

Tutela anticipada del derecho a la salud: verosimilitud, irreversibilidad y satisfacción cautelar de la pretensión en la jurisdicción federal

Resumen

En el litigio sanitario federal se ha difundido una ecuación argumental según la cual la invocación del derecho a la salud, unida a una situación de urgencia, conduce sin más a la concesión de la cautelar. El trabajo discute esa inercia a partir del problema que la explica: buena parte de estas medidas satisface de manera anticipada, total o parcialmente, la misma pretensión que se debate en el proceso, y su cumplimiento produce efectos de difícil o imposible restitución. Frente a ello se sostiene una tesis deliberadamente acotada: la satisfacción anticipada de la pretensión no exige transformar la verosimilitud en certeza —lo que contradiría la doctrina de la Corte Suprema en "Pardo" y la lógica de interrelación de los recaudos cautelares—, sino intensificar la carga de fundamentación, el rigor de la comprobación sumaria y el contradictorio compatible con la urgencia, de modo que la tutela conserve, pese a la anticipación, un carácter provisional jurídicamente controlable. Esa carga depende, en el terreno sanitario, de tres factores: la plausibilidad concreta del derecho a la prestación, el perjuicio irreversible atribuible al tiempo del proceso y el grado de consumación material que la medida produciría. El análisis distingue el derecho a la salud del derecho a la prestación, la gravedad clínica del peligro procesal, y precisa el distinto régimen aplicable según el sujeto demandado y la vía, con particular atención al lugar que la Ley 26.854 asigna a la irreversibilidad.

Palabras clave: medida innovativa; tutela anticipada; derecho a la salud; verosimilitud; irreversibilidad; anticipación de jurisdicción; Ley 26.854; jurisdicción federal.

Abstract

Health litigation before the Argentine federal courts has embraced an argumentative shortcut whereby invoking the right to health, coupled with urgency, leads directly to interim relief. This article questions that reflex by focusing on the problem behind it: many of these measures anticipate, wholly or in part, the very relief sought in the main proceeding, and their enforcement produces effects that are hard or impossible to undo. Against that background it defends a deliberately narrow thesis: anticipating the satisfaction of the claim does not require turning likelihood into certainty—which would run against the Supreme Court's holding in "Pardo" and the interrelated nature of the requirements for interim relief— but rather heightens the burden of reasoning, the rigor of summary proof and the adversarial safeguards compatible with urgency, so that the measure retains, despite its anticipatory

reach, a provisional and legally reviewable character. In health matters that burden depends on three factors: the concrete plausibility of the right to the benefit claimed, the irreversible harm attributable to the passage of procedural time, and the degree of material consummation the measure would bring about. The analysis distinguishes the right to health from the right to a specific benefit, clinical severity from procedural danger, and specifies the differing regimes according to the defendant and the procedural avenue, with particular attention to the place assigned to irreversibility by Law 26.854.

Keywords: innovative measure; anticipatory relief; right to health; likelihood; irreversibility; anticipation of jurisdiction; Law 26.854; federal jurisdiction.

I. Introducción: el problema de la tutela anticipatoria sanitaria

El tiempo del proceso no es neutral cuando lo que se debate es una prestación de salud. Una cirugía que se posterga, un medicamento que no se entrega, una internación o una rehabilitación que se interrumpen pueden tornar abstracta cualquier sentencia posterior. De ahí que la tutela cautelar encuentre en este campo un terreno especialmente fértil: asegurar que la decisión final no llegue tarde parece una exigencia elemental de justicia.

Esa misma urgencia, sin embargo, encierra una dificultad que suele quedar tapada por ella. En una porción considerable de estos litigios la medida solicitada consiste, precisamente, en la prestación que constituye el objeto del pleito —el medicamento, el tratamiento, la cobertura—. Concederla no asegura la eficacia de una sentencia futura: adelanta su contenido. Y cuando la prestación se consume o produce efectos que no admiten restitución —una intervención practicada, una droga administrada, una erogación no recuperable—, el proceso principal puede quedar sin objeto útil antes de haberse debatido.

El problema que este trabajo aborda es, entonces, estrictamente procesal, y puede enunciarse en una pregunta: qué estándar debe aplicar un juez federal cuando la pretensión cautelar sanitaria anticipa, total o parcialmente, la satisfacción material de la pretensión principal, y su cumplimiento puede producir efectos de difícil o imposible reversión. No se discute aquí que la salud merezca protección urgente —el ordenamiento lo reconoce— sino bajo qué condiciones, con qué grado de comprobación y con qué resguardos esa protección puede anticiparse sin desnaturalizar la función cautelar ni sacrificar el derecho de defensa.

La tesis que se defiende es restrictiva en su formulación y precisa en su alcance. La anticipación material de la pretensión no autoriza a exigir certeza sobre el derecho: sostener lo contrario supondría reconstruir, bajo otro nombre, un estándar de "casi certeza cautelar" que la propia Corte Suprema desautorizó al revocar, en "Pardo", una denegación fundada en la falta de verosimilitud "con la intensidad requerida". Lo que la anticipación incrementa no es el umbral cognitivo, sino la carga de justificación: la exigencia de mostrar por qué el

mantenimiento de la situación existente frustraría la utilidad de la sentencia, por qué no hay una modalidad menos consuntiva capaz de evitar el daño, y de qué manera la medida conserva, pese a todo, un margen de control ulterior. En el litigio sanitario esa carga se ordena en torno a tres factores —plausibilidad del derecho a la prestación, irreversibilidad del perjuicio atribuible a la demora y grado de consumación material de la medida— cuya interacción, y no la invocación del derecho a la salud, decide el caso.

