

Utilización de instrumentos judiciales para la prestación de bienes y servicios sanitarios

Un estudio de casos

Coordinador

Lic. Tomas Augusto Pippo Briant (MSAL-DES)

Investigadores

Lic. Juan Ignacio Altuna (MSAL-DES)

Dr. Maximiliano Derecho (ISALUD)

Dra. Susana Gallo (MRECIyC)

Dr. Andrés Glikson (MSAL)

Dr. Alvaro Herrero (ISALUD)

Dr. Pedro Kremer (MSAL)

Mg. Martin Langsam (ISALUD)

Lic. María Eugenia Pérez Ponsa (MSAL-DES)

El presente artículo resume los resultados de la investigación multicéntrica realizada con el apoyo del programa de becas "Ramón Carrillo-Arturo Oñativia", categoría ECM, otorgada por el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Comisión Nacional Salud Investiga. Este trabajo obtuvo una mención en el 2da Edición de los Premios Observatorio de Salud 2015, otorgados por la Facultad de Derecho de la UBA y por lo tanto será publicado en su totalidad próximamente.

Los autores agradecen a Juan Saubidet (ISALUD) por su colaboración en el proceso de recolección y análisis de la información, como así también al personal de los juzgados consultados por su amabilidad y profesionalismo a la hora de brindar dicha información. Agradecen también a la Dra. Claudia Madies (CEDSABIO, ISALUD) por la revisión final del documento y sus valiosos comentarios y aportes.

1. Introducción

El pleno ejercicio del derecho a la salud, consagrado en nuestro país con jerarquía constitucional a través del reconocimiento de tratados internacionales, brinda a ciudadanos y extranjeros un marco de garantía sobre la prestación de bienes y servicios sanitarios cuyo acceso y cobertura conlleva la responsabilidad del Estado y de las instituciones que componen el sistema de salud.

La evolución permanente de la oferta de prestaciones, debido a la dinámica tecnológica del sector, es empujada por una demanda en apariencia ilimitada, dada la naturaleza también dinámica de la situación epidemiológica y la generación de "nuevas necesidades" inducidas por la oferta de soluciones nuevas a problemas de larga data.

En un contexto de recursos limitados, la sustentabilidad de cualquier sistema de salud requiere la búsqueda de fórmulas que racionalicen la oferta de prestaciones elegibles, a través de mecanismos de priorización, desde los más formales, sustentados en leyes y reglamentos, hasta los completamente informales. En cualquier caso, no existe en este mundo un sistema de salud que cubra financieramente todas las necesidades de toda la población.

En este contexto, la posibilidad de recurrir a instancias judiciales para acceder a servicios de salud que se encuentran (o no) dentro de las posibilidades de cobertura explícita (si las hay) o "estándar" (si son las habitualmente prestadas), representa una herramienta legítima y necesaria para garantizar que se cumplan los derechos de las personas. Sin embargo, el abuso o uso inadecuado y oportunista de herramientas de este tipo, puede poner en riesgo las estrategias de planificación y la provisión de los servicios sanitarios indispensables, al mismo tiempo que se profundizan las inequidades subyacentes en la provisión de bienes y servicios de salud por el desigual acceso efectivo al sistema judicial.

La planificación en la definición de cobertura de los programas, sea dicha cobertura explícita o no, fortalece los procesos de compra y distribución de bienes y servicios mejorando la eficiencia del sistema y permitiendo ampliar o mantener la cobertura y calidad. Las decisiones no programadas en general derivan en mayores costos, improvisación en la distribución y uso irracional, generando ineficiencias indeseables con impacto

negativo en los presupuestos de las instituciones y en la calidad de los bienes y servicios prestados.

Muchas de las indicaciones médicas que sustentan su cobertura financiera a través de fallos judiciales representan contingencias que no se encuentran contempladas en los presupuestos de cada institución financiadora. La obligada reprogramación del presupuesto genera efectos sobre la planificación del resto de las actividades, afectando compromisos asumidos y requiriendo la reasignación de recursos, limitando la prestación de otros bienes y servicios inicialmente considerados.

Resulta evidente el efecto distorsivo que provocan las decisiones no programadas sobre la eficiencia en la gestión y administración de recursos. Sin embargo, el orden causal puede ser otro, ya que también es cierto que una mala programación o una ineficiente gestión puede ser la causa que deriva en los reclamos y las posteriores decisiones judiciales. En cualquier caso, ambas afirmaciones resultan válidas, ya que si bien la vía judicial puede ser muy eficaz al corregir injusticias, no deja de ser una medida ineficiente desde la perspectiva de la asignación de recursos escasos (ya que una “buena programación y gestión” lo haría *ex ante* y a un menor costo).

El efecto de las medidas adoptadas en sede judicial puede observarse a través de múltiples dimensiones que van desde la protección o vulneración de derechos -individuales o colectivos- hasta el efecto sobre los recursos de los financiadores y su impacto en la provisión de bienes y servicios.

El estudio presenta un abordaje de tipo exploratorio a partir del cual se pretende ampliar el conocimiento en relación con la utilización de instrumentos judiciales para la obtención de prestaciones sanitarias (bienes y servicios), y sus implicancias socioeconómicas. Se incluye un estudio de casos donde fueron analizados los recursos de amparo presentados (o que se mantenían en proceso) durante el año 2014, los cuales fueron caracterizados en base a un conjunto de variables seleccionadas previamente.

2. Marco teórico: el derecho a la salud

La Constitución de la Organización Mundial de Salud (OMS) establece que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. El derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria (OMS, 1946).

El derecho a la salud es “un derecho inclusivo que no sólo se extiende a una apropiada y oportuna atención de salud sino que también a los principales factores determinantes de la salud, tales como el acceso al agua limpia potable, a condiciones sanitarias adecuadas, al suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición y vivienda, a condiciones sanas de trabajo y medio ambiente, y el acceso a educación e información relacionada con la salud” (PIDESC, 2011).

La Constitución Nacional (CN) Argentina no hace referencia explícita al derecho a la salud. Luego de sus reformas, la CN reconoce en el art. 42 el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo, a la “protección de la salud y seguridad”; en el art. 41 se expresa el derecho a un ambiente sano; y en el art. 14 bis el Estado garantiza los beneficios de la seguridad social para los trabajadores.

Sin embargo, pese a la ausencia de mención explícita, el derecho a la salud se consagra con jerarquía constitucional en la Argentina a través de la adopción de tratados internacionales. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (con jerarquía constitu-

cional Art. 75 inc. 22 CN) expresa que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Por otro lado el derecho a la vida está expresamente protegido en cinco instrumentos:

- 1) Declaración Universal de Derechos Humanos
- 2) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 4) Convención Americana de Derechos Humanos
- 5) Convención sobre los Derechos del Niño.

Una vez reafirmado el derecho los Estados deben *respetar* (abstenerse de interferir en el disfrute del derecho), *proteger* (impedir que otras personas interfieran en el disfrute del derecho) y *realizar progresivamente* (adoptar medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad del derecho) hasta el máximo de los recursos que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales¹.

La promoción, prevención y atención de la salud tampoco es materia “explícitamente” reservada o delegada por las jurisdicciones subnacionales en la CN. Carnota señala la concurrencia entre niveles de gobierno en tal responsabilidad. Las provincias y CABA ejercen autónomamente todos los poderes y funciones de promoción, prevención y atención de la salud, contando bajo su órbita con la mayor parte de los establecimientos efectores públicos, pero el Estado Nacional conserva un rol de rector y garante final en el cumplimiento de esas obligaciones. (Carnota, 2011).

