

Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina

Litigation and the right to health in Argentina

Litígio judicial e o direito à saúde na Argentina

Verónica Gotlieb ¹

Natalia Yavich ¹

Ernesto Báscolo ¹

Resumen

El propósito de este trabajo es explorar el perfil del litigio por el acceso a la atención de la salud, tramitado ante la Corte Suprema de Justicia Argentina, y reflexionar sobre su potencial para influir sobre la equidad y el derecho a la salud, en el marco de un proceso de crecimiento de la judicialización. Se llevó a cabo un análisis documental de 125 litigios con sentencias dictadas entre 1994 y 2013. Se observó una preeminencia de la reclamación individual (88% reclamantes personas físicas individuales), y de reclamantes afiliados a la seguridad social o a seguros privados (64%), con un esquema típico del derecho privado (87% reclama cobertura de un servicio médico). El 75% de los fallos ordenaron brindar los servicios de salud reclamados, sin visibilizar los fallos del sistema de salud, ni ordenar acciones para promover la equidad y garantizar el derecho a la salud, que alcancen a otras personas sometidas a la misma situación que el reclamante. La judicialización, hasta el momento, no está promoviendo activamente la equidad, el derecho a la salud y el diálogo interinstitucional.

Jurisprudencia; Derecho a la Salud; Equidad en Salud

¹ Centro de Estudios Interdisciplinarios, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina.

Correspondencia

V. Gotlieb
Centro de Estudios Interdisciplinarios,
Universidad Nacional de Rosario.
Montevideo 2450 8 B, Rosario,
Santa Fe – 2000, Argentina.
vgotlieb@fibertel.com.ar

Introducción

Durante las últimas décadas el protagonismo judicial ha ido en aumento en América Latina ¹. Se sostiene que ha conducido a una judicialización de la política, en tanto que distintos actores sociales comenzaron a advertir esta vía como una alternativa al sistema político para exigir el respeto de los derechos humanos ^{2,3}. En Argentina, este fenómeno tomó un impulso adicional, fruto del precedente marcado por una gran mayoría de fallos a favor de los demandantes y la reforma constitucional de 1994, que incorporó con jerarquía constitucional declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, integrando al ordenamiento normativo interno los derechos sociales, económicos y culturales, entre ellos el derecho a la salud ⁴.

La judicialización de la salud y sus efectos han sido ampliamente abordados en países desarrollados ^{5,6,7} y en varios países latinoamericanos como Brasil ^{8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18,19,20,21,22}, Colombia ^{2,21,23} y Costa Rica ^{21,24}. En contraste, su estudio en Argentina se encuentra en una etapa incipiente ^{4,25,26,27,28,29}. Hasta ahora, los estudios han caracterizado al litigio por acceso a la atención de la salud por la preeminencia de la reclamación individual, de derecho privado, con tendencia a convertir las reclamaciones en procesos rutinarios, por la resolución favorable de casos puntuales y la ausencia de un análisis crítico sobre los fallos del sistema de salud y sus reglas de juego. En este marco, se estima que el litigio en Argentina tendría una escasa capacidad para reducir las inequidades en salud, pero sus efectos son inciertos ^{4,28}.

Distintos autores ^{30,31} han señalado la intervención judicial como un ámbito propicio para que los jueces puedan colaborar en el proceso de toma de decisiones de los otros poderes, ampliando la participación democrática o generando espacios de debate y diálogo inter-institucional. El Poder Judicial desempeñaría una función dialógica, promoviendo la vigencia de los derechos, instando a los otros poderes a identificar los fallos del sistema y definición de mecanismos para garantizar el derecho a la salud.

Argentina es un país de organización federal, cuyo sistema de salud se estructura a partir de tres sub-sistemas: el público (financiado y provisto por estructuras nacionales, provinciales y municipales), el privado (organizado a través de entidades de medicina prepaga) y la seguridad social (financiado por obras sociales sindicales, provinciales y nacionales y provisto por efectores propios o del sector privado). Dentro del mismo existen fuertes inequidades, fruto de la debilidad de la función de rectoría de las autoridades sa-

nitarias, y la profunda segmentación y fragmentación, asociadas con una cobertura diferencial, según condición socioeconómica y contributiva, y desiguales condiciones de acceso a los servicios de salud ³².

