

¿PODEMOS AUTODEFINIR NUESTRA SALUD MENTAL? LA EXIGENCIA DE SU DECLARACIÓN EN LA AFILIACIÓN DE LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA. OMISIÓN REGLAMENTARIA Y SU IMPACTO DESPROPORCIONADO SOBRE GRUPOS DE ESPECIAL VULNERABILIDAD¹

María Mercedes Schinoni²

1. INTRODUCCIÓN

Desde la década de los '90, el Estado argentino habilitó a los privados a participar del sistema de salud al permitirles comercializar la garantía de su cobertura mediante los contratos prestacionales, dando nacimiento a las denominadas empresas de medicina prepaga. Ahora bien, el Estado argentino, como principal garante del derecho a la salud de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y libertad, debió demarcar los límites a partir de los cuales esas firmas podrían desempeñarse, en orden a la función primordial que invisten. De esa forma, el Poder Legislativo nacional logró regular su actividad en 2011 al sancionar la Ley N° 26.682.

Mediante esa norma, se estableció el marco de derechos y obligaciones del afiliado y la empresa de medicina prepaga, a fin de dotar de especial protección esa relación de consumo, cuya particularidad radica en su objeto, que es garantizar el desarrollo de un derecho personalísimo como es el acceso al sistema de salud.

El contrato prestacional se caracteriza por ser aleatorio, dado que las empresas se obligan a garantizar la atención de salud ante una futura necesidad que no se representa a la fecha en que afilian a la persona. Como contracara de esa moneda, los afiliados tampoco saben cuán redituable será esa contratación, dado que abonan, en forma mensual, un servicio que desconocen si necesitarán; es decir, el pago responde a la seguridad de poder acceder a una multiplicidad de servicios de salud.

Partiendo de ese entendimiento y a fin de velar por la buena fe en la celebración de estos contratos, el Poder Legislativo argentino le prohibió a esas empresas la posibilidad de negarse a contratar con una persona de acuerdo a sus antecedentes de salud o edad, pero sí les reconoce, en virtud de la naturaleza futura del objeto de contratación, su derecho a exigir un valor diferencial por esos cuadros preexistentes, a fin de determinar una

¹Cítese como: Schinoni, M. M. 2024. ¿Podemos autodefinir nuestra salud mental? La exigencia de su declaración en la afiliación de las empresas de medicina prepaga. *Estudios sobre jurisprudencia*, publicación especial: El rol de la justicia en el acceso efectivo a la salud. Debates actuales sobre salud y derechos humanos, pp. 146-176.

² Abogada (Universidad de Belgrano). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Integrante de la Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

contraprestación justa que refleje la cobertura potencial que se obliga a garantizar en la realidad.

Sin perjuicio de ello, ese diferencial será cuantificado por la Superintendencia de Servicios de Salud y solo podrá ser identificado a partir de una declaración jurada que los pretensos afiliados deberán completar al ingresar denunciando su estado de salud.

En línea con ese deber, la Ley N° 26.682 prevé como sanción para aquella persona que omite denunciar un antecedente médico tendiente a evadir la determinación de ese diferencial, la facultad de la empresa de medicina prepaga de rescindir el contrato, al detectar su mala fe.

Ahora bien, resulta necesario indagar acerca de los alcances de esa declaración jurada, principalmente en lo que refiere a aspectos de salud como las afecciones emocionales o enfermedades de transmisión sexual a fin de comprender cuánto se le puede exigir informar a las personas y en qué ámbito.

Definir nuestra salud, partiendo de su concepto integral⁸³, implica, en cierta medida, definirnos. En ese orden, cabe preguntarnos cuánta consciencia del estado de salud podemos exigir de un ser humano, y cómo juega la estigmatización en esa declaración. Cómo afectaría a una persona sentirse etiquetada por un antecedente de salud. Estas preguntas no son antojadizas. Menos aún, en un Estado que construyó su sistema jurídico sobre la base de asumir compromisos internacionales tendientes a garantizar el ejercicio de salud en condiciones de igualdad y libertad, teniendo como norte el respeto por la dignidad de todo ser humano.

Mediante la presente investigación, se pretende ahondar en el concepto de tales preexistencias, en particular, referentes a la salud mental y cómo opera la obligación de los futuros afiliados en denunciarlas al ingresar a las empresas de medicina prepaga. Para ese fin, se abordará la paradigmática solución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal al revocar recientemente la rescisión promovida por el Hospital Británico respecto de una persona que omitió denunciar en su ingreso antecedentes de un cuadro depresivo y una internación previa por intento de suicidio. En ese marco, el tribunal adoptó una interpretación integral de nuestras normas para comprender cuál es la voluntad del Estado argentino en estos casos. Tuvo en cuenta cómo operan los prejuicios y la estigmatización en torno a las afecciones de salud mental en nuestra realidad para arribar a una decisión que vela, en forma efectiva, por el resguardo de personas en condiciones de especial vulnerabilidad.

Siguiendo la línea expuesta en un primer estudio que desarrollé sobre esta temática, corresponde indagar cómo opera la exigencia de declarar antecedentes de salud mental, teniendo en cuenta la variabilidad y multifactorialidad de tales diagnósticos. En esencia, no solo por la capacidad de consciencia de quien lo vivencia, sino también de la libertad

que siente de poder asumirlo y denunciarlo en el marco de un formulario de declaración jurada (Schinoni, 2023; 7).

Así planteada la cuestión, se buscará analizar hasta qué punto se le exige a los seres humanos ser conscientes de sus propios cuadros de salud mental, cuánto infieren los estigmas sociales en la culpabilidad de su ocultamiento y qué consecuencias irroga la omisión reglamentaria de la normativa que regula esta operatoria.

2. EL DERECHO A LA SALUD Y SU CUMPLIMIENTO LIBRE E IGUALITARIO. LA INTRODUCCIÓN DE LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA AL SISTEMA SANITARIO ARGENTINO

El Estado argentino ejerce el rol de máximo garante del derecho a la salud de todos sus integrantes.³

Para comprender el alcance de este deber, cabe preguntarnos, qué es la salud. Su concepto ha variado a lo largo del tiempo, en la medida que originariamente se lo vinculaba con la ausencia de enfermedades, pero posteriormente fue evolucionando hasta comprender el completo bienestar físico, psíquico y social, que ha significado, además, “la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida” (Brena, 2004; 104).

En ese sentido, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948 se define a la salud como:

Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Dentro del contexto de la promoción de la salud, la salud ha sido considerada no como un estado abstracto sino como un medio para llegar a un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva. La salud es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas (2004, 104).

El derecho de todo ser humano a la salud reviste el carácter de fundamental, universal, interdependiente e indivisible con todo el resto de los derechos humanos que resguardan la vida. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto que esta prerrogativa:

[...] está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este último el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; ello así por ser el hombre el eje y centro de todo el

³ El Estado argentino reconoció el derecho a la salud y asumió el consiguiente deber de garantizarlo al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12, inciso c), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6°, inciso 1°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (artículos 4° y 5°, inciso 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 11) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25).

sistema jurídico, siendo su vida y su persona un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2015, Fallos: 338:1110).

De esta forma, se entiende que la salud no solo configura un fin, sino un medio, es el presupuesto del desarrollo en libertad de la individualidad de todo ser humano. Partiendo de esa base, resulta esencial el rol del Estado, a fin de promover un ambiente propicio para el cumplimiento de esta prerrogativa en igualdad, mediante la gestión de los recursos existentes.

En la Argentina, el debate sobre políticas de salud adquiere importancia creciente desde la década de los cincuenta. La preocupación sobre el tema se debió a variadas situaciones y especialmente, a los impactos que origina la incorporación de nuevas tecnologías en el campo de la medicina y al crecimiento de formas organizacionales comunitarias con financiación solidaria intragrupos laborales (obras sociales).⁴

La formulación de estas políticas implica entender a la salud como una materia pública, en la cual el Estado asume un rol activo y explícito, y su formulación representa una serie de valores (equidad, eficiencia, solidaridad) en base a los cuales se asignan recursos para satisfacer las necesidades de salud de la comunidad. Las diversas medidas adoptadas a largo de la historia conforman el sistema de salud⁵ que existe hoy en nuestro país.