El desarrollo procede así. Se precisan primero las categorías —cautela, innovación y anticipación— porque de la calificación depende el estándar (II). Se examina luego el doble desplazamiento que estructura la verosimilitud y el peligro en el litigio sanitario: del derecho a la salud al derecho a la prestación, y de la gravedad clínica al peligro procesal (III). Sobre esa base se reconstruye el núcleo jurisprudencial de la satisfacción anticipada, con las dos líneas de la Corte y el problema de la coincidencia de objetos (IV), y se analiza la irreversibilidad como límite y como condición legal (V). Se aborda después la delimitación del derecho prestacional a través de la evidencia médica, el Programa Médico Obligatorio y la discapacidad (VI), y el régimen diferenciado según el sujeto demandado y la vía (VII), para proponer, por fin, un modo de ordenar la decisión (VIII) y las conclusiones (IX).

II. Cautela, innovación y anticipación: precisiones conceptuales

El discurso forense trata como sinónimos a institutos que no comparten presupuestos ni función. Ordenarlos es la condición del análisis, porque la etiqueta determina el estándar.

La distinción primaria es funcional. La medida de no innovar (art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) es conservatoria: procura mantener el estado de hecho o de derecho existente para impedir que su alteración influya en la sentencia o torne ineficaz su ejecución. La medida innovativa persigue lo contrario: modificar ese estado, imponiendo una conducta activa. Carece de una regulación general autónoma con nombre propio en el Código, y la doctrina y la jurisprudencia la han encuadrado como medida genérica o innominada del art. 232, disponible cuando quien la pide tiene fundado motivo para temer que, durante el trámite, sufrirá un perjuicio inminente o irreparable que las medidas típicas no conjuran. Conviene precisar, no obstante, que la ausencia de un régimen general no equivale a ausencia de todo reconocimiento normativo: en el orden federal, la Ley 26.854 regula expresamente las medidas que imponen una conducta positiva al Estado y, en su art. 14, inc. 2, extiende esos requisitos a "cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley". Sobre el punto se vuelve más adelante.

De la índole innovativa se sigue la consecuencia decisiva. Como altera el estado existente y, al hacerlo, adelanta la solución de fondo, la Corte Suprema le reservó desde "Camacho Acosta" (Fallos: 320:1633, 1997) un tratamiento excepcional y una apreciación especialmente prudente de sus recaudos: la calificó de decisión excepcional porque configura un anticipo de

jurisdicción favorable respecto del fallo final, lo que —dijo— justifica una mayor prudencia en el examen de su admisibilidad. Es la categoría que domina el litigio sanitario, porque ordenar entregar un fármaco, practicar una cirugía o proveer una cobertura es, por definición, innovar.

Emparentada con la innovativa, pero conceptualmente distinta, es la tutela anticipada. Aquí el acento no recae en la conducta impuesta —activa o pasiva— sino en el efecto sobre la pretensión: la medida satisface, provisoriamente y de modo total o parcial, aquello que se reclama en el proceso principal. La doctrina procesal la caracteriza como el instituto que provee la satisfacción provisoria de una pretensión urgente coincidente, total o parcialmente, con lo pedido en la demanda, fundada en la necesidad de evitar un perjuicio irreparable (Arazi; De los Santos). Toda tutela anticipada innova, pero no toda innovación anticipa la pretensión con la misma intensidad: reponer una cobertura ya reconocida e interrumpida no equivale a conceder por primera vez, en sede cautelar, la prestación que el proceso deberá dilucidar. Como la innovativa, la anticipación carece de una regulación general en el orden nacional y se desarrolló por vía pretoriana a partir de "Camacho Acosta", aunque los códigos provinciales de última generación la han recibido con fórmulas expresas.

Es preciso, en fin, deslindar la medida autosatisfactiva. La categoría, de raíz doctrinaria y habitualmente asociada a la elaboración de Peyrano, designa un requerimiento urgente autónomo, no accesorio de proceso principal alguno, que se agota con su despacho y no proyecta un juicio ulterior sobre el fondo. Esa autonomía la sitúa fuera del género cautelar en sentido propio, pues le falta la instrumentalidad que lo define, y explica que su empleo suscite reparos cuando encubre la obtención definitiva de lo pretendido sin proceso, con la consiguiente supresión del ámbito de debate de la contraparte. La distinción no es académica: si la pretensión sanitaria se articula como autosatisfactiva, el análisis no puede ser más laxo que el de una innovativa, sino más estricto, porque desaparece el cauce de conocimiento donde la decisión provisoria habría de revisarse.

Una observación sobre la naturaleza de estos institutos, que la práctica descuida: son la instrumentalidad, la provisionalidad y la cognición sumaria las que definen a la cautela, y no la intensidad del interés en juego. La medida subsiste mientras duran las circunstancias que la determinaron y puede modificarse o levantarse (art. 202 del Código Procesal); el juez cautelar no declara el derecho, lo estima probable. Por eso los recaudos clásicos —verosimilitud del derecho y peligro en la demora, con la contracautela como condición de ejecutoriedad— conservan su vigencia también aquí. Lo que el litigio sanitario introduce no es una dispensa de esos recaudos, sino un contexto en el que su interrelación se vuelve particularmente sensible.