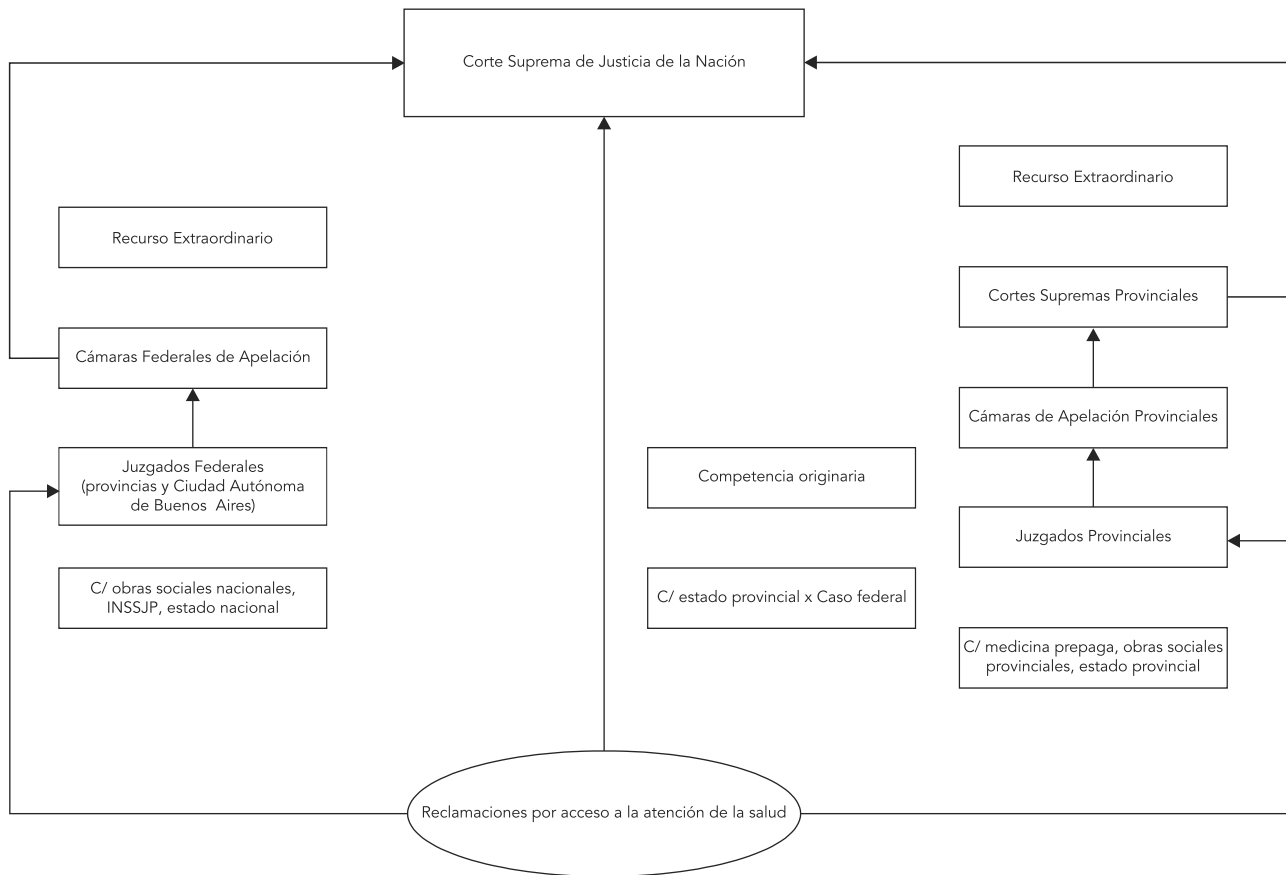
La fragmentación y segmentación se replican en el sistema jurídico. Si bien el derecho a la salud tiene reconocimiento constitucional en el propio articulado de la *Constitución Nacional*, y por la vía de la incorporación con jerarquía constitucional de distintos tratados internacionales de derechos humanos, Argentina no tiene sancionada una ley general de salud, sino que regulan el sistema de salud distintas normas nacionales, provinciales y municipales. Este plexo normativo establece responsabilidades diversas en la cobertura de las necesidades sanitarias de la población. Por ejemplo, la *Ley nº 23.660* ³³ sólo regula el comportamiento de una parte de las entidades de la seguridad social, y contempla la posibilidad de una adhesión voluntaria a su régimen de otras entidades de la seguridad social; las *Leyes nº 22.431* ³⁴, *24.901* ³⁵ y *26.378* ³⁶ legislan específicamente sobre la cobertura integral de salud para las personas con discapacidad de cualquiera de los tres sub-sectores; y la *Ley nº 24.754* ³⁷ regula la obligatoriedad del Programa Médico Obligatorio (PMO) ³⁸ para el sector privado. El PMO constituye la canasta prestacional mínima de cobertura obligatoria para los sub-sistemas privado y de la seguridad social, establecida mediante una resolución del Ministerio de Salud de la Nación.

Este trabajo tiene como propósito explorar el perfil del litigio por acceso a la atención de la salud, tramitado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y su potencial para influir sobre las problemáticas que determinan la inequidad del sistema de salud argentino. La Corte constituye la máxima instancia del sistema judicial del país y recibe litigios de todo el país. Su intervención puede producirse por vía del recurso extraordinario o competencia originaria. El primer escenario trata de casos que involucran la interpretación de normas federales y/o la vulneración de un derecho constitucional; el expediente llega a la Corte tras haber transitado instancias judiciales previas ante tribunales federales o provinciales. El segundo escenario corresponde a casos en que una provincia es parte en el juicio, lo cual inhabilita la actuación de sus tribunales y, por lo tanto, se requiere la actuación de la Corte como tribunal de primera instancia (Figura 1).

Sus sentencias constituyen la última palabra autorizada del sistema judicial, operando como precedente para futuros fallos de todos los tribunales del país. La Corte y el litigio por acceso a la atención de la salud articulan en el campo

Figura 1

Flujograma del sistema judicial argentino en reclamaciones por el acceso a la atención de la salud.



INSSJP: Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

jurídico distintas instituciones y prácticas a través de las cuales se produce, interpreta e incorpora el derecho en el proceso de toma de decisiones de la sociedad ³⁹. En este marco sus sentencias revelan los actores jurídicos y sociales, y las disputas que intervienen en el litigio al interior y exterior del campo jurídico ⁴⁰.