En términos de regulación específica sobre coberturas explícitas, el Programa Médico Obligatorio (PMO)², establece una canasta prestacional mínima de cobertura obligatoria para las Obras Sociales Nacionales (OSN) y las empresas de medicina privada (EMP)³. El PMO incorpora un conjunto amplio de prestaciones y además resulta en una regulación dinámica, ya que prevé su actualización para la incorporación o baja de tratamientos⁴. Si bien existen normas que actualizan las prestaciones incluidas en el PMO (la Ley 26.862 de 2013 sobre reproducción medicamente asistida, la Ley 26.796 de 2012 incorpora la vacuna BCG, la Resolución 102/2011 del Ministerio de Salud que incorpora la detección y diagnóstico de celiacía y la Resolución 742/2009 sobre prestaciones básicas de obesidad, entre otras), existen otras normas que sin hacer inclusiones en el PMO obligan con igual o superior jerarquía legal nacional a los agentes de seguros de salud (y, según corresponda, a otros no comprendidos en las Leyes 23.660 y 23.661) a brindar cobertura para tratamientos tales como los incluidos en la Ley 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, entre otras.

- 1 Clausulas sobre la realización progresiva en otros tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas corresponden al art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al art. 4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- 2 Resolución 1991/2005 del Ministerio de salud de la Nación y modificatorias.
- 3 Obliga a los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en las Leyes 23.660 y 23.661 los organismos que brinden cobertura asistencial al personal de los gobiernos provinciales, al personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad o al personal del Poder Legislativo de la Nación no se encuentran obligados, pudiendo optar por su incorporación total o parcial mediante los correspondientes convenios de adhesión.
- 4 El art. 2° de la resolución 1714/07 señala que el “...Ministerio determinará el mecanismo de actualización que se sustente en análisis sistemáticos y pormenorizados de cargas de enfermedades y de la medicina basada en la evidencia, permitiendo tomar decisiones adecuadas respecto a la incorporación y/o baja en el catálogo de prestaciones incluidas en el Programa Médico Obligatorio”.

2.1 Tensión entre el derecho individual y el colectivo

En ciertas ocasiones existe una contradicción insalvable entre los intereses del paciente y los del conjunto de la sociedad, entre los intereses individuales y los colectivos.

Tal como lo señala Franco (2013) cuando una sociedad trata de dar respuesta a una de las necesidades básicas de sus integrantes individuales y colectivos, como es la salud, se activan principalmente cuatro áreas del saber y del quehacer social, que se encuentran estrechamente relacionadas. En primer lugar, el propio campo de la *salud*. Es decir, la manera como se entiende y se atiende el bienestar de las personas y de la sociedad en su conjunto; las condiciones que hacen posible y aquellas que dificultan o imposibilitan la vida digna, y los distintos mecanismos y procedimientos mediante los cuales las instancias e instituciones sociales participan en la generación del bienestar, la prevención y atención de las enfermedades y el enfrentamiento de la muerte. El segundo territorio implicado es el de la *economía*, el campo de la producción, distribución y apropiación de la riqueza; de la asignación de un valor monetario a los bienes y servicios relacionados con la salud, a la propiedad y la compra-venta de dichos bienes y servicios, y a los márgenes de ganancia permitidos en esas transacciones.

Cuando se incluyen criterios para decidir inclusiones y exclusiones, escalas valorativas, derechos y deberes subjetivos, márgenes de libertad, responsabilidad y autonomía, niveles de prioridad, posesiones y expropiaciones, y límites de ganancia, se entra de lleno en el terreno de la ética. Por último, como se tratan de opciones y decisiones sociales, mediadas por el Estado, con participación de ciudadanos, sujetos de derechos y deberes, dentro de una intrincada red de intereses y lucha de poderes, la salud sucede inexorablemente en el escenario *político*.

Sería entonces desafortunado, a la hora de abordar esta problemática, desconocer cualquiera de las dimensiones enunciadas, así como no reconocer las íntimas y complejas relaciones que existen entre ellas. Buena parte de las tensiones que viven y los problemas que enfrentan los diferentes modelos de salud y seguridad social en Argentina y el mundo, tiene sus raíces en el desconocimiento de una de estas dimensiones o en la sobrevaloración, en ocasiones excesiva, de una cualquiera de ellas.

2.2 Acceso a la salud y acceso a la justicia

El acceso a la salud se encuentra determinado por las políticas de salud, las características del sistema sanitario, la utilización de los servicios y la satisfacción de las personas. Pero el acceso también está determinado por variables socioeconómicas, es decir las condiciones la educación, trabajo, medio ambiente, ingresos, etc. (Aday, 1974).

El acceso a la atención sanitaria es el resultado de la interacción entre la oferta del sistema de salud y las necesidades de salud expresadas como demanda. Por ello, reconociendo que los recursos son limitados, todo sistema de salud debe resolver el problema de la satisfacción de las necesidades asistenciales y asignación de los recursos entre diversas personas o grupos sociales (Mushkin, 1999).

El reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales impone la creación de mecanismos judiciales que garanticen a su titular la posibilidad de reclamar ante una autoridad judicial. Pero la exigibilidad del derecho al acceso a la salud se encuentra vinculada con el efectivo acceso a la justicia. En este sentido, la desigual situación socioeconómica

de las personas se refleja en un desigual acceso a los tribunales (Abrahamovich y Pautassi, 2008).

La discriminación en el acceso a la justicia no es sólo económica, sino sociocultural. Algunas de las barreras identificadas como comunes a los grupos sociocultural y económicamente desaventajados son: *falta de información* de los ciudadanos respecto de los derechos de los que son titulares y los procesos e instituciones disponibles para su ejercicio; *costos económicos* vinculados al litigio (abogado, tasas judiciales⁵); *demoras y formalismo* excesivo en los procesos; *causas geográficas* (particularmente en poblaciones rurales o en grandes extensiones urbanas, que derivan en la imposibilidad de las personas de acceder a tribunales o a las oficinas donde se brindan servicios jurídicos) (Gargarella, 2004).

3. La judicialización de la salud

La judicialización de la salud resulta en un nuevo fenómeno que ha despertado inquietud en numerosos estudios tanto a nivel regional como mundial. Sin embargo, al analizar el estado del arte del objeto de estudio, se observa que no existe un consenso valorativo entre los trabajos analizados. Una parte de la literatura existente define al fenómeno de judicialización como una legítima respuesta ciudadana frente a las fallas de los Estados, que evidencia las limitaciones de las políticas sanitarias y la necesidad de actualizar los programas sanitarios y las guías clínicas (Asensi, 2010; Machado, 2011; Vianna, 2002; Ventura et al, 2010). Por otro lado un importante grupo de autores con una visión negativa de este proceso, señalan que la judicialización introduce distorsiones en la implementación de políticas públicas comprometiendo la sustentabilidad de los sistemas forzando una ineficiente asignación de recursos limitados (Hogerzeil et al, 2006; Leite et al 2009; Cubillos et al, 2012).

Más allá de las diferentes apreciaciones, todos los estudios coinciden en que en las últimas dos décadas se han incrementado considerablemente los reclamos ante los tribunales de justicia por litigios relacionados con la prestación de bienes y servicios sanitarios (Uprimmy Yepes, 2007; Ferraz, 2009; Vargas-Peláez et al, 2014).

La literatura sobre la temática desarrolla diversos factores vinculados al crecimiento de las demandas radicadas ante los tribunales de justicia como medio para asegurar el acceso a tratamiento y medicación, a la cobertura de las obras sociales y planes privados de salud, y a cobertura de diagnósticos y tratamientos específicos. Los tribunales han tenido que expedirse en casos en los que se reclamaban tanto obligaciones positivas por parte del Estado (por ejemplo, el acceso a medicamentos y tratamiento terapéutico) como obligaciones negativas (por ejemplo, la prohibición de rescisión arbitraria de un contrato de medicina prepaga). Los litigios son contra el Estado y contra demandado privados se trate de obras sociales como de EMP.

Tal como lo demuestran dichos estudios, este incremento de los recursos de amparo y otras acciones en el ámbito judicial, han repercutido significativamente en el gasto en salud. Incluso existe evidencia empírica que demuestra que en una cantidad considerable de los litigios el costo de la acción judicial resultó ser mayor al costo de los servicios demandados (Nieto y Arango, 2009). La solicitud individual podría también potencialmente provocar distorsiones sobre el sistema de salud, si los tribunales al asegurar determinadas prestaciones o coberturas no consideran el impacto de sus decisiones sobre el conjunto del sistema, o no valoran adecuadamente las consecuencias de los compromisos presupuestarios

5 Es menester señalar que, si bien debe ser debidamente requerido, existe la posibilidad de acceder al beneficio de litigar sin gastos y de disponer de asesoramiento legal gratuito.

que conllevan sus fallos. Los costos adicionales en que incurre el sistema de salud debido a las acciones judiciales individuales estarían por encima del costo que representaría suministrar el servicio reclamado por vía ordinaria. Estudios realizados en otros países de la región indican que, en promedio, no menos de un 50% adicional al costo que representan los servicios de salud debe invertir el Estado para lograr que se materialice el derecho a la salud en los casos tutelados (Revez et al, 2013).

3.1 Los amparos en salud: aspectos positivos que facilitan su accesibilidad

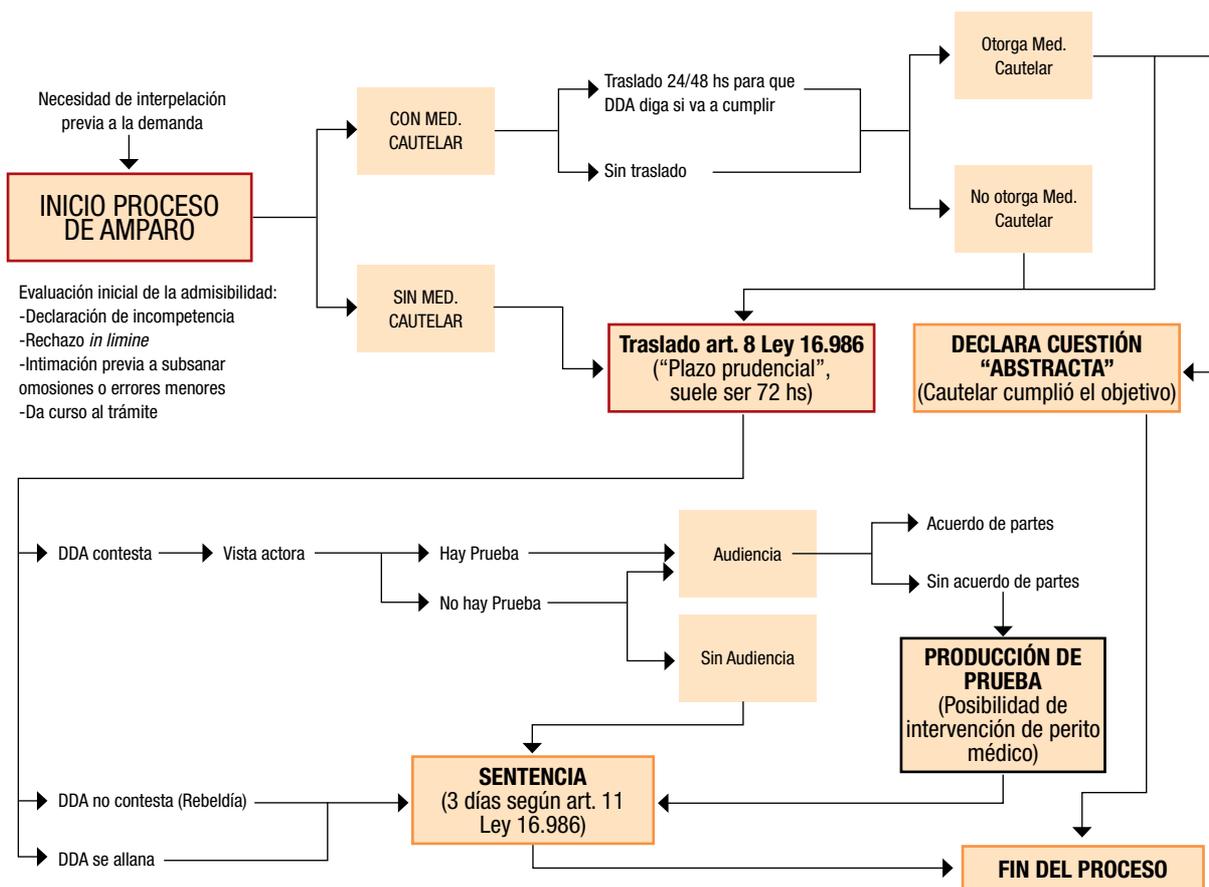
En Argentina el punto de inflexión de los amparos de salud se produjo a partir de la reforma constitucional de 1994, por cuanto antes de esta fecha no estaba garantizado *en modo expreso el derecho a la vida*, y como despliegue de este género el *derecho a la salud*. Por su parte, la doctrina de la Corte, sin decirlo, fue perfilando la creación de un tipo de amparos, conocidos como los *"amparos de salud"* al diferenciarlos del resto de pretensiones encauzadas por esta vía, *atenuando las condiciones de admisibilidad, por la gravitación y trascendencia de los valores en juego*⁶. Desde un punto de vista procedimental, la acción de amparo está normativamente contemplada como un proceso expedito, rápido y simplificado, a través del cual se da debido resguardo a derechos constitucionalmente

protegidos que se encuentran restringidos o amenazados en su goce o ejercicio, y respecto de los cuales no existe un medio judicial más idóneo para su protección. A partir de la reforma constitucional de 1994 (cfr. art. 43 CN), quedó claro que no requiere del agotamiento previo de otras instancias administrativas y/o judiciales (Sammartino, 2013). El desarrollo del procedimiento de amparo de salud puede esquematizarse como se muestra en el gráfico n° 1.

Resulta particularmente interesante la relación entre la concesión de medidas cautelares y la satisfacción de la pretensión objeto del proceso de amparo. En este sentido, corresponde señalar que, como se dijo, el proceso de amparo constituye un procedimiento rápido y expedito, aunque no deja de ser un proceso de conocimiento sometido al principio de "bilateralidad" que reconoce la existencia de dos partes contrapuestas y salvaguarda el derecho a ser oída de la demandada. Por el contrario, las medidas cautelares se dictan, por definición, "in-áudita parte", esto es, sin dar intervención a la parte contraria a la que las reclama. Algunos autores señalan la frustración del amparo en la práctica como medida rápida y la evolución de la práctica judicial, evidenciada en los casos relevados, que permite advertir, en la generalidad de los casos, que el proceso de amparo es iniciado conjuntamente con una medida cautelar. De esta manera, a partir de la obtención de esta última, se busca obtener un anticipo de respuesta favorable a la pretensión de fondo de manera rápida y en tiempo oportuno. Muchas veces, el objeto de la medida cautelar se confunde con la pretensión

6 CS, 15/03/00 López, Miguel E. v. Prov. de Buenos Aires y Estado Nac. s/ Amparo".

Gráfico n° 1
Esquema del proceso de amparo de salud



Fuente: elaboración propia

de fondo del proceso (lo que ha dado lugar a que se hable de medidas “autosatisfactivas” o denominaciones similares⁷), lo que en la práctica termina condicionando el resto del trámite del amparo y relativizando sus plazos “teóricamente” exiguos y expeditos (Berizzone, 2010). En efecto, al obtener *ab initio* una solución favorable a la pretensión de fondo (formalmente provisoria pero de difícil o imposible retractación posterior), el actor pierde interés en el impulso de las siguientes etapas del proceso. Particularmente para el caso en que resulta imposible quitar al beneficiario la prestación ya brindada (por ej. un medicamento ya consumido, una asistencia profesional ya brindada, una transfusión sanguínea, etc.), luego de obtenida la medida cautelar, se declara abstracta la pronunciación sobre el fondo del asunto, por cuanto carece de sentido expedirse sobre la procedencia o no de conceder determinada prestación cuando la misma ya fue recibida por el paciente y se agotó su cumplimiento (la sentencia sólo podría tener efectos a futuro).

