

## La judicialización de la salud

### *The judicialization of health care*

**Víctor Abramovich**

Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Entrevista realizada por

**María José Luzuriaga y Marina Gabriela Zunino**

Buenos Aires, agosto de 2022

La presente entrevista se realizó en el marco de dos proyectos en curso<sup>1</sup>, que tienen entre sus ejes de análisis el derecho a la salud y las diversas formas bajo las cuales el Estado, tanto a nivel administrativo como judicial, responde e interviene ante el incumplimiento de este derecho. Conversamos con el procurador fiscal Víctor Abramovich acerca de la judicialización de la salud y su impacto en el sistema de salud argentino, del rol y el alcance que podría tener esta para la producción de cambios hacia un mejor desempeño del sistema de salud, del papel que han tenido y tienen las Cortes Constitucionales en otros países de la región, de la relevancia de pensar mecanismos de reclamo y participativos para generar instancias previas a la judicialización, entre otros temas, para reflexionar sobre la reforma de salud en nuestro país.

#### **¿Cómo ves el proceso de judicialización del derecho a la salud en el sistema interamericano de derechos humanos y qué utilidad tienen esos casos para observar los problemas que presentan los sistemas de salud?**

VA: El litigio de casos de salud es relativamente reciente en el sistema interamericano. Primero se plantearon casos de salud por la vía de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, y en los últimos años se autorizó el planteo de casos en los que se discute la vulneración directa del derecho social a la salud. Un aspecto interesante es que no son solo casos en los que se exigen prestaciones de asistencia sanitaria, sino que también se pone en cuestión la forma en que los Estados organizan y estructuran los sistemas sanitarios. Por ejemplo, en el caso "Vera Rojas"<sup>2</sup>, la Corte Interamericana cuestiona la forma en que Chile ejerce el poder regulatorio y de fiscalización de las aseguradoras privadas de salud; aspectos puntuales vinculados con la forma en que se regula la cobertura de enfermedades catastróficas en los seguros privados de salud, y la posibilidad de cortar abruptamente la cobertura de enfermedades infantiles crónicas. Aquí las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) habían cortado abruptamente la cobertura de la atención domiciliar de una enfermedad degenerativa e incurable porque estimaban que había devenido en crónica, y el sistema autorizaba a no cubrir enfermedades que se consideraban crónicas, pero no brindaba elementos objetivos para saber qué enfermedades se consideraban crónicas. La

Corte examina cómo las normas administrativas que regulan el contrato de seguro médico, por su falta de precisión respecto de la definición de qué enfermedades quedaban excluidas del seguro, favorece la conducta arbitraria de la aseguradora. También se cuestiona que el régimen regulatorio no prevé un mecanismo de información y consulta con el afiliado para evitar que una decisión arbitraria de la empresa aseguradora determine la discontinuidad de un tratamiento de salud. Aquí además de la normativa sobre el derecho a la salud, juega también el principio de igualdad material que obliga a priorizar la atención de determinados grupos en situación de extrema vulnerabilidad. Por eso me parece un caso interesante para la discusión más general sobre la organización de los sistemas de salud y el papel del Estado como rector de esos sistemas.

#### **Nos parece que muestra no solo el incumplimiento. Evidentemente hubo una falla previa, una falla en los mecanismos administrativos y en el sistema de salud.**

VA: Es previa tanto en la regulación de los contratos de seguro, como de los mecanismos que tienen las personas afectadas para reclamar sin tener que ir a la justicia. Son tres problemas: el regulatorio, el de los mecanismos administrativos de reclamo de los afiliados contra los prestadores y los aseguradores, y luego el mecanismo estrictamente judicial para exigir el derecho a la salud en los tribunales. Chile tiene un mecanismo administrativo de reclamo ante la Superintendencia de Salud y también un mecanismo administrativo alternativo que son los tribunales arbitrales, como se ve en el caso, ambos mecanismos administrativos tienen sus ventajas y sus problemas.

