

En *Estudios acerca del derecho a la Salud. cab* (Argentina): La Ley Thomson Reuters.

La formación en la perspectiva de derechos en la RIEPS en el sistema público de salud de la CABA.

Pierri Carla, dakessian maria andrea, Kielmanovich Mariana y Bañuelos Carla Lirio.

Cita:

Pierri Carla, dakessian maria andrea, Kielmanovich Mariana y Bañuelos Carla Lirio (2014). *La formación en la perspectiva de derechos en la RIEPS en el sistema público de salud de la CABA. En Estudios acerca del derecho a la Salud. cab* (Argentina): La Ley Thomson Reuters.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/carla.pierri/12>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pxtZ/XOb>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

THOMSON REUTERS
LA LEY



ESTUDIOS ACERCA
DEL DERECHO
DE LA SALUD



**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

Decana

Mónica Pinto

Vicedecano

Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Oscar Ameal / Beatriz Krom / Ernesto Marcer / Gonzalo Álvarez /
Marcelo Gebhardt / Adelina Loiano / Enrique Zuleta Puceiro / Lily Flah

Consejeros Suplentes

Alberto J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi / Martín Böhmer/
Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff / Marcelo E. Haissiner / Mario Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda /
Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

Consejeros Suplentes

Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti /
Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Leandro Mutchinick / Alejandro Maronna /
Micaela Pisterman Rozenek / Florencia Levato

Consejeros Suplentes

Carlos Plaza / Catalina Cancela Echeagaray /
Tomás González Vera / Patricio Mendez Montenegro

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario Técnico: Alejandro Gómez

Secretario de Vinculación Ciudadana: Nicolás de la Cruz García

Subsecretario Académico: Lucas Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretaria de Relaciones Institucionales: Isabel Sábato

Subsecretario de Planificación Educativa: Enrique Rodríguez Chiantore

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretaria: Malvina Zacari

ESTUDIOS ACERCA DEL DERECHO DE LA SALUD



MARISA AIZENBERG

DIRECTORA



THOMSON REUTERS
LA LEY

Aizenberg, Marisa

Estudios acerca del derecho de la salud. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

496 p.; 24×17 cm.

ISBN 978-987-03-2757-8

1. Derecho a la Salud. I. Título

CDD 344.04

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho UBA, 2014
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2014
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados.
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del editor y del autor.

Printed in Argentina

All rights reserved.
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 360 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2757-8

ARGENTINA

RELACIÓN DE AUTORES

Águeda Müller

Abogada por la USAL. Miembro de la Comisión Directiva de la Sociedad Argentina de Medicina Antropológica. Postgraduada en Derecho de la Salud y Herramientas de Gestión de Salud (UBA). Asesora Jurídica de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación.

Alberto Arbex

Médico endocrinólogo y Licenciado en Derecho. Investigador en las áreas de derecho y medicina (Derecho de la Salud). Coordinador de Posgrado en Medicina (Brasil).

Ana Inés Díaz

Abogada por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Posgraduada en Mediación (Universidad Nacional de Mar del Plata). Mediadora. Directora del Instituto de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados de Mar del Plata. Miembro Colaborador del Observatorio de Salud (UBA). Diplomada en Políticas de Salud Mental y Derechos Humanos (Universidad Nacional de Mar del Plata).

Anabel Soledad Papa

Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del equipo de investigación de un Proyecto UBACyT, Instituto de Investigaciones “Ambrosio Lucas Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

Andrés Borel

Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA).

Andrés Brandolini

Farmacéutico por la UBA. Ex Jefe de Residentes en Control de Calidad de Medicamentos (INAME). Magister en Salud Pública (UBA). Estudiante de la carrera de Abogacía (UBA). Agente en ANMAT.

Camila Fernández Meijide

Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Becaria Estímulo (UBA). Integrante del equipo de investigación de un Proyecto UBACyT, Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

Carla Bañuelos

Licenciada en Sociología por la UBA. Especialista en Planificación Urbana y Regional (FADU-UBA). Jefa de Residentes de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud, Ministerio de Salud, GCABA.