Otra característica de este “tipo” de amparos es la posición del Estado Nacional, y en su caso de las autoridades locales, como *garantes del servicio de la salud*, que no se limita a un deber de control de cumplimiento de normas programáticas sino que exige de estas autoridades acciones positivas que operativicen los principios y derechos constitucionales en juego y los compromisos internacionales asumidos.

4. Metodología

Debido a que se trata de una problemática nueva y escasamente analizada, el presente estudio es de carácter exploratorio. El objetivo es brindar herramientas y nuevos datos que contribuyan a definir el problema, establecer hipótesis, sin pretender establecer conclusiones generales ni definitivas. Metodológicamente se llevo adelante una articulación de estrategias cuantitativas y cualitativas (Maxwell, 1996). La perspectiva cualitativa se desarrolló a partir de entrevistas a informantes clave (académicos expertos en la materia, abogados con experiencias en la presentación de amparos en salud y responsables de distintos ámbitos del poder judicial, sobre todo del fuero civil y comercial). Por otro lado se realizaron entrevistas semiestructuradas a algunos Secretarios de los Juzgados de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (CNACCF). Finalmente fueron consultadas diversas fuentes secundarias como: legislación nacional y provincial, documentos de diversos organismos oficiales, bibliografía específica sobre el tema, investigaciones académicas, etc. La perspectiva cuantitativa fue desarrollada a partir de la sistematización de la información surgida de los expedientes judiciales relevados. Este análisis fue completado con la estimación de costos de algunas prestaciones reclamadas en los amparos.

El universo de estudio de la presente investigación son los litigios iniciados por particulares, en sede judicial de la CABA del fuero Civil y Comercial Federal, por solicitud de prestaciones, acciones u omisiones relacionadas con el derecho a la salud. Por razones prácticas se utilizó una muestra de conveniencia. La misma se obtuvo mediante el acceso a un extracto de la base de datos de casos seleccionados de la CNACCF. Dicho extracto, gestionado a través de la Oficina de Asignación de Causas de dicha Cámara, contiene los datos básicos de 5.869 expedientes cuyo objeto principal es “amparo de salud” realizados entre enero de 2011 y diciembre de 2014.

La información básica registrada para cada caso incluye, entre otros, los datos identificatorios del expediente como así también del actor deman-

dado, el juzgado interviniente, y la fecha de inicio del trámite. A partir de esta base de “amparos de salud” y de los contactos establecidos con una selección aleatoria de las 22 Secretarías que contiene dicha Cámara, se procedió a extraer 300 expedientes iniciados en el año 2014 o que habiéndose iniciado con anterioridad aun se encontraran abiertos. Cabe destacar en este punto que el sistema de asignación de causas entre los juzgados de la misma Cámara es secuencial, es decir, ingresan los expedientes de manera consecutiva en cada juzgado, esto confiere a la muestra una mayor significatividad, a pesar de no haber sido construida de manera aleatoria. La base final fue conformada por 210 expedientes. El criterio de inclusión, en todos los casos, fue que se tratara de un amparo de salud y que el mismo tuviera una resolución parcial o total del reclamo. Para la sistematización de los datos fue confeccionada una grilla que permitió caracterizar los recursos de amparo según un conjunto de variables seleccionadas.

Una vez completado este trabajo, se realizaron algunas estimaciones económicas que permitieron ilustrar las implicancias socioeconómicas de los casos analizados.

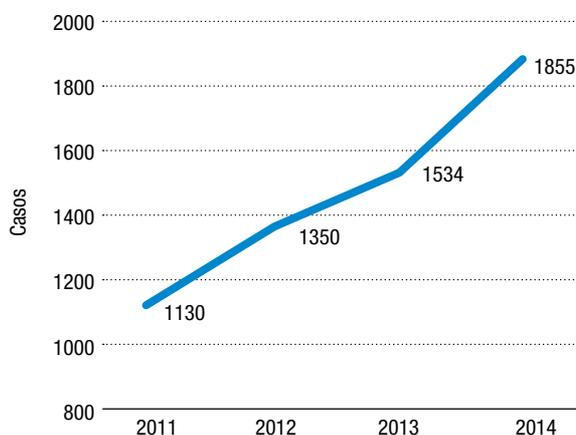
5. Principales resultados

Durante el período 2011-2014 se presentaron 5.869 recursos de amparo de salud en Tribunales radicados en la Ciudad de Buenos Aires del fuero Civil y Comercial Federal. Se aprecia un creciente aumento de los reclamos en dicho período, con la mayor cantidad en año 2014. Entre 2011 y 2014 la cantidad de amparos presentados aumentó un 64%.

Por otro lado se categorizó este listado según la variable “Subsector del sistema de salud demandado”. Los resultados muestran que los amparos contra OSN y EMP representan el 78,6%. En la interpretación de estas cifras, debe tenerse en cuenta que los datos corresponden a las causas iniciadas en la CNACCF situada en CABA, por ello, es posible que los resultados de la distribución de los casos según subsector de salud se encuentre asociado al nivel y el tipo de cobertura de salud de la población del área de referencia. En este sentido, es pertinente señalar que el 84,7% de la población de la CABA cuenta con algún tipo de cobertura

Gráfico N°2 Evolución de los amparos por derecho a salud (2011-2014)

Cámara Nacional de Apelaciones
en lo Civil y Comercial Federal



Fuente: elaboración propia en base a información de la CNACCF.

7 Berizzone (2010) señala que “la CSN ha preferido considerarlas como medidas cautelares típicas o innominadas, aplicando el art. 232 CPCN, descartando la categorización de “autosatisfactivas”.

explícita⁸. Un análisis más exhaustivo, incorporando tribunales de jurisdicciones que reflejen la situación de otras áreas debería conducirse para ampliar el alcance de las conclusiones.

La tabla n°1 presenta los amparos clasificados por subsector de salud demandado.

En el 3% de los casos, la demanda se efectuaba contra más de una institución. No fue posible identificar en esta base a los codemandados ya que los mismos figuran como “otro”, pero según fuera informado por los informantes clave, suele ser el Estado Nacional en su carácter de garante último del derecho a la salud. A fin de complementar el análisis con la información disponible, fueron identificados los abogados que patrocinaban los amparos presentados, observándose que un grupo de cinco profesionales concentró el 19% de las causas. Asimismo se advierte que por lo general cada uno de estos profesionales se “especializa” en una obra social o prepaga en particular. Esto lleva a otro tema relevante que escapa al objeto de estudio y requiere mayor análisis: el rol de los abogados en los procesos de judicialización de los reclamos vinculados a la salud y su relación con los pacientes, asociaciones de pacientes, empresas y/o sectores industriales, etc.

De los 210 casos finalmente elevados, la mayoría se iniciaron contra EMP (43,3%); OSN (38,6%); Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados-PAMI (10%); Estado Nacional (2,9%); Obras Sociales con leyes específicas (3,3%) y Obras Sociales Provinciales (1,9%). El 8,1% de las demandas fueron presentadas contra más de una institución, donde el Estado Nacional fue el principal codemandado, seguido por OSN (en los casos donde se realizaba derivación de aportes a una EMP).

La mayoría tuvieron un único demandante, salvo un grupo de demandas realizadas por parejas (1,9%). El 55,2% de las causas fueron iniciadas por mujeres. El 22,4% de los pedidos eran para personas menores de 18 años; 22,9% para personas de 18 a 50 años; 20,5% de 51 a 70 años y 18,1% para personas de 71 años o más y un 16,2% de casos donde no fue posible especificar la edad. Sólo dos amparos fueron iniciados por personas de nacionalidad extranjera.

El tipo de cobertura del demandante presenta números similares a los de subsector demandado: 42,9% tiene cobertura de una EMP; 39% de OSN; 10% del PAMI; 3,8% de Obras Sociales con ley específica; 2,9% cobertura pública y/o plan o seguro público y 1,4% de Obra Social Provincial. Los problemas de salud de los demandantes estaban asociados, principalmente, a algún tipo de discapacidad (67,6%), infertilidad (10,5%) o enfermedades oncológicas (7,1%).