#### **Acá tenemos tribunales arbitrales, pero se usan poco en relación con otros países.**

VA: Fui perito ofrecido por la CIDH ante la Corte en el caso Vera Rojas. Para elaborar la pericia me puse a revisar lo que eran los mecanismos administrativos y otros mecanismos en Latinoamérica, y todos tienen serios problemas, demoras, falta de información, desequilibrio entre los usuarios y las empresas –que no son compensados en los procesos–, demoras irrazonables, falta de sistemas efectivos para ejecutar las decisiones que se adoptan y hacerlas respetar por las empresas y agentes del sistema de salud. En el caso Vera Rojas, la familia afectada intenta reclamar por la vía administrativa ante la Superintendencia de Salud, pero esta le comunica el reclamo a la aseguradora (ISAPRE), que no responde, y allí se frena el trámite sin mayor impulso por el organismo público. La familia va a la justicia, obtiene una medida cautelar, pero luego la Corte Suprema la revoca y pierde el caso. Recién cuando el caso se presenta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Chile le habilita a la familia la posibilidad de acudir a un Tribunal Arbitral. Este Tribunal le da finalmente la razón a la familia y condena a la aseguradora a continuar la cobertura de la hospitalización domiciliar de la niña.

<sup>1</sup> PICT 2018-0005: Políticas y Economía de la Salud. Coord: Luzuriaga María José/ DESACO-UNLa. Amílcar Herrera 2021/UNLa: Respuestas del sistema de salud del Área Metropolitana de Buenos Aires-Argentina durante la pandemia de SARS-Cov-2. Debilidades y fortalezas para avanzar en un sistema de salud centrado en el enfoque de derechos. Dir.: Dra. Marina Gabriela Zunino/Co-dir.: Dra. María José Luzuriaga. IJDDHH-UNLa.

<sup>2</sup> <https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=6153#:~:text=Sentencia%3A%20la%20Corte%20Interamericana%20de,Carolina%20Rojas%20y%20Ramiro%20Vera.>

Un aspecto que la familia plantea es que ese mecanismo de tribunal arbitral dio respuesta en el caso puntual, pero no es un mecanismo adecuado, pues presenta varios problemas: es secreto, nadie tiene información de los casos que se tramitan y por eso no sirve para observar dónde están los problemas sistémicos que se reclaman ni cómo se resuelven, pero además como los árbitros cambian caso por caso, no genera precedentes, no genera información para la auditoría del sistema ni aclara las reglas que deberían orientar al sistema en su funcionamiento.

**¿Cómo es el circuito o cuáles son los posibles circuitos? ¿Cómo es que llegan a la CIDH las causas?**

VA: Hay que pasar previamente por el proceso interno. Es obligatorio. Hay que intentar al menos lo que se denomina "agotar los procedimientos internos".

Llegan pocos casos. Pero para mí lo importante no es solo el caso concreto que se resuelve, sino los principios que se van fijando en esos precedentes, la interpretación de la Convención Americana sobre el alcance del derecho a la salud y de las obligaciones de los Estados respecto del derecho a la salud. Como la Convención Americana tiene jerarquía constitucional en nuestro país, esa interpretación va a servir como una guía para la justicia argentina para resolver casos sobre derecho a la salud.

**O sea, que esa sentencia tenga un efecto...**

VA: Un efecto de estas sentencias de la Corte Interamericana es establecer interpretaciones consistentes de la Convención Americana que orientan luego las interpretaciones de los sistemas de justicia nacionales, pero que también deberían ser tenidas en cuenta en el ámbito de las políticas públicas sociales, y específicamente en el sector de la salud. Cuando se habla del enfoque de derechos de las políticas públicas, un aspecto es cómo estos marcos conceptuales que surgen de la interpretación que se realiza de los tratados de derechos humanos, y que establecen el alcance de las obligaciones y de los derechos, son tenidos en cuenta para formular e implementar políticas y organizar servicios sociales.