Método

Se llevó a cabo un análisis documental de sentencias judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina sobre acceso a la atención de la salud dictadas entre 1994 y 2013. Por acceso a la atención de la salud nos referimos a la capacidad de utilizar servicios de salud integrales, adecuados, oportunos y de calidad, en el momento en que se necesitan ⁴¹. Los pro-

motores de los litigios son personas jurídicas o físicas, individuales o colectivas, que reclaman al Estado y/o a una organización privada o de la seguridad social el acceso a una práctica o tratamiento, cuya prestación y/o cobertura les habría sido negado.

Los procedimientos para llevar a cabo un análisis documental son: la búsqueda de material, la selección de material, su organización y síntesis ⁴². A continuación se describen estos procedimientos.

Se realizó una búsqueda electrónica en el sitio web de la Corte ⁴³. El recorte temporal responde a que 1994 es el año a partir del cual la Corte publica todas sus sentencias. Para rastrear las sentencias se ingresaron en el formulario simple de búsqueda los términos "derecho a la salud", "obras sociales", "medicina prepaga", "programa médico obligatorio", "medicamentos",

“discapacidad”, “derechos de incidencia colectiva” y “fertilización asistida” como frase exacta. Asimismo, se ingresó el término “derecho a la salud” usando el formulario de búsqueda avanzada (vigente para las sentencias dictadas a partir del 1º de febrero de 2012). Los términos fueron contruidos a partir de la exploración de los descriptores vigentes a partir de 2012. Los términos “salud” y “enfermedad” no se utilizaron, debido a la baja especificidad de las sentencias captadas (tales como litigios por enfermedades profesionales, inculpables o accidentes).

La búsqueda fue ampliada mediante la revisión de: (a) el Boletín de Jurisprudencia sobre derecho a la salud publicado por la Corte ⁴⁴ que contiene una selección de 45 fallos sobre derecho a la salud dictados entre 1887 y 2011, (b) el primer *Tratado de Derecho a la Salud* que contiene reseña de 151 sentencias sobre derecho a la salud ²⁹ y (c) la base de datos de sentencias de la *Revista La Ley* (<http://www.laleyonline.com.ar>, accedido el 21/Ene/2014).

Del conjunto de sentencias obtenidas se seleccionaron aquellas que se referían al acceso a la atención de la salud como pretensión principal del reclamante y aquellas en que el acceso constituyó uno de los temas debatidos o argumentos vertidos por alguna de las partes o los jueces. Se excluyeron las sentencias sobre derecho a la salud que no involucrasen como discusión central el acceso a la atención de la salud, como sentencias sobre aborto no punible.

Sólo se analizaron las sentencias de la Corte, debido a la inexistencia de una base de datos nacional de sentencias de primera y segunda instancia a través de la cual sea posible identificar litigios y sentencias vinculados al acceso a la atención de la salud.

Las sentencias fueron abordadas a través de un análisis de contenido temático y frecuencial ⁴⁵. Se definieron categorías analíticas que fueron exploradas a través de medidas cuantitativas (estadísticas basadas en el recuento de unidades) y cualitativas (análisis de significado mediante la interpretación del texto a partir de la identificación de dimensiones conceptuales). Las categorías utilizadas fueron: (1) magnitud del litigio por acceso a la atención de la salud tramitado ante la Corte, (2) características procesales del litigio, (3) actores jurídicos participantes del litigio, (4) tipo de reclamaciones promovidas a través de los litigios y (5) respuesta de la Corte ante el litigio. La categoría 1 es abordada a través del análisis frecuencial. Las categorías 2 a 5 son exploradas a través del análisis temático y frecuencial.

La definición de las categorías partió del marco analítico propuesto por Gloppen ⁷, quien distingue diferentes fases en los procesos de liti-

gación: la generación de la reclamación, la decisión judicial, la implementación y los resultados en la sociedad. Nuestro trabajo se centra en la generación de la reclamación (los actores involucrados, las características de la reclamación, la pretensión, el modo en que se promueve y su fundamento normativo) y la decisión judicial.

Este estudio fue llevado a cabo en el marco de la investigación desarrollada para la tesis de doctorado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina) de uno de los autores de este trabajo.

Resultados

Fueron identificadas 125 sentencias: 84 captadas en el sitio *web* de la Corte, 13 en el Boletín de Jurisprudencia sobre derecho a la salud, 26 en el cuadro de jurisprudencia del tratado de derecho a la salud y 2 en la base de datos de la *Revista La Ley* (<http://www.laleyonline.com.ar>, accedido el 21/Ene/2014). Entre 1994 y 1997 no se identificaron sentencias. A continuación se describen los datos relativos a la categoría “magnitud del litigio por acceso a la atención de la salud tramitado ante la Corte”. Las primeras sentencias fueron las dictadas en 1998 (3 sentencias). Durante esos 26 años (1998 a 2013) se dictaron en promedio 8 sentencias por año. Entre 2003 y 2006 se dictaron el 48% de las sentencias. Excluidos estos años de alta actividad, entre 1998 y 2013 los mínimos y máximos anuales de producción de sentencias fueron de 3 y 11 respectivamente.

El 87% de los casos fueron promovidos como amparos, proceso con rango constitucional caracterizado como expedito y rápido, previsto para la tutela de derechos vulnerados por actos u omisiones públicos o privados. Las reclamaciones fueron promovidas por personas físicas individuales en el 88% de los casos, la mitad personas con discapacidad, con una adscripción a la seguridad social y la medicina prepaga en un 64% de los casos (Tabla 1).

Los datos indican que el 87% de las reclamaciones promovidas a través de los litigios gira en torno a la reclamación de cobertura prestacional, y que una cuarta parte de las mismas reclamaba la cobertura de prestaciones del PMO (20 litigios) (Tabla 1). 6 de las 20 reclamaciones fueron promovidas por o contra entidades de medicina prepaga que discutieron la obligatoriedad del cumplimiento del PMO por esas entidades del sector de seguros privados. Los otros 14 litigios fueron promovidos contra obras sociales (12 casos), el Ministerio de Salud de la Nación (1 caso) y una entidad de medicina prepaga (1 caso). En estos casos se discutió la interpretación

Tabla 1

Características procesales del litigio, actores jurídicos participantes, reclamación y decisión de la Corte Suprema de Justicia (n = 125).

Variables	Casos	
	%	n
Características procesales del litigio		
Trámite procesal del juicio		
Amparo	87,0	109
Juicio ordinario	7,0	9
Otros	6,0	7
Total	100,0	125
Actores jurídicos participantes del litigio		
Parte actora		
Persona física individual	88,0	110
Procesos colectivos: ONG, Defensor del Pueblo	7,0	9
Otros actores individuales	5,0	6
Total	100,0	125
Personas físicas individuales con discapacidad *	49,0	54
Personas físicas individuales con otras problemáticas de salud	51,0	56
Total	100,0	110
Parte demandada		
Obras sociales (provinciales, sindicales y otras) y INSSJP	26,0	33
Estado varios niveles (nacional y/o provincial y/o municipal)	21,0	26
Obras sociales (provinciales, sindicales y otras) y INSSJP + Estado	18,0	23
Estado un solo nivel (nacional, provincial o municipal)	15,0	19
Entidades de medicina prepaga	15,0	19
Entidades de medicina prepaga + Estado	2,0	2
Otros	3,0	3
Total	100,0	125
Tipos de reclamación promovidas a través de los litigios		
Pretensión parte actora		
Cobertura prestacional **	87,0	109
Salud pública o colectiva ***	4,0	5
Derecho a la alimentación	3,0	4
Otros	6,0	7
Total	100,0	125
Cobertura prestacional para personas con discapacidad	47,0	51
Otros pedidos de cobertura prestacional	53,0	58
Total	100,0	109
Respuesta de la Corte ante el litigio		
Resolución del caso		
Favorable al acceso a la atención de la salud	75,0	94
Desfavorable al acceso a la atención de la salud	25,0	31
Total	100,0	125
Resolución desfavorable		
Por motivos de fondo	6,5	8
Por cuestiones procesales	18,5	23
Total	25,0	31

INSSJP: Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

* Se refiere a que el reclamante es una persona con discapacidad;

** Se refiere a la reclamación por atención médica, vinculada a la provisión de bienes o servicios de salud: tratamientos médicos, medicamentos, prótesis, etc.;

*** Se refiere a las reclamaciones vinculadas a la salud de grupos poblacionales en general, sin reclamación de provisión concreta de bienes o servicios de salud.

de las prestaciones de salud cubiertas y excluidas por el PMO.

Las reclamaciones de cobertura de prestaciones de salud se amparan mayoritariamente en el derecho constitucional a la salud, respaldado por leyes, decretos y tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Argentina. El PMO fue conceptualizado, tanto por la Corte como por los reclamantes, como una norma de jerarquía inferior que debe ser interpretada y aplicada en consonancia con la norma superior constitucional, teniendo en miras el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud. Este marco normativo ubica al derecho a la salud como un derecho social directamente operativo y exigible, tanto respecto a los prestadores privados como al Estado.

En los litigios que discutieron la obligatoriedad del PMO para las entidades privadas, la Corte declaró la constitucionalidad de la *Ley n° 24.754*³⁷ que equiparó en obligaciones de cobertura a las prepagas o seguros privados de salud, incluyendo las entidades de la economía social (mutuales), y obras sociales (seguridad social). También, con fundamento en la misma norma y en otras leyes aplicables, estableció una concepción dinámica del PMO, declarando que el mismo incluía las prestaciones básicas para las personas con discapacidad. De esta forma, la Corte respaldó las decisiones políticas que se plasmaron en las *Leyes n° 24.754*³⁷ sobre obligatoriedad del PMO para las entidades de medicina prepaga y *24.901*³⁵ sobre prestaciones básicas para personas con discapacidad.

En los litigios que discutieron la interpretación y aplicación del PMO no hubo una clara tendencia en las sentencias. La Corte amplió o restringió la cobertura haciendo referencia a la protección del derecho a la salud o al principio de interpretación del derecho a favor del hombre (*pro homine*), aplicado a los distintos casos. Las sentencias no instituyeron un fuerte precedente respecto a la interpretación del PMO. El debate en términos generales sobre cobertura y excepciones a las normas de cobertura fue propuesto en algunos casos por la minoría de la Corte, pero no fue aceptado por la mayoría.

De las 109 reclamaciones promovidas por cobertura prestacional, 23 sentencias discutieron la obligatoriedad y extensión de las prestaciones para personas con discapacidad, previstas en la legislación vigente. 18 casos discutieron la obligatoriedad de brindar dichas prestaciones y 5 casos discutieron el contenido de las prestaciones. Todos los litigios fueron promovidos por personas físicas individuales, fundados en normas legales y constitucionales (incluyendo tratados internacionales de derechos humanos).