III. Verosimilitud y peligro en el litigio sanitario

El derecho a la salud y el derecho a la prestación

El primer desplazamiento que el análisis exige es el que va del derecho a la salud al derecho a la prestación. La jerarquía constitucional del derecho a la salud está fuera de discusión: deriva del art. 42 de la Constitución, de los instrumentos incorporados por el art. 75, inc. 22 —en particular el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— y del mandato de acciones positivas del art. 75, inc. 23. La Corte Suprema construyó sobre esa base una doctrina consolidada según la cual el derecho a la preservación de la salud está comprendido en el derecho a la vida y de él deriva, para la autoridad pública, la obligación impostergable de garantizarlo con acciones positivas, tal como lo estableció en "Campodónico de Beviacqua" (Fallos: 323:3229, 2000).

Ese reconocimiento es el punto de partida, no el de llegada, y aquí conviene una advertencia que el propio precedente impone. "Campodónico" es una sentencia de fondo, dictada en un amparo por vía del recurso extraordinario; fija el contenido del derecho sustancial y la posición de garante del Estado, pero no establece —ni podría— el estándar con que ha de evaluarse una pretensión cautelar. Trasladar la regla de una sentencia de mérito al terreno de la cognición sumaria es un desplazamiento indebido, y su efecto práctico es convertir la afirmación abstracta "existe un derecho constitucional a la salud" en un sucedáneo de la verosimilitud concreta. Lo que la verosimilitud debe apreciar no es si la salud es un bien protegido —lo es siempre—, sino la probabilidad de que este actor tenga derecho a esta prestación frente a este demandado. La primera afirmación es universal y casi nunca controvertible; la segunda es particular y suele ser el verdadero objeto del litigio.

Esa verosimilitud se construye con elementos que el juez debe discriminar. En el plano normativo, la fuente de la obligación puede residir en la ley —el sistema de prestaciones básicas de la Ley 24.901 en discapacidad—, en la reglamentación —el Programa Médico Obligatorio y sus resoluciones—, en el contrato o el estatuto de la entidad, o en una construcción jurisprudencial. No es igual reclamar una prestación expresamente incluida en un catálogo obligatorio que una excluida de él: la verosimilitud es máxima en el primer caso y decrece a medida que la pretensión se aleja del texto de la cobertura debida. En el plano probatorio concurren la prescripción del médico tratante, la historia clínica, la evidencia sobre la indicación, la aprobación regulatoria y la existencia de alternativas. Ninguno de esos elementos agota, por sí, el juicio; su fuerza depende de su convergencia.

Gravedad clínica y peligro procesal

El segundo desplazamiento es el que separa la gravedad de la enfermedad del peligro en la demora, dos magnitudes que el discurso forense tiende a fundir y que la mejor doctrina procesal ha distinguido con nitidez. La gravedad describe el estado de salud del actor: cuán seria es su patología. El peligro cautelar es un concepto procesal: describe el riesgo de que,

durante el tiempo del proceso, se produzca un daño que la sentencia ya no podrá reparar. Peyrano lo formuló con precisión al distinguir el *periculum in mora* —la insuficiencia del trámite para llegar a tiempo— del *periculum in damni* —la existencia de una situación colateral que aqueja al actor a punto tal de justificar anticipar algo de la pretensión de mérito—. Una enfermedad gravísima puede no generar peligro cautelar si la prestación reclamada no incide sobre la evolución del cuadro en el lapso del pleito, si el actor puede acceder a ella por otra vía mientras litiga, o si la demora no añade un daño que hoy no exista; y una afección de menor entidad clínica puede encerrar un peligro intenso si la ventana terapéutica es estrecha y su cierre inminente e irreversible.

De ahí que el peligro sanitario deba analizarse en sus componentes —probabilidad de que el daño temido ocurra; inminencia; gravedad del perjuicio específico que la demora añadiría; e irreversibilidad de ese perjuicio— y no inferirse de la gravedad clínica. La fórmula "la enfermedad es grave, luego procede la cautelar" omite el juicio que media entre una cosa y otra: si la demora agregará un daño probable, próximo, serio y no reparable por la sentencia.

Conviene anticipar aquí un punto sobre el que se vuelve en la sección IV, porque desactiva un equívoco frecuente. La relación entre verosimilitud y peligro no es de suma de umbrales fijos, sino de interrelación: es doctrina asentada —la llamada teoría de los vasos comunicantes, desarrollada entre otros por Sosa y recibida por Kielmanovich y por la jurisprudencia— que los recaudos cautelares se aprecian de modo recíproco, de manera que la fuerte presencia de uno permite moderar la exigencia sobre el otro. Cuando el peligro es vital, cierto e inminente, ello no autoriza a prescindir de la verosimilitud, pero sí explica que no se requiera que ésta raye en la certeza. Esta lógica, que atraviesa el derecho cautelar general, es la que impide leer la anticipación sanitaria como una exigencia de convicción cuasi plena.

IV. La satisfacción anticipada de la pretensión

Las dos líneas de la Corte Suprema

La jurisprudencia de la Corte sobre medidas innovativas y anticipatorias no describe una regla lineal, sino la tensión entre dos exigencias de igual jerarquía: la eficacia de la tutela y el debido proceso del demandado. Reconstruirla exige leer los precedentes por lo que resolvieron, distinguiendo los que se pronunciaron sobre una medida cautelar de los que decidieron el fondo.