**Es una fuente obligada. Digamos que si está, los jueces la deberían usar...**

VA: Es una referencia para saber qué se espera que haga el Estado a partir de estos tratados en materia de salud y de seguridad social, entre otras cuestiones. Por ejemplo, la Corte establece que la salud es un bien de naturaleza pública y, por lo tanto, el servicio de salud queda sujeto a la responsabilidad principal del Estado. Los Estados organizan sus propios sistemas sanitarios, con mayor o menor participación de agentes estatales y del sector privado o de organismos mixtos o de la seguridad social. Pero como la salud es un asunto de naturaleza pública, los Estados que deciden incorporar la participación de agentes privados mantienen una responsabilidad por el resguardo del derecho a la salud y de los demás derechos involucrados en el ámbito de la salud. De modo que tienen que evitar que esos actores privados puedan vulnerar los derechos de las personas. Para eso están obligados a adoptar ciertas medidas. Por ejemplo, se establece que además de asegurar determinadas prestaciones de asistencia sanitaria básicas, los Estados deben regular el sistema, organizarlo de modo adecuado, y, además, fiscalizar la actividad de los particulares que intervienen en ese sistema, asegurando a las personas mecanismos para reclamar y obtener reparaciones en casos de afectación de los derechos. Por otro lado, el deber de regular implica fijar reglas y marcos jurídicos básicos, que contribuyan a organizar y coordinar

el sistema, que sea realmente un sistema de salud integrado, que se coordinen las diferentes áreas, actores e, incluso, jurisdicciones. Algunos países tienen leyes y también normas constitucionales que establecen el concepto de un sistema público integrado de salud.

**Regulación en el subsistema de la seguridad social en salud**

**¿Cuál es tu mirada respecto a los mecanismos de control administrativo que establece la ley de medicina prepaga?**

VA: En realidad, la ley de Obras Sociales y la de prepagas remite al mismo sistema de procedimientos que es el de la Superintendencia. La ley de prepagas no creó un mecanismo propio. Usó el mismo procedimiento.

**Lo que sí se elaboró, basado en la propuesta de Patricia Vaca Narvaja, es lo que tiene que ver con cláusulas abusivas.**

VA: Sí, regula aspectos básicos del contrato con las empresas de medicina prepaga sobre todo para evitar abusos o tratos discriminatorios, pero no incorpora nuevos mecanismos de reclamo, remite al mismo que tenían las obras sociales ante la Superintendencia. También en el caso de las empresas de medicina prepaga se pueden usar los mecanismos administrativos previstos en la legislación sobre consumo. Aunque el mecanismo administrativo de la Superintendencia funciona mal. Hay un informe de auditoría del macrismo que es interesante, es el único informe que encontré sobre el funcionamiento del mecanismo de la Superintendencia. Existen demoras que son incompatibles con la urgencia obvia de este tipo de reclamos. No existe la posibilidad de que se adopten trámites urgentes, ni medidas cautelares. No cuenta con mecanismos de coacción o incentivos suficientes para que sus decisiones sean efectivamente cumplidas por las empresas o las obras sociales. Entonces, la gente dice, si yo necesito que me den el medicamento o me autoricen un tratamiento o revisen la cuota de afiliación, no puedo esperar tanto y, además, no sé qué utilidad va a tener lo que decidan aquí, de modo que me voy a la justicia directamente.

O en los casos de prestaciones urgentes. Pensemos los temas de cobertura de prestaciones por discapacidad, entonces no vas al mecanismo administrativo de la Superintendencia, sino que vas directo a la justicia y eso favorece un proceso de judicialización.

**Incluso en la producción de información.**

VA: Por otro lado, ese mecanismo tampoco, que yo sepa, genera información, porque la lógica de estos mecanismos en el Estado es que estén conectados con las áreas de auditoría y con la supervisión general de los sistemas de salud. O sea, las denuncias te están dando información de problemas que pueden ser sistémicos que se pueden auditar para prevenir hacia el futuro los conflictos al sugerir cambios en las reglas o en los protocolos y procedimientos, o bien en el comportamiento de algunas empresas, y revisar prácticas puntuales que pueden ser incompatibles con la ley. Pero no veo que el sistema de reclamos tenga una conexión con la labor de supervisión del sistema.