El Estado asume por sí mismo, a través del subsistema público, la garantía de esos servicios, pero también reconoció la posibilidad de delegar en los propios individuos el cumplimiento de esa función, siendo debidamente observada y controlada.

De esta forma, las asociaciones sindicales asumieron el rol de nuclear y garantizar estos servicios para sus afiliados, creando así un sistema solidario que protege mediante la redistribución de los ingresos de las personas jóvenes, en pos de garantizar la mayor demanda de cobertura en favor de la comunidad de mayor edad.

La delegación del cumplimiento de este derecho se extendió al nivel que, hacia 1930,⁶ los particulares incluso comenzaron a comercializar una mejora en la atención de la salud a cambio de un valor en dinero. El objetivo de esta apertura al mercado radicaba en fomentar la competencia con el resto de los agentes y lograr una mejora generalizada de estas prestaciones.

Ahora bien, se planteó el debate de hasta qué punto se podía comercializar el cumplimiento efectivo de un derecho humano. Esa disyuntiva se presentó en todos los

⁴ Ver González García. y Torres (2010; 27-28).

⁵ El concepto “sistema de salud” refiere al modelo de organización social que se adopta para dar respuesta a los problemas de salud de la población. Es la atención que la misma sociedad brinda ante los problemas de salud que presenta; Ver: González García. y Torres (2010; 27-28).

⁶ Respecto de la historia de las empresas de medicina prepaga, ver: Garay, O. E. (2017) “La medicina prepaga”. DELS, disponible en <https://www.msal.gob.ar/dels/entradas/la-medicina-prepaga>.

conflictos que surgían en su operatoria diaria, tal como se evidencia en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En casos analizados durante los años 2001 y 2005 en los que se discutía la obligación de estos agentes de garantizar la atención del VIH, como de prestaciones en favor de personas con discapacidad, el máximo tribunal explicó que:

[...] el Estado está facultado para intervenir por vía de la reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2001, Fallos: 324:754).

En esa línea, al resolver el caso “Etcheverry” especificó que:

[...] más allá de su constitución como empresas, los entes de medicina prepaga tiene a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial”, tendiendo, junto con las obras sociales, a procurar “...el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2001, Fallos: 324:677).

En el marco del precedente “Cambiaso Peres de Nealon”, el Máximo Tribunal explicó que:

[...] si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles: en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios”, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), son consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677) (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007, Fallos: 330:3725).

En esa época regía la primigenia Ley N 24.754 que pretendía efectuar una mera regulación de cobertura sobre estos agentes y que se la individualizaba como:

[...] un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007, Fallos: 330:3725).

En su voto en disidencia, Lorenzetti explicó con gran claridad la puja de intereses en conflicto, siendo el derecho de “propiedad” entendido como todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, abarcando la libertad de contratación, como de ejercer industria lícita, en

contraposición al deber del Estado de garantizar las condiciones óptimas a toda persona para que pueda desarrollar su individualidad.⁷

Los interrogantes que surgieron en las diversas contiendas judiciales fueron marcando la ponderación de intereses y principios constitucionales en juego en esta práctica, que se receptaron finalmente en 2011 mediante la Ley N° 26.682. Tras observar durante un largo período el desarrollo de estas empresas en el sistema de salud, el Estado Federal argentino reguló su actividad, reconociendo los derechos y obligaciones que recaían en las partes de esa relación contractual.

Se observa, en estos términos, cómo el Estado ejerce una continua función de rectoría – al trazar los lineamientos generales de la política sanitaria a adoptar por todo el país–, de regulación y, ante todo, de control del servicio de salud brindado por todos los actores intervinientes.

Resulta pertinente ponderar que nuestro país asumió su deber de garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes al suscribir tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12, inciso c), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6°, inciso 1°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica– (artículos 4° y 5°, inciso 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 11) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25). Pero, en verdad, esa prerrogativa recién se introdujo, en forma expresa, en nuestra Constitución Nacional, mediante la reforma de 1994.

Más allá de la sorpresa que puede conllevar el no tan lejano reconocimiento expreso de este derecho, lo más interesante fue la forma en que se incorporó al plexo constitucional, emparentándolo con el derecho de los consumidores.

En efecto, mediante el artículo 42 se expuso la existencia de derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se decidió reconocer especial protección a las personas en su calidad de consumidores, al hacer notar la posición desigual en la que se encuentran frente a la empresa proveedora de bienes y servicios. En ese marco, se garantiza a todo consumidor el resguardo de su salud, seguridad e intereses económicos en el marco de esa relación de consumo.

La Corte Suprema ya había reconocido esta relación de consumo en los precedentes antes referenciados, exponiendo que los afiliados se encontraban en una “posición de

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (28 de agosto de 2007). Cambiaso Peres de Nealon Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas s/ amparo. Fallos: 330:3725, voto del Dr. Ricardo Lorenzetti.

subordinación estructural y urgida ciertamente de tutela”, reconociendo que era un contrato de adhesión.⁸

De este modo, los afiliados a estas empresas revisten una doble protección, como consumidores y en orden al objeto perseguido en esa contratación, que es el efectivo desarrollo del derecho de su salud; aspectos que justifican un control más estricto por parte del Estado sobre su desarrollo mercantil.

Esta interpretación integral del plexo normativo parte de observar las vulnerabilidades que afectan individualmente a la persona, como aquella que se le presenta al ser un consumidor, en una condición de desigualdad frente a la empresa.

En consecuencia, las protecciones no se excluyen entre sí, sino que, contrariamente, ayudan a analizar los problemas desde todas las aristas posibles. En esa línea, la Secretaría de Comercio Interior identificó el concepto de “consumidor hipervulnerabilizado” refiriendo a aquellas personas que pueden encontrar agravada su situación en razón de su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada sobre estos sujetos.⁹

El Estado argentino asumió un rol activo en la proyección de políticas públicas positivas tendientes a compensar las situaciones de desigualdad¹⁰ y estos contratos no dejan de ser uno de los ambientes más propicios donde el aprovechamiento de la vulnerabilidad es moneda corriente, teniendo en cuenta que lo que apremia es la atención de la salud.

3. LA NATURALEZA DEL CONTRATO PRESTACIONAL. LA BUENA FE CONTRACTUAL A LA LUZ DE LA ALEATORIEDAD

Las empresas de medicina prepaga entablan con sus afiliados una relación de consumo,¹¹ tras celebrar un acuerdo en el que estas se comprometen a garantizarles la atención eventual de su salud a cambio de una contraprestación monetaria, generalmente, periódica y anticipada. El contrato celebrado resulta de adhesión, en tanto el/la afiliado/a no tiene la posibilidad de discutir los términos, condiciones y alcances de la cobertura garantizada, sino que su libertad se circunscribe a decidir si desean contratar o no el plan por ella ofrecido.

La empresa comercializa un servicio a futuro, de naturaleza potencial, cuyo precio variará en orden a la multiplicidad de prestadores y al nivel de atención que ofrecerá garantizar en el caso que el afiliado lo necesite. La característica principal de estos negocios jurídicos

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de marzo de 2001). Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo. Fallos: 324:677.

⁹ Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Humano, publicada el 28/05/2020.

¹⁰ Artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional Argentina.

