

UN NUEVO ENFOQUE DE LA SALUD PÚBLICA

Hacia una medicina menos deshumanizada en un marco de respeto por los derechos fundamentales

Alejandra PETRELLA

SUMARIO: Introducción.- I. Nueva perspectiva en el enfoque de derechos.- II. Plexo normativo.- III. La salud como derecho social.- IV. De la salud pública a la salud individual en el marco de las leyes mencionadas.- V. Responsabilidad de los operadores en materia de salud. La responsabilidad del Estado.- Conclusiones

Introducción

El presente trabajo versará sobre la profunda transformación que deberá operar en la salud pública a partir de la reciente sanción de leyes que impactarán fuertemente sobre ella, dato que impone una nueva mirada de la cuestión con fundamento en la incorporación de los Tratados internacionales a la Constitución Nacional -por conducto del art. 75 inc. 22- en el marco de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Puntualmente en este análisis hemos de referirnos a la salud pública, que tal como sostiene BIDART CAMPOS ¹ no es otra cosa que un aspecto de la salud como bien colectivo, de allí la idea de solidaridad social como valor que emerge de la Constitución Nacional, especialmente después de la reforma de 1994. Cuando la salud como bien colectivo sufre amenaza o daño, está a la vez comprometida la salud individual del conjunto social al que pertenece y donde se sitúa el colectivo.

Básicamente, la triada de leyes que proponen reformas profundas al sistema sanitario son ²:

1 BIDART CAMPOS, Germán, “La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud”, LL, Supl. Derecho Constitucional, 30-11-01.

2 El criterio de selección pertenece a la suscripta y se efectúa sin perjuicio de otras que pudieren impactar de igual manera. Por caso, el día 29/06/11 el

1.- Ley 26.529 ³ de los Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

2.- Ley 26.557 ⁴ de Salud Mental ⁵.

3.- Ley 26.682 ⁶ Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga.

Tomando como base el ya mencionado criterio que apunta a la salud como bien colectivo, estas normas importan un viraje del análisis economicista -paradigmático de la década de los noventa-, al sanitarista, con una fuerte impronta de la salud pública como política de Estado.

Para hablar de salud pública en nuestro país, se sintetizarán las principales características que hasta ahora eran determinantes del sistema:

i.- La segmentación en subsistemas y la fragmentación en jurisdicciones; sin mecanismos de coordinación eficaces entre provincias y organismos.

ii.- Orientado hacia la atención médica reparativa de la enfermedad y centrado en la institución hospitalaria. Sin políticas de prevención o prioritarias.

iii.- Abierto a todos los habitantes del país, extranjeros e inmigrantes. Ésta no es una característica común a los países de la región (salvo Brasil), lo que dificulta el sistema de los recuperos.

Senado de la Nación aprobó por unanimidad la Ley de Producción Pública de Medicamentos que declara de interés su producción y los cataloga como bienes sociales. Toda vez que el presente trabajo se encontraba elaborado al momento de tal aprobación no se ha incluido en la nómina de la leyes en análisis, sin perjuicio de advertir que su dictado provocará también profundas modificaciones en la salud pública e incluso profundas consecuencias en lo socio-económico.

3 BOCBA 20/11/09 (BOCBA 20/11/09.

4 BOCBA 20/11/09 BOCBA 20/11/09.

5 Acerca de la ley me expediré intentando no abrir juicio sobre el particular. Sólo mencionaré que se debe ser estricto a la vez que cuidadoso en su aplicación, para evitar que pase lo que ocurrió en la Ciudad: desde hace más de 10 años existe una Ley de Salud Mental -Ley 448- , que no se cumple ni se aplica.

6 BOCBA 27/5/11.

iv.- Con asimetrías muy marcadas en los grados de cobertura y diferencias estructurales en un mismo territorio producto de una mala política de distribución de los recursos, toda vez que el gasto en salud *per capita* presupuestado es alto pero no se refleja en la realidad. La desigualdad en la distribución del ingreso en la Argentina se traslada a la cobertura en salud.

I. Nueva perspectiva en el enfoque de derechos

Estos caracteres negativos encuentran ahora la posibilidad de reconversión en las nuevas leyes dictadas, atento el cambio de enfoque que proponen y su consecuente influencia en la salud pública.