**Sí. Sería interesante saber cuáles son las denuncias que llegan y las que son rechazadas.**

VA: No es tampoco muy conocido. Averigüé con abogados que litigan temas de salud en ONG o trabajan estos temas en las defensorías, y dicen que no lo usan por los motivos que refería: demora mucho, no se pueden pedir cautelares o medidas urgentes para la cobertura mientras se discute el

fondo del asunto, y después hemos sabido de gente que obtuvo resoluciones y no cumplieron. O sea que lo ven como un mecanismo muy débil.

**Respecto al perfil de los demandantes, cuando se piensa en quiénes demandan partimos del supuesto que tienen acceso a un determinado conocimiento y que disponen de tiempos para hacer la denuncia, asistir a las audiencias y generar o guardar documentación probatoria. Hay una serie de cuestiones que tienen que estar garantizadas.**

VA: Sí, porque lleva tiempo y tiene costo, por más que hay una red de abogados gratuitos y ONG para algunos temas. Los pocos estudios empíricos sobre procesos de judicialización en salud concluyen, por lo general, que los reclamos en la vía judicial obedecen principalmente a sectores de ingresos medios y altos. Los sectores populares no judicializan. Salvo alguna acción colectiva que cuenta con patrocinio jurídico o se canaliza a través de organizaciones sociales o movimientos sociales, pero eso requiere alcanzar un cierto nivel de información y de organización. Se ha dado en temas referidos a la crisis de VIH-SIDA, a la legislación de discapacidad, sobre salud ambiental o lo referido a los protocolos de Interrupción Legal del Embarazo (ILE).

Llegó a la Corte recientemente una serie de casos sobre cobertura de aceite de cannabis y de autocultivo para la producción de aceite medicinal, que fueron familias de pacientes que se organizaron para litigar de manera colectiva, o a través de casos testigos, y generar precedentes jurisprudenciales al tiempo que se impulsaban en la esfera política cambios normativos.

**Como el caso de la cuenca Matanza-Riachuelo.**

VA: Claro, también el caso de la cuenca, iniciado por grupos de vecinos de los barrios afectados por la contaminación. Acá no hay mucho estudio empírico sobre esto, pero los estudios en Brasil, en Colombia marcan un poco este perfil.

**Sí, allá hay líneas de investigación en estos temas, que ya tienen sus años. Hay un tema, además, que en nuestro país no se ha usado en general, pero sí en particular en salud, que es el de acciones colectivas. Algo que destacan los estudios en Brasil es que se usan poco en los fundamentos las observaciones internacionales y los Tratados.**

VA: Lo que pasa es que los tribunales brasileños son muy refractarios a aplicar estándares internacionales. Ellos construyen su propio camino interpretativo, pero tienen una norma constitucional en la Constitución de 1988 que es muy clara sobre el derecho a la salud y el deber de organizar un sistema integrado de salud pública. En cambio, en Colombia, como pasa en la Argentina, los argumentos basados en el derecho internacional de los derechos humanos son importantes en los debates sobre salud, discapacidad, seguridad social, infancia y, además, tienen una cláusula constitucional sobre el derecho a la salud y el sistema integrado de salud. En Chile, por el contrario, el derecho a la salud no se considera un derecho constitucional fundamental y eso limita mucho la posibilidad de hacer planteos en la justicia. Era un tema central en el frustrado proceso constituyente. En nuestro país, si bien el derecho a la salud está recogido en los tratados de derechos humanos que se integran a la Constitución, no tenemos una cláusula constitucional específica sobre el derecho a la salud, similar a la de las constituciones de Brasil y Colombia.

**¿Y vos creés que ahí cambiaría el tema? ¿Mejoraría el acceso a reclamar?**

VA: En algún momento pensaba que no hacía falta, pero en los últimos años me doy cuenta de que ayudaría, no solo

para la exigibilidad del derecho sino para fijar pautas más claras sobre las competencias federales en el ámbito de la salud. Nosotros tenemos en la Constitución reconocido el derecho a la salud, pero no tenemos una cláusula constitucional que se refiera a la organización de un sistema nacional integrado de salud. Sí, tenemos una norma constitucional que se refiere al sistema educativo y a las competencias federales y provinciales en materia educativa (artículo 75 inc. 19 de la Constitución). Esta cláusula de la Constitución Nacional dice que el Congreso dicta la ley base de organización de la educación, respetando las diversidades de las provincias, pero que tiene que resguardar algunos principios básicos como la equidad, la gratuidad de la educación primaria y secundaria, y la autonomía universitaria.

Creo que sería bueno tener una pauta constitucional de este tipo sobre todo para aclarar las competencias entre el Estado federal y las provincias y la necesidad de regular los diferentes agentes del sistema sanitario. Que hable de un sistema público integrado de salud. Que defina qué responsabilidades de rectoría tiene el Estado Nacional, cómo coordinar los subsistemas, el sistema privado, qué responsabilidad tiene un privado y qué facultades regulatorias tiene el Estado. Cuestiones de organización y regulación en la línea de lo que planea la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existen algunas leyes importantes que ayudan para definir varios asuntos, pero no tenemos una norma constitucional que fije esas pautas básicas de manera clara y directa.

**¿Eso obligaría a los tribunales a poder intervenir de forma más eficaz?**

VA: Es más sencillo, sobre todo en los grandes temas de la coordinación federal, como se vio en la pandemia. También sobre el poder regulatorio estatal respecto de las empresas y los contratos de salud, pero también otras empresas y organismos no estatales que prestan servicios, proveen tecnología, los laboratorios y farmacéuticas. Las empresas todo el tiempo plantean: "Nosotros somos empresas no ejercemos funciones públicas, nos regimos por un contrato". Ellos miran con una lógica mercantil, comercial, pero no están actuando en cualquier sector, están en un sector regulado porque se ponen en juego bienes públicos.

**Ahí sí el incorporar el derecho a la salud en la Constitución ayudaría.**

VA: Insisto, creo que ayudaría con ciertas discusiones. Permitiría que el Congreso tuviera un marco más claro para dictar leyes sanitarias que serían una reglamentación operativa de esa norma constitucional, y también el Ministerio de Salud en cuestiones regulatorias sobre condiciones de contratación, y aspectos que hacen al control de los diversos agentes del sistema.

**Claro, ampliar el debate y que no quede restringido a sí está cubierto o no por el Plan Médico Obligatorio (PMO).**

VA: Claro que no quedaría sujeto a la reglamentación del PMO y la idea es que esa norma administrativa sea leída como un techo inexpugnable. Aclaro que no veo un escenario para una reforma constitucional en el corto plazo. Al no existir norma específica, cobran especial relevancia los tratados de derechos humanos y la interpretación que hacen de esos instrumentos los órganos internacionales de aplicación de los tratados, como la CIDH, la Corte Interamericana y los Comités de ONU. Esas pautas interpretativas que integran también el contenido de nuestro orden constitucional son muy importantes para encuadrar y orientar las discusiones jurídicas sobre el derecho a la salud en nuestro país.

### **También ayudaría contar con una ley que organice el sistema en su conjunto.**

VA: Tenemos varias normas, una ley de seguro nacional de salud para cierto sector, la ley marco de la medicina privada, las leyes sobre prestaciones básicas de discapacidad, la ley de enfermedades poco frecuentes, la de cuidados paliativos, de muerte digna, la ley de protección integral contra la violencia de género, la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), etc., pero no tenemos una ley que organice y estructure un sistema nacional público e integrado de salud. En materia de educación existe una serie de leyes nacionales que establecen un sistema educativo nacional. Como sostienen algunos sanitaristas, la creación de un sistema federal integrado es un proceso de construcción de acuerdos sociales y políticos que va a exigir una profunda reestructuración del aparato del Estado, pero una ley marco puede ser un paso importante hacia la institucionalización de ese sistema.

### **Competencias de la Procuración general en el ámbito de la salud**

#### **¿Cuáles serían las actuaciones y competencias de la Procuración para casos de Salud?**

VA: La Procuración General de la Nación es la cabeza del Ministerio Público Fiscal, que es un organismo público estatal de la jurisdicción federal, que es autónomo de los demás poderes del Estado, desde la reforma constitucional de 1994. En salud veo todo lo que llega a la Corte Suprema, que son recursos de apelación provenientes de la Justicia Nacional que actúa en la esfera de la Ciudad de Buenos Aires, de la justicia federal con sede en todo el país, y también los que llegan a la Corte desde los tribunales provinciales y de CABA. Para quien quiera seguir los criterios que fuimos fijando en los casos de salud ante la Corte Suprema, sugerimos consultar un sitio que se encuentra disponible en la página web del Ministerio Público Fiscal: <https://www.mpf.gov.ar/acm/dictámenes-de-salud/>

Otra cosa que hace la Corte cuando hay problemas de competencias entre tribunales es discutir qué juez debe intervenir en un caso. Si no se ponen de acuerdo entre jueces de diferentes jurisdicciones o por decisión de un superior común, ese conflicto lo resuelve la Corte. En esos casos, la Corte interviene y dirime las competencias. Entonces ahí tengo otro observatorio más que se refiere a los conflictos de competencias en salud. A partir de esos casos puedo seguir el tipo de problemas que se están discutiendo en las primeras instancias en el fuero federal, o de la seguridad social, o en las provincias. Eso da cuenta del tipo de casos que puedo identificar y de los límites de mi observación. El juez federal ve lo que le llega a su juzgado y puede ver también lo que ocurre en su fuero, pero no ve otros fueros o ámbitos de la justicia. Tampoco va a ver lo que pasa en las provincias. Entonces la única ventaja es que veo lo que llega por distintas vías a la Corte, que revisa toda la justicia nacional y provincial. La desventaja es que hay muchos casos que por sus características se resuelven en las instancias previas y no suelen llegar hasta la Corte, y eso pasa porque la competencia de la Corte para revisar casos es muy limitada, solo considera ciertos asuntos puntuales.

#### **¿Los amparos de las personas que no pueden acceder a un tratamiento de medicación pueden llegar a la Corte?**

VA: Por lo general, este tipo de casos no va a llegar a la Corte. Solo llegaría si se está discutiendo un asunto de competencia. Muy rara vez llegan estos casos porque hay una discusión jurídica sobre la interpretación de alguna ley o

bien algún problema de constitucionalidad de alguna norma. Pero no es frecuente.

#### **¿Qué tipo de problemas son los que predominan?**

VA: Los temas en los que veo mucha judicialización es en los temas de discapacidad. En especial discusiones relativas al alcance de las coberturas de ciertos tratamientos, como de la asistencia escolar, el acompañante terapéutico, la asistencia domiciliaria, y casos de prestaciones en que se discute si están o no incluidas en el PMO o en el nomenclador nacional de prestaciones básicas por discapacidad.

Otro tema claro es que la ley de discapacidad tiene prestaciones básicas de apoyo y asistencia social, que se relacionan con el modelo social de la discapacidad, pero que no se consideran asistencia médica en sentido estricto, como la cobertura escolar o la asistencia domiciliaria. Eso también ha sido materia de disputas, aunque ahora está creo más consolidada la interpretación. Más allá de que la discusión se traslada a los módulos de reembolso.

También está la cuestión de las enfermedades poco frecuentes con altos costos. Las obras sociales más chicas o las obras sociales públicas plantean la dificultad de cobertura. Hay todo un tema con los reembolsos de la Superintendencia, porque el nomenclador de reembolso no se actualiza adecuadamente en un contexto inflacionario y muchos medicamentos tienen costos dolarizados. Tenemos varios casos de ese tipo de enfermedades poco frecuentes. La discusión de quién y cómo se cubre, de qué manera se debería hacer efectivo el reembolso. Incluso casos en que se litiga entre los agentes del sistema contra el Estado para que se actualice y agilice el mecanismo de reembolso de las prestaciones. Un tipo de litigio que también da cuenta de temas o problemas del funcionamiento del sistema. Pero este tipo de casos presenta problemas muy profundos, porque son coberturas de prestaciones necesarias, pero que al mismo tiempo tienen altísimos costos para las obras sociales y pueden desbalancear todo el sistema de seguro.