El 84,3% de lo reclamado en los amparos cuenta con algún tipo de garantía o cobertura explícita⁹. El 12,8% de las prestaciones reclamadas no cuentan con garantías explícitas (destacándose que en un sólo caso el juez falló a favor del demandado). Un 2,9% de los casos no pudo clasificarse por falta de información.

La causa por la cual se inició el amparo se clasificó en cuatro categorías. La mayor cantidad fue por “denegación de cobertura al 100%” del costo de la prestación solicitada (58,6%), seguida por “problemas de afiliación/reafiliación” (19%) y “denegación de cobertura parcial” (13,3%). El resto de los amparos (9%) fueron por “otras causas” (rechazo del demandante

de la prestación o prestador que ofrece como alternativa el financiador; demoras en la prestación; exclusión de prestadores de la cartilla durante un tratamiento; etc.).

La intervención de peritos médicos o forenses fue otro aspecto relevante para identificar el grado de intervención como órgano de consulta y asesoramiento en la resolución de estas causas. De las entrevistas realizadas a los Secretarios de juzgados se desprende que no existe un único criterio para solicitar un peritaje médico. En algunos juzgados se convoca a un profesional que se encuentre dentro de la base de peritos médicos y en otros en cambio se convoca al cuerpo médico forense que no implica regulación de honorarios. A pesar de esto, se observó que sólo en el 7,6% de las demandas hubo participación de un perito médico o forense.

Con respecto al resultado del fallo en 1ª instancia, en el 79% de las causas los jueces dieron lugar al pedido y en el 7,6% dieron lugar al pedido en forma parcial, en conjunto equivalen al 86,7% de los casos con fallo favorable al demandante. En el 6,7% de los casos se denegó el pedido y en un 2,9% se llegó a un acuerdo entre partes. El resto de los casos se tornaron abstractos, aún con fallo favorable, por fallecimiento del demandante.

5.1 Caracterización según objeto de la demanda

En los casos analizados se detectaron diversas solicitudes que fueron clasificadas de acuerdo a las categorías que se observan en la tabla n°2. En estos casos se constató que se solicitaba un sólo objeto, como puede ser un medicamento, o bien un conjunto de prestaciones como por ejemplo una internación con rehabilitación y medicación. En dicha tabla n° 2 se presentan los porcentajes correspondientes al objeto de demanda.

Medicamentos

Los reclamos por medicamentos fueron unos de los principales objetos de la demanda. El 21% de los casos analizados correspondieron a medicamentos, cifra que puede ampliarse si se considera que reclamos como

Tabla n° 1
Amparos de salud según subsector demandado (2011-2014)

Subsector del Sistema de Salud demandado	Casos	%
MSAL de la Nación/Estado Nacional	210	3,6
MSAL Provincial	6	0,1
Obra Social Nacional	2222	37,9
Obra Social Provincial	143	2,4
Obra Social con ley específica	235	4,0
INSSJyP	556	9,5
EMP, Mutuales y Asociaciones Civiles	2386	40,7
Otros (ART, etc.)	63	1,1
Ns/Nc	48	0,8
Total	5869	100

Nota: la Obra Social de la CABA fue categorizada como obra social provincial y con igual criterio cuando la presentación se hizo contra el Gobierno de la CABA, la opción fue “Ministerio de Salud Provincial”. La categoría MSAL y Estado Nacional incluye las presentaciones realizadas contra un organismo estatal nacional (Ej. MSAL, Ministerio de Desarrollo, Ministerio de Defensa, Poder Ejecutivo Nacional, Estado Nacional, etc.)

Fuente: elaboración propia en base a información de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Civil y Comercial Federal

8 Encuesta Permanente de Hogares, INDEC. Segundo trimestre de 2015, aglomerado urbano Ciudad de Buenos Aires.

9 A los fines del análisis se incluyó en esta categoría, como garantías explícitas y normatizadas, lo explicitado en el catálogo de prestaciones del PMO (Anexos Res. 201/02); lo referido en leyes específicas (discapacidad, fertilidad, etc.) y el listado de medicamentos y prestaciones de alto costo y baja incidencia del Sistema Único de Reintegros -SUR- (Res. 1048/14) para los Agentes del Seguro de Salud.

los de fertilización asistida, las cirugías y las internaciones en general incluyen el tratamiento con medicamentos.

Es frecuentemente analizado como causa de rechazo de cobertura y de posterior reclamo judicial la práctica de prescripción denominada “*off label*” o “fuera de prospecto”. Se conoce de este modo a la práctica en la cual el profesional médico prescribe un medicamento para una indicación que no se encuentra incluida en su respectiva ficha técnica o prospecto aprobado por la autoridad sanitaria con competencia, en el caso de Argentina, la ANMAT. Una práctica diferente es la llamada prescripción “por uso compasivo” la cual aplica sobre los medicamentos cuya comercialización no se encuentra autorizada por el procedimiento general, pero vía trámite para uso individual y bajo determinadas circunstancias, se autoriza su prescripción y/o importación.

La legislación Argentina prohíbe expresamente la prescripción de medicamentos no autorizados por la autoridad sanitaria (Art. 20 inc. 8 de la Ley 17.132¹⁰), sin embargo no se encuentran taxativamente definidos los límites cuando se trata de prescripciones de medicamentos aprobados para indicaciones fuera de prospecto¹¹ (lo que no significa que el prescriptor se encuentre exento de responsabilidades). La importación de productos prescritos para uso compasivo se encuentra reglamentada por la disposición 840/1995 de la ANMAT, y por tanto, si esta práctica se encuadra al marco normativo, no sería ilegal.

Para verificar la presencia de este tipo prácticas, se contrastó el diagnóstico con la ficha técnica del medicamento reclamado y se encontró que el 86,4% de los medicamentos reclamados se encontraba aprobado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), el 6,8% no se encontraba aprobado para la prescripción indicada y el 4,5% no contaba con ningún tipo de autorización (y tenía evidencia científica débil o nula). En el conjunto analizado no se identificaron casos donde mediara la autorización de “uso compasivo”¹².

Cabe aclarar que el hecho de que se trate de una prescripción de un medicamento no aprobado o aprobado para otra indicación se esgrime, en general, como argumento del rechazo de cobertura financiera y no como el objeto en sí mismo de la demanda judicial (*i.e.* el reclamo es sobre el financiamiento del medicamento y no sobre la conducta del prescriptor). Otro tipo de reclamos son aquellos para que se financien tratamientos a ser provistos en el exterior (debidamente autorizadas en otro país) y que no se encuentran autorizados localmente. No se encontraron casos de este tipo entre los expedientes analizados en nuestro estudio.

En relación a esta problemática, y en base a lo señalado por actores del sistema, se esperaba encontrar una mayor cantidad de reclamos por productos que no se comercializaran en Argentina y que no contaran con suficiente evidencia científica. Sin embargo sólo dos casos fueron hallados: un reclamo por el medicamento Romidepsin (Istodax) para el Síndrome de Sezary, el cual ha sido aprobado por la FDA en Estados Unidos pero no en Argentina y una solicitud de un tratamiento para un paciente con síndrome carcinoide que no se encuentra autorizado en nuestro país (177-Lutecio-Octreotate).

Respecto del costo de adquisición, en la mitad de estas solicitudes fue

10 Ley 17.132, Artículo 20. “Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:... 8º) practicar tratamientos personales utilizando productos especiales de preparación exclusiva y/o secreta y/o no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública”.

11 Si bien no está taxativamente definido el marco para el caso del prescriptor, sí está normatizado el caso para la promoción de medicamentos; “... presentándolos en forma objetiva dentro del marco de sus propiedades farmacológicas, acción terapéutica e indicaciones aprobadas”. (Resolución 627/2007 del Ministerio de Salud de la Nación)

12 El 2.3% restante no pudo identificarse con ninguna de estas categorías.

Tabla n° 2

Proporción principales objetos de la demanda (casos seleccionados)

Objeto de la demanda	% amparos
Rehabilitación	26
Medicamento	21
Cobertura/Afiliación	20
Internación	17
Otros	12
Dispositivos y otras tecnologías ¹	10
Tratamiento de Fertilización	10
Cirugía	8
Prótesis y órtesis	5
Transporte	4
Estudio diagnóstico	1

n=300

1 Se entiende por tecnología sanitaria a los medicamentos, dispositivos médicos, prácticas y técnicas médicas, prótesis, órtesis, etc.