Desde esta perspectiva, mi mirada acerca del tema se basa en tres ejes básicos:

i.- Entender la **salud como un derecho fundamental** enmarcado en el plexo de los derechos sociales, entre los cuales hay complementación y acumulación. Adoptar una posición al respecto resulta imprescindible por cuanto implica sostener la decisión política de cada Estado de intervenir activa y sustantivamente para asegurar a toda la población no sólo la promoción y protección de la salud, sino también el derecho a la atención de la enfermedad, en forma igualitaria en cantidad y calidad. Éste es el enfoque de derechos que otorga al tema la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ⁷ al enunciar como principio que la salud es una inversión social prioritaria, y hacerlo dentro del capítulo denominado “Políticas Especiales” en el que se enuncian los derechos fundamentales que la Constitución consagra y que el Estado debe garantizar, resultando éstos claramente operativos en tanto no puede invocarse la falta de reglamentación para no efectivizarlos ⁸.

Además, ya constituye doctrina consagrada la que establece que -con fundamento en los Tratados internacionales constitucionali-

7 Art. 20 s.s. y conc.

8 V. al respecto la “cláusula cerrojo” que consagra el art. 10 del mismo cuerpo legal.

zados- existen obligaciones básicas o derechos esenciales mínimos, que el Estado debe garantizar ⁹.

ii.- Analizar el **sufrimiento físico y mental como una violación al derecho a la dignidad humana**.

Tal como fuera expuesto, la salud es un derecho positivo y por ende, debe protegerse a la minoría vulnerable que carezca de ella. Particularmente, el padecimiento físico y/o mental constituye un mal que afecta aun más a las personas sin recursos: no tienen capacidad para defender sus derechos por sí y carecen de la cobertura que les otorga una obra social o una empresa de medicina prepaga. Deviene así sustancial el rol del Estado.

La perspectiva de la salud como bien colectivo hace propia la dimensión social y provoca una afectación pluriindividual. Ante un derecho vulnerado, la sociedad se lesiona. Ante un derecho recuperado, la sociedad mejora.

El derecho a la vida digna implica el derecho a la calidad de vida y conlleva los derechos a la salud, a la integridad física y psicológica, su preservación y adecuado mantenimiento. La Corte ha reconocido este derecho como bien fundamental toda vez que quien está gravemente enfermo no puede seguir un plan de vida propio ¹⁰.

En la estructura de los Derechos Humanos trascendentales el derecho a la dignidad de la vida conlleva como componente el derecho a la salud. El derecho a la vida incluso se subordina al derecho a la dignidad de la vida, ya que la dignidad es un derecho tan absoluto que no puede existir vida si en ella falta dignidad. Quizás biológicamente la vida sea superior, pero axiológicamente la vida sólo es tal, si es digna. El derecho a la vida *-a una buena calidad de vida-* y, por consiguiente, a una adecuada atención médica, ocupa un papel central dentro de los Derechos Humanos, pues el bien protegido resulta condición necesaria, *primera y fundamental*, para la realización de los otros bienes. El derecho a la inviolabilidad (a su dignidad) de la vida es un derecho inexcusable; le corresponde a

9 Art. 12 del PIDESC.

10 Fallos, 323:4931 ("Asoc. Esclerosis Múltiple de Salta c/EN y otros").

cada hombre o mujer -a todos- por su condición de ser humano. Vale desde siempre y para siempre ¹¹.

iii.- Incluir a las **políticas sanitarias como políticas de Estado**.

Debe considerarse que la asistencia sanitaria se enfoca desde la perspectiva del servicio público. En materia de salud las políticas públicas deben considerar un diseño acorde a la normativa vigente y el presupuesto debe ser consonante con ella.

Tal como propone el Dr. BALBÍN ¹², la manda constitucional establece que el Estado debe *garantizar* ciertas prestaciones para hacer posible el Estado social de Derecho. Para ello hay servicios que el Estado lleva a cabo, interviniendo de distinto modo: a.- regulando y prestando directamente el servicio o, b.- regulando y garantizando la prestación del servicio por parte de terceros. La regulación implica limitar o restringir, en tanto que el servicio implica dar o prestar; pero ambos tienen el mismo fundamento constitucional, esto es, el reconocimiento y goce de derechos. Con respecto al servicio de salud el Estado lo garantiza mediante regulaciones (prohibiciones, limitaciones, restricciones) y a su vez por medio de prestaciones de contenido positivo de servicios de salud dados por sí u otros. Por caso, restringe derechos (al habilitar una clínica o exigir títulos profesionales) y garantiza las prestaciones mediante los centros de salud públicos o privados. Las funciones estatales son indelegables, en cambio los servicios pueden ser prestados por otros.

Desde la perspectiva de la medicina social, la salud pública abarca el amplio espectro que se inicia con la prevención de las dolencias y las discapacidades, la prolongación de la vida y el fomento a la eficiencia física y mental, y se extiende a la educación del individuo en los principios de la higiene personal, la organización de los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación, así el desarrollo de la estructura social que le asegure a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud.

