento farmacológico prescripto, se puede sostener que la empresa de medicina prepaga no habría arbitrado los medios suficientes tendientes a resolver la problemática, constituyendo ello un "abandono" en los términos del art. 2º de la Convención anteriormente mencionada.

Que, asimismo, es ampliamente aceptado que el respeto de los derechos humanos no es solo una obligación que compete a los Estados. También es una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas en todas las situaciones sin importar su tamaño, el origen de sus capitales, el lugar donde se desarrollan y la actividad que realizan.

Que, a tal fin, por Resolución N° 17/04 del 16/06/11 el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas aprobó un instrumento internacional de derechos humanos denominado Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que se ha estructurado bajo las premisas "Proteger, Respetar y Remediar".

Que, como se ha dicho precedentemente, estos principios están distribuidos en tres grandes pilares, a saber: el deber del estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el acceso a los mecanismos de reparación.

Que, dentro de los principios fundacionales este documento establece que las empresas deben respetar los derechos humanos consagrados en el derecho convencional y ello implica una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales.

Que, dentro del pilar que interesa aquí destacar -la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos-, corresponde hacer mención a aquellos principios que especialmente se han vulnerado en la presente actuación.

Que, en dicho sentido las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación (Principio 11).

Que, a su vez, según el Principio 13 "la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas (...) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan". En este sentido, la falta de cumplimiento del marco jurídico anteriormente descripto por parte de OSDE, que amenaza con afectar el derecho a la salud de la interesada, se torna una conducta contraria a las interpretaciones que surgen del

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Que, la necesidad de la interesada de recurrir a esta Defensoría como asociada a una empresa de medicina prepaga radica en su convicción como ciudadana de que se respeten los derechos que le asisten y que, en caso de verse amenazados o vulnerados, esta INDH pueda arbitrar los medios correspondientes para su pronto restablecimiento.

Que, sobre este último aspecto es dable recordar la importancia y necesidad de que la Defensoría del Pueblo de la Nación intervenga con sus señalamientos cuando advierta que cualquier persona física o jurídica, pública o privada que preste un servicio público esencial, como lo es la salud, tenga un comportamiento contrario a derecho y ponga en riesgo el respeto por los derechos humanos.

Que, por imperio constitucional, es misión de esta INDH la protección, promoción y defensa de los derechos humanos de todos los habitantes de la nación, por lo que nada puede inducir a pensar que ese deber se encuentra circunscripto o delimitado por interpretaciones restrictivas. Caso contrario se desnaturalizaría la función del Defensor del Pueblo de la Nación y se caería en el riesgo de proteger a un sector de la población, dejando a su suerte a otro sector de acuerdo a su lugar de residencia o la persona que ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Que, como se ha dicho anteriormente es misión de esta INDH perseguir el respeto de los valores jurídicos, cuya transgresión tornarían injustos los actos de la administración pública o de los particulares que prestan servicios públicos esenciales, y de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22. Repárese que es pauta de interpretación auténtica –preámbulo constitucional–: “afianzar justicia”, por lo que mal podemos alejarnos de ese norte.

Que, cabe a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los habitantes y, en su calidad de colaborador del Estado, proceder a formalizar los señalamientos necesarios, de modo que las autoridades puedan corregir las situaciones disfuncionales que se advirtieren.

Que, la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y el 28 de la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379, la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Senado de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su resolución 0001/2014 del 23 de abril de 2014, y notificación del 25 de agosto de 2015 que ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario General, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello;

EL SUBSECRETARIO GENERAL A/C
DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: RECOMENDAR a la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) que en el más breve plazo posible arbitre los medios necesarios para que se otorgue cobertura integral -100%- del medicamento conteniendo “dupilumab” como ingrediente farmacéutico activo (Dupixent®) a la Sra. [REDACTED], durante todo el tiempo que su médico tratante lo establezca.

ARTÍCULO 2º: Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Superintendencia de Servicios de Salud.

ARTÍCULO 3º: Las recomendaciones que la presente Resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de QUINCE (15) días hábiles desde su recepción.

ARTÍCULO 4º: Regístrese, notifíquese en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.284, comuníquese a la interesada y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00008/23.

Juan José BÖCKEL
Subsecretario General AC
DEFENSORIA DEL PUEBLO DE LA NACION
Gestión Documental Electrónica