Fuente: Elaboración propia en base a relevamiento de causas

posible estimar su valor a partir de la información disponible en el Vademécum Nacional de Medicamentos¹³, en el Manual Farmacéutico (Alfa Beta)¹⁴ y en algunos a partir del monto de reintegro, a través del SUR, como una aproximación del costo de adquisición. Los resultados de este ejercicio permiten afirmar que el 83% de los tratamientos con medicamentos costaban en promedio \$59.000 con un rango entre \$17.878 y \$160.260, según se tratara del costo mensual de tratamiento o costo total del tratamiento. La mayoría de ellos eran para enfermedades crónicas, cáncer y enfermedades congénitas, que incluían pedidos de drogas consideradas de Alto Costo (azacitidina, interferón pegilado, adalimumab, fingolimod, gamaglobulina, axitinib y rituximab).

En el resto de los casos costeados, dos fueron por enfermedades crónicas con pedidos que implicaban un gasto mensual cercano a \$3.000 y tres casos por montos entre \$200 y \$600. Todos ellos por medicamentos de bajo costo (aspirina, losartan, bisoprolol, atorvastatina, amoxicilina, insulina humana; acenocumarol, etc.).

La mitad de las demandas que incluían un medicamento, lo solicitaban por la marca comercial del mismo y en la totalidad de estos casos los jueces dieron lugar al pedido. Las solicitudes por nombre genérico representaron el 28% de los reclamos por medicamentos, en un 7% se solicitaba por nombre genérico y por marca comercial y en resto de las solicitudes no estaba especificado el medicamento ya que era parte de un pedido más amplio. Si bien son los médicos los obligados por ley¹⁵ a prescribir por nombre genérico, los jueces deberían considerar la legislación vigente y fallar otorgando lo solicitado por nombre genérico.

Rehabilitación y discapacidad

Los litigios iniciados para rehabilitación representaron un cuarto de la muestra y las prestaciones solicitadas en esta categoría estaban asociadas a casos con algún tipo de discapacidad, al igual que los reclamos por transporte (traslado hacia la escuela y/o el lugar de las sesiones con los profesionales correspondientes), con un 4,3% de los casos.

En el 16,7% de los litigios se solicitaba internación. La mayoría de estas

13 <https://servicios.pami.org.ar/vademecum/views/consultaPublica/listado.zul>

14 <http://www.alfabeta.net/mf/>

15 Ley 25.649 de Prescripción de Medicamentos por su Nombre Genérico.

solicitudes se trataba de una persona con discapacidad que reclamaba internación domiciliaria, en un centro especializado en salud mental o en un geriátrico. Cabe aclarar que las prestaciones de las categorías Rehabilitación, Transporte e Internación se encuentran incluidas en el Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la Ley 24.901 y sus valores de reintegro fueron fijados en el Nomenclador de Aranceles del Sistema de Prestaciones Básicas (NASPB), de actualización periódica. El Artículo II de la Resolución 1859/2013 indica que los valores incluidos en dicho nomenclador son referenciales y no obligatorios, y esto se constituye en una causa para el reclamo por la vía de amparo. En la mayoría de los casos con estas características, las EMP y las Obras Sociales denegaban la cobertura debido a que el demandante solicitaba la prestación en una determinada institución o con un profesional en particular, pero ofrecían la cobertura o bien con prestadores de su cartilla o a través de la modalidad de reintegro a los valores establecidos en sus respectivos planes de cobertura, que no necesariamente coincidían con los incluidos en el Nomenclador mencionado.

Cobertura

Las presentaciones por problema de cobertura o afiliación representaron el 20% de los casos relevados. Este tipo de reclamo se originaba en diversas situaciones (retraso en el pago de cuota, preexistencia de enfermedades no declaradas, cuestiones administrativas) pero la mayoría fueron realizados por personas que habiéndose jubilado deseaban mantener la misma obra social. En estos casos el conflicto se originó por las diferentes normativas existentes y su posible interpretación. Por una parte, la Ley 18.610 (art. 1°) y su modificatoria (Ley 18.890), mencionan que cuando una persona se jubila puede optar por afiliarse al PAMI o continuar afiliada a su obra social y si bien estas normas se encuentran derogadas, sentaron jurisprudencia en casos similares. Por otra parte, los Decretos 292/95 y 492/95 señalan que quienes se jubilen podrán optar por afiliarse al PAMI o elegir una obra social que se encuentre inscripta en el Registro de Agentes del Sistema Nacional de Seguros de Salud para la Atención Médica de Jubilados y Pensionados (una vez registradas se encuentran obligadas a recibir los beneficiarios que opten por ellas y a sus respectivos grupos familiares sin condicionar su ingreso). Aunque otros artículos de estos Decretos dan lugar a otro tipo de interpretación, según se observó en los fallos. Cabe destacar que en todos los casos analizados los jueces hicieron lugar al reclamo, obligando a la Obra Social a mantener la cobertura al afiliado.

Fertilización asistida

El 10,5% de los amparos fueron presentados para reclamar la cobertura de tratamientos de fertilización asistida. En la mitad de estos casos el conflicto se originó porque el seguro de salud denegaba la cobertura ya que el actor solicitaba el tratamiento en una determinada institución no incluida dentro del listado de prestadores. Según lo señalado por los Secretarios de los Juzgados entrevistados, existen reclamos por problemas de fertilidad que se consideran “abusivos” en cuanto a lo reclamado, puesto que se solicitan prestaciones por fuera de lo especificado en la ley. Por ejemplo, congelamiento de óvulos con el objetivo de posponer la maternidad sin mediar causas médicas o la “adquisición” de semen en una institución que permite seleccionar las características genéticas del donante.

5.2 Argumentos judiciales

Los argumentos utilizados por los jueces en el dictado de las medidas cautelares y en las sentencias definitivas, tanto de 1ª instancia como de

Cámara, suelen ser homogéneos. En tal sentido, se percibió una consistencia en la fundamentación y en el modo de resolver los amparos por derechos a la salud. Por lo general, los jueces tienden a conceder la gran mayoría de las prestaciones solicitadas una vez que se hayan verificado dos requisitos: (i) la constancia de un diagnóstico médico, (ii) la constancia del rechazo de la prestación solicitada por parte del financiador pertinente y (iii) el certificado médico o de discapacidad (si corresponde). En esos supuestos, los jueces tienen una marcada tendencia a otorgar los beneficios, incluso con prescindencia de los argumentos esgrimidos por los financiadores.

Los fallos abundan en consideraciones que destacan la importancia del derecho a la salud y su reconocimiento constitucional. Tal jerarquía es utilizada con frecuencia como argumento al momento de sopesar los valores en juego. Así, por ejemplo, más allá de consideraciones acerca de las regulaciones vigentes, las resoluciones judiciales tienden a señalar que el rechazo de las peticiones contenidas en los amparos pondría en riesgo la vida misma de las personas y de esa forma acarrearía consecuencias más gravosas que su aceptación, que si bien generaría un perjuicio patrimonial a los financiadores, ello no se compara con la afectación de la vida o la salud de las personas. En otras palabras, la práctica judicial sugiere que el hecho de que algunas prestaciones no estén cubiertas por el PMO o que existan dudas al respecto, no es óbice para otorgar las medidas cautelares solicitadas o las prestaciones de fondo, ya que al momento de decidir entre el perjuicio a la salud de los peticionarios y la situación patrimonial de los demandados, debe prevalecer el valor salud debido a su rango constitucional. Con frecuencia, además, las resoluciones reconocen que se genera un perjuicio patrimonial para las entidades demandadas pero se indica que el mismo no es grave. Este criterio ha sido ratificado por los tribunales superiores¹⁶.