Los 18 litigios sobre la obligatoriedad de brindar prestaciones para personas con discapacidad fueron promovidos mayoritariamente contra entidades de medicina prepaga (3) y obras sociales no adheridas a la *Ley n° 23.660*³³ (3 fuerzas armadas, 3 obras sociales provinciales, 3 otras obras sociales). En ambos casos existía un vacío legal y/o normas poco claras sobre su responsabilidad en la cobertura de dichas prestaciones. El resto de los litigios (6), promovidos contra el Estado, debatieron la responsabilidad de los distintos niveles estatales en la cobertura de las prestaciones de salud para las personas con discapacidad.

La Corte resolvió por la obligación de cobertura de las prepagas y obras sociales no adheridas a la *Ley n° 23.660*³³ en 11 sobre 12 casos. En el caso de las prepagas bajo un argumento normativo (*Ley n° 24.754*³⁷) se las obliga a brindar la cobertura equiparándolas con las obras sociales. Para las obras sociales no adheridas a la *Ley n° 23.660*³³ la decisión judicial se funda en principios constitucionales -el interés superior del niño, la protección de la discapacidad-, considerados de superior jerarquía a la normativa que posibilita la no adhesión de ciertas obras sociales al régimen protectorio. En cuanto a la obligación de cobertura estatal, la Corte estableció la obligatoriedad del Estado Nacional de garantizar el derecho a la salud, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones sub-nacionales y las demás entidades privadas o de la seguridad social. Asigna además al Estado Nacional un rol de garante subsidiario, con fundamento en distintos pactos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁶; cláusula federal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁷).

5 litigios cuestionaron la integralidad de la cobertura de las prestaciones previstas por la normativa vigente para las personas con discapacidad. La Corte dictaminó a favor de 3 demandantes, sin establecer criterios generales o líneas argumentativas que puedan alimentar futuras reclamaciones.

27 sentencias se ocuparon de la responsabilidad directa o subsidiaria del Estado. El Estado Nacional fue demandado en 23 de estos casos. La discusión central se plantea sobre la concurrencia de responsabilidad entre el Estado Nacional y los Estados provinciales, las obras sociales y las prepagas. En la mayor parte de los casos la reclamación principal consistió en prestaciones para personas con discapacidad. También se identificaron en esta dimensión los litigios colectivos e individuales por la cobertura de tratamientos de VIH/SIDA.

La Corte estableció la responsabilidad del Estado Nacional como garante subsidiario del derecho a la salud. No obstante, algunos de los casos analizados para las combinaciones Estado Nacional -obras sociales y Estado Nacional- prepagas plantearon un debate judicial no tomado por la Corte en su sentencia definitiva: la responsabilidad subsidiaria del Estado sólo en casos de población sin cobertura explícita privada o de seguridad social, o en cualquier caso (6 casos), y la definición del responsable (la entidad de medicina prepaga, el enfermo o el Estado) de las prestaciones excluidas de la cobertura de la medicina prepaga, pero que resultan necesarias para la efectiva vigencia del derecho a la salud (3 casos). En la primera discusión la Corte no entró en el debate por considerarlo conjetural. En el segundo tema, impuso la cobertura a la prepaga, descartando de plano la posibilidad de gravar al enfermo, pero sin entrar en la discusión sobre la posible responsabilidad del Estado.

Entre 2000 y 2011 el Estado Nacional niega sistemáticamente la responsabilidad directa del nivel central en las prestaciones demandadas. En una primera etapa el planteamiento de irresponsabilidad se fundamenta en que la actuación del Estado Nacional es solamente subsidiaria ante los obligados primarios (provincias, obras sociales y prepagas) y en algunos casos incluso indica que la responsabilidad subsidiaria sólo rige para personas sin cobertura, pero no respecto a todos los habitantes. En una segunda etapa, el Estado fortalece este argumento, enfatizando su rol de "coordinación y rectoría".

El acceso a la atención de la salud fue ordenado por la Corte en el 75% de los casos (Tabla 1).

Discusión

El litigio por acceso a la atención de la salud tramitado ante la Corte se caracteriza por la preeminencia de la reclamación individual -con un esquema típico del derecho privado, en tanto los litigantes, en su gran mayoría, solamente litigan para obtener la cobertura de un servicio médico que les fue negado por su proveedor o financiador. Los juicios, generalmente entablados como amparos para ser reconocidos como urgencias que requieren ser atendidas mediante un proceso rápido, se promueven principalmente contra obras sociales y entidades de medicina prepaga, y en menor medida contra el Estado en sus distintos niveles jurisdiccionales. Las sentencias dan cuenta de un elevado nivel de éxito para los reclamantes, pero circunscripto al objeto de la reclamación, sin incorporar consideraciones adicionales que pudieran beneficiar a otros in-

dividuos afectados por las fallas o deficiencias del sistema de salud que la judicialización revela.