La línea que admite la anticipación se abre con "Camacho Acosta" (Fallos: 320:1633), donde, ante el reclamo de que se anticiparan los fondos de una prótesis en reemplazo de un antebrazo amputado, la Corte revocó el rechazo de las instancias anteriores. Fijó allí las reglas nucleares: la innovativa es excepcional porque configura un anticipo de jurisdicción y exige mayor prudencia; el examen de la verosimilitud no importa una decisión definitiva sobre la

pretensión y no puede rechazarse so color de prejuzgamiento; y el peligro asume en estos casos una fisonomía propia —el peligro de permanencia en la situación actual—.

"Pardo" (Fallos: 334:1691, 2011) profundizó esa línea y, por su relación con la tesis de este trabajo, merece detenerse en los hechos. Una niña había quedado en estado vegetativo, con cuadriplejía irreversible, tras ser embestida por un automóvil; sus padres, en un juicio de daños contra el conductor y la aseguradora, pidieron como tutela anticipada la provisión de elementos ortopédicos y una suma mensual para los gastos de su vida, acreditando la falta de recursos, la ausencia de cobertura y la imposibilidad del hospital público de atender sus necesidades. La primera instancia hizo lugar a la medida; la Sala A de la Cámara Nacional Civil la revocó por entender que no se hallaba acreditada la verosimilitud "con la intensidad que requiere este tipo de diligencia precautoria". La Corte revocó ese pronunciamiento y admitió la tutela. El dato es central: lo que la Corte desautorizó fue, justamente, una denegación construida sobre la exigencia de una verosimilitud reforzada hasta un punto que, en el caso, equivalía a reclamar una convicción cercana a la certeza. En su lugar, sostuvo que el examen de estas medidas lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los intereses del demandante con el derecho constitucional de defensa del demandado, y subrayó el valor eficacia de la función jurisdiccional. La fórmula "según el grado de verosimilitud" no impone un piso elevado y uniforme: expresa la interrelación de los recaudos, esto es, que a mayor peligro irreparable puede corresponder una exigencia de verosimilitud menos intensa, y a la inversa.

Debe reconocerse que parte de la doctrina ha leído "Pardo" y la tutela anticipada como portadoras de un estándar superior al de la verosimilitud ordinaria —"probabilidad y no simple verosimilitud"—, lectura que algunos códigos provinciales recogieron al requerir "convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho". La observación es atendible, pero conviene situarla: ese plus de convicción, donde se lo exige, opera dentro de la interrelación de los recaudos y no como conversión de la cognición sumaria en certeza. El propio resultado de "Pardo" —la revocación de una denegación por verosimilitud insuficientemente intensa— sería inexplicable si el precedente consagrara un umbral cuasi pleno. La conclusión que se extrae, y que la sección VIII retoma, es que la anticipación no eleva el estándar cognitivo de la verosimilitud, aunque sí eleva la exigencia de fundamentar la decisión.

"Olivo" (Fallos: 341:1854, 2018) confirma la vitalidad de esta línea en un supuesto próximo al sanitario: la Corte, no obstante declararse incompetente para intervenir en instancia originaria, hizo lugar por mayoría a la medida innovativa consistente en proveer una silla de ruedas motorizada a una persona con discapacidad, con disidencia parcial de los jueces Rosatti y Rosenkrantz. El precedente muestra que la anticipación de una prestación de salud

puede admitirse aun cuando coincida materialmente con lo reclamado, cuando el peligro y la índole del derecho lo justifican; y la disidencia recuerda que el punto no es pacífico.

Junto a esa línea existe otra, restrictiva, que suele omitirse en la literatura sanitaria y sin la cual la doctrina de la Corte se lee sesgada. En "José Minetti" (Fallos: 341:169, 2018) —una innovativa en materia tributaria— la Corte, por mayoría, rechazó la medida: reafirmó que la innovativa es una decisión excepcional que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, y negó el peligro en la demora porque había sido la propia actora quien se colocó al margen de la ley cuyo cumplimiento resistía. El caso no versa sobre salud, y no cabe extrapolarlo a ella sin más; su valor es otro: muestra que la Corte no concede la innovativa por la sola invocación de un perjuicio, que examina críticamente el peligro y su imputabilidad, y que la excepcionalidad de la figura opera efectivamente como límite y no como cláusula de estilo.

El factor que explica por qué la anticipación es admisible en unos casos e inadmisible en otros no es la materia ni la jerarquía del derecho invocado, sino la conjunción de un peligro irreparable, cierto y no imputable al peticionario con una plausibilidad suficiente del derecho a la prestación. Donde ese peligro es vital e inminente y el derecho aparece plausible, la anticipación se admite pese a la coincidencia con el objeto ("Camacho Acosta", "Pardo", "Olivo"); donde el peligro es conjetural, remoto o atribuible a quien lo alega, la excepcionalidad de la figura prevalece ("José Minetti").

La coincidencia entre objeto cautelar y objeto principal

De lo anterior se sigue el modo correcto de tratar la coincidencia material entre la cautelar y la pretensión de fondo, que no admite ni la tesis de que "la coincidencia es indiferente" ni la de que "la coincidencia impide la cautelar". La coincidencia no constituye, por sí sola, una prohibición general; pero incrementa la necesidad de justificar dos extremos: por qué el mantenimiento de la situación existente frustraría la utilidad práctica de la sentencia, y por qué la tutela otorgada conserva, pese a la anticipación, una función provisional jurídicamente controlable. Cuanto más se acerque la medida a satisfacer íntegra y definitivamente lo pretendido, más exigente será la carga de mostrar ambos extremos.