¹¹ En la medida que los contratantes son destinatarios finales del servicio prestacional de salud que pretenden adquirir para su propio beneficio; conforme artículo 1° de la Ley N° 24.240; criterio reconocido por Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo. Fallos: 324:677.

es que, a través del ahorro consistente en pagos anticipados verificados en el transcurso del tiempo, los pacientes se protegen de riesgos futuros en su vida o salud.¹²

Otra de las notas distintivas de estos contratos es su naturaleza eminentemente aleatoria, dado que

[...] las partes no saben si se van a requerir los servicios médicos o no, lo cual depende de un acontecimiento que es la enfermedad (el contrato aleatorio ha sido definido por la doctrina como aquel en el que las partes no conocen la entidad de las ventajas al momento de contratar, sino en un momento posterior). Las partes no saben las ventajas y desventajas, ya que habrá casos en que el paciente paga diez años y no se enferma, pero habrá otros en los que se enferma al primer año y gastara mucho más de lo que pagó (Lorenzetti, 2011; 171).

La aleatoriedad, en consecuencia, afecta a ambas partes (2011; 172), la empresa ofrece garantizarle al afiliado servicios de salud frente a eventos futuros y no sobre los que ya ocurrieron que, en ese orden, son conocidos y, por ende, excluidos por la propia aleatoriedad; fundamento por el cual se exige al pretense afiliado declarar al momento de contratar cuál es su estado de salud. Para estimar la cuota, este tipo de empresas realizan cálculos actuariales que permiten establecer –con cierto grado de certeza– los riesgos que podrá afrontar conforme la edad del usuario y sus características de salud, estableciendo un margen de ganancia.¹³

Tal como se adelantó en la introducción, uno de los principales límites que el Estado impuso en la libertad de desarrollo comercial de estas empresas fue la prohibición de rechazar la admisión de usuarios por enfermedades preexistentes o por causa de la edad.¹⁴

El Estado argentino reviste el rol de principal garante del derecho a la salud de toda su población. De modo que, aún habiendo reconocido la posibilidad de que las personas puedan comercializar la cobertura de la atención médica, ejerce el poder de policía sobre el mercado propuesto por estas empresas, al dictar una norma de orden público que prima por sobre las pautas contractuales. En ese marco, delinea los límites de este negocio, teniendo en cuenta la función eminentemente social que ejercen estos operadores, a fin de mejorar el bienestar general y promover un acceso igualitario en su consumo (Schinoni, 2023; 7).

Ahora bien, en pos de la naturaleza aleatoria del contrato, también se reconoce el derecho de la empresa de valorar esas patologías preexistentes, dado que el riesgo que asume al brindar el seguro de asistencia sanitaria hacia el futuro se ve agravado por un cuadro que, en los hechos, puede preverse le demandará mayor atención. De esta forma, conocer ese

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de marzo de 2001). Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo. Fallos: 324:677, voto del Dr. Vázquez, considerando 9°.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de marzo de 2001). Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo. Fallos: 324:677, voto del Dr. Vázquez, considerando 12.

¹⁴ Decisión fuertemente resistida por el sector en el debate parlamentario de la Ley N° 26.682.

antecedente médico desafía la aleatoriedad del vínculo y, en consecuencia, obliga a adaptar las cláusulas y la contraprestación del acuerdo.

Sin perjuicio de ello, los legisladores entendieron que la tarea de valorar y examinar cómo afecta en la cuota mensual ese antecedente de salud también le corresponde a un organismo estatal, como es la Superintendencia de Servicios de Salud. Ello, a fin de evitar actos discriminatorios y que tal circunstancia, en forma aparente, se convierta en otra salida para habilitar la afiliación diferencial que se pretende prohibir, al permitirle a estas empresas imponer sumas exorbitantes imposibles de cubrir, que los obliguen a cesar en la contratación.¹⁵

4. ¿CÓMO DEFINIMOS NUESTRA SALUD? LAS PREEXISTENCIAS Y SU OCULTAMIENTO CULPOSO

En orden a esa necesidad de establecer el aleas de la relación de consumo, la Ley N° 26.682 reconoce en cabeza de la persona que pretende afiliarse el deber de informar su estado de salud y antecedentes relevantes en el marco de un formulario con carácter de declaración jurada, que funcionará como punto de partida para configurar las condiciones de contratación. Es por esa razón que la declaración de enfermedades preexistentes solo podrá efectuarse al inicio de la contratación, dado que marcará el punto de partida de la relación de consumo.

Las preexistencias que la demandada podrá requerir valuar a la Superintendencia de Servicios de Salud pueden ser de carácter crónico, de alto costo o, incluso, de naturaleza temporaria.

En ese orden, Lorenzetti explica que la preexistencia refiere a la manifestación de una enfermedad, ya sea diagnosticada, como la declaración de su sintomatología perceptible (Lorenzetti, 2011; 195).

Uno de los principios medulares que rige toda dinámica contractual es el de buena fe, siendo un “factor de moralización de las relaciones intersubjetivas” (Caramelo G., Picasso S. y Herrera M, 2015; 340), a partir del cual, se delimitan los alcances de las obligaciones asumidas por los contratantes, más allá de lo estipulado.

A fin de promover la realización de ese principio rector, la Ley N° 26.682 les reconoce a quienes comercialicen planes prestacionales, la facultad de rescindir el contrato de consumo “cuando el usuario haya falseado la declaración jurada” al afiliarse.

El Decreto Reglamentario N° 1993/2011 aclara que:

para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá poder acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 961 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. La falta de acreditación de la

¹⁵ Artículo 10 de la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga (B.O. 17/05/2011).

mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución. (artículo 9, inciso b).

El referido artículo 961 del CCCN dispone que:

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

De esta forma, queda evidenciada la finalidad sancionatoria del precepto, al castigar a aquel consumidor que pretende beneficiarse del contrato celebrado a costa de la empresa al desnaturalizar la aleatoriedad de ese acuerdo, en tanto vicia la voluntad de esta última al comprometerse a asegurar un riesgo que él ya conocía y podía identificar demandaría una atención médica mayor a la media esperada (Schinoni, 2023; 7). Mediante el artículo 9° de la Ley N° 26.682:

[...] se busca sancionar a aquella persona que a fin de eximirse de una pérdida (dada por el deber de abonar un importe adicional por enfermedad preexistente) oculta maliciosamente información de su estado de salud, habiendo sido expresamente consultado sobre ella. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 2023, L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud).

De este modo, la norma es clara al exigir un deliberado ocultamiento de un padecimiento de salud, es decir, una conducta dolosa, con un objetivo claro que es evadir el costo diferencial.

Ahora bien, partiendo del concepto integral de salud y de la figura del consumidor “cuidadoso y previsor”, cabe indagar sobre qué extremos debe fundar una empresa de este tipo para ejercer esta atribución, ¿acaso la mera certificación de un diagnóstico previo omitido en el formulario justifica la rescisión del contrato?

Tal como postuló el Procurador General:

[...] para la procedencia de la rescisión por parte de la empresa de medicina prepaga, no basta verificar la simple omisión de información, sino que se exige que el usuario, obrando sin la buena fe requerida, haya falseado la declaración [siendo la rescisión una] consecuencia gravosa [que] encuentra plena justificación en las reglas de confianza que la propia norma prevé respecto del tratamiento de las enfermedades preexistentes, al prescribir en el artículo 10, que éstas sólo pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y que no pueden ser criterio del rechazo de su admisión (Procurador General de la Nación Víctor Ernesto Abramovich, 2020, A. B. R. c/ Swiss Medical S.A Medicina Privada s/ amparo ley 16986 y C. H. c/ Swiss Medical s/ prestaciones médicas).

Sobre este aspecto, Lorenzetti (2011, 200) puntualiza que si bien recae en el pretenso afiliado el deber de denunciar sus antecedentes médicos al contratar, “la empresa de medicina prepaga tiene la carga de establecer la existencia de una enfermedad determinada o la exclusión de otra a través del examen médico de ingreso y la declaración jurada del beneficiario”.

Es decir, una contratación de buena fe también demanda de estos agentes pautas claras de contratación, una explicación certera sobre qué función cumple esta declaración de salud y las implicancias de su concepto.