Carla Pierri

Licenciada en Psicología por la UBA. Maestranda en Epidemiología Gestión y Políticas de salud (UNLa). Integrante del Equipo de gestión de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud, Ministerio de Salud, GCABA. Docente de la Facultad de Psicología (UBA).

Carlos Adrián Garaventa

Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Ayudante alumno. Integrante y becario en un Proyecto DeCyT.

Celeste Salomé Novelli

Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Becaria Estímulo (CIN). Integrante del equipo de investigación de un Proyecto Ubacyt, Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

Célica Menéndez

Médica psiquiatra. Jefe del Servicio de Salud Mental del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Miembro del Comité de Ética del mismo hospital.

Cintia Orellana

Cursa la Licenciatura en Sociología en la Universidad Nacional de San Martín (IDAES). Pertenece al “Equipo de investigación géneros, sexualidades e interculturalidad de la misma universidad. Se desempeña en el programa contra la violencia de género “Valeria Gioffre”. Ha participado en publicaciones y presentaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva de la mujer.

Claudia Cernadas Fonsalías

Licenciada y profesora en Ciencias Antropológicas de la UBA. Doctoranda de la UBA. Docente del Ciclo Básico Común (UBA) e Instructora de Residentes del Ministerio de Salud, GCABA.

Diana Israelevich

Odontóloga por la UBA. Fue Coordinadora General de Odontología en el Ministerio de Salud, GCABA. Máster en Administración Hospitalaria. Magíster en Políticas y Gestión en Salud en Europa, América Latina y del Caribe por la Universidad de Bologna (Italia). Autora del Programa de Promoción para la Salud Bucal “Boca a Boca”. Recibió numerosos premios y reconocimientos por su labor en pos de la salud bucal.

Emilce Garzón Peña

Abogada por la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Historia (Universidad Nacional de Colombia). Estudios en Derecho Internacional (Universidad Católica Portuguesa) e Igualdad y no discriminación en el ámbito laboral (Universidad de Vigo - España). Investigadora. Docente Universitaria y Asesora de proyectos de investigación en el área social y de Educación Ambiental.

Fabio Fidel Cantafio

Abogado por la Facultad de Derecho de la UBA. Asesor Legal en la Dirección de Evaluación de Medicamentos (ANMAT).

Fernanda Ledesma

Médica pediatra. Coordinadora del Área de Bioética del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Coordinadora del Comité de Ética del mismo hospital.

Fernando Rovira Villademoros

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho la Universidad de la República (Uruguay). Asesor Jurídico del Ministerio de Salud Pública de la República Oriental del Uruguay. Fundador de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Miembro Colaborador del Observatorio de Salud (UBA).

Gabriela Lescano

Trabajadora Social por la Universidad de Morón. Especialista en Salud Social y Comunitaria (USAL). Especialista en psicoterapia sistémica. Cursando la Especialidad en Educación Sexual y Sexualidad Humana (UBA). Maestranda de la Maestría en Estudios de Familia (UNSAM). Integrante del equipo de investigación-acción “Derechos (no) reproductivos, sexualidades y géneros” (UNSAM). Participó de investigaciones y proyectos relacionados con la materia.

Gloria Galdamez

Licenciada en Enfermería por la UNR. Periodista (ISER). Auditoría de Servicios de Salud (OSSIMRA), Doctoranda en el Doctorado en Salud Mental Comunitaria (UNLa). Enfermera asistencial en el Cuidados Intensivos del Hospital Marie Curie, GCABA.

Hernán Oscar García

Médico pediatra especialista en Cuidados Paliativos. Médico del Servicio de Cuidados Paliativos del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Secretario del Comité de Ética del mismo hospital.