La comparación de estos hallazgos, con aquellos derivados de estudios del litigio en primera instancia, indica que ambas instancias comparten los mismos patrones de litigio⁴. Ello indica que tanto en primera, como en segunda instancia, se consolida una línea jurisprudencial promotora del derecho a la salud de los reclamantes, comprometida con la provisión efectiva de atención de la salud para quienes llegan al litigio, imponiendo vertical y horizontalmente obligaciones de cumplimiento del derecho a los distintos sub-sectores y niveles del sistema de salud, pero que limitada a la resolución del caso concreto no abre el debate sobre las debilidades o fallos del sistema de salud y/o brinda una plataforma para su extrapolación a otras poblaciones o para el diseño e implementación de políticas públicas de salud.

El litigio ante la Corte operaría entonces como una caja de resonancia de los tribunales de primera instancia, retroalimentando a su vez los patrones litigiosos descriptos. En efecto, siendo que la Corte pronuncia la última palabra del sistema judicial argentino, es posible suponer que su impronta en la resolución de los litigios marca la respuesta de los tribunales inferiores, limitando el potencial de la judicialización.

Mientras que otros temas vinculados a la salud, como la contaminación del Riachuelo o el aborto no punible, adquirieron notoriedad y presencia pública a través de la intervención de la Corte, que usó recursos como las audiencias públicas en el trámite de las respectivas causas, el acceso a la atención de la salud no ha logrado provocar una intervención judicial más afín a un modelo dialógico^{31,48}, con el dictado de sentencias que podrían, aún a partir de casos individuales, generar discusiones sobre la situación de un colectivo o motorizar reformas estructurales^{30,49}. Los fallos evitan mayormente el debate y el cuestionamiento directo de las políticas públicas de salud.

La Corte reconoce un estándar mínimo de protección del derecho a la salud, pero reserva a los Poderes Legislativo y Ejecutivo el diseño e implementación de políticas públicas de salud, quedando en la órbita del Poder Judicial exclusivamente resolver los litigios en lo concerniente a la provisión de servicios en el caso concreto, máxime cuando se trata de casos urgentes. De esta forma, la Corte, hasta el momento, se auto-limita y no opta por otro tipo de intervención judicial que, sin vulnerar la división de poderes, pudiera jugar un rol de mayor incidencia en las políticas públicas de salud.

Las sentencias analizadas muestran una tendencia garantista, respecto a la vigencia del dere-

cho a la salud en el caso concreto, pero sin avanzar hacia otro tipo de definiciones sobre políticas públicas. Esto se advierte fundamentalmente en las sentencias dictadas sobre la cobertura obligatoria del PMO y la cobertura básica para personas con discapacidad. En ambos casos la Corte sienta importantes precedentes en la ampliación de obligaciones de las entidades de medicina prepaga y obras sociales, pero cuando se trata de la interpretación y aplicación del PMO, o de la concreta realización del derecho a la salud de las personas con discapacidad, se torna más dificultoso detectar directrices o estándares jurisprudenciales. Pareciera que la Corte se plantea un límite en la protección del derecho individual judicializado, restringiendo la fijación de criterios que pudieran entrar en conflicto con los otros poderes.

En consonancia con esta posición, el estándar protectorio establecido por la Corte promueve una ampliación de la cobertura para los afiliados a la seguridad social y la medicina privada, pero no entra en la discusión sobre la cobertura esencial que debería brindar el Estado, la universalidad de la política pública de salud, el rol del Estado Nacional en la rectoría, coordinación, articulación del sistema de salud, y la definición de la incorporación de tecnologías sanitarias. Estos debates hubieran sido posibles en algunos de los casos estudiados, sin embargo, el tribunal no aceptó las propuestas de debate de la minoría, por ejemplo, respecto a cómo opera la responsabilidad subsidiaria del Estado en la provisión de los servicios de salud, o cómo se definen las inclusiones y exclusiones de la cobertura de salud obligatoria.

Por otro lado, el acceso a la atención de la salud tampoco ha generado litigios colectivos o estructurales, cuyas sentencias pudieran involucrar a grupos más numerosos de personas, afectar recursos públicos e impactar en el diseño o implementación de políticas públicas⁴⁹. Este tipo de litigios, además de lograr como efecto directo la provisión de un bien o servicio de salud, pueden generar efectos indirectos en las políticas de salud vigentes o contribuir en la conformación de actores con pretensiones de incidir en la problemática de salud pública. La judicialización, asimismo, puede tener efectos simbólicos, directos o indirectos, contribuyendo a que el sistema de salud argentino ingrese en la agenda pública, promoviendo el debate público y la posibilidad de reformas estructurales^{30,49,50}.

La ausencia de procesos colectivos o estructurales por el acceso a la atención de la salud podría estar reflejando cierta debilidad de la movilización social, en referencia a temáticas de salud pública o colectiva. Nuestros resultados muestran que los litigios promovidos por actores colectivos son escasos, al tiempo que aún las personas con discapacidad, litigantes vinculados a organizaciones de la sociedad civil, con importantes antecedentes de movilización social y por tanto posibles promotores de procesos colectivos, plantean mayoritariamente pleitos limitados a la reclamación por la provisión de bienes o servicios de salud. La reiteración de reclamaciones no promueve una atención de la salud más equitativa, ni evita nuevos juicios⁵¹. Las sentencias aportan al cumplimiento del derecho, pero no inciden profundamente en el sistema de salud, de modo tal que quienes acceden a la tutela judicial logran un tipo de prestaciones, y los que no acuden a los tribunales reciben otro tipo de prestaciones³⁰.

