

Compleja implementación de una garantía constitucional

# Derecho a la Salud: el rompecabezas

**A**

La Dra. Daniela Ugolini (izq.) y la Dra. Viviana Bonpland (der.).

Ambas profesionales plantean la necesidad de una distribución más equitativa de responsabilidades y recursos para cumplir con este derecho constitucional.

partir de la reforma constitucional de 1994, distintos derechos contenidos en los Tratados Internacionales suscriptos por la Argentina quedaron reconocidos como garantías constitucionales. Así, el derecho a la vida, a la salud, al desarrollo humano, al ambiente y –también– al consumo adquirieron jerarquía de ley fundamental en nuestro país.

En materia de Derecho a la Salud existe un rompecabezas prestacional, uno burocrático-administrativo, otro Nación-provincias, otro legislativo-reglamentario, otro individual-colectivo; solo por nombrar algunas de las piezas que deben ser integradas y aún no terminan de armarse. Pero es en materia judicial donde primero se evidencian los problemas para el cumplimiento efectivo de este derecho constitucional. En una Argentina en crisis el De-



recho a la Salud tiene como correlato un fenómeno preocupante y en crecimiento: la judicialización de la salud.

Sobre este tema y sus vínculos [i]salud realizó una serie de entrevistas a diferentes expertos que se publicarán durante las siguientes ediciones. En esta primera nota conversó con la Dra. Viviana Bonpland, Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación, y a la Dra. Daniela Ugolini, Fiscal ante la Cámara en



lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quienes dirigieron en 2005 y 2004, respectivamente, el curso de extensión universitaria Judicialización de la Salud en nuestra institución.

“A pesar de que los Tratados Internacionales adquirieron rango constitucional en el 94, recién a partir del 98 comenzó a haber reclamos individuales basados en el Derecho a la Salud –explica la Dra. Bonpland–. La vía existía, pero los abogados no estaban acostumbrados, no había gimnasia legal. Desde entonces recursos de amparo y condenas se multiplican cada vez más”.

La misma reforma del 94 introdujo otro avance en materia de derechos ciudadanos que incrementa este fenómeno. “La Constitución –dice Bonpland– también se modificó en cuanto a las posibilidades de pedir un amparo. La vía procesal es mucho más rápida, antes había que agotar primero la

## Aprender de la experiencia

A principios de los años 90, un fenómeno atemorizó a la comunidad médica, dió titulares a los medios de comunicación, multiplicó expedientes judiciales y abrió un nuevo negocio a nivel local para las compañías de seguros: los juicios por mala praxis médica. Fue entonces que comenzó a hablarse de “judicialización de la salud” fuera de los tribunales. En los últimos tiempos las demandas basadas en el Derecho a la Salud se vienen multiplicando y hacen que el costo final de cada caso sea mucho mayor al que se requeriría si existieran instancias de solución anteriores a su resolución judicial.

# jurídico (parte I)

administrativa. No podían pedirlo asociaciones, no existían los defensores del pueblo, adquirió otro cariz”.

Para la Dra. Ugolini la palabra “judicialización” se usa en sentido peyorativo en la mayoría de los casos. “Expresa la intervención de los jueces en la decisión de problemas que deberían resolverse en otros ámbitos –afirma–. Hablar de judicialización de la salud es como decir: ‘¡También en esto se meten los jueces!’. Pero en realidad el problema existe, es un conflicto social; y los jueces están llamados a resolver conflictos, que se agudizan en estos tiempos de crisis, de desempleo, de grandes necesidades sociales. Y la salud es una de las principales”.

Transcurrida más de una década de la reforma constitucional leyes nacionales anteriores y específicas, como las de sida o diabetes, se incorporaron al tratamiento del Derecho a la Salud, a la vez que fallos de la Corte Suprema y tribunales inferiores han ido produciendo nueva jurisprudencia. “En materia de medicamentos –ejemplifica Ugolini– se ha ido consolidando una tendencia y ya casi no se discute sobre el tema: existe predisposición de los jueces a admitir los reclamos”.

Esta mayor protección constitucional permitió a los jueces encon-

trar mejores fundamentos jurídicos para reconocer las demandas, pero la solución para unos se convirtió en problema para otros. “Si bien los derechos no son absolutos y pueden ser reglamentados por las leyes–dice Ugolini– cuando una obra social o el Gobierno de la Ciudad –por ejemplo– dan prestaciones en un marco reglamentario, en muchos casos la reglamentación es considerada inconstitucional, si no satisface a quien esta pidiendo por su salud”. Sin embargo, la puja distributiva por el acceso a determinados medicamentos

o prestaciones, puede repercutir en una asignación de recursos poco equitativa desde el punto de vista social.