El grado de coincidencia admite matices que la decisión debe atender. No es igual una satisfacción parcial —una fracción de la prestación, que deja margen de discusión sobre el resto— que una satisfacción íntegra; ni una satisfacción temporal y revisable —una cobertura sujeta a reevaluación— que una definitiva; ni una prestación cuyo efecto persiste y puede cesar que una consumible que se agota con su cumplimiento; ni, en fin, una prestación cuyo resultado es materialmente reversible que una irreversible. Estas distinciones no alteran el estándar de verosimilitud, pero gradúan la carga de fundamentación y orientan la elección de la modalidad de la medida, según se desarrolla en la sección siguiente.

En este punto es necesario corregir una manera extendida —e inexacta— de describir el problema, según la cual la cautelar que agota la pretensión sería una "sentencia anticipada e inapelable en los hechos". La resolución cautelar es jurídicamente apelable; no pierde ese carácter por anticipar la prestación. La dificultad es de otro orden y conviene enunciarla con precisión: cuando el efecto material de la medida se consuma antes de que el recurso o la sentencia puedan revisarla, la revisión subsiste en derecho pero pierde eficacia práctica, porque ya no hay estado anterior al cual volver. No es que falte recurso; es que su resultado útil se ha desvanecido. Esa pérdida de eficacia del control ulterior —y no una supuesta inapelabilidad— es lo que justifica extremar la fundamentación y preferir, cuando sea posible, la modalidad que preserve algún margen de revisión.

V. Irreversibilidad y eficacia del control posterior

La reversibilidad de los efectos de la medida es la variable que mejor discrimina entre las cautelares que la función precautoria tolera y las que la desbordan, y conviene tratarla con dos precisiones: cómo se la analiza y qué rango tiene según el régimen aplicable.

En cuanto a lo primero, es útil descomponer la reversibilidad sin multiplicar categorías. Tres planos bastan y no siempre coinciden. La reversibilidad jurídica atiende a si existe acción para revertir los efectos de la medida si la demanda se rechaza —repetir lo dado, ser indemnizado por lo indebidamente exigido—. La recuperabilidad patrimonial atiende a si ese costo podrá efectivamente recobrase, lo que depende de la solvencia del actor, de su eventual beneficio de litigar sin gastos y de la magnitud del gasto: una acción de repetición nominal contra quien no podrá restituir no es recuperabilidad real. Y la reversibilidad material designa la posibilidad de deshacer, en el plano de los hechos y de la salud, el efecto de la prestación cumplida. El valor de la distinción está en que estos planos se disocian: una suma de dinero es en principio jurídica y patrimonialmente reversible; una cirugía practicada o una droga administrada son materialmente irreversibles aunque su costo sea recuperable, porque ninguna repetición devuelve el cuerpo a su estado anterior. La comparación relevante no es, entonces, entre "reversible" e "irreversible" en bloque, sino entre la irreversibilidad del daño que la medida evita y la del efecto que produce.

En cuanto a lo segundo, el rango de la irreversibilidad cambia según el régimen. En el derecho cautelar general, la irreversibilidad funciona como un factor de prudencia que agrava la carga de fundamentación y orienta la modalidad de la medida. Pero cuando resulta aplicable la Ley 26.854, deja de ser un factor ponderable para convertirse en una condición legal expresa. Su art. 14, que regula la medida positiva contra el Estado, exige la concurrencia conjunta de varios requisitos —entre ellos, la inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico concreto, la fuerte posibilidad de que el derecho a la prestación exista, el perjuicio grave de imposible reparación ulterior, la no afectación de un interés público— y, de modo terminante, que la medida "no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles" (art. 14, inc. 1, ap. e); su

inc. 2 extiende estos requisitos a cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en la ley. La diferencia con el régimen general es cualitativa: donde la ley se aplica, la ponderación judicial no puede neutralizar el requisito de no irreversibilidad por vía de una verosimilitud más intensa, porque no se trata de un elemento graduable sino de una condición de procedencia. Un tribunal que quisiera prescindir de él debería fundar su inaplicabilidad al caso, una interpretación constitucionalmente adecuada del requisito, o su eventual inconstitucionalidad; lo que no puede es tenerlo por cumplido cuando no lo está.

Esta constatación tiene un reverso que la sección VII precisa: el ámbito de aplicación de la Ley 26.854 es acotado, y en buena parte del litigio sanitario —el dirigido contra sujetos privados, y el canalizado por la vía del amparo— sus requisitos no rigen directamente. De allí que la irreversibilidad opere, según el caso, ya como condición legal, ya como factor de prudencia; y que la calificación previa del régimen aplicable sea una operación insoslayable, y no un detalle técnico.

VI. Evidencia médica y delimitación del derecho prestacional

La verosimilitud del derecho a la prestación no se agota en el título normativo: depende también de elementos técnicos cuya valoración es jurídica, no médica. El juez no decide cuál es el mejor tratamiento; decide si existe el derecho a que un tercero lo financie. Ese deslinde ordena cuatro cuestiones.

