

La salud y su amparo

Días pasados, mientras me encontraba en la plaza contigua a la escuela pública primaria a la que concurren mis hijos y aguardando la salida de ellos al final de la jornada escolar, fui testigo involuntario de la conversación que mantenían dos madres que también esperaban la salida de sus hijos del colegio.

El relato se centraba en que un familiar directo de una de ellas estaba atravesando un serio problema de salud y la obra social a la que pertenecía no le brindaba cobertura de medicamentos que el médico tratante le había prescripto, alegando que los fármacos no se encontraban en la cartilla que habían firmado.

Decía, la que llevaba la conversación, que frente a esta situación habían decidido acudir a la justicia planteando un recurso de amparo para lo cual consultaron a un abogado.

Culminaba la plática, apurada por la inminente salida de los niños, en que el Juez que tuvo a su cargo el amparo le había dado una orden a la Obra Social para que cubra todos los medicamentos necesarios para atender la enfermedad de su familiar directo y concluía que, a pesar de todo lo que se dice, había encontrado en los tribunales una respuesta satisfactoria.

La charla, seguramente reeditada entre tantas amigas o amigos o en el seno familiar frente al drama de la pérdida de la salud, mueve a reflexionar acerca de cómo el amparo, en materia de derecho a la salud se ha convertido en un valioso instrumento capaz de dar respuesta a las delicadas y sensibles situaciones que se disparan a partir de un conflicto generado en ese especial ámbito, y de cómo este instrumento se ha instalado paulatinamente en la cultura jurídica de nuestra Sociedad.

Cuando en el año 1957, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el célebre caso «Siri», seguramente los doctores Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañarás, Enrique V. Galli y Benjamín Villegas Basavilbaso, estaban plenamente conscientes de la trascendencia que, para el mundo del derecho todo, tendría la incorporación de un instituto no previsto en el derecho positivo vigente para asegurar las libertades constitucionales afectadas, dando vida así a una herramienta destinada a proteger aquellas garantías no comprendidas estrictamente en el *habeas corpus* el que, como es sabido, solamente garantiza la libertad.

Y es también altamente probable que, al decidir la causa «Kot», al año siguiente,

los integrantes del Máximo Tribunal de la Nación, ante la perspectiva de la influencia que avizoraba iba a tener su fallo en el caso «Siri», se vieran en la necesidad de brindar unos lineamientos más precisos sobre la institución que habían delineado y por eso dejaron en claro que «*siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo al examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia, lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio, a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo a los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las*

garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación».

Pero es ciertamente dudoso que aquellos jueces hubieran imaginado que ese remedio excepcional que crearon desde el pretorio, alcanzara el grado de desarrollo y madurez al que hoy día asistimos.

Y menos probable aún es que se hubiera podido representar que, en materia de derecho a la salud, el amparo hubiera venido a transformarse en una herramienta que, trasvasando el ámbito estrictamente concerniente a los operadores del derecho (jueces, abogados, doctrinarios) se instalara en el sentir colectivo a punto tal que la gente lo tiene incorporado ya como un medio eficaz de remediar las injusticias de un sistema de salud que dista de ser el ideal.

Sobre el particular, la misma Corte nacional ha declarado reiteradamente que el derecho a la salud forma parte del derecho a la vida y que éste es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese

derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las Obras Sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

Y ha visto en el amparo el mecanismo apto para materializar aquellos derechos, diciendo, por ejemplo, que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.

Esas líneas rectoras se han irradiado al resto de los tribunales de todo el país, los que han visto en el amparo el mecanismo más adecuado para canalizar tan sensibles derechos y afrontar las, en muchos casos, dramáticas situaciones que deparan los conflictos que se presentan en materia de derecho a la salud.

Y así, para no dar más que unos ejemplos, encontramos supuestos en los que,

frente a la denegatoria de afiliación por parte de Obras Sociales o empresas de medicina prepaga fundadas en la libertad contractual, los Tribunales han juzgado esas conductas como ilegítimas o arbitrarias, dando prevalencia así al derecho a la preservación de la salud y reconociendo al amparo como motorizador eficaz de los mismos.

En igual dirección y siempre dentro del marco del amparo, los tribunales han ordenado la cobertura de determinados medicamentos que se encontraban en principio fuera de las normas que rigieron la contratación, mandando cubrir, por caso, fármacos para tratar la insuficiencia renal crónica terminal o el íntegro pago de tratamientos no previstos en las respectivas cartillas a que se sujetaron los contratantes al vincularse, disponiendo así que la Obra Social afronte el 100% del tratamiento de equino terapia prescripto a un menor.

También el amparo ha sido vehículo eficaz para dar respuesta a novedosas pretensiones vinculadas con el derecho a la salud.

En este sentido, los jueces han ordenado que el Estado aumente el monto de beneficio de un plan social a fin de que el beneficiario pueda acceder a la dieta que

sus facultativos le habían prescrito para aliviar las afecciones que padecía o han tenido oportunidad de ordenar al Estado que otorgue un subsidio a un discapacitado que se moviliza en silla de ruedas para refaccionar su vivienda, de modo tal que le permita manejarse en forma autónoma, o han hecho lugar al pedido de una empresa de medicina prepaga que mantenía internada en terapia intensiva a una menor para que dicha internación se haga efectiva en establecimientos públicos de la ciudad de Buenos Aires.

Pero no se circunscribe a ello el espectro de aplicación del amparo en materia de derecho a la salud, pues también se ha mostrado particularmente útil para receptionar los avances de la medicina, debiendo decidir frente a las tensiones que ello produce entre los actores comprometidos.