Jonathan Matías Brodsky

Estudiante de la Facultad de Derechos de la UBA. Ayudante alumno e Investigador estudiante en un Proyecto UBACyT. Becario de formación de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA).

Jorge Oscar Selandari

Médico pediatra terapeuta intensivo. Médico Principal del Servicio de Terapia Intensiva del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Miembro del Comité de Ética del mismo hospital. Jefe del Servicio de Pediatría del Sanatorio Güemes y miembro de la Sociedad Argentina de Pediatría.

Lautaro Furfaro

Alumno de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante de proyectos Ubacyt y DECyT. Representó a la Facultad de Derecho (UBA) en la XVIII Competencia de Derechos Humanos en *American University Washington College of Law* en Estados Unidos. Relator en la Cámara de Apelaciones CAyT de la CABA.

Luz Dary Naranjo Colorado

Abogada por la Universidad Libre de Colombia y Licenciada en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Colombia. Doctoranda en Procesos Sociales y Políticos en América Latina por la Universidad de Arte y Ciencia UARCIS, Santiago de Chile. Magister en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Libre de Colombia. Docente universitaria. Jefe del Área Laboral de la Universidad Autónoma de Colombia.

Marco Aurélio Antas Torronteguy

Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Santa María (Brasil). Especialista en Derecho de la Salud (Universidad de São Paulo). Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo. Miembro de la Orden de los Abogados de Brasil, sección de São Paulo, Río de Janeiro y Brasilia, de la AASP (Asociación de Abogados de São Paulo). Fundador de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario.

María Andrea Dakessian

Licenciada y profesora en Psicopedagogía por la USAL. Especializada en educación y promoción de la salud (GCBA). Especialista en Gestión en Salud (UNLa). Coordinadora general de la Residencia Interdisciplinaria de Educación

para la Salud e integrante del equipo técnico del Departamento de Salud Ambiental GACBA. Docente-investigadora del Departamento de Ciencias de la Salud de la UNLaM.

María Susana Ciruzzi

Abogada por la UBA. Posgraduada y con Doctorado en Derecho Penal (UBA), diplomada en Bioética (FLACSO), especialista en Bioética (FLACSO). Docente de grado, posgrado y doctorado (UBA). Miembro del Comité de Ética del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Responsable de las Áreas de Bioética y de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Observatorio de Salud, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Instituto Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Brasil. Vocal Titular Primera de la Asociación Argentina de Bioética. Miembro del Committee of International Affairs de la American Academy of Forensic Sciences. Posdoctorada en Derecho, con la investigación "La criminalización de la Medicina al final de la vida: una mirada crítica, una propuesta superadora", Facultad de Derecho (UBA).

Mariana Kielmanovich

Licenciada en Psicología por la UBA. Egresada de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud, Ministerio de Salud, GCABA. Becaria de capacitación del Ministerio de Salud, GCABA y Consultora UNICEF. Docente de la Especialización en Educación Sexual Integral (Ministerio de Educación, GCABA).

Pamela Sanchez

Estudiante de Antropología del IDAES (UMSAM).

Patricia Campana

Contadora Pública por la UBA. Especialista en Gestión en Salud (UNLa). Diplomada en Gestión de Políticas Públicas (FLACSO). Graduada en la Carrera de Administración de Servicios de Salud, Administración Hospitalaria y Efectores Periféricos (AMM). Cursó la Maestría en Políticas y Gestión en Salud Europa - América Latina (Universitá di Bologna). Cursando la Maestría en Contabilidad y Auditoría (USAL). Miembro del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA). Auditora Interna de la Universidad Nacional de Moreno.

Rita Sica

Abogada por la UB. Docente universitaria de grado y postgrado en la UAI y otras instituciones.

Roy Gonzalo Camacho

Alumno de la Facultad de Derecho de la UBA.

Sofía Girotti Blanco

Abogada por la Universidad Nacional del Sur, posgraduada en Derecho de la Salud y Herramientas de Gestión en Servicios de Salud de la Facultad de Derecho (UBA). Cursa Máster en Bioética y Derecho (Universidad de Barcelona) y la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UNS).