11 Confr. C.Fed. Mar del Plata, “Recalde, Norberto vs. Dirección de Bienestar de la Armada”, 17/6/99, DJ, 2000-1-78.

12 BALBÍN Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 2007, La Ley, Tº 2, p. 903 y ss.

Las funciones esenciales de la salud pública son entendidas como el conjunto de actuaciones que deben ser realizadas con fines concretos, necesarios para la obtención del objetivo central, cuya finalidad es mejorar la salud de las poblaciones. Se las define como aquellas condiciones que permiten un mejor desempeño de la práctica de la salud pública. Tales funciones, fueron descriptas, a propósito de la iniciativa de la OMS y la OPS con el objetivo de: “[...] Mejorar las Prácticas Sociales en Salud Pública y fortalecer las capacidades de la Autoridad Sanitaria en Salud Pública, con base en la definición y medición de las Funciones Esenciales de Salud Pública (FESP)”¹³.

Resulta imprescindible afianzar el rol del Estado en la materia, toda vez que casi la mitad de los argentinos carece de cobertura en materia de salud: en el país hay 16 millones de personas que no acceden al sistema de las obras sociales, mucho menos al privado, y están sujetos a la atención pública que depende habitualmente de la zona en la cual residan. Del resto de la población, el 45% de los habitantes recibe atención médica a través de su obra social; un 8,3% contrata servicios particulares de medicina prepaga o mutuales y un 8% está afiliado al Programa Adultos Mayores Integrado (PAMI)¹⁴. Tengo para mí, que la nuevas leyes propician una modificación de esta realidad, particularmente, la ley de medicina prepaga debería propender a mayor cobertura para más personas, con una fuerte regulación estatal. Esto es, presencia activa del Estado no sólo prestando el servicio de salud, sino también regulando y controlando.

No cabe duda, a la luz de lo hasta aquí expuesto, que la salud constituye un bien jurídico tutelado por la Administración, entendiendo por tal algo considerado valioso para la mayoría de la población y por ello merecedor de tutela judicial. Este derecho -directamente entroncado con el derecho a la vida o a su preservación- tiene raigambre constitucional, y el Estado debe garantizarlo.

Por su parte, la Corte se ha encargado de destacar que “la pro-

13 V. CD 42/15. reunión OMS/OPS. 52ª sesión del Comité Regional y 42ª del Consejo Directivo. Washington, julio/2000.

14 Fuente: Suplemento I Eco del Diario Clarín del 15/07/08.

tección de la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que exige una inversión prioritaria”¹⁵. Y la idea fuerza que recorre todos los decisorios del Tribunal es aquella que enfatiza “que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario”¹⁶.

II. Plexo normativo

El derecho a la salud posee una copiosa regulación normativa, ello no importa su efectividad dado que muchas leyes no se cumplen, se cumplen parcialmente o aun son desconocidas por los propios efectores de los sistemas de salud:

II.1. *Pactos Internacionales*: Incorporados por conducto del art. 75 inc. 22.

a) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

Derecho a la preservación de la salud y al bienestar.

Artículo XI: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

b) *Declaración Universal de Derechos Humanos*

Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le

15 Fallos, 323:1339.

16 CSJN, “Orlando, Susana Beatriz c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo”, sentencia del 24/05/2005, registro del Tribunal O.59.XXXVIII (Originario) y “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/amparo”, sentencia del 20/12/2005, registro del Alto Tribunal S. 730.XL (Originario).

asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

*c) Convención Americana sobre Derechos Humanos;
Protocolo adicional*

Artículo 10 . Derecho a la salud.

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

*d) Pacto Internacional de Derechos Económicos,
Sociales y Culturales*

Artículo 12:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

e) *El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* ¹⁷.

Observación General N° 14, Punto 43.

La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías del art. 12 del PIDESC.

f) *Convención sobre los Derechos del Niño*

Artículo 24.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

g) *La Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad* ¹⁸

II. 2. Constitución Nacional: (arts. 33, art. 11 inc. 1] dignidad

¹⁷ El Comité ha pronunciado las siguientes Observaciones Generales: OG N° 1 (1989) “Presentación de Informes de los Estados Partes”; OG N° 2 (1990) “Medidas de Asistencia Técnica Internacional”; OG N° 3 (1990) “La índole de las Obligaciones de los Estados Partes –párrafo 1 del art. 2° del PIDESC”; OG N° 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada –párrafo 1° del art. 11 del PIDESC”; OG N° 5 (1994) “Personas con Discapacidad”; OG N° 6 (1995) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”; OG N° 7 (1997) “El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1° del art. 11 del PIDESC): los desalojos forzosos”; OG N° 8 (1997) “Relación entre las sanciones económicas y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales” OG N° 9 (1998) “La aplicación interna del Pacto”; OG N° 10 (1998) “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”; OG N° 11 (1999) “Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)”; OG N° 12 (1999) “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”; OG N° 13 (1999) “El derecho a la educación”; OG N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000)”.