Es posible presumir que la limitación del litigio a la reclamación individual por la provisión de bienes o servicios de salud esté generando dificultades para el surgimiento de otro perfil de litigio, de derecho público o de interés público, más afín con los derechos colectivos, al estilo del caso por la contaminación del Riachuelo, cuyo potencial transformador ha sido destacado^{28,30,48}. La Corte, dada la promoción de este tipo de litigios y atendiendo a sus precedentes, podría jugar un rol de mayor incidencia en la política pública de salud.

Consideraciones finales

Hasta el momento la judicialización se ha limitado a operar como una válvula de escape protectoria de los derechos individuales, pero sin demasiada incidencia en las políticas públicas de salud. En este sentido, mientras el litigio por acceso a la atención de la salud mantenga su actual patrón individualista, difícilmente podrá desarrollar todo su potencial para garantizar el efectivo respeto por el derecho a la salud.

Sin embargo, es posible presumir que si la demanda individual se transformara en demanda colectiva, el litigio podría ocupar, en el futuro, un rol promotor del acceso equitativo a la atención de la salud. En este caso, según algunos de sus precedentes, podría esperarse otro tipo de intervención judicial por parte de la Corte, de corte más dialógico, promotora del debate democrático y el diálogo inter-institucional.

Colaboradores

V. Gotlieb participó de la redacción del artículo, recolección, procesamiento y análisis de datos. N. Yavich colaboró en el diseño de la estructura del artículo y abordaje metodológico, análisis de datos y redacción del artículo. E. Báscolo participó del diseño de la estructura del artículo, análisis de datos y sucesivas revisiones de la redacción del artículo.

Referencias

1. Santos BS. Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho. Bogotá: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; 2009.
2. Uprimny Yepes R. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos 2007; 4:52-69.
3. Sieder R, Schjolden L, Angell A. Introducción. In: Sieder R, Schjolden L, Angell A, editores. La judicialización de la política en América Latina. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2008. p. 11-35.
4. Bergallo P. Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la “rutinización” de los reclamos individuales de cobertura? In: Yamin AE, Gloppen S, editores. La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio? Buenos Aires: Siglo XXI; 2013. p. 59-95.
5. Comisión Internacional de Juristas. Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales – experiencias comparadas de justiciabilidad. Geneva: Comisión Internacional de Juristas; 2010. (Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, 2).

6. Langford M. Justicia en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* 2007; 6:99-133.
7. Gloppen S. Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health Hum Rights* 2008; 10:21-36.
8. Fleury S. Judicialização pode salvar o SUS. *Saúde Debate* 2012; 36:159-62.
9. Pepe VLE, Ventura M, Sant'ana JMB, Figueiredo TA, Souza VR, Simas L, et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2010; 26:461-71.
10. Borges DCL, Ugá MAD. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cad Saúde Pública* 2010; 26:59-69.
11. Alves DC, Bahia L, Barroso AF. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. *Cad Saúde Pública* 2009; 25:279-90.
12. Diniz D, Machado TRC, Penalva J. The judicialization of health in the Federal District of Brazil. *Ciênc Saúde Coletiva* 2014; 19:591-8.
13. Torronteguy MAA. A saúde nas barras da justiça: um estudo do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. *Rev Direito Sanit* 2010; 11:224-36.
14. Delduque MC, Marques SB, Romero LC. A saúde precisa de juízes epidemiologistas! *Saúde Debate* 2009; 33:80-7.
15. Romero LC. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em ações de medicamentos. *Rev Direito Sanit* 2010; 11:11-59.
16. Marques ORA, Melo MB, Santos APS. Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um tribunal da Região Sudeste. *Rev Direito Sanit* 2011; 12:41-66.
17. Canut L, Cademartori S. Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial. *Rev Direito Sanit* 2011; 12:9-40.
18. Liang Wang DW, Motta Ferraz OL. ¿Llegar a los más necesitados? El acceso a la justicia y el papel de los abogados públicos en litigios en materia de derecho a la salud en la ciudad de São Paulo. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* 2013; 10:169-91.
19. Ferraz OL. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health Hum Rights* 2009; 11:33-45.
20. Chieffi AL, Barata RB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad Saúde Pública* 2009; 25:1839-49.
21. Reveiz L, Chapman E, Torres R, Fitzgerald JF, Mendoza A, Bolis M, et al. Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura. *Rev Panam Salud Pública* 2013; 33:213-22.
22. Gomes FFC, Cherchiglia ML, Machado CD, Santos VC, Acurcio FA, Andrade EIG. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. *Cad Saúde Pública* 2014; 30:31-43.
23. Yamin AE, Parra-Vera O, Gianella C. Colombia: la protección judicial del derecho a la salud ¿Una promesa difícil de cumplir? In: Yamin AE, Gloppen S, editores. *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI; 2013. p. 127-57.
24. Wilson BM. Costa Rica: litigación en derechos vinculados con la salud. Causas y consecuencias. In: Yamin AE, Gloppen S, editores. *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI; 2013. p. 159-83.
25. Abramovich V, Pautassi L. El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud Colect* 2008; 4:261-82.
26. Clérico L, Scioscioli S. El derecho a la salud de las personas con discapacidad y el impacto del derecho constitucional internacionalizado en la regulación de las actividades de las prepagas: el caso “CEMIC”. *Jurisprudencia Argentina* 2008; II:439.
27. Clérico L. ¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 2010; 11:93-117.
28. Bergallo P. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: Gargarella R, editor. *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI; 2014. p. 245-91.
29. Clérico L, Ronconi L, Aldao M. *Tratado de derecho a la salud*. Tomos I, II y III. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 2013.
30. Abramovich V. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: Abramovich V, Pautassi L, editores. *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Del Puerto; 2009. p. 1-89.
31. Gargarella R. Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida. In: Yamin AE, Gloppen S, editores. *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI; 2013. p. 279-94.
32. Gomes-Temporão J, Faria M. Reformas de los sistemas de salud en Sudamérica: una oportunidad para UNASUR. *Rev Peru Med Exp Salud Pública* 2014; 31:740-6.
33. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley nº 23.660, de 29 de diciembre de 1988. *Ley de Obras Sociales*. Boletín Oficial 1989; 20 ene.
34. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley nº 22.431, de 16 de marzo de 1981. Boletín Oficial 1981; 20 mar.
35. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley nº 24.901, de 05 de noviembre de 1997. Boletín Oficial 1997; 5 dic.
36. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley nº 26.378 de 21 de mayo de 2008. Boletín Oficial 2008; 9 jun.
37. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley nº 24.754, de 28 de noviembre de 1996. Boletín Oficial 1997; 2 ene.