#### **Es lo que suelen cuestionar quienes estudian la judicialización en salud.**

VA: Es un problema porque vos estás mirando el caso, y no necesariamente el impacto de una serie de casos iguales sobre la distribución equitativa de los recursos de todo el sistema. Los casos judiciales tampoco son un ámbito para discutir temas complejos de equidad del sistema en su conjunto. Existe una ley de enfermedades poco frecuentes que remite a las prestaciones del PMO y del nomenclador de discapacidad, y otras leyes específicas como la de cuidados paliativos. A veces las empresas o las obras sociales argumentan que quiebran si tienen que cubrir esos tratamientos, pero sin acompañar datos duros para poder acreditar esta situación o ponderar adecuadamente el impacto real de esa cobertura y, además, sin explorar los mecanismos de reembolso u otras formas de cooperación al interior del propio sistema.

Los agentes del sistema y la comunidad de sanitaristas suelen estar, en general, a la defensiva respecto de la judicialización, habla de la "industria del juicio" y soy consciente de que muchas veces la judicialización conduce a inequidades distributivas. Pero un punto a considerar es que muchas veces la judicialización de ciertos temas, como lo que decía de la cobertura de algunas prestaciones de discapacidad, no es más que el síntoma de que el sistema funciona mal, que no puede retener y resolver el conflicto por canales internos adecuados antes de que vaya a la instancia judicial. Una norma aclaratoria del nomenclador básico de discapacidad ajustado a la interpretación de los tribunales, por



ejemplo, evitaría muchísimos juicios. También se evitarían, si existiera un sistema de reclamo administrativo adecuado y efectivo.

### **Incidencia de los fallos en las políticas públicas**

#### **Otro tema que nos interesa conversar es respecto a las competencias y el alcance de la Corte para modificar enfoques de políticas, de normativa.**

VA: Yo creo que lo ideal sería que, si la Corte o los tribunales superiores de una provincia fijan una interpretación consistente sobre el alcance de una obligación legal de prestación o de cobertura, eso debería tener un efecto hacia el resto del sistema. Pero no está funcionando así. La sensación que tengo es que las mismas discusiones se repiten porque funciona un poco como te decía, que todos se ajustan al litigio individual sin cambiar las reglas ni las políticas. Se ritualizan las acciones de amparo, es como un ritual forzado como camino para acceder a ciertas prestaciones.

#### **De la presentación de la tutela para acceder a la prestación que te niegan.**

VA: Sería como una doble ventanilla: por un lado, está la cobertura común y, por otro, la cobertura que se recibe por la vía del amparo. Es un sistema dual. Entonces vos sabés que no todo el mundo al que se le niegue la prestación va a judicializar. Porque no todo el mundo va a tener la información, las redes, el contacto, el dinero y el tiempo para ir a un abogado y presentar un juicio. Lo que falla es la autoridad rectora sanitaria, que debería adecuar el sistema, el PMO, el nomenclador, el sistema de reembolso, para que las obligaciones establecidas en la legislación y en los términos en que son interpretadas por la justicia, de modo consistente al menos, con una jurisprudencia consolidada, incluso de la Corte Suprema, se impongan sin necesidad de que haya que litigar. Reducir la incertidumbre sobre el alcance de las prestaciones ayuda a limitar la judicialización.

#### **Claro, tal como el caso de la Corte en Colombia en la que resuelve y exige medidas estructurales al Estado. Son un tipo de sentencias que ordena al Ejecutivo a modificar aspectos como las diferencias existentes entre el plan subsidiario y el contributivo. A la vez este tipo de sentencias instalan el debate acerca de la existencia de dos sistemas paralelos muy desiguales. Pensando en acciones, ¿qué actores son los que habría que convocar para pensar cómo la judicialización puede ser aprovechada en términos de cambio de enfoque de la política o de reforma del sistema en nuestro país?**