¹⁸ Aprobada por Resolución de las Naciones Unidas el 13-12-06 y ratificada por Argentina mediante ley 26.378 publicada en el B.O. del 13-12- 2006.

humana; art. 16 inc. 2º salud pública, arts. 42, 43, 23, art. 14 bis. y art. 19).

II. 3. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 20, contempla expresamente el derecho a la salud, art. 21 de salud mental.

II. 4. Leyes nacionales y locales:

i.- Ley N° 23.660 (de Obras sociales), ley N° 23.661 (Seguro Social de Salud), ley N° 23.798 (de SIDA), Ley 17.132 (Normas para el ejercicio de la medicina, la odontología y actividades de colaboración), Ley 26.328 (del transplante de órganos), Ley 26.396 (de prevención de trastornos alimentarios), Ley 26.378 (aprobación de la convención sobre las personas con discapacidad), Ley 24.788 (de lucha contra el alcoholismo), Ley 24.742 (creación de los comités hospitalarios de ética), Ley 24.240 (de Defensa del Consumidor), Ley 17.565 (venta de antibióticos con receta); por citar algunas de las más relevantes y vigentes. Cabe destacar que el Dec. 1602/09 que establece la Asignación Universal por hijo, prevé un sistema de cobertura social sin hacer especial referencia al sistema de salud. Por ende, el colectivo de beneficiarios se atiende en el sistema público de salud.

ii.- En la Ciudad destaco el plexo integrado por las siguientes normas: Ley 153 (Básica de Salud, Reglamentada por los Decretos N° 208/01 y 2616/03), Ley 448 (de Salud Mental, reglamentada por el Decreto 635/04), Ley 2132 (Consejo General de Salud), Ley 2318/07 (sobre Adicción a la pasta base, Reglamentada por Dec. 1681/07), entre otras.

iii.- Merecen señalarse en acápite aparte las tres leyes a las que se hiciera referencia a fin de destacar que ellas vienen a modificar algunos aspectos sustanciales de la normativa hasta hoy vigente, y hasta el propio Código Civil. Dado que aún no están reglamentadas, y que su aplicación es incipiente, aún resulta prematuro efectuar un análisis pormenorizado del efecto que -estoy segura- producirán a largo plazo.

Por caso, la ley de los derechos de los pacientes modifica la mirada privatista e individual de la relación medical, la de salud mental cambia el paradigma del hospital monovalente por un criterio des-

manicomializador y la de medicina prepaga propone por primera vez una regulación específica para esta actividad. Las tres leyes encuentran fundamento de validez en la salud como derecho humano fundamental.

III. La salud como derecho social

Los llamados derechos sociales -aquellos que surgen durante las primeras décadas del siglo XX en el llamado constitucionalismo social a fin de garantizar una efectiva igualdad de oportunidades- refieren a los individuos viviendo en sociedad, y requieren una intervención activa del Estado para proteger a las minorías más vulnerables (trabajadores, niños, ancianos y discapacitados). En su origen, suman un nuevo plexo de derechos a los ya existentes ¹⁹.

Existe una estrecha relación entre los distintos derechos sociales y sus consecuencias. Por caso, el derecho a la salud se vincula a la pobreza (mueren más pobres), a la educación (hay una relación entre la salud y el bajo nivel de escolaridad), a la vivienda (el hábitat condiciona la salud y viceversa); y no puede ser un compartimento estanco en el plexo de derechos. La salud ²⁰ es uno de los derechos sociales por excelencia que se irradia al resto.

La salud como derecho nace con la Revolución Francesa, en tanto se reconoce el derecho de todo hombre a la atención médica y se establece la idea de salud como servicio público y de medicina como ciencia social. Ello se complementa luego con la reforma médica alemana de 1848, dictándose en ese país la primera ley de salud pública en 1849. Así vemos como desde su origen existió una estrecha vinculación entre el Estado y el derecho a la salud. Resultan

19 Cabe resaltar como primeras expresiones normativas las Constituciones de Querétaro de 1917 y la alemana de Weimar de 1919.

20 V. IVANEGA, Miriam, "Derechos Fundamentales: contenido y límites de los denominados 'Derechos Sociales'", publicado en *Estudios Jurídicos, en homenaje al Dr. Mariano Brito*, FCU, Montevideo, ROU, 2008, pp. 113/38.

interesantes las consideraciones que hace al respecto FOUCAULT en su obra “El nacimiento de la clínica” ²¹.

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuando se habla de salud, el concepto remite a un estado de completo bienestar físico, mental y social, no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades.

Entre los deberes del Estado está el de garantizar de modo continuo y efectivo este derecho. En este sentido, el principio de actuación subsidiaria se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades ²².

En nuestro país cabe resaltar a Ramón Carrillo como el primer ministro que diseñó los ejes de una política de salud del Estado hacia el ciudadano. Elaboró un plan de salud pública para el período 1952/8 que aún resulta vigente en tanto vincula la política sanitaria a la política social.

A partir de la reforma constitucional y por conducto del art. 75 inc. 22 el derecho a la salud debe ser interpretado de manera holística, integradora, como un derecho personalísimo y de incidencia colectiva. Con un criterio superador del asistencialismo y una actitud proactiva a favor de políticas sanitarias que integren aspectos en materia de salud y sociales. Debe tenderse a una descentralización en el marco de mecanismos horizontales y territoriales ²³.

En definitiva, resultando la salud un derecho humano fundamental, se desprende de este concepto el respeto por los derechos emergentes, máxime si se interpreta armónicamente junto al derecho a la dignidad y al respeto por la autonomía de la voluntad.

21 FOUCAULT, M., *El nacimiento de la clínica*, Siglo XXI, 1977.

22 Art.1 Ley 23.661.

23 CHARTZMAN BIRENBAUM, Alberto, “Una visión holística del derecho a la salud y la política de gestión”, 30-09-08, Hologramática, Fac. Cs. Soc. UNLZ, Año VI, N°7, V5, pp. 69/85, ISSN 1668-5024. www.cienciared.com.ar/ra/doc.php?w=793.

IV. De la salud pública a la salud individual en el marco de las leyes mencionadas

Resalto como elemento esencial de las leyes en comento que éstas caracterizan al paciente como un sujeto de derecho.

El derecho a la salud es el antecedente necesario del derecho del paciente. En términos lógicos, podríamos argumentar que el plexo normativo vinculado a la salud, es condición necesaria mas no suficiente para integrar la pléyade de derechos que ampara a los pacientes. Ello, en tanto debe completarse la pirámide normativa con una cuestión fáctica y otra jurídica: la primera está dada porque es paciente aquel individuo al que protege -como al resto de los sujetos de derecho- la normativa vinculada al derecho a la salud, pero que, padece una dolencia o afección que lo coloca en una categoría especial y lo hace susceptible -además- de la protección que las leyes específicas prevén.

En consecuencia, un paciente es aquel sujeto de derecho que debido a estar transitando una enfermedad posee la garantía del acceso a la salud en términos constitucionales, con más ciertos derechos específicos que emanan de leyes particulares. Ello lo torna susceptible de una tutela especial, que eventualmente le permitiría un acceso irrestricto a la Justicia en el marco de la denominada tutela judicial efectiva ²⁴, también prevista por los Tratados internacionales. Piénsese entonces al paciente como un sujeto de derecho en estado de vulnerabilidad.

Va de suyo que las leyes mencionadas al principio del presente tienen una visión integral del individuo, como un ser sómato-psico-social ²⁵. Pero entendiendo también, que los médicos tratan seres vivos que -muchas veces- representan una imagen de sí mismos, circunstancia que también los torna vulnerables. Resulta difícil encontrar el equilibrio entre el exceso y la indiferencia. Para poder elaborar esta tensión, el médico necesita la madurez suficiente para

24 Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

25 Cfme. términos del Dr. Paco Maglio.

aceptar las limitaciones impuestas por la realidad y poder tolerar la frustración al fracaso ²⁶.

Básicamente las leyes proponen una relación horizontal paciente-efectores de salud y profundizan en los denominados derechos esenciales ²⁷.

Tanto la ley de los derechos del paciente, cuanto la de salud mental-y la empresas de medicina prepaga deberán respetar y hacer cumplir estos parámetros.

Se centran en **tres aspectos**:

1. La relación médico paciente

Consiste básicamente en un encuentro, entre **un sujeto** que *demanda* y **un otro** que encarna un supuesto *saber* que posibilitaría al sujeto salir de una situación de padecimiento en relación a su cuerpo. Hasta hoy esta relación se basó en un modelo hegemónico cuyos rasgos distintivos de la última década han sido el gerenciamiento en salud y la medicina basada en la evidencia ²⁸.