En tal sentido, los casos analizados indican una marcada tendencia a conceder las prestaciones. El rango constitucional del derecho a la salud con su reconocimiento por tratados internacionales genera, entienden los magistrados, una obligación positiva por parte del Estado. El 95,7% de los amparos fueron acompañados de una medida cautelar; al momento del relevamiento el 62% de los mismos contaba con una resolución respecto de la medida cautelar solicitada. En la práctica, la concesión de las cautelares muchas veces torna abstractos los amparos. Pero se detectaron algunos casos donde el trámite judicial se demora debido al requerimiento por parte del juez de pericias u otros informes, como cuando se solicitan tratamiento que no están disponibles en el país. En esos casos, algunos peticionarios desisten del amparo, procediendo a cubrir los costos del tratamiento por sus propios medios, pero dejando constancia de que iniciarán acciones legales por la vía ordinaria (no mediante amparo), para obtener el reembolso de los gastos. Dado que excede el objeto de nuestro estudio, no se tiene evidencia respecto al resultado de dichas acciones legales¹⁷.

En general, en los casos que se relacionan con leyes específicas (discapacidad, fertilización asistida, etc.) las resoluciones judiciales se centran en ellas también como piso de derechos y se complementan con jurisprudencia de Cámara y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En materia de fertilización, por ejemplo, también se cita con frecuencia la Ley 26.862 y más recientemente el caso “Artabia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También se detectó una alta tasa de confirmación de las resoluciones

16 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 323:3229; y CN Civ. y Com. Fed., Sala II, causa No. 10.194/2000 del 1/3/2001.

17 El relevamiento no incluyó este tipo de acciones, ya que son diferentes de las acciones de amparo, pero sería valioso que futuros estudios indagasen acerca de las características y los resultados de las mismas.

de las medidas cautelares y amparos. En el 89,6% de las causas que volvieron de Cámara se confirmó el fallo de 1ª instancia, en el 6% se ratificó parcialmente el fallo, agregando modificaciones, y en un 4% se rechazó la resolución de 1ª instancia. En otras palabras, los tribunales de apelación —la Cámara en lo Civil y Comercial Federal— suelen respaldar en un altísimo porcentaje de los casos, las resoluciones dictadas por los jueces de 1ª instancia.

6. Reflexiones finales

La judicialización de la salud, tal como suele denominarse, es un fenómeno creciente y con enormes implicancias para los beneficiarios del sistema de salud, los subsectores de la salud involucrados y para la sociedad en general. En este trabajo se abordó esta problemática desde una perspectiva diferente, adentrándose en un conjunto de causas para analizar y caracterizar algunas particularidades de los reclamos (porque se inicia el reclamo, quién lo solicita, qué se solicita y el resultado final de la contienda judicial, etc.).

La contribución que pretende este trabajo, presenta limitaciones por las características de la muestra seleccionada, ya que solo se relevaron Juzgados Federales del Fuero Civil y Comercial, ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde la mayoría de las causas son contra OSN y EMP y donde las posibilidades de la población para acceder a la justicia como medio para obtener lo reclamado, dadas sus condiciones socioeconómicas, son mayores que en otras regiones del país. Sin embargo, los resultados del análisis permiten presentar hallazgos, que si bien pudieran ser parciales o no totalmente generalizables (por el tamaño de muestra y el sesgo de representatividad), cuestionan algunas creencias y opiniones en torno a esta problemática. **Entre los hallazgos más relevantes se destaca que una proporción importante de las demandas (84%) se sustentan en bienes y servicios que se encuentran bajo alguna tipo de cobertura explícita o mecanismo de reintegro, y en su mayoría tuvieron fallos que resultaron favorables a los demandantes.** Esta situación evidencia la necesidad de revisar y fortalecer los mecanismos para asegurar, controlar y agilizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los diferentes subsectores del sistema de salud, al igual que las pertinentes vías administrativas de reclamo. Es muy probable que una estrategia aplicada por muchos financiadores consista en denegar cobertura o prestaciones, aun conociendo la legitimidad del pedido, ya que las posibilidades de que un reclamo llegue hasta la vía judicial con un amparo, son muy bajas. En un contexto judicial, los financiadores generalmente terminan otorgando lo reclamado sin demasiados reparos, ya que el objetivo de filtrar y evitar financiar ciertos pedidos fue cumplido, según señalaron algunos de los actores clave entrevistados.

En el caso de los amparos con solicitudes que no tienen cobertura/garantía explícita, el 86% de los mismos también fueron favorables al demandante. Según argumentan los jueces, la expresión “prestaciones médico asistenciales mínimas” implica que, en el caso del PMO solo fija el “piso” para los beneficiarios de las OSN y de las EMP, y por ende el derecho a la salud implica brindar todo lo necesario para el bienestar de las personas. Entre los argumentos de algunos fallos que tenían en cuenta el impacto económico de la medida, se observó en forma repetida que la cobertura del reclamo no arriesgaba la sostenibilidad financiera de la institución demandada, argumento seguramente válido, incluso en casos de alto costo, pero que no avanza sobre el impacto de la suma de los reclamos judiciales que enfrenta la misma institución.

Por otro lado, este tipo de casos podría generar efectos distorsivos, profundizando las brechas propias del sistema, por el posible desvío de re-

ursos sin planificación para atender demandas que no son consideradas prioritarias, como si lo son las acciones de prevención y promoción de la salud pública. La planificación y definición de las prioridades de cobertura, sea explícita o no, permite fortalecer los procesos de adquisición y distribución de bienes y servicios sanitarios y aumenta la eficiencia del gasto en salud. Esto aumenta la capacidad del sistema para ampliar la cobertura y calidad de los servicios sanitarios.

En ese sentido, la decisión de la inclusión o exclusión de una determinada tecnología dentro de una cobertura, debiera estar a cargo de las autoridades sanitarias respectivas, y basándose en la mayor y mejor información y evidencia científica disponible (clínica, económica, ética, legal y administrativa), con procesos claramente definidos y establecidos y con una actualización periódica de la cartera de prestaciones, pensando en el bienestar y beneficio colectivo, en oposición a lo que ocurre cuando debe intervenir la justicia: decisiones precipitadas de cobertura individual, muchas veces sin evidencia y fundamentos científicos, por la urgencia de una necesidad puntual.

Otra problemática muy repetida, y que no responde a una prestación específica, fue la de los casos relacionados con discusiones en torno a la afiliación de las personas a una obra social o prepaga. Los casos identificados se relacionan con la práctica de desafiliar a los beneficiarios cuando se jubilan y transferirlos al PAMI, lo cual es rechazado por los afiliados solicitando mantener la cobertura. En estos supuestos, los tribunales rechazan tales trasposos sin mayor trámite. Aquí aparece un síntoma de judicialización inmediata y masiva de un tipo de práctica que bien podría ser resuelta por otras vías, evitando la intervención de los tribunales. En esa línea, se podrían potencialmente resolver muchos conflictos que derivan en demandas judiciales a través de espacios administrativos o de resoluciones de conflictos de los organismos de supervisión del sistema de salud, sin embargo en ese tipo de situaciones no se detectaron canales de diálogo o interfaces entre el poder judicial y otros actores vinculados al sistema de salud.

Otro aspecto interesante son los reclamos por medicamentos de alto costo, donde se observó, en los casos donde se pudo estimar su valor, que en promedio tenían un costo mensual de casi \$60.000 y en algunos casos el tratamiento superaba los \$150.000, a lo que debería agregarse también los gastos judiciales. También se destacan, unos pocos casos, por el bajo monto de lo reclamado pero con alto impacto económico final por recurrir a la vía judicial para su obtención. Superando el gasto judicial (intereses por mora y honorarios) en varias veces el costo del medicamento reclamado.