VA: En algunos casos funciona. En algunos casos, el Poder Judicial puede funcionar para eso y en otros no. En Colombia, funcionó en salud porque tenía cientos de expedientes de tutelas individuales y la Corte decidió tomarlos y unificarlos en un caso colectivo. En ese caso identificó varios problemas sistémicos que habían sido planteados en esas tutelas individuales, y los examinó como un "estado de cosas violatorio de la Constitución". En nuestro país, también hay ejemplo de acciones de salud de naturaleza colectiva. En los 90, con todo el tema de VIH hubo una serie de casos para exigir el diagnóstico y el tratamiento de cócteles contra

el VIH; a partir del caso Benghalensis<sup>3</sup> hasta que se sancionó la ley que estableció la cobertura. También hubo casos referidos a la implementación concreta de la ley de sida en el nivel nacional y en las provincias.

Otro caso que impactó en el sistema fue el caso F.A.L.<sup>4</sup> sobre el aborto no punible. Un caso individual, pero la Corte dispuso un remedio o una orden de alcance colectivo que sirvió además como un mensaje al sistema de salud de no judicializar los abortos en ciertos supuestos en que no eran delito. También son casos que tienen efectos generales los de la cobertura de aceite de cannabis en los que se definen las pautas para el autocultivo para la fabricación de aceite, y que acompañan la normativa que se dictó al respecto.

#### **¿Y son de cobertura, no? Pensando en términos de aspectos estructurales del sistema como el principio de solidaridad.**

VA: Sí, son en su mayoría casos de cobertura o en los que está en juego el derecho de acceso a prestaciones de salud. Pero hay algunos sobre regulación de privados, por ejemplo, aquellos casos en que los tribunales van precisando una interpretación de la ley de medicina privada, ya sea sobre impugnaciones de aumentos de cuotas, o de cuotas adicionales por enfermedad preexistente o por franja etaria, lo que se encuentra regulado en esa normativa como garantía contra el trato discriminatorio a los afiliados o usuarios. Pero los casos pueden incidir sobre el sistema de salud de muchas maneras. A veces hay casos individuales que sirven para fijar pautas sobre un tema novedoso. Pero si se presentan muchos casos individuales sobre un tema, los tribunales no pueden transformar esos casos individuales en una acción colectiva, como hace la Corte Constitucional de Colombia.

*El entrevistado no manifiesta conflictos de interés.*

**Víctor Abramovich.** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho Internacional, Escuela de Derecho de Washington de la American University. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2001/2005), miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (2006/2009), y Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur, (2010/2014). Desde octubre de 2015 se desempeña como Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es titular del Área de Competencia Múltiple I que se encarga principalmente de asuntos constitucionales relativos al derecho del trabajo, salud, seguridad social y derecho privado. Asimismo, el área actúa en el ámbito de la causa CSJ 1569/2004/(40-M)/CS "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)" representando a la Procuración General de la Nación en el proceso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

#### **María José Luzuriaga.**

Doctora en Salud Colectiva. Instituto de Justicia y Derechos Humanos/Universidad Nacional de Lanús, Red Argentina de Investigadoras e Investigadores de Salud (RAIS).

#### **Marina Gabriela Zunino.**

Doctora en Salud Pública. Instituto de Justicia y Derechos Humanos/Universidad Nacional de Lanús. Instituto de Estudios Sociales en Contextos de Desigualdades/Universidad Nacional de José C. Paz. Red Argentina de Investigadoras e Investigadores de Salud (RAIS).

<sup>3</sup> Corte Suprema, "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo ley 16.688", dictamen del Procurador General de la Nación del 22/02/1999, decisión de la Corte del 01/06/2000.

<sup>4</sup> En el caso "A. F. s/medida autosatisfactiva", la Corte Suprema, por unanimidad y por el voto conjunto del presidente Lorenzetti, de la vicepresidente Highton de Nolasco y de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni, y por los votos individuales

de los jueces Petracchi y Argibay, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010, autorizara la realización de la práctica de aborto respecto de la joven A.G., de 15 años, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. De esta manera, rechazó el recurso extraordinario que, en representación del nasciturus, interpusiera el Asesor General Subrogante de la provincia de Chubut.