El art. 2º de la ley 26.529 y el art. 7º de la Ley 26.657 proponen la modificación de este esquema ²⁹. El nuevo enfoque parte de una relación horizontal y encuentra fundamento en la “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” ³⁰.

²⁶ V. en *Cáncer: enfoque psicológico*, “El médico frente al cáncer”, por Marie LANGER e Isaac LUCHINA, p. 132.

²⁷ A los que se refieren el art. 2º de la Ley de los derechos del paciente y el art. 11 de la ley de Salud Mental.

²⁸ MAGLIO, Francisco www.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/PB11202006.pdf

²⁹ Ambos artículos prevén en forma análoga los derechos de los pacientes.

³⁰ Dada en Brasilia en el año 2005.

2. La historia clínica ³¹.

Es el instrumento médico jurídico en el que deben constar el diagnóstico y tratamiento del paciente, las prácticas que se le realizan y su evolución; así como todo otro dato que los profesionales de la salud que lo atienden entiendan que puede resultar relevante a la hora de evaluar el padecimiento y estado de una persona y tienda a lograr su máximo bienestar físico, psíquico y espiritual ³².

Es la constancia de la praxis médica por antonomasia, su actualización es un requisito ineludible a cumplir por los operadores de la salud y es la piedra basal para definir tanto situaciones científicas cuanto jurídicas vinculadas a la salud/enfermedad de un sujeto. Tanto la ley cuanto la jurisprudencia han sido contundentes en cuanto a su valor probatorio ³³.

Actualmente, la historia clínica se encuentra sobrebiologizada y abiografiada ³⁴. Esto es, cuenta con numerosos datos técnicos, pero muy pocos dan cuenta de la vida del paciente.

La mirada del paciente como sujeto de derecho en estado de vulnerabilidad propone “humanizar” la historia clínica.

³¹ Ley 26.529. Artículo 12. Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

Artículo 14. Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

³² A las personas con padecimientos mentales también les asiste el derecho al acceso a su historia clínica por sí o a través de su representante legal o convencional conforme la previsión expresa del art. 15 de la Ley 26.657.

³³ V. “La Historia Clínica y su valor probatorio”, L.L. 22-06-09.

³⁴ Confr. MAGLIO, Paco, op. cit. p. 113.

Las nuevas leyes reconocen la propiedad de la historia clínica para el paciente, o sea que hacen operativo el derecho a la salud previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

3. *El consentimiento informado* ³⁵

Es una declaración de voluntad efectuada por el paciente, quien luego de recibir información suficiente con respecto a su enfermedad, al procedimiento, intervención quirúrgica, tratamiento o medicación que se le propone aconsejable como la más correcta para la solución de su problema de salud- decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.

El concepto de consentimiento informado o esclarecido tiene dos aspectos y la doctrina impone al profesional sus deberes: el médico debe obtener el consentimiento del paciente para llevar a cabo un tratamiento y debe revelar información adecuada al paciente

35 Ley 26.529. Artículo 5°. Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Artículo 9°. Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

Ley 26.657. Art. 10: Rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley.

Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnología adecuadas para su comprensión.

de manera que le permita a éste participar inteligentemente en la toma de decisión del tratamiento propuesto.

Los fundamentos de la doctrina del consentimiento informado conllevan dos valores que deben armonizarse a fin de no resultar contradictorios: el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de la maximización de la salud ³⁶.

El mismo procedimiento deberá requerirse para conseguir la participación del paciente en exposiciones con fines académicos.

El consentimiento informado y libre implica que todos los tratamientos sean proporcionados sobre la base de la conformidad, salvo en situaciones excepcionales. Por caso, los profesionales médicos sólo podrán saltar el consentimiento ante situaciones de grave peligro para la salud pública, de riesgo cierto para la salud o vida del paciente o en internaciones involuntarias, pero siempre con los recaudos que las leyes exigen.

V. Responsabilidad de los operadores en materia de salud. La responsabilidad del Estado

i.- Ahora bien, la responsabilidad del Estado con relación al derecho a la salud presenta un perfil positivo en tanto le impone reconocer el derecho a la salud, promoverlo por medio de políticas adecuadas, intervenir activamente en el control y prevención de enfermedades, garantizar el acceso a los servicios públicos, adoptar políticas especiales en relación a los grupos más necesitados; y una responsabilidad negativa que se traduce en la abstención de toda política o medida de gobierno que ponga en peligro la salud de la población o que importe un desconocimiento o conculcación del derecho incorporado en la faz positiva.