38. Ministerio de Salud de la Nación. Resolución nº 201, de 09 de abril de 2002. Programa Médico Obligatorio de Emergencia. Boletín Oficial 2002; 19 abr.
39. Dezalay I, Trubek D. La reestructuración global y el derecho: la internacionalización de los campos jurídicos y la creación de espacios transnacionales. *Revista Pensamiento Jurídico* 1994; 1:5-41.
40. Bourdieu P. La fuerza del derecho. In: Bourdieu P, editor. *Poder, derecho y clases sociales*. 2ª Ed. Bilbao: Desclée de Brouwer; 2001. p. 165-223.
41. Organización Panamericana de la Salud; Organización Mundial de la Salud. 53ª Consejo Directivo, 66ª Sesión del Comité Regional de la OMS para las Américas. Estrategia de acceso universal a la salud y cobertura universal de salud. http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=27273&Itemid=270&lang=es (accedido el 16/Ene/2015).
42. Bowen GA. Document analysis as a qualitative research method. *Qualitative Research Journal* 2009; 9:27-40.
43. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos completos. <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=iniciaConsulta> (accedido el 03/Ene/2013).
44. Secretaría de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Derecho a la salud*. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación; 2010.
45. Raigada JLP. Epistemología, metodología y técnicas del análisis de contenido. *Sociolinguistic Studies* 2002; 3:1-42.
46. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley nº 23.313, de 17 de abril de 1986. Boletín Oficial 1986; 13 may.
47. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Ley nº 23.054, de 01 de marzo de 1984. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Boletín Oficial 1984; 27 mar.
48. Gargarella R, Bergallo P. Presentación. In: Gargarella R, editor. *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI; 2014. p. 9-13.
49. Sigal M, Morales D, Rossi J. Algunas consideraciones iniciales sobre la implementación de sentencias de derechos sociales en Argentina. http://www.escri-net.org/sites/default/files/Morales,_Sigal_y_Rossi_-_Argentina_0_1.pdf (accedido el 13/Mar/2013).
50. Rodríguez Garavito C, Rodríguez Franco D. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: DeJusticia; 2010.
51. Acuña C, Bulit Goñi L. *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI; 2010.

Abstract

This article explores the characteristics of lawsuits for obtaining access to healthcare through the Argentine Supreme Court and reflects on the potential to influence health rights and equity in a context of growing litigation. An analysis of documents from 125 lawsuits with verdicts issued from 1994 to 2013 showed a majority of individual claims (88% of claimants were individual physical persons), and of claimants covered by social security or private insurance (64%) with typical private legal counsel (87% claiming coverage of a medical service). 75% of the verdicts simply ordered the provision of the claimed health services, without highlighting failures in the healthcare system or mandating measures to promote equity and guarantee the right to health for other persons subject to the same situation as the claimant. Thus far, litigation in health has failed to actively promote either health equity, the right to health, or inter-institutional dialogue.

Jurisprudence; Right to Health; Equity in Health

Resumo

O propósito deste trabalho é explorar o perfil do litígio pelo acesso à atenção da saúde tramitado ante a Suprema Corte de Justiça Argentina, e refletir sobre seu potencial para influir sobre a equidade e o direito à saúde, no marco de um processo de crescimento da judicialização. Levou-se a cabo uma análise documental de 125 litígios com sentenças ditadas entre 1994 e 2013. Observou-se uma preeminência do reclamo individual (88% dos reclamantes são pessoas físicas individuais), e de reclamantes filiados à segurança social ou a seguros privados (64%) com um esquema típico do direito privado (87% reclamam cobertura de um serviço médico). Os 75% das sentenças ordenaram brindar os serviços de saúde reclamados, sem dar visibilidade às falhas do sistema de saúde nem ordenar ações para promover a equidade e garantir o direito à saúde que atinjam a outras pessoas submetidas à mesma situação que o reclamante. A judicialização, até o momento, não promove ativamente a equidade, o direito à saúde e o diálogo interinstitucional.

Jurisprudência; Direito à Saúde; Equidade em Saúde

Recibido el 12/Ago/2014
 Versión final presentada el 08/Jun/2015
 Aprobado el 19/Jun/2015