En el curso que dictan las profesionales entrevistadas buena parte de alumnos pertenecen a sectores de la seguridad social. “Ellos están muy preocupados por esta situación –continúa Ugolini– porque se dan cuenta de que no hay límites y muchas veces las obras sociales se ven desbordadas, las condenan a prestaciones que están más allá de sus obligaciones estrictamente legales”.



## Derecho a la salud:...

Entre la gente de leyes la sensación de estar cargando demasiado en solitario con una responsabilidad desmedida es usual. Ante una demanda que puede llegar a ser ilimitada sobre recursos limitados, sobre todo en tiempos de crisis, resulta imperativo encontrar puntos de equilibrio entre la necesidad individual y el interés social. "Hoy este límite depende en gran medida de la prudencia de los jueces –asegura Ugolini–, pero lo que se necesita hacer es evitar que este tipo de conflictos lleguen a la Justicia masivamente, lograr que no se judicialice la salud. Y para esto hay que encon-

Ugolini: "creo que se impone replantear el sistema de salud porque está demasiado segmentado y las responsabilidades es no se reparten".



Bonpland: "Desde el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación actualmente se está trabajando a través del Consejo Federal de Salud en el Plan Federal de Salud a nivel nacional".

trar una solución fuera del ámbito judicial que requiere de la actuación de todos los actores: el Estado Nacional, las provincias, obras sociales, empresas de medicina prepaga, entre otros".

La urgencia por resolver amparos que implican riesgo para la salud o la vida misma de los demandantes limita drásticamente a los jueces las posibilidades de pedir y evaluar pruebas clínicas diversas. Además, su análisis en profundidad está fuera de la órbita

## Causales

El Estado Nacional, los provinciales, obras sociales y empresas de medicina prepaga son los principales demandados en materia de Derecho a la Salud. Las causas involucran provisión de medicamentos, de prótesis, tratamientos médicos, o el mantenimiento de la cobertura de salud en casos de enfermedades no prescriptas en los contratos y reglamentos de los prestadores, entre otras. También abarca temas como aborto terapéutico, eutanasia, anencefalia, aunque estos ya estaban contemplados en la legislación anterior a la reforma como derechos personalísimos.

de conocimientos de los magistrados. "No es un marco fácil de resolver –explica Ugolini–, máxime para un juez, quien tiene la responsabilidad de decidir sobre cuestiones que ponen en riesgo la vida misma. En caso de duda, el juez va a estar a favor de la salud del demandante, y en muchos casos, apremiado por la urgencia, sólo puede resolver accediendo al reclamo".

El caso "Di Bastiano", tratado en La Plata en el año 2002, durante lo peor de la crisis, grafica rotundamente los trágicos dilemas a los que se enfrentan las partes involucradas en cada demanda sobre este derecho. Los padres de una niña presentaron un amparo ante la Justicia por un trasplante de médula a ser realizado en los EE.UU. Allí preveían 80% de posibilidades de sobrevivida, en tanto que en nuestro país pronosticaban 70%. Pero el costo del tratamiento en EE.UU. demandaba pagar cerca de US\$ 60.000, unas 13 veces más que si se hacía en la Argentina. El Ministerio de Salud ofreció cuatro lugares distintos donde realizar la operación pero el fallo, confirmado por Cámara y Corte, condenó al Estado, a la Provincia de Buenos Aires y al IOMA a aportar los fondos para el traslado y tratamiento fuera del país. Pocos días después de la operación, la pequeña murió.

Este caso es solo un ejemplo de

las complicadas paradojas que se generan en materia de Derecho a la Salud, donde uno de los temas centrales es el de los recursos disponibles ¿En qué se habrá privado la comunidad con esa asignación de recursos?

"Creo que se impone replantear el sistema de salud porque está demasiado segmentado y las responsabilidades no se reparten –afirma Ugolini–".

La idea de compartir y federalizar responsabilidades en materia de Derecho a la Salud es compartida por la Dra. Bonpland que puntualiza en ciertos detalles. "El Derecho a la Salud –explica la letrada– se incorporó en muchas Constituciones provinciales. Las provincias se han reservado facultades en esta materia y son acérrimas defensoras de sus derechos, no quieren que la Nación se inmiscuya. Desde el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación actualmente se está trabajando a través del Consejo Federal de Salud (COFESA) en el Plan Federal de Salud a nivel nacional".

"No son cambios que se puedan hacer de la noche a la mañana. En esto también hay muchos intereses en juego –concluye Ugolini–. Pero se tienen que ir dando pasos políticos e instrumentales. Creo que estamos en una etapa donde el tema está madurando y se están generando las condiciones para el cambio que hay que lograr."