Las premisas básicas vinculadas a la responsabilidad estatal en materia de salud serían: a.-No cumplir de una manera regular los

³⁶ El consentimiento informado en pacientes con padecimientos mentales está expresamente previsto por los arts. 10, 16 y 19 de la Ley de salud mental.

deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y b.-funcionamiento irregular del servicio de salud.

Por ende, tales incumplimientos hacen nacer la responsabilidad del Estado por falta de servicio; ya sea por no cumplir de una manera regular los deberes impuestos a sus órganos por el ordenamiento jurídico o simplemente por el funcionamiento irregular del servicio, por caso, la asistencia a la salud de la población ³⁷.

El art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen el compromiso de los Estados de tomar recaudos para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas.

Éste sería el estándar mínimo de protección frente al cual el Estado no podría oponer cuestiones presupuestarias.

Una interpretación armónica de los textos constitucionales internacionales y la doctrina judicial permite inferir que la garantía de protección de la salud por parte del Estado denota una clara vinculación con el bien común o el interés general. Ya a fines de los setenta, el Dr. MUÑOZ hablaba de la función sanitaria del Estado y su vinculación con la función estatal por excelencia: la realización del bien común ³⁸.

Para propender al “bien común sanitario” debe analizarse cuál es el deber estatal, cuál su contenido y contorno según las circunstancias del caso. Éste es el aspecto más controvertido en punto a la complejidad que implica definir en particular cuáles son las obligaciones estatales de hacer en términos de densidad y detalle para que luego de darles contenido, se configure el incumplimiento. Su fundamento legal está dado por los arts. 1112 y 1074 del CC los que deben integrarse ³⁹. En este sentido, una pauta hermenéutica

37 Art. 1074 CC.

38 MUÑOZ, Guillermo, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, “Principio de subsidiariedad y función subsidiaria del estado”, 1991, Ad Hoc.

39 V. BALBÍN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., TºII, p. 347.

en la materia que tratamos podría darse frente al incumplimiento de las obligaciones básicas que -en materia de salud- contiene el art. 12 del PIDESC (v. la Observación General N°14 del Comité de DESC) ⁴⁰ y que configuraría la responsabilidad por omisión del Estado.

No podemos asimilar al derecho a la salud a la mayoría de los supuestos clásicos dables de incluir en el tema de la omisión estatal antijurídica. Las soluciones halladas no resultan uniformes atento a la inexistencia de un texto legal en el ámbito del Derecho Público argentino que con carácter general regule este instituto.

La cuestión se complica más si tomamos en cuenta que la omisión de un deber legalmente impuesto -sea en forma expresa o legalmente implícita- debe necesariamente distinguir la actuación reglada de la discrecional (entendida ésta no ya como el simple arbitrio sino como la posibilidad de elegir una entre varias alternativas igualmente justas para satisfacer una necesidad de interés público). Es por esto que entiendo que el supuesto del derecho a la salud no resulta asimilable en tanto la discrecionalidad debe respetar los estándares mínimos antes citados.

Si bien coexisten en el país tres regímenes con relación al sistema de salud, el principio constitucional de igualdad hace que asistan a todos los mismos derechos como pacientes. Por ende, el Estado debe tener presencia cualquiera sea el régimen de salud del que se trate, ello, más allá del tipo de relación que se plantee entre médico y paciente ⁴¹.

40 “Un estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por parte de un estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del pacto, dicho estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas”.

41 V. en GHERSI, Carlos y LOVECE, Graciela, “Derecho Constitucional a la salud. Hospital Público (la relación médico paciente)”, JA 1998-II-347 y GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, “La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La

ii. Asignación presupuestaria, salud y derechos de los pacientes

Cabe ahora analizar la cuestión del presupuesto, los derechos sociales y si el primer elemento mencionado es condición para su plena operatividad. Corresponde evaluar si existe vinculación entre presupuesto gubernamental y efectividad de los nuevos derechos. Su realización debe enmarcarse en el principio de la progresividad, siempre y cuando no se altere el contenido esencial o mínimo de derechos que en modo alguno podrían ser limitados.

Para su plena efectividad, los derechos sociales -máxime en cuestiones vinculadas a la salud pública- requieren la asignación de partidas que le permitan al Estado cumplir en tiempo y forma con la prestación comprometida.

Sabemos que las principales carencias del sistema de salud pública pasan por la falta de infraestructura, insumos y recursos humanos. La salud debe verse como una inversión y no como un gasto. Se debe evitar que la gente quede fuera del sistema. Pero la política de salud no debe tener como objetivo prestaciones iguales para todos sino de acuerdo a las necesidades. O sea, igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema basado en la universalidad y la solidaridad.