Así, por ejemplo, los Tribunales han ordenado la cobertura de intervenciones quirúrgicas destinadas a paliar el flagelo de la obesidad mórbida, o la provisión de fármacos indicados para tratar a los celíacos, o han dispuesto que las Obras Sociales o empresas de medicina prepaga costeen los tratamientos de fertilización asistida tendentes a la procreación.

En fin, un sinnúmero de situaciones que han encontrado en el amparo el canal adecuado para su viabilidad.

Sin embargo, sería ingenuo y tal vez voluntarista pensar, exclusivamente, a partir del hecho concreto del amparo frente al conflicto, sin reparar, aunque sea brevemente, en las condiciones imperantes en el sistema de salud.

Una rápida mirada sobre el mismo nos muestra un sistema de salud con serios problemas de inequidad y exclusión, marcado por la segmentación y la fragmentación institucional (coexisten el sector público, la seguridad social y el sector privado), la debilidad de la función de rectoría del Estado Nacional y la deficiente articulación entre las instituciones responsables del financiamiento y provisión de servicios, características presentes en los diagnósticos que se han elaborado sobre el sector (Báscolo, Ernesto; «*Características institucionales del sistema de salud en Argentina y limitaciones de la capacidad del Estado para garantizar el derecho de la salud de la población*»).

No puede pasarse por alto, en este sentido, que por decreto N° 486/2002, el Poder Ejecutivo Nacional declaró la Emergencia

Sanitaria Nacional con el objeto de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud y que ese estado se mantiene hasta nuestros días (la ley 26563 prorrogó la vigencia del referido decreto hasta el 31/12/2011).

Tampoco es un dato menor que, por ejemplo, en nuestra Provincia, conocidas y señeras instituciones del ámbito de la salud hayan debido recurrir a procedimientos como el concurso preventivo para tratar de encontrar un camino a la situación económico-financiera por la que atraviesan.

Desde la filosofía del derecho se ha dicho que «*La noción de salud hoy aparece teñida de inflación y la imposibilidad de traducirse en los hechos la vacía de contenido... Al momento de posicionarnos ante el complejo de lo vital, fácilmente se advierte que los recursos son escasos, per definitiorem, y las necesidades son múltiples (cada vez más). Muchas veces, esa necesidad múltiple es la vida. Con la misma facilidad con la que se vislumbra la inadecuación numérica de los bienes existentes y disponibles para satisfacer demandas en materia sanitaria, creemos que aflora el impostergable descanso en la utilidad como criterio orientador del juicio de*

adjudicación de los recursos. En cierta medida, no sin sobresaltos, tomamos distancia de posiciones ético-normativas de corte deontológico. En tal sentido, la deontología puede ser muy importante para merituar el obrar profesional, pero no para pensar el funcionamiento de la salud pública, sencillamente porque, no hay tantas ambulancias como personas existen, porque no hay tantos hospitales como personas puedan necesitarlos. De ahí, entonces, que, según nuestro parecer, la deontología aporte muy poco. En consecuencia, si en el planteo no se introduce algún criterio de utilidad, no podemos dar respuestas a los problemas» (Pregno, Elián; «El derecho de la salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa" en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Rosario, 2010, FIJ – UNR, pp. 95/107).

En ese marco complejo, atravesado por tensiones de distintas vertientes y en el que confluye una variada gama de actores y circunstancias y caracterizado por el llamado *síndrome de la frazada corta*, es que se inserta la intervención del órgano jurisdiccional en multiplicidad de casos en los que los beneficiarios del sistema reclaman, por vía de amparo, la tutela del esencial derecho comprometido.

Y es precisamente en ese marco que desde los estrados judiciales debemos ponderar especialmente las circunstancias puntuales del caso pero sin olvidar el marco general del sistema. Y es que el análisis del órgano jurisdiccional será incompleto si no se piensa que, a la par de los derechos del amparista se encuentran los de la Obra Social o empresa de medicina prepaga o del Estado mismo y, también, los de los restantes afiliados que pueden ver comprometidos los suyos.

Por eso se considera que aun cuando pueda aparecer antipático o tildarse de *poco sensible*, el órgano jurisdiccional debe, también en materia de amparos de salud, extremar el análisis de la concurrencia de los requisitos que hacen a este remedio, cuidando que el Tribunal no se convierta en una boca de expendio más, en una oficina cuasi administrativa donde se despachan órdenes de cobertura bajo clisés preconcebidos.

Afortunadamente, la experiencia diaria del foro demuestra el especial compromiso de todos los integrantes del Poder Judicial frente a planteos vinculados con la salud y así, los expedientes judiciales, que demuestran el trabajo cotidiano y arduo de todos los días, dan cuenta de innumera-

bles conflictos solucionados muchas veces, por caso, por la vía del consenso, que naturalmente lejos están de la tapa de los periódicos.

En conclusión, el alto grado de inserción social que evidencia el amparo en materia de salud nos exige a los integrantes del Poder Judicial una respuesta acorde en la que se contemple el especial y sensible derecho del amparista, pero también nos impone actuar dotados de la suficiente fuerza y entereza para poner límites cuando así se lo considere necesario en función de la naturaleza del planteo y los demás derechos e intereses comprometidos.

Valgan estas mejorables palabras como aliciente para seguir en la brecha, con la inteligencia de que, poniéndole el cuerpo a estos asuntos como se hace a diario, se contribuye a fortalecer la reclamada seriedad de nuestro Poder Judicial ■