La prescripción del médico tratante. Es evidencia clínica cualificada y particularmente relevante, porque proviene de quien conoce directamente al paciente, y goza de una razonable presunción de acierto. Pero relevante no es vinculante. La indicación resuelve la mejor conducta clínica, no la existencia ni la extensión de la obligación jurídica de cobertura, que puede estar condicionada por la inclusión de la prestación, por la existencia de una alternativa equivalente cubierta o por el respaldo de la indicación en la evidencia. El apartamiento judicial de la prescripción es posible, pero exige fundarlo: quien no la sigue debe explicar por qué los demás elementos la desvirtúan, del mismo modo que quien la sigue debe verificar que no exista controversia seria que la contradiga. La auditoría médica del financiador, a su turno, no puede oponerse como mera negativa: debe expresar razones técnicas revisables.

Aprobación regulatoria y evidencia. Conviene no confundir planos que operan de manera independiente. Que un producto cuente con autorización de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica no significa, sin más, que exista obligación de cubrirlo; y que una prestación no figure en el Programa Médico Obligatorio no significa, sin más, que no deba cubrirse. La aprobación regulatoria, la evidencia de eficacia, la evidencia comparativa frente a alternativas, la indicación clínica individual y la obligación jurídica de cobertura son cuestiones distintas, y su confusión produce decisiones tanto excesivas como

deficitarias. En este terreno cobra relevancia la evaluación de tecnologías sanitarias que, en el orden nacional, realiza la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Excelencia Clínica (CONETEC), organismo vigente en el ámbito del Ministerio de Salud (Decreto 344/2023). Sus recomendaciones aportan un insumo técnico de peso, pero su valor es el de un dictamen experto que el juez debe ponderar y que no equivale, por sí, a una obligación de cobertura oponible a todo financiador ni a una prohibición judicial de la prestación: informan la decisión, no la sustituyen.

El Programa Médico Obligatorio. La fórmula difundida según la cual "el PMO es un piso y no un techo" es correcta en su núcleo, pero suele emplearse con un alcance que no tiene. Su base jurisprudencial es sólida: en "Duich Dusan" (Fallos: 337:471, 2014) —donde una empresa de medicina prepaga se negaba a cubrir una técnica quirúrgica más moderna y onerosa que la incluida en el PMO, pese a estar aprobada por la autoridad sanitaria y prescrita por especialistas de la propia prepaga— la Corte, por remisión al dictamen de la Procuración, revocó la negativa y sostuvo que la falta de inclusión de una prestación en el PMO no implica necesariamente su exclusión, pues la normativa impone una actualización permanente de la cobertura, y que sus especificaciones son complementarias y subsidiarias de las bases del régimen de salud. Ahora bien, el mismo precedente marca el límite que la fórmula omite: para las prestaciones no incluidas en el PMO es necesario contar con algún aval científico de que el tratamiento resulta médicamente adecuado. De allí que del carácter de piso no se siga el derecho a cualquier prestación por encima de él. La consecuencia para el juicio cautelar es directa: la inclusión de la prestación en el PMO eleva la verosimilitud casi hasta la certeza; su exclusión no la anula, pero traslada al actor la carga de acreditar la necesidad médica, el respaldo de la indicación y la inexistencia de una alternativa cubierta idónea.

Discapacidad. El régimen de la Ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de cobertura integral a cargo de las obras sociales y, subsidiariamente, del Estado, y se apoya en el mandato del art. 75, inc. 23, de la Constitución y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ese marco intensifica la verosimilitud cuando el caso encuadra estrictamente en sus supuestos —persona con discapacidad certificada, prestación contemplada—. Pero "integral" no equivale a "ilimitado", y la fidelidad a la jurisprudencia impone no ocultar el matiz. Es doctrina del propio Tribunal que los derechos de raigambre constitucional no son absolutos y se ejercen conforme a las leyes que los reglamentan; sobre esa base, la Corte ha considerado que obligar a la entidad a afrontar el cien por ciento de la cobertura conforme a las prescripciones y a los medios elegidos por los responsables del paciente no resulta razonable cuando desconoce la plataforma normativa —el nomenclador y sus reglas— cuya constitucionalidad no ha sido objetada (doctrina de Fallos: 347:1620 y sus citas). La discapacidad, en suma, intensifica la protección y puede justificar un umbral de

peligro más sensible, pero no releva al juez de verificar el encuadre normativo ni de ponderar la reversibilidad y el grado de anticipación de la medida.

Dos supuestos que la práctica trata con etiquetas merecen una precisión, porque la etiqueta no determina la solución. El uso fuera de prospecto (off-label) no disminuye por definición la verosimilitud: hay usos off-label con evidencia robusta y amplia aceptación clínica y otros con evidencia escasa, y es la calidad de la evidencia, no el rótulo, lo que pesa en el juicio. Otro tanto ocurre con lo "experimental": la calificación jurídica depende de si media autorización regulatoria, de la fase de investigación, de la eventual vía de acceso de excepción, de la evidencia disponible y de la existencia de alternativas, y no de la sola palabra. Lo que sí puede afirmarse es que, a mayor incertidumbre científica sobre la indicación, mayor —y no menor— es la fundamentación exigible para concederla cautelarmente, y más relevante se vuelve la existencia de una alternativa cubierta de eficacia comparable.

VII. Regímenes cautelares diferenciados

El estándar aplicable no es uniforme: depende del sujeto demandado y de la vía procesal, y confundir los regímenes es una fuente habitual de error con consecuencias sustantivas.