Solange Godoy

Cursa la tesina de la carrera de Licenciatura en Sociología en la UNSAM. Participó y colaboró en investigaciones y publicaciones, principalmente sobre temas relacionados con la salud sexual y reproductiva de las mujeres indígenas.

Vanesa Vazquez Laba

Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora Asistente del CONICET. Profesora de la UNSAM, UBA y Universitat de les Illes Balears (España). Es autora de artículos publicados en libros y revistas especializados. Se especializa en teoría feminista. Forma parte de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.

ÍNDICE GENERAL

Relación de autores	VII
Presentación	XXV
Prólogo y agradecimientos	XXIX

CAPÍTULO 1 MARCO GENERAL

DERECHO SANITARIO: UN CAMPO INTERDISCIPLINARIO

Marco Aurélio Antas Torronteguy

.....	3
Bibliografía.....	7

PACIENTES: ¿SÓLO DERECHOS?

Ana Inés Díaz

.....	9
-------	---

CAPÍTULO 2 LA SALUD, UN DERECHO HUMANO

EL DERECHO DE LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS

Águeda Müller

1. Concepto de salud	15
2. Caracteres del derecho a la salud	25
3. Derecho de la salud como rama autónoma.....	27
4. El derecho a la salud en la doctrina nacional	33
5. El derecho a la salud y los derechos humanos. Etapas generaciona- les	36

	Pág.
6. La salud como bien jurídico colectivo	37
7. El derecho a la salud en nuestro sistema normativo.....	40
8. Bloque de constitucionalidad federal	45
9. Conclusiones.....	55
Propuestas	59
Bibliografía consultada	64

EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lautaro Furfaro

I. Introducción.....	75
II. Breve repaso de la normativa referida al derecho a la salud	76
II.1. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico nacional ..	76
II.2. El derecho a la salud en el Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos.....	77
II.3. El derecho a la salud en el derecho comparado de los Estados miembros del Sistema Interamericano	80
III. Los estándares en materia del derecho a la salud en el Sistema In- teramericano	83
III.1. Tres casos emblemáticos en la jurisprudencia de la Corte IDH referidos al derecho a la salud.....	84
El “caso Ximenes Lopes vs. Brasil” (2006)	85
El “caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” (2007)	86
El “caso Suárez Peralta vs. Ecuador” (2013)	87
III.2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia del derecho a la salud.....	88
III.3. Alcance y contenido del derecho a la salud en el Sistema In- teramericano	89
IV. A modo de reflexión final	97
Bibliografía.....	98

CAPÍTULO 3 **EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA**

LÍMITES A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. **IMPORTANCIA DEL TEMA**

Fernando Rovira Villademoros

Concepto de objeción de conciencia.....	105
Presupuestos de la objeción de conciencia.....	106
Alcances y limitaciones de la objeción de conciencia desde una perspectiva jurídica.....	107
Los límites conceptuales.....	108
Los límites externos.....	109
Bibliografía.....	112

LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS Y SU CADUCIDAD

Sofía V. Girotti Blanco

I. Introducción.....	115
II. Documentos de directivas anticipadas.....	115
III. Ley 26.529 de derechos del paciente.....	121
IV. Directivas anticipadas y derecho a la salud.....	121
V. Relación con los derechos humanos.....	122
VI. Propuesta.....	124
VII. Conclusión.....	126
VIII. Bibliografía.....	127

SEXUALIDAD, SALUD REPRODUCTIVA Y AUTONOMÍA **DE LOS CUERPOS DE LAS MUJERES INDÍGENAS** **DEL NORTE ARGENTINO**

Vanessa Vázquez Laba; Gabriela Lescano; Solange Godoy;
Cintia Orellana y Pamela Sánchez

Introducción.....	129
-------------------	-----

	Pág.
Violencia institucional: la sexualización y racