

JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Jorgelina Álvarez¹

Carlos Thomas²

Los hechos. El avance incesante de las tecnologías médicas, entendiendo por estas a equipos, fármacos, dispositivos o procedimientos, es uno de los principales responsables del crecimiento sostenido del gasto en atención médica que en casi todos los países es superior al crecimiento de las economías.

Esta situación hace necesario, de modo imperioso, utilizar adecuadamente los recursos con el propósito de obtener con ellos los máximos beneficios posibles, en términos de salud, para la población que los genera y destina a ese fin.

Por otra parte, las personas, cada vez más informadas ya sea por los medios masivos de comunicación o por Internet, y también más concientes de sus derechos, no dudan en reclamar el acceso a la tecnología cuando estiman que es necesaria para mejorar su salud.

El reclamo llega hasta la justicia y el recurso de amparo es el mecanismo más utilizado. Hoy constituye un hecho habitual en nuestro país y, en general, en Latinoamérica. Mendoza no es la excepción.

El juez falla normalmente en salvaguarda de los derechos individuales de las personas y exige por este medio la provisión de la tecnología solicitada a los aseguradores. De este modo, asigna los recursos sin una visión del conjunto.

Los derechos. En la segunda mitad del siglo XIX, Otto von Bismark, canciller del Imperio Alemán, crea en 1883 el seguro para la atención de la salud de los trabajadores, con la legislación social más avanzada del momento y constituye el antecedente más importante de un Estado atendiendo colectivamente

¹ Farmacéutica. Min. de Salud Mendoza

² Médico. Instituto de Salud Pública y Gestión Sanitaria

problemas individuales de salud. Pero es con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y con el auge del “Estado de Bienestar”, cuando los países comienzan a incorporar a la salud como un problema social y no de los individuos. En muchos países surgen los sistemas nacionales de salud, como el emblemático National Health Service en el Reino Unido, financiado desde el Estado. En nuestro país se crea el Ministerio de Salud Pública y se multiplican los establecimientos sanitarios y las camas hospitalarias públicas. Concomitantemente crecen las Obras Sociales que con una alícuota del salario aportada por trabajadores y empleadores genera fondos que aseguran el acceso a la atención médica a sus afiliados. Es decir, el acceso a la atención médica pasó de ser un problema individual, muchas veces auxiliado por entidades de caridad, a ser un problema de la sociedad en su conjunto financiado a través de aportes personales a aseguradores públicos o privados o a través de rentas generales.

Nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994 garantiza en el artículo n°42 el derecho a la salud y en el artículo n°43 la facultad de interponer un recurso de amparo cuando este derecho sea negado. En realidad, el derecho a la salud es mucho más que el derecho a la atención médica. La salud de las personas está íntimamente relacionada con el estilo de vida, el ambiente, la educación, el trabajo, es decir con casi todas actividades del hombre, tanto o más que con la atención médica (Dever, 1970). Sin embargo, el reclamo vía judicial se centra primordialmente en el acceso a la atención médica y no, por ejemplo, a la demanda de agua potable, de tratamiento adecuado de la basura domiciliaria, por la contaminación ambiental o el ordenamiento del tránsito, aunque de modo creciente hay reclamos judiciales colectivos que demandan estos servicios.

Acceso denegado. El Estado, las Obras Sociales o seguros privados definen el conjunto de prestaciones a brindar según criterios clínicos, económicos, de riesgo, etc.

Al derecho a la salud, le siguen un conjunto de prestaciones que “efectivizan” al derecho. Sin embargo, en la práctica no siempre están “disponibles” por barreras geográficas, horarias, demoras, que implícitamente significan una negación al derecho a la salud, situaciones que no se encuentran entre las más demandadas judicialmente.

No obstante, las acciones más relevantes son motivadas por la negación explícita de una prestación. En primer lugar la negativa puede originarse ante el juicio médico que considera que tal tecnología no es beneficiosa para el cuadro que aqueja al paciente o que hay alternativas superadoras. En este caso, es un problema estrictamente del área médica. Su resolución debería circunscribirse a mostrar la evidencia científica que soporta cada posición. El caso es mucho más complejo cuando lo solicitado puede tener ventajas relativamente exiguas sobre la alternativa y el costo del beneficio diferencial es extremadamente alto. Aquí si hay, además de las económicas, connotaciones éticas. Su resolución exige un acuerdo de la sociedad, y el insumo necesario para ese acuerdo, no único pero si imprescindible, es conocer el beneficio adicional y el costo del beneficio.

Evaluación de la tecnología. Ante la aparición de una nueva tecnología, una revisión sistemática de la evidencia científica, obtenida a través de estudios de investigación con suficiente solidez metodológica, nos aproxima al beneficio esperable por la aplicación de esa tecnología. Ese beneficio puede medirse y determinar cuanto mayor es que la mejor opción disponible hasta ese momento. Determinada la cuantía del mayor beneficio en términos de eficacia-efectividad es necesario determinar el costo de ese beneficio diferencial que es la diferencia entre el costo de las dos opciones.

Obviamente el costo del beneficio tiene importantes implicancias económicas. Si el estado, una obra social o aseguradora, con los recursos que el conjunto de la población o sus asociados dispone para afrontar los costos de la atención médica del conjunto, financia un tratamiento, procedimiento, estudio, cuyo

beneficio tiene un costo extremadamente alto, su financiamiento significa no realizar otras acciones que podrían tener un mayor beneficio, en términos de salud, para ese colectivo. Es inevitable tener en cuenta el costo de oportunidad (es decir lo que se deja de hacer), ante cualquier decisión de financiamiento para administrar razonablemente los dineros de las sociedades.

Derecho individual vs derecho colectivo. Ante esta situación se suscita claramente un conflicto de intereses. El interés individual de obtener el acceso a determinada tecnología que puede beneficiarlo y el interés colectivo que aspira a que sus recursos se traduzcan en máximos beneficios para el conjunto, los que se verían afectados si se emplean en acciones sin beneficio demostrado o de costo exageradamente elevado. Puede argumentarse que la solución es aumentar los recursos para atención médica, lo cual significa incrementar impuestos o aportes para atención médica, pero esto también tiene un límite pues significaría disponer de menos recursos para otras actividades tales como educación, seguridad, vivienda, cuidado del ambiente, etc. íntimamente relacionados con la salud, como ya se ha señalado.

No podemos sustraernos de la lógica de la gestión de recursos finitos para necesidades infinitas. No hay soluciones mágicas ni voluntaristas. Sólo queda el camino del acuerdo para la priorización justa y equitativa. El problema se presenta cuando la solución llega sin acuerdo.

La justicia define. ¿Cuál es el criterio del juez ante una acción legal interpuesta por una persona para que se le provea determinada atención médica? La experiencia muestra que los recursos de amparo son generalmente resueltos a favor del peticionante y que no se tiene en cuenta el mencionado derecho colectivo y el costo de oportunidad que lo afecta. Se distorsiona el principio de equidad y de eficiencia, y el propio criterio de eficacia al ser la justicia quien resuelve la situación. Ahora, ¿se ha proporcionado a la Justicia elementos para tener en cuenta estos derechos? ¿se ha puesto de acuerdo la sociedad y sus

representantes políticos en cuál es la conducta deseada en este conflicto?
¿Tiene el juez otros elementos para juzgar?

Conclusión. Es imprescindible aunar criterios que involucren al estado y sus tres poderes, ponderar los beneficios esperados, equilibrar los derechos individuales y los del conjunto de la población, considerar las preferencias de la población y valorar los aspectos éticos, para implementar procesos de priorización justos, transparentes y razonables. Hacer lo más explícitos posibles los parámetros para la toma de decisiones, incluyendo por ejemplo paquetes que a cada necesidad le asigne una tecnología o prestación. Cuanto más explícitos tanto más posibilidades tienen de ser justas y equitativas las decisiones. Las decisiones de financiamiento deben tomarse, si es posible, antes de que se ofrezca en el mercado la tecnología en cuestión.

Son los nuevos desafíos del avance del conocimiento los que exigen nuevas formas de actuar.

Bibliografía

1. OMS, El derecho a la salud. Documento técnico N°31.2008
2. Constitución Nacional, Reforma 1994. Artículos 42 y 43
3. Cubillos Leonardo - Turriago "La judicialización del derecho a la salud: un encuentro de dos mundos" Especialista Senior de Salud Instituto del Banco Mundial. Conferencia del ISPOR Buenos Aires 2013
http://www.ispor.org/regional_chapters/argentina/documents/Cubillos_L%20-%20Judicializaci%C3%B3n%20de%20la%20salud.pdf
4. Chung, Crystal. "Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health, Edited by Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen." Osgoode Hall Law Journal 49.3 (2012): 597-598.
<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol49/iss3/7>
5. Drummond M. Key principles for the improved conduct of health technology assessments for resource allocation decisions. VHealth 7; 2008.
6. Drummond y col. Assessing the added value of health technologies: reconciling different perspectives. VHealth 16;2013.
7. Iunes, Roberto. "Acceso al Mercado por vía judicial: necesidad o amenaza?" Iniciativa SaluDerecho del Banco Mundial.
8. González López, B. Difusión de nuevas tecnologías sanitarias y políticas públicas. Ed.Masson.2005.
9. Hunt, Paul. Accountability, transparency and the right of health. SaluDerecho. Banco Mundial <http://saluderecho.net>
10. Bolis, Mónica. El derecho a la salud desde el enfoque de la extensión de la protección social. OPS.2007.