Contra el **Estado nacional y sus entes descentralizados**, la cautelar se rige por la Ley 26.854, con los requisitos ya vistos para la medida positiva (art. 14) y con dos reglas de particular incidencia sanitaria: la regla general de vigencia temporal de la medida no se aplica a los procesos en que se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria (art. 2, inc. 2), y la caución juratoria basta como contracautela en esos mismos supuestos (art. 10, inc. 2). El régimen combina, así, una exigencia reforzada —la no irreversibilidad como condición de la medida positiva— con dispensas atentas a la índole del derecho.

Frente a las **obras sociales** la calificación no es automática. El universo de la Ley 23.660 es heterogéneo, y la asimilación de todas ellas a "entes descentralizados del Estado nacional" a los fines del art. 1 de la Ley 26.854 es interpretativamente discutible y carece de una solución jurisprudencial uniforme. La cuestión no es menor, porque de ella depende que se les apliquen los requisitos y las restricciones de esa ley. Debe resolverse por análisis de la naturaleza de la entidad concreta, y no por una equiparación global.

La **medicina prepaga** es, en principio, un sujeto privado; las cautelares en su contra se rigen por el Código Procesal y por la Ley 16.986 cuando la vía es el amparo, sin que resulten aplicables los requisitos de la Ley 26.854. Ello no diluye sus obligaciones sustantivas —debe cubrir, como mínimo, el PMO—, pero sí sitúa el análisis cautelar fuera del régimen especial estatal.

El **Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados** posee una naturaleza y un régimen propios que desaconsejan encasillarlo por analogía; su tratamiento

cautelar exige atender a su regulación específica antes de decidir qué normas gobiernan la medida.

Sobre todo ello se proyecta una distinción decisiva y a menudo pasada por alto: la que separa la vía del amparo del proceso ordinario. El art. 19 de la Ley 26.854 excluye de su ámbito a los procesos regidos por la Ley 16.986, con la salvedad de determinadas disposiciones que continúan aplicándose (los arts. 4, inc. 2, 5, 7 y 20). La consecuencia es que, en un amparo de salud, no rigen directamente ni la prohibición de que la medida coincida con el objeto de la demanda (art. 3, inc. 4) ni los requisitos de la medida positiva del art. 14 —incluida la condición de no irreversibilidad—. Se sigue de aquí una advertencia metodológica que conviene explicitar: si esos requisitos no se aplican al amparo, no es legítimo reintroducirllos como exigencias obligatorias bajo la forma de "pautas de prudencia". Nada impide invocar el art. 14 como referencia dogmática que ilumina el análisis; lo que no puede hacerse es convertir esa referencia en norma y, por esa vía interpretativa, anular la exclusión que el legislador dispuso en el art. 19. La prudencia frente a las medidas irreversibles es un buen criterio judicial; no es, en el amparo, un requisito legal, y no debe presentarse como tal.

Una distinción adicional, particularmente útil en salud, atraviesa todos estos regímenes: no toda obligación de hacer es una medida innovativa en sentido estricto. Cuando una obra social o una prepaga venía cubriendo regularmente una prestación y la interrumpe de manera unilateral, la orden judicial de restablecerla impone una conducta positiva, pero su función respecto del estado de cosas anterior es restitutoria o conservatoria: no altera el statu quo, lo restaura. Calificarla mecánicamente como innovativa —y someterla al estándar reforzado de la anticipación— confunde la conducta impuesta con su función, y agrava sin razón el examen. La pregunta correcta no es si la medida ordena hacer, sino si innova sobre la situación consolidada o si repone la que existía antes de la interrupción.

VIII. Hacia un estándar judicial de decisión

Las consideraciones anteriores permiten ordenar la decisión cautelar sanitaria sin reducirla a un catálogo mecánico. No se trata de una lista de pasos, sino de pocas dimensiones cuya interacción determina la procedencia y la modalidad de la medida.

La primera es la **plausibilidad concreta del derecho a la prestación**: no la existencia del derecho a la salud, sino la probabilidad de que, al sentenciarse, se reconozca el derecho de este actor a esta prestación frente a este demandado, construida con la fuente de la obligación, la prescripción, la evidencia y la posición del financiador. La segunda es el **riesgo atribuible a la demora**: el daño específico —probable, inminente, grave e irreparable— que el tiempo del proceso añadiría, distinguido de la gravedad clínica y no imputable a quien lo alega. La tercera es la **intensidad satisfactiva de la medida**: cuánto de la pretensión principal quedaría materialmente satisfecho, en qué proporción y con qué grado de

definitividad. La cuarta es la **posibilidad de restitución y de control posterior**: si, rechazada la demanda, podrían revertirse los efectos —en los planos jurídico, patrimonial y material— o si se habrán consumado, tornando ineficaz la revisión; y, según el régimen, si la irreversibilidad opera como condición legal o como factor de prudencia. La quinta es la **adecuación de la modalidad**: si existe una tutela menos intensa, menos consuntiva o menos irreversible capaz de evitar el mismo perjuicio, que el juez debe preferir, pudiendo acotar la medida, sujetarla a plazo, condiciones y reevaluación, y disponer una distinta de la pedida.