El pilar de la política pública debe ser un sistema de salud dotado de recursos por cuanto -reitero- la salud es un derecho social indelegable del Estado.

Sería deseable que los gobernantes, por conducto de su función específica y atento a la plena vigencia del sistema de frenos y contrapesos que representa la división de poderes, reconozcan mediante el dictado de las leyes respectivas y, en su caso, la correcta ejecución del presupuesto, la clara vigencia de los derechos sociales, y dentro de éstos el derecho a la salud en particular. Así, se evitaría

responsabilidad del Estado por la atención de pacientes en hospitales públicos”, JA 1997-II-429; en los que se profundiza acerca del tipo de relación -contractual o extracontractual- entre médico y paciente y cuyo análisis excedería el marco aquí propuesto.

que mediante la judicialización creciente de los derechos sociales se generen situaciones que devenguen en inequidades a nivel global.

Ahora bien, no es objeto de este trabajo evaluar la cuestión presupuestaria, pero corresponde decir que en el Derecho Financiero moderno la estimación de recursos y gastos sólo puede basarse en la prioridad de los objetivos, fines sociales y políticos que persigue el Estado. Si existe una política de Estado en materia de salud, debe existir la previsión presupuestaria para ello. Ahora bien, lo que sucede en la práctica es que, toda vez que el Estado omite sistemáticamente el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la salud, y que son reclamadas con fundamento en la operatividad de las normas, los recursos resultan insuficientes porque no existió la mentada previsión.

Cada vez que se hable del derecho a la salud pública, estaremos en presencia de una actividad económica por parte del Estado. Por eso, el conflicto entre el reconocimiento y operatividad de los derechos no se basa en la escasez de recursos sino en la forma cómo éstos se distribuyen y en las medidas que adoptan los Estados al respecto.

Por caso, coincido con el Dr. CORTI⁴² en tanto sostiene que la omisión presupuestaria en materia de derechos sociales constituye una violación al principio financiero sustantivo de razonabilidad.

El gasto público -al poseer carácter económico y jurídico- debe ajustarse en cuanto a su determinación, no sólo a las normas presupuestarias sino también a las constitucionales. El problema no radica así exclusivamente en el monto involucrado, sino en las prioridades que se hubieran fijado en la preparación del presupuesto. Debe existir un razonable equilibrio entre el deber de garantizar los derechos constitucionalmente consagrados y la posibilidad de que sean satisfechos con los recursos públicos; ello implica una elección,

⁴² CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Bs. As., 2007, LexisNexis.

una opción entre restricciones presupuestarias ⁴³ y necesidades a cubrir.

En tal sentido ha dicho el Máximo Tribunal que en un Estado de Derecho presupuestario, la falta de previsión o la insuficiencia de recursos no puede constituir un obstáculo para efectivizar el derecho a la salud.

En definitiva, el derecho a la salud del que gozan los pacientes no puede ser cercenado por razones presupuestarias, ni por parte del Estado ni -menos aun- por empresas de medicina prepaga o aun obras sociales que deben regirse por el principio de solidaridad.

Conclusiones

Las nuevas leyes en comento aún no han sido reglamentadas. Mientras tanto, deberá instarse a su cumplimiento paulatino sin soslayar que la ley no puede, sin más, imponer conductas. Que es necesaria una toma de conciencia tanto de pacientes, cuanto de los efectores de la salud y hasta del propio Estado que -mediante el dictado de leyes como las aquí referidas- debe asumir un rol activo en la protección de la salud de las personas con padecimientos físicos y/o mentales.

Ello evitará el mal manejo de los aspectos transferenciales que intoxiquen la relación clínica y deriven en eventuales reclamos ⁴⁴.

Sin lugar a dudas, en el marco del derecho fundamental a la salud, entendiendo por ésta más que un bienestar, un bien ser, una manera de vivir libre, responsable, solidaria y feliz, los derechos de los pacientes constituyen hoy una exigencia de justicia social.

43 V. CSJN, “Rodríguez Karina Verónica c/Estado Nacional y otros s/amparo”, R.1148. XLI, del 7-03-06; “Olmedo Dominga Nieves c/Provincia de Santa Fe”, O. 283. XXXVIII, del 30-05-06, y “Quiñone, Alberto Juan c/Buenos Aires Provincia de s/amparo”, Q 103. XLI, del 11-07-06; entre otros.

44 “Médicos en el S XXI”, conferencia del Dr. Ignacio MAGLIO en las Jornadas Intramed 2005, 01/07/05. www.intranet.net pág. consultada el 29/06/10.