Sobre esas bases, para que la empresa de medicina prepaga pueda ejercer la facultad de rescindir el contrato, deberá exponer la deliberada intención del afiliado de omitir denunciar su real estado de salud al contratar sus servicios. Para ello, deberá demostrar acreditar que aquel tenía un real conocimiento y consciencia ya sea de la patología en sí, o bien de su sintomatología a la fecha de la afiliación, como a su vez, que en el formulario de la declaración jurada le consultó específicamente por tales antecedentes médicos. Solo de este modo, se logra exponer que tal ocultamiento resultó doloso, es decir, que obedeció a la intención del consumidor de beneficiarse sobre la otra parte contractual al omitir denunciar un riesgo ya conocido, tergiversando la aleatoriedad propia de este tipo de acuerdos.

El ejercicio de esta prerrogativa por parte de estos agentes ha sido, por lo general, judicializado, al discutirse el carácter doloso de la omisión de un antecedente de salud. Se expone la delgada línea existente entre velar por la buena fe contractual y habilitar un acto discriminatorio que valide en forma subyacente la exclusión de afiliados que demandarán más costos de salud.

La amplitud del concepto de salud expone la multiplicidad de casos que se presentaron ante los estrados judiciales derivados del ejercicio de esa función. Entre ellos se puede distinguir la exclusión de personas que viven con VIH, o la de grupos familiares al detectar que uno de sus hijos presentaba retraso madurativo de desarrollo.

Al analizar el primer caso mencionado, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal declaró la ilegitimidad de la rescisión ponderando la vulnerabilidad del actor como consumidor, por su desconocimiento de las ciencias médicas, así como por la condición de salud que presentaba. La cronicidad de ese diagnóstico no podía, sin más, justificar la mala fe de su omisión, por lo que era un cuadro asintomático. Y aún en el supuesto que lo conociera, ¿cómo juegan los estigmas sociales en esa declaración?

Los operadores judiciales deben arribar a una solución conteste con todo el ordenamiento jurídico argentino, neutralizando cualquier tipo de discriminación hacia estos grupos de especial vulnerabilidad. Además, deben tener en cuenta la especial protección que Argentina le asigna a estas personas, más allá de las vulnerabilidades que los atraviesan en su individualidad, en su calidad de consumidores, al observar la posición desventajada en la que se encuentran en esa relación contractual.

Partiendo de esa base constitucional, el análisis probatorio respecto de la mala fe se agudiza y recae también en la buena fe de la empresa en adoptar medidas tendientes a evitar omisiones dolosas ante la falta de entendimiento de esa declaración.

5. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL Y SUS ARISTAS

A fin de exponer este conflicto hasta sus fronteras más complejas, corresponde preguntarnos: ¿somos capaces de comprender nuestra salud mental en todo su alcance? ¿Acaso existe un componente genético, desde el origen de la persona que demarca su salud mental, o bien su estado se encuentra en constante fluctuación y se construye? ¿Es inmodificable? En caso de admitir esa última premisa, podría afirmarse que una persona es plenamente consciente de su estado de salud mental como para denunciarlo en este tipo de formularios.

Las respuestas a todas estas preguntas marco logran delinear cómo nuestra sociedad concibe la salud mental y cuál es el enfoque y alcance que se dará a su protección.

Argentina fue construyendo un camino en este proceso de conceptualizar a la salud mental, primero mediante la protección que asumió garantizar al suscribir los tratados internacionales, para luego evolucionar en su regulación interna respecto a la perspectiva con la que se observa las patologías de índole mental. El Estado Argentino –en línea con un cambio mundial– evolucionó de una mirada paternalista e incapacitante sobre este tipo de afecciones, hacia una perspectiva alineada con los derechos humanos de la persona que lo padece.¹⁶ El cambio de paradigma se perfeccionó con la sanción de la Ley N° 26.657 sobre el derecho a la protección de la salud mental, el 2 de diciembre de 2010.

En el marco de esa ley, se define a la salud mental como un fenómeno complejo, multifactorial. Tal como se evidenció en el debate parlamentario de esa ley “[e]s fundamental comprender que factores genéticos, biológicos, ambientales y sociales determinan conjuntamente la aparición de enfermedades mentales. El ser humano es una unidad indisoluble, lo físico se une a lo mental y a lo histórico-social”.¹⁷

En esa línea, la Ley N° 26.657, en su artículo 3°, define a la salud mental como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

Ese dinamismo ínsito lleva a reconocer el derecho de toda persona a que su “padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable”.¹⁸

También como correlato de esa variabilidad constante y la injerencia del contexto de cada persona para su configuración, los legisladores receptaron uno de los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”

¹⁶ Sobre este tema, ver Kraut, A. J. (2006).

¹⁷ Argumentos desarrollados por la diputada Arrieta, en el marco de la 7° sesión ordinaria del 14/10/2009, versión taquigráfica, p. 408; como también por la senadora Ríofrío, en la 17° sesión ordinaria celebrada el 24 y 25/11/2010, versión taquigráfica, p. 580.

¹⁸ Artículo 7°, inciso n, de la Ley N° 26.657 sobre Derecho a la Protección de la Salud Mental (B.O. 03/12/2010).

adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, al establecer en el artículo 3 que se prohíbe la determinación de un diagnóstico de salud mental sobre la base exclusiva de la mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización. En el mismo sentido, el artículo 5° aclara que la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental tampoco autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

Estas normas no hacen más que evidenciar el carácter circunstancial y fluctuante de los factores que determinan la salud mental y establecen como principio norte para todo tratamiento o controversia que se plantee en torno a estas afecciones el deber de indagar sobre las condiciones actuales de salud, sin guiarse por un diagnóstico o antecedente de esta índole ni asignarle el carácter de permanente.

De la misma forma, la Ley N° 26.657 reconoce que toda persona con una afección de este tipo tiene derecho a “no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado” y a “recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación”.¹⁹ Cobra vital importancia el reconocimiento de estas prerrogativas teniendo en cuenta la evolución histórica del pensamiento que la sociedad argentina construyó en torno a la salud mental.

Si bien el Estado argentino asumió una perspectiva tuitiva y tendiente a deconstruir la mirada patológica e incurable que se sostuvo sobre estos padecimientos, el cambio de paradigma social lleva mucho más esfuerzo que la sanción de normativas. Los resultados de la construcción de prejuicios sostenidos en el tiempo acerca de estos padecimientos calaron hondo en el inconsciente colectivo y, en particular, en el individual de aquellas personas que debieron enfrentarse a un diagnóstico de esta índole.

La particular situación de vulnerabilidad personal, social y jurídica en la que se encuentran aquellas personas que presentan una afección mental fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia Argentina,²⁰ como también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien al analizar la violación sistemática de sus derechos fundamentales ante casos de internación involuntaria, todos los supuestos, en mayor o menor escala,

¹⁹ Artículo 7°, incisos i y l, de la Ley N° 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental.

²⁰ La Corte Suprema de la Nación ha reconocido que “las personas con padecimiento mental conforman un colectivo social en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono”, y ha reafirmado que las personas institucionalizadas por razones de salud mental son titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su reclusión, respecto de los cuales la regla debe ser el reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial de esos derechos, destacando la necesidad de establecer una protección normativa plena y eficaz; Corte Suprema de Justicia de la Nación (19 de febrero de 2008). R. M. J. s/ Insania. Fallos: 331:211, voto mayoritario, considerando 6

responden a la preconcepción de estos padecimientos.²¹ En efecto, “[e]n diversos lugares del mundo, la sociedad moderna estigmatiza, devalúa, discrimina, abandona, aparta y excluye a muchos sufrientes mentales cuya dignidad se ve seriamente afectada” (Kraut, A. J. y Diana, N., 2011, 92).