El modo en que estas dimensiones se articulan requiere una precisión que es el eje de todo el análisis, y que distingue dos cosas habitualmente confundidas: el estándar de verosimilitud y la intensidad del escrutinio. El estándar de verosimilitud es el grado de probabilidad del derecho exigido para la cognición cautelar; la intensidad del escrutinio es la profundidad y el rigor de la fundamentación, de la comprobación sumaria disponible y del contradictorio con que se dicta la medida. La tesis de este trabajo es que la satisfacción anticipada de la pretensión y la irreversibilidad de sus efectos no elevan el primero, sino el segundo. Sostener que a mayor anticipación corresponde mayor verosimilitud —hasta aproximarla a la certeza— contradice a la vez la interrelación de los recaudos (la teoría de los vasos comunicantes, que permite moderar la verosimilitud cuando el peligro es intenso) y el resultado de "Pardo" (que revocó una denegación basada en exigir verosimilitud reforzada). Lo que crece con la anticipación y la irreversibilidad es la carga argumentativa: el juez debe explicar por qué la demora frustraría la sentencia, por qué no hay modalidad menos consuntiva, y cómo la medida preserva algún control ulterior; y, cuando el tiempo clínico lo permita sin producir el daño que se quiere evitar, debe procurar una contradicción mínima previa —un traslado urgente, un informe, una verificación técnica sumaria—, porque cuanto mayor sea la satisfacción irreversible, mayor es la conveniencia de oír siquiera brevemente al afectado antes de consumir lo irreversible.

Debe reconocerse con franqueza el estatuto de esta construcción. La idea de que los recaudos cautelares se compensan recíprocamente no es original: es la teoría de los vasos comunicantes, elaborada por la doctrina procesal —Sosa, con antecedentes en Peyrano y recepción en Kielmanovich y en la jurisprudencia—. Lo que aquí se propone es aplicarla al litigio sanitario incorporando dos variables que ese desarrollo general no tematiza: la satisfacción anticipada de la pretensión y la posibilidad de restitución material, y separando con nitidez el eje probatorio del eje de la fundamentación, para evitar que la interrelación de los recaudos se lea como una habilitación para exigir certeza. No se invoca aquí, para sostenerlo, ninguna regla que la Corte no haya formulado: se ordena de manera explícita lo que late en la exigencia de "mayor prudencia" de "Camacho Acosta", en la conciliación "según el grado de verosimilitud" de "Pardo" y en el requisito de no irreversibilidad de la Ley 26.854.

Conviene, por último, situar el principio de proporcionalidad, que a veces se invoca como si fuera un injerto externo. Sus componentes —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— no añaden una capa ajena a la dogmática cautelar, sino que nombran operaciones que ella ya contiene: la idoneidad, en el examen de si la medida conjura el daño; la necesidad, en la preferencia por la alternativa menos gravosa; y la proporcionalidad en sentido estricto, en la comparación entre el daño evitado y el efecto producido. Empleado así, aporta orden a la comparación; presentado como fórmula autónoma, sólo agrega retórica.

IX. Conclusiones

1. La tutela cautelar del derecho a la salud no es una categoría autónoma exenta de los recaudos generales. El contenido constitucional del derecho a la salud fundamenta y orienta el análisis, pero no acredita, por sí, el derecho a la prestación concreta reclamada frente al demandado concreto: entre uno y otro media el juicio de verosimilitud, que no puede sustituirse por la invocación del derecho.
2. La gravedad clínica y el peligro en la demora son magnitudes distintas. El *periculum* no se infiere de la gravedad de la enfermedad; exige comprobar el daño específico —probable, inminente, grave e irreparable— que la demora del proceso añadiría, y que no sea imputable a quien lo alega.
3. La satisfacción anticipada de la pretensión no está prohibida por su coincidencia con el objeto ni exige certeza sobre el derecho. Lo que la anticipación y la irreversibilidad elevan es la carga de fundamentación, el rigor de la comprobación sumaria y el contradictorio compatible con la urgencia, no el estándar de verosimilitud. Confundir ambos planos —convertir la mayor prudencia en un mayor estándar probatorio— contradice la doctrina de "Pardo" y la interrelación de los recaudos cautelares.
4. La irreversibilidad debe analizarse en sus planos jurídico, patrimonial y material, comparando la del daño que la medida evita con la del efecto que produce. Su rango varía con el régimen: factor de prudencia en el derecho cautelar general y condición legal expresa —no neutralizable por mayor verosimilitud— cuando se aplica el art. 14 de la Ley 26.854.
5. La evidencia médica delimita el derecho prestacional mediante un análisis jurídico, no clínico. La prescripción del tratante es evidencia cualificada pero no vinculante; la aprobación regulatoria, la inclusión en el PMO y la obligación de cobertura son planos distintos; y la ausencia de una prestación en el PMO no funciona ni como razón automática de rechazo ni como fuente automática del derecho, sino que reclama necesidad médica, aval científico y ponderación de alternativas ("Duich Dusan"). En discapacidad, la integralidad de la cobertura no equivale a ausencia de límites (doctrina de Fallos: 347:1620 y sus citas).
6. El estándar aplicable depende del sujeto demandado y de la vía. La Ley 26.854 rige contra el Estado nacional y sus entes, con dispensas para la salud; no se aplica sin más a las obras sociales, cuya heterogeneidad exige análisis; no alcanza a los sujetos privados; y su art. 19 excluye a los amparos, salvo disposiciones puntuales, de modo que en el amparo de salud no rigen la prohibición de coincidencia ni el requisito de no irreversibilidad, que no deben reintroducirse por vía interpretativa como si fueran obligatorios.



Nicolas Guillermo Fernandez Miguel, abogado, Magister em Derecho Penal por la Universidad Austral.