Otro hallazgo interesante es la cantidad de reclamos vinculados con algún tipo de discapacidad. Esto mismo fue advertido en algunas de las entrevistas a Secretarios de Juzgados quienes lo relacionaban con el aumento de la expectativa de vida y las patologías asociadas. Por todo lo expuesto, se aprecia que los juzgados, en general, resuelven los casos sin exigir más requisitos que el certificado médico o de discapacidad, el diagnóstico médico y la negativa del financiador. Ante la duda, la pretensión es favorable al actor sin considerar o desestimando el impacto económico que representa para el financiador y su correlativa repercusión en las prestaciones a ser brindadas a la restante masa de beneficiarios del Sistema, cuya característica definitoria es la solidaridad. La limitación de recursos, inherente a toda economía, determina que la utilización de recursos para atender una determinada prestación afecte las posibilidades de brindar otras. Además, una concesión indiscriminada de prestaciones a los pacientes que se presenten por la vía del amparo, podría introducir distorsiones en la planificación de prestaciones e inequidad para los pacientes excluidos. En este contexto, resultaría beneficioso contar con jueces capacitados que

posean una visión amplia de la cuestión y sean conscientes del impacto de sus decisiones sobre el sistema de salud. Especialmente si se tiene en cuenta la poca intervención observada aquí de peritos médicos o forenses para asesorar a los jueces en la resolución de las causas.

No obstante lo anterior, se observó que cuando existían normas oficiales que definen, por ejemplo, valores de aranceles, estas normas fueron consideradas, revelando la importancia que la generación y divulgación de información oficial, sobre la efectividad y costos, aporta sobre el sistema, minimizando las distorsiones económicas que pudiera generar la decisión judicial. En el caso de la muestra analizada, se pudo observar la concentración de causas en un fuero específico (el Civil y Comercial Federal) pero que no es exclusivo y debe atender otras cuestiones de distinto carácter y, fundamentalmente, de contenido patrimonial. Con todo, la situación en otras provincias del país se estima que puede ser aún peor, al encontrarse la competencia distribuida en diversos fueros que deben atender cuestiones diametralmente distintas y sin conocimientos específicos en la materia. Así, un desafío que debe tratar de alcanzarse consiste en la concentración del trámite de cuestiones de salud en un fuero específico, a la par que el favorecimiento de la formación de magistrados en una rama moderna del Derecho, y que ha crecido mucho en los últimos años, como es el Derecho a la Salud, de forma tal de obtener un mejor servicio de justicia.

Los casos analizados permiten apreciar que la falta de respuestas

de los financiadores o de acuerdo con el demandante, impacta en el acceso a la salud de las personas pero también en la asignación eficiente de recursos de los financiadores, en muchos casos superando en forma exponencial los gastos que implicaría la prestación o cobertura en sí misma. De esta manera los litigios en el ámbito de la justicia inciden en la eficiencia asignativa provocando una reasignación de recursos y discriminando de forma negativa las acciones de prevención y promoción de la salud a favor de prácticas que en muchos casos tienen un importante impacto en términos presupuestarios. Las decisiones no programadas derivan en mayores costos, generando ineficiencias indeseables con impacto negativo en los presupuestos y en la calidad de los bienes y servicios que se deben cubrir.

Para alcanzar este objetivo sería necesario contar con un marco jurídico claro que establezca alcances y límites en la cobertura, optimizar la relación médico-paciente, establecer protocolos claros de tratamiento y fortalecer las vías de comunicación entre el sistema de salud, la población y el sistema judicial, implementar procesos de priorización justos, transparentes dinámicos y razonables, mejorar la calidad y el acceso equitativo a los servicios de salud y promover un acceso equitativo a la justicia. Asimismo será necesario establecer protocolos claros de tratamiento promoviendo la participación de diversos sectores además del Estado: sociedades científicas, universidades, seguridad social, EMP.

Referencias Bibliográficas

- ABRAMOVICH y PAUTASSI L., *El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina*, en Salud Colectiva; 4(3): 261-382, 20)08
- ADAY, L. y ANDERSEN, R., *Framework for the Study of Access to Medical Care*, en Health Service Research. 1974; 9(3), pp 208–220.
- ALFA BETA [en línea] <http://www.alfabeta.net/mf/> [Consulta 15 de junio de 2015]
- ASENSE, F.D., *Judicialization or juridicization? Legal institutions and their*
- BERIZONCE, R., *Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo*, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Planta, 2010; Vol. 7: 417-432.2010.
- CARNOTA, W. F., *El derecho a la salud en el constitucionalismo provincial argentino*, en Revista Jurídica, nro. 15, pp. 418-442, 2011.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [En línea] http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm [Fecha de acceso 5 de marzo de 2014].
- Constitución de la Nación Argentina
- CUBILLOS, L., ESCOBAR, M.L., PAVLOVIC, S., IUNES, R., *Universal health coverage and litigation in Latin America*. J. Health, Organ. Manag. 2012; nro 26 (3), pp. 390e406.
- FERRAZ, OL. *The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?*, Health Hum Rights. 2009; 11(2) pp.33–45.
- FRANCO, Saúl, *Entre los negocios y los derechos*, en Revista Cubana de Salud Pública vol.39 no.2 Ciudad de La Habana abr.-jun. 2013.
- GARGARELLA, R., *Too far removed from the people. Access to Justice for the Poor: The Case of Latin America*. Jornada de Acceso a la Justicia Garantía de la Igualdad CEADEL/ Ford Buenos Aires, 16 de abril del 2004. [en línea] http://www.ucl.ac.uk/dpu-projects/drivers_urb_change/urb_society/pdf_violence_rights/gargarella_removed_from_people.pdf
- HERNANDEZ SAMPIERI, R., FERNANDEZ COLLADO, C., BAPTISTA L., *Metodología de la Investigación*. México Edit. McGraw Hill, tercera edición, 2010.
- HOGERZEIL, H.V., SAMSON, M., CASANOVAS, J.V., RAHMANI-OCORA, L., *Is access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable*
- LEITE, S.N., PEREIRA, S.M.P., SILVA, P. et al, *Legal actions and administrative demands related to the guarantee of the right to drugs access in the city of Florianópolis*, SC. Rev. Direito Sanitario. 2009; nro 10 (2), pp13-28.
- MACHADO, M., ACURCIO, F., BRANDAO, C. et al., *Judicialization of access to medicines in Minas Gerais state, Southeastern Brazil*. Rev. Saúde Pública, 2011; 45 (3), pp. 590-598.
- MAXWELL, J., *Qualitative Research Design. An interpretative approach*, SAGE, USA, 1996.
- MUSHKIN, Selma, *Hacia una definición de la economía de la Salud*, en Lecturas de Economía, número 51, Medellín, julio – diciembre, 1999 pp. 89-109.
- NIETO E, ARANGO A. *Costos de los servicios de salud tutelados y del proceso legal de las tutelas en Medellín*, en Rev. Fac. Nac. Salud Pública. 2011; 29(3) pp.223–31.
- REVEIZ L, CHAPMAN E, TORRES, R, et al. *Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura*. Revista Panamericana Salud Pública. 2013; 33(3) pp. 213–22.
- SAMMARTINO, P, *Principios Constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*. Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.
- SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W., *Economía*, México, Ed. Mc Graw Hill, 18th ed., (2004), 1948.
- *strategies in health*. Physis 2010; 20 (1), pp. 33-55.
- *through the courts?*, en Lancet nro. 368. 2006. pp.305-311.
- UPRIMMY YEPES R, *La judicialización de la política en Colombia: casos potencialidades y riesgos*. SUR Revista Internacional de Derechos Humanos. 2007; 6 (4) pp. 53–69.
- VADEMECUM [en línea] <https://servicios.pami.org.ar/vademecum/views/consultaPublica/listado.zul> [Consulta 10 de junio de 2015]
- VARGAS-PELAEZ, et al., *Right to health, essential medicines, and lawsuits for access to medicines. A scoping study*. Social Science & Medicine 121, 2014.
- VENTURA, M., SIMAS, L., PEPE, V., SCHRAMM, F.R., *Judicialization of the right to health, access to justice and the effectiveness of the right to health*. Physis. 2010; 20 (1), pp.77-100.
- VIANNA, L., *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2012
- World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. [en línea] http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. (Consulta 27 de febrero de 2013)