Tal como expuse en un estudio anterior:

El estigma obedece a un estereotipo sostenido en el tiempo que configura una discriminación estructural sobre ese colectivo, desacreditando sus decisiones, y quien se sabe portador de él suele ‘mantenerse íntimamente alerta sobre lo que los demás consideran como su defecto’ (Schinoni, 2023; 8).

De esta forma, el sociólogo Goffman caracteriza tal estima como un “atributo profundamente desacreditador”.²²

En esa línea, la Organización Mundial de la Salud reconoció en su “Informe Mundial sobre la Salud Mental” del 2022 que la “estigmatización y discriminación” que se vincula a los trastornos mentales es tal que constituye una de las razones por las cuales las personas demoran su acceso a los servicios de salud mental.²³

La afección mental –pese a ser íntima– se la ha calificado como “el padecimiento más social” en tanto tiene una significación social y cultural que ninguna enfermedad no psíquica posee.²⁴

En orden a luchar contra ese estigma y sus consecuencias, el Estado Argentino también declaró de interés nacional la prevención del suicidio mediante la Ley N° 27.130 estableciendo un plan de abordaje sistémico. En ese marco, ponderó la importancia de incluir una previsión vinculada a la confidencialidad:

[...] porque en general, sucede que quien ha tenido un intento fallido de quitarse la vida, viene a sumar a los padecimientos que llevaron a la toma de esa decisión, el estigma que supone ser identificado como una persona que ha intentado trágicamente terminar con su vida[, razón por la cual] reviste fundamental importancia que los equipos interdisciplinarios, las obras sociales, los trabajadores de la salud que hubieran tomado intervención, contacto o tenido conocimiento, guarden reserva de la identidad. (Fundamentos de Ley N° 27.130, expediente parlamentario N°4975-D-2013, p. 6)

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (4 de julio de 2006). *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Párr. 101. En esa oportunidad, el Tribunal ha expresado sobre “la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad”.

²² Citado por el Fiscal General Cuesta R. (2022). Dictamen en la causa L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud. Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

²³ Organización Mundial de la Salud (2022). *Informe Mundial de Salud Mental*. p. 4.

²⁴ Expresión utilizada por Scull, A. (2019; 30) citado por el Fiscal General Cuesta R. (2022). Dictamen en la causa L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud. Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

De esta forma, el tratamiento de este tipo de información de salud responde a un resguardo de la intimidad, como decisión en orden a la dignidad de ese ser humano.

La concepción propia de quien padece un trastorno de salud mental, en orden a la estigmatización que opera en torno a esas afecciones, afecta, en primer lugar, su propia autoconcepción, y en segundo lugar, la libertad de su manifestación.

6. CASOS PARADIGMÁTICOS SOBRE PREEXISTENCIAS DE SALUD MENTAL

Partiendo de los derechos y obligaciones que se imponen a las personas que desean afiliarse a las empresas de medicina prepaga, corresponde preguntarnos si los antecedentes de salud mental pueden ser considerados preexistencias a denunciar en esta contratación y, en caso afirmativo, en qué marco se le exige a la persona informarlo.

La complejidad que plantea el autoreconocimiento de un padecimiento de índole mental y su consiguiente “denuncia” en una contratación quedó expuesto gracias a diversos casos que se presentaron ante la Justicia argentina. Se logra ver una evolución por parte de los tribunales en el razonamiento de este tipo de controversias.

En un primer momento, los jueces que entendieron ante las acciones de amparo promovidas por aquellas personas que eran desafiliadas de esas empresas con el fundamento de haber omitido denunciar una afectación de índole mental –en la mayoría de los casos respecto de niños y adolescentes que recibían un diagnóstico de retraso madurativo del desarrollo– les reconocieron su derecho a mantenerse afiliados, al destacar la falta de consciencia de sus padres acerca del avance de su cuadro. De ese modo, consideraban que la omisión había sido culposa, es decir, sin intención de engañar a la empresa y sacar un rédito económico.²⁵

En contraposición con esos criterios, también se plantearon casos en los que los jueces validaron la desafiliación de aquellas personas que conocían haber padecido un trastorno de índole mental, como puede ser la depresión, al tener en cuenta que esas personas habían acudido a consultas previas, habían obtenido el diagnóstico correspondiente, como también habían iniciado tratamientos previos para su abordaje. De esta forma, entendían que haber omitido tales antecedentes en la declaración jurada sobre su estado de salud al afiliarse, demostraba –solo por su conocimiento previo– la intención de esas personas de engañar a la empresa para evitar una cuota de afiliación diferenciada.

Entre esas sentencias, se puede destacar la emitida por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que validó la desafiliación de una joven que no había informado haber sufrido depresión, patología que debió develar tras haber sufrido un intento de suicidio cuando ya se encontraba afiliada. El punto a remarcar en esa sentencia es el voto en disidencia de uno de los integrantes del tribunal, en el que pudo adelantar el conflicto

²⁵ Cámara Federal de Córdoba (2015). P. M., F. c/ Swiss Medical S.A. s/amparo ley 16.986 (Sala A, 23 de diciembre); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2020). M., F. y otro c/ OSDE s/ amparo de salud (Sala III, 13 de agosto); entre otros.

que genera adoptar un análisis simplista, meramente objetivo, basado en el cotejo de fechas y estudios previos, de la autopercepción de la salud mental. En esencia, el juez expuso la disyuntiva de si correspondía juzgar de la misma forma la omisión de denunciar antecedentes de salud mental con respecto a cualquier padecimiento de índole físico. Si bien este planteo no fue contestado en esa oportunidad, y menos aún destacado por el voto de la mayoría, al convalidar la desafiliación de esa joven, lo cierto es que implicó un primer acercamiento a la controversia en análisis (Schinoni, 2023).

El hito en cuestión lo marcó la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la reciente decisión del 9 de febrero de 2023¹⁰⁷, en la que le exigió a una de estas empresas reaflilar a un joven que padeció depresión y un intento de suicidio que no había denunciado en su declaración jurada, tras analizar cómo operaba la variabilidad misma de la salud mental y la estigmatización en torno a su padecimiento sobre la persona para asumirla y denunciarla en el marco de esas declaraciones juradas. El caso trata de un joven de 22 años que promovió una acción de amparo contra el Hospital Británico de Buenos Aires a fin de que lo reaflilara al plan que contrató, con el argumento de haber omitido denunciar, con mala fe, sus antecedentes de depresión, que había justificado su internación en 2017 por un intento de suicidio y el tratamiento farmacológico que desarrollaba. Al ingresar en el plan, L. solo informó que padecía miopía.

Tras gozar durante más de un año de esa cobertura, acudió al servicio de emergencias del Hospital Británico por una derivación de su médica psiquiatra al presentar ideación suicida. La psiquiatra de guardia informó que el joven reconoció en la consulta el antecedente de un Trastorno de la Regulación Afectiva recurrente de larga data –desde su pubertad–, por lo que tomaba medicación. Para estabilizar su cuadro, accedió a una internación voluntaria que se extendió de mayo a junio de 2021. Tras su alta, el Hospital Británico le informó su desafiliación.

El Juzgado de primera instancia rechazó la acción y convalidó la rescisión del Hospital Británico, tras considerar que la historia clínica evidenciaba que él tenía conocimiento de su depresión al momento de contratar. Al apelar esa decisión,

L. reiteró que no tuvo intención de omitir esos antecedentes médicos, sino que, en verdad, no lo concebía como una patología crónica susceptible de denunciar en ese marco, sino como “episodios aislados de depresión”. Además, manifestó que el asesor del referido Hospital le había advertido que no era necesario aclarar que se encontraba realizando psicoterapia.

La Sala II del fuero admitió ese recurso de apelación, propiciando revocar la decisión del juez de grado al compartir el análisis jurídico-fáctico desarrollado por el Fiscal Federal acerca de cómo debía interpretarse la omisión endilgada a la luz de los principios promovidos por la Ley de Salud Mental N° 26.657. El representante del Ministerio Público

hizo especial énfasis en el carácter variable del estado de salud mental y en el estigma que irroga un sufrimiento de esa índole, entendiéndolos como factores que impedían tener por acreditada la intencionalidad maliciosa del accionante de omitir su información al contratar el plan prestacional. La variabilidad del cuadro emocional permitiría afirmar que, al no gozar de conocimientos médicos, el actor bien podría haber entendido que, al momento de suscribir su declaración jurada, no poseía un padecimiento mental que dar a conocer. Además, la estrecha vinculación del estado de salud mental con la identidad personal, dado el fuerte estigma social asociado a su diagnóstico, también obstaba a su declaración libre. Más aún, en el contexto de mera atención comercial, mediante un formulario en términos genéricos e imprecisos, sin recibir asistencia adecuada (Schinoni, 2023).

Ponderó que también se lo inculpó por no denunciar que, en su adolescencia, debió ser internado por otro intento de suicidio, sin tener en cuenta la especial protección sobre la privacidad de ese tipo de episodios que reconoce la Ley N° 27.130. Postuló que tampoco podía resultar dolosa su omisión, en tanto “tal proceder se encuentra amparado en los mecanismos legales de protección de la dignidad de las personas que han atravesado dicha situación” (Schinoni, 2023).²⁶

En tales términos, el tribunal concluyó que el Hospital Británico rescindió el contrato con el actor sin comprobar su mala fe al completar el formulario referenciado, tal como exige la norma para tener por válida esa facultad, en tanto la justificó a partir de un mero cotejo de datos objetivos –como es la fecha de internación y de prescripciones médicas– que no lograban demostrar, atendiendo a las particularidades que reviste una afección mental, su mala intención de ocultar tales padecimientos al afiliarse a ella. El caso logra exponer la complejidad que implica pretender de una persona la denuncia de su salud mental, no solo por la circunstancia objetiva que resulta un estado de constante fluctuación, sino por la estigmatización que rodea su padecimiento.

Esto nos lleva a preguntar: ¿en qué contexto se pretende recabar esta información de carácter personalísimo? ¿Se respeta la intimidad del consumidor?

Por otra parte, ¿Hasta qué punto un trastorno de salud mental puede configurar una preexistencia susceptible de ser valuada como una cuota diferencial?

¿Cuánto riesgo económico le puede implicar a una empresa afiliar a una persona que cometió un previo intento de suicidio? ¿Es acaso constitucional valuar semejante antecedente como una variable en un contrato de consumo? ¿Cómo opera el resguardo de la dignidad de todo ser humano en estas contrataciones?

En los casos previos a la paradigmática sentencia, muchos jueces les adjudicaron a las empresas la omisión de no haber adoptado recaudos, tales como someter a los pretensos

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. (2023). L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud. (Sala II, 9 de febrero).

afiliados a exámenes médicos previos para celebrar el contrato prestacional, para evitar la omisión culposa de sus antecedentes de salud en la declaración jurada de ingreso.²⁷

Si bien la exigencia de estudios médicos para la contratación de esos servicios podría plantear ciertos reproches constitucionales –cuya complejidad impide su análisis en el marco de esta investigación–, no caben dudas que quienes comercialicen planes prestacionales deben extremar las medidas necesarias a fin de evitar el accionar culposos de sus pretensos afiliados al completar los formularios en los que declararán cuál es su estado de salud al momento de ingresar. Una política muy útil en este sentido sería brindarles un asesoramiento profesional adecuado al momento de completarlos, tendiente a combatir la vaguedad de los términos empleados.

No debe soslayarse que, además de la vulnerabilidad que presenta por la afección de salud, al pretenso afiliado se le reconoce protección constitucional en su condición de consumidor, ante la posición vulnerable que se encuentra frente a la empresa de medicina prepaga. En ese orden, recae en esta última el deber de brindarle la debida información, en términos claros, así como de dispensarle un trato digno y no discriminatorio.

Además, el Poder Legislativo reconoció que esa posición desigual justifica el principio de interpretación favorable al consumidor en caso de dudas sobre el desarrollo del contrato celebrado,²⁸ al:

[...] deriva[r] de una exigencia de justicia que impone que en aquellas situaciones en las que se enfrentan las prerrogativas de un sujeto profesional con las de otro inexperto, resulta necesario establecer vínculos equilibrados que contribuyan a la paz social (Junyent Bas, F. y Meza, M. I., 2016; 951).

En la medida que esta relación de consumo demanda inevitablemente la declaración de información de carácter sensible, su recolección y resguardo deberían estar dotados de especiales salvaguardas.

En efecto, el derecho a la información se encuentra receptado en el artículo 4° de la Ley N° 24.240,²⁹ imponiéndole al proveedor brindar toda aquellos datos atinentes a las características de los bienes y servicios, como a las condiciones de su comercialización, en forma adecuada, veraz y en términos claros, velando porque el caudal informativo sea

²⁷ Como un ejemplo de varios, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al confirmar la ilegitimidad de la exclusión por OSDE de una niña que presentaba un retraso en el lenguaje, postuló que, al recaer en la demandada la carga probatoria de acreditar la mala fe que habría dirigido el accionar de la contratante –no solo desde un cotejo objetivo, sino demostrando el aspecto subjetivo que exige la intención dolosa–, debería extremar los medios tendientes a corroborar el estado de salud de los consumidores al momento de ingresar. En esa línea, destacó la facultad de esos agentes de promover una revisión médica de los pretensos afiliados con profesionales a su cargo, en vez de limitar la declaración de enfermedades preexistentes a un mero formulario plagado de términos médicos que el contratante de esa cobertura ha de responder a su sola conciencia y sin asistencia profesional; CNACCF, Sala III, en causa 5125/2019 “M., F. y otro c/ OSDE s/amparo de salud”, decisión del 14 de agosto de 2020.

²⁸ Artículo 37 de la Ley N° 24.240 y artículos 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁹ En línea con el artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación.

comprensible para su destinatario (Müller, 2018, 468). Resulta imprescindible que la información sea suficiente, clara, sin términos técnicos complejos y adaptados al nivel sociocultural del usuario (Weingarten, C. y Lovece, G. I., 2020; 883).

La particularidad en estos casos se da por la información sensible, referente a la salud, que los afiliados se encuentran obligados a declarar. El resguardo de su derecho a la intimidad/privacidad en el ámbito de prácticas médicas gira en torno al “...hasta dónde permite el acceso, para qué, por quién y durante cuánto tiempo” (Outomuro, D. y Mirabile, L. M., 2012; 84). Es decir, el objetivo justifica la intromisión en uno de los derechos personalísimos de todo ser humano que protege su ámbito de individualidad.

En estos términos, la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 reconoce dentro de los derechos esenciales en la relación entre el paciente y los agentes del seguro de salud el derecho a la intimidad, como a la confidencialidad. La primera prerrogativa implica que:

Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326. (artículo 2, inciso c).

Por su parte, conceptualiza el derecho del paciente a la confidencialidad al postular:

[...] que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente. (artículo 2, inciso d).

En estos términos, correspondería conformar un protocolo de buenas prácticas tendientes a generar un ambiente propicio y cómodo para la declaración del estado de salud, velando por el respeto a su dignidad, haciendo explícita la información necesaria para prevenir cualquier omisión culposa.

Como pautas ejemplificadoras a fin de diagramar esta atención se puede adoptar la “Guía de intervención mhGAP para los trastornos mentales, neurológicos y por consumo de sustancias en el nivel de atención de salud no especializada” elaborada por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud. revé pautas específicas vinculadas con la promoción del respeto y la dignidad de la persona que se halla en tal situación, y la necesidad de emplear “habilidades de comunicación eficaces” en ese contexto. En particular, se recomienda “cre[ar] un ambiente que facilite la comunicación abierta”, lo que necesariamente implica destinar un espacio de privacidad así como también explicar a la persona que “la información abordada durante la visita se mantendrá confidencial y no se intercambiará sin autorización previa” (consejo de comunicación n° 1). También se sugiere pedir aclaraciones para el caso de que los antecedentes reseñados sean poco claros (extracto del consejo de comunicación N° 3), “[p]ermitir que la persona haga preguntas acerca de la información suministrada”

(extracto del consejo de comunicación n° 5), y “[r]espond[er] con sensibilidad cuando las personas revelen experiencias difíciles (por ejemplo, acerca de agresión sexual, violencia o lesiones autoinflingidas)” (consejo de comunicación n° 6).³⁰

En estos términos, más allá del diseño que se adopte para la recepción de esta información, también implica un deber del Estado reglamentar la forma que deben guardar los formularios de ingreso.

7. OMISIÓN REGLAMENTARIA Y SU IMPACTO DESPROPORCIONADO SOBRE ESTE GRUPO DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

Tal como se describe en el artículo de La Ley (2023):

A fin de echar luz a la declaración de preexistencias como la configuración de su omisión dolosa, el Decreto Reglamentario N° 1993/2011, en su artículo 9°, le impuso a la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación el deber de reglamentar “las características que deberán contener las declaraciones juradas y el plazo por el cual se podrá invocar la falsedad” allí incurrida (Schinoni, 2023; 7).

La norma evidencia la relevancia que presenta el factor temporal en la detección de estas preexistencias y delimita el derecho de rescisión en favor de estas empresas. El reconocimiento de un límite temporal para alegar preexistencias brindaría seguridad jurídica a esta relación de consumo y ayudaría a definir, aún con más claridad, que antecedente de salud podría calificar o no como una enfermedad preexistente, al establecer que, luego de un tiempo determinado, su manifestación o la de su sintomatología ya no puede serle endilgada al afiliado como previa a la contratación. Es decir, el paso del tiempo convalida su desconocimiento.

Con la misma finalidad, la imposición de ciertos requisitos de forma en la confección de estos formularios no solo brindaría uniformidad, sino claridad a la información que se pretende recabar a partir de ellos. La realización de las mismas preguntas, en términos simplificados y claros, por parte de todas las empresas promovería la construcción de una mayor conciencia social acerca de su funcionalidad y los aspectos a denunciar en ese marco (2023).

Se podría aspirar, incluso, a que esa regulación no solo recepte esas declaraciones mediante formularios, sino que la conceptualice como una circunstancia que requiere de un asesoramiento y el debido resguardo de la información brindada. En consecuencia, no debería limitarse a establecer un modelo uniforme de formularios, con preguntas claras y simples sobre el estado de salud, sino, velar por el momento en que el pretenso afiliado deberá contestar esos interrogantes, regulando que sea en el marco de una consulta con un debido asesoramiento, en un ambiente de privacidad y comodidad, con plena

³⁰ Fiscal General Cuesta R. (2022). Dictamen en la causa L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud. Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

consciencia de la función de esa declaración, y sabiendo que sus datos se encontrarán resguardados.

Sin perjuicio de su importancia, a la fecha, la autoridad administrativa no emitió una norma de alcance general sobre estos aspectos.

Tal como reconocen los tribunales del país, la falta de regulación de una norma no puede redundar en un perjuicio para la persona que pretende ampararse en ella.³¹ De este modo, en un caso judicial, la indeterminación de las preguntas formuladas en la declaración jurada, como la rescisión de contrato por parte de estas empresas luego de varios años de haber formalizado la relación de consumo, serán factores que, en los hechos, demostrarán la equivocación del afiliado y no un obrar malintencionado para aprovecharse de esas firmas.

Ahora bien, esa solución no previene a la persona de tener que atravesar el agobio de ser desafiliado de la empresa que contrató para resguardar su salud, como cursar todo un proceso judicial para exigir que se lo mantenga en las mismas condiciones, con todos los costos que ello conlleva.

Como se puede observar de la sentencia en análisis, el Poder Judicial logró garantizarle al actor, el efectivo acceso a los medios que garanticen su salud, pero corresponde preguntarnos si, a través de este Poder, no se podría evidenciar, en el marco de una sentencia, una dimensión más estructural del problema, para promover una solución que no solo vele por el derecho de quien acciona, sino que intente prevenir que otra persona como ella, deba atravesar esa situación.

Si se adopta una perspectiva más amplia del problema que plantean las preexistencias, se puede observar que la omisión estatal de reglamentar el artículo 9° del Decreto N° 1993/2011 conlleva mayores implicancias sobre un grupo de especial vulnerabilidad, como son las personas con padecimientos mentales.

Tal como se explicó en los apartados anteriores, el estigma social que se le asigna a esos trastornos como su variabilidad continua, complejizan la consciencia de quienes lo padecen de denunciarlos en un mero formulario de adhesión. En consecuencia, la mala fe de su omisión parecería, en cierta medida, presuponerse. Partiendo de esa premisa, se observa que las normas dispuestas en los artículos 9 y 10 de la Ley N° 26.682, y en su decreto reglamentario N° 1993/2011, si bien presentan una apariencia “neutral” al exigir al consumidor el deber de denunciar sus antecedentes de salud previo a contratar, al no establecer condiciones válidas para el entendimiento de qué aspectos encuadrarían en ese concepto en particular, respecto de afecciones de índole emocional, terminan

³¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido que la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna; Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de julio de 1992). Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Fallos: 315:1492; (15 de octubre de 1998).

implicando –en los hechos– una actividad discriminatoria que genera un impacto desproporcionado sobre ese colectivo de especial vulnerabilidad (Schinoni, 2023; 7).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender en el caso “Castillo”,³² tuvo oportunidad de ahondar en un nuevo estándar para comprender la discriminación desde una faz estructural. Basado en una interpretación desarrollada por la Justicia de Estados Unidos,³³ el Máximo Tribunal del país ponderó que se debía analizar el derecho a la igualdad:

[...] desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2017, Fallos: 340:1795).

Partiendo de esa base, la Corte Suprema de Justicia de la Nación observó que se puede ver afectado el principio de igualdad a partir de normas que, en su literalidad, aparecen como neutras, al no efectuar una distinción entre grupos para reconocer o no derechos – que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad–, pero que su aplicación en un contexto social determinado produce un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Ello así, a efectos de analizar su constitucionalidad, “resultara necesario [...] comprobar la manera en que [...] se ha implementado [...] [debiendo] el tribunal anali[zar] los efectos que su aplicación ha generado en la realidad”.³⁴

De esta forma,

La falta de reglamentación de esas normas en apariencia neutrales, aplicadas a un contexto social en el que aún persiste el estigma sobre el abordaje de la salud mental, conlleva imponerle a ese colectivo de especial vulnerabilidad no solo el deber de asumir su padecimiento, sino el de informarlo en el marco de formularios de adhesión redactados en términos imprecisos. Sentado lo expuesto, corresponde asignarle efecto discriminatorio a la falta de reglamentación y no ya a la conducta basada en la norma indeterminada, dado que “...el efecto negativo de la ley se perpetuará más allá de que, una y otra vez, se invaliden las prácticas,

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12 de diciembre de 2017). Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, Fallos: 340:1795. En ese marco, declaró la inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la Constitución de la provincia de Salta, al establecer la instrucción religiosa en “los planes de estudio y dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”, al sostener que esa norma, en apariencia neutral, tenía un impacto desproporcionado contra las personas que profesaban una religión distinta a la católica, o ninguna religión.

³³ U.S. Supreme Court. (1971). Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12 de diciembre de 2017). Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, Fallos: 340: 1795.Voto mayoritario, considerando 21.

pues ellas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite...”³⁵ (Schinoni, 2023, p. 8).

al resolver un caso particular como el de estudio, el Poder Judicial tiene las herramientas para ir más allá de su solución y evidenciar que tal padecimiento no sólo estaría afectando al actor, sino que resulta una situación de discriminación estructural que repercute en todas aquellas personas que estarían o podrían estar en esa situación.

8. ACCESO A LA JUSTICIA A FIN DE RESGUARDAR EL DERECHO A LA SALUD Y LA DIGNIDAD DE TODOS LOS CONSUMIDORES

El Poder Judicial, conforme el sistema republicano de nuestro Estado, asume la función de velar por el cumplimiento de los derechos de nuestra sociedad, al verificar que las normas y actos emitidos por el resto de los poderes se alineen con las bases constitucionales de nuestra sociedad. En efecto, la justicia resulta un aliado del pueblo y debemos acudir a su auxilio ante la discriminación y la afectación del desarrollo de derechos en igualdad.

En esta línea:

[...] le corresponde ‘al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento y no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados’ (Fallos: 328:1146; 341:29; 343:1704; voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, en Fallos: 344:3011) (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 2022, C., E. V. c/ EN-M Salud de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16.986).

Partiendo de esa base, casos como el analizado resultan una oportunidad para el desarrollo de litigio estratégico tendiente a demarcar nuevas soluciones que velen por el ejercicio igualitario de derechos.

Otra de las grandes herramientas con la que la sociedad cuenta para exigir al Poder Judicial solución a problemas estructurales que afectan a un número indeterminado de individuos son las acciones colectivas.³⁶

Cabe destacar que, mediante acciones colectivas como la planteada en el caso “Padec”,³⁷ asociaciones civiles en representación de los derechos de los consumidores han demandado a empresas de medicina prepaga con el objeto de declarar la ineficacia de

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12 de diciembre de 2017). Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, Fallos: 340: 1795. Voto mayoritario, considerando 23.

³⁶ Mediante la reforma constitucional de 1994, en el artículo 43, se reconoció legitimación no solo en la persona afectada, sino a las asociaciones y organizaciones civiles que propendan a los fines de proteger estos derechos. La reforma constitucional de 1994 no solo implicó el reconocimiento de derechos de incidencia colectiva como el ambiente y aquellos que atañen a los usuarios y consumidores, sino que, además, reconoció la legitimación procesal para promover causas ante los estrados judiciales en representación de una clase o colectivo de la sociedad que se ve afectado por un mismo acto u norma

³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (21 de agosto de 2013). PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales, Fallos: 336:1236.

ciertas cláusulas de su contrato de adhesión, como a su vez contra otros agentes de salud como el INNSJP a fin de exigirle el cumplimiento de la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901.³⁸

De esta forma, ya sea mediante un litigio estratégico que exponga la omisión estatal, o bien, una acción colectiva en representación de todas aquellas personas que padecieran alguna afección de índole mental y pretendieran contratar los servicios de cobertura prestacional brindado por este tipo de empresas, el Poder Judicial ocupa un rol fundamental a la hora de hacerse cesar esta omisión reglamentaria, que discrimina indirectamente un especial grupo de vulnerabilidad en nuestra sociedad. Grupo que, tal como expuso el relator de la Organización de Naciones Unidas,³⁹ todos podemos integrar, porque la salud mental se caracteriza por una fluctuación constante determinada por factores externos que escapan de nuestro control.

Partiendo de este enfoque, el activismo judicial no puede ni debe ser confundido con la intromisión en una prerrogativa que no es propia de los magistrados, como es la de legislar (Lorenzetti, R. L., 2010).

Mediante estos precedentes, el Poder Judicial logra exponer la necesidad de que el resto de los poderes intervenga en la tarea de simplificar los conceptos en los formularios de ingreso, de establecer protocolos para recabar esta información, de cristalizar las preexistencias, generando un lenguaje claro para toda la comunidad tendiente a tomar conciencia de qué consisten estos contratos y cuál es su norte con necesidades urgentes en los tiempos que vivimos.

Al intervenir en litigios como el analizado en este marco, el Poder Judicial ejerce su principal función de interpretar todas las normas que imperan la vida de la sociedad argentina de una forma armónica y sistémica, en concordancia con los principios rectores que impone nuestra Constitución Nacional, velando por la protección de los grupos más vulnerables. En efecto, que el Estado autorizara a comercializar servicios tendientes a garantizar su derecho a la salud, también implicó que se extremaran las políticas públicas tendientes a resguardar al individuo en la relación de consumo entablada con las empresas que se desarrollaban en esa función, estableciendo ciertos límites al mercantilismo tradicional, en orden a la función social que desempeñan.

A través de sentencias como las aquí analizadas, los operadores judiciales logran ir más allá de los intereses planteados por las partes de la controversia, indagando en el contexto en el que se desarrollan. Es solo a través de una mirada estructural de todas las aristas de esta controversia que se puede arribar a una solución que respete los derechos fundamentales de los involucrados, compensando la discriminación operada por la omisión reglamentaria.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (10 de febrero de 2015). Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, Fallos 338:29.

³⁹ Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (A/HCR/35/21), 2017, citado por Kraut, A. J. (2020; 70).

Asimismo, estas sentencias permiten echar luz a un conflicto estructural que debe ser abordado por todos los poderes del Estado argentino para garantizar el ejercicio del derecho a la salud en condiciones de igualdad, con el debido respeto y trato digno de todo individuo.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. y Pautassi, L. 2008. "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina". En: Salud Colectiva, septiembre-diciembre 2008, 4(3).

Aren, J. 2012. Régimen legal de las Obras Sociales. Agentes del Seguro Nacional de Salud (2° ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Bergallo, P. 2005. "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina". En: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers (SELA).

Brena, S. I. 2004. El derecho y la salud - Temas a reflexionar. Universidad Nacional Autónoma de México.

Garay, O. E. 2017. "La medicina prepaga". DELS. Disponible en: <https://www.msal.gob.ar/dels/entradas/la-medicina-prepaga>

Ghersl, C. y Weingarten, C. (Dir.). 2011. Tratado del derecho a la salud. (Tomos I y II). Buenos Aires: La Ley.

González García G. y Torres, R. 2010. "Módulo 5: Políticas de Salud". En: Colección Salud social y comunitaria- Las políticas de salud en la Argentina.

Goffman, E. 2006. La identidad deteriorada (1°ed). Buenos Aires: Amorrortu Editores.

Hernández, A. M. 2003. "Reflexiones constitucionales sobre el Derecho a la Salud. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Kraut, A. J. (Dir.). 2020. Derecho y Salud Mental. Una mirada interdisciplinaria (Tomo I). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Kraut, A. J. 2006. Salud mental. tutela jurídica (1° ed). Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

Kraut, A. J. 2021. Pacientes Mentales y Derecho Privado. Tutela Jurídica (1° ed.) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Kraut, A. J. y Diana, N. 2011. "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria". En: La Ley. 08/06/2011.

Lorenzetti, R. L. 2010. "La decisión judicial en casos constitucionales". En: La Ley. 01.11.2010.

Lorenzetti, R. L. 2011. La empresa médica (2ª ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Medina, G. (Dir.) 2011. "Régimen Jurídico de la medicina prepaga". En: La Ley Suplemento especial.

Müller, G. E. 2018. Cuestiones del Derecho del Consumidor II (1° ed). San Miguel de Tucumán: Bibliotex.

Schinoni, M. M. 2023. “La declaración de antecedentes médicos en la afiliación a empresas de medicina prepaga a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental”. En: La Ley.

Outomuro, D. y Mirabile, L. M. 2012. “Derecho a la intimidad y su vinculación con la salud”. En: Revista Latinoamericana de Bioética, 12 (1). Bogotá.

Organización Mundial de la Salud. 2022. Informe Mundial de Salud Mental.

Weingarten, C. y Lovece, G. I. 2020. Tratado de Derecho a la Salud, (2° ed, Tomo I). Buenos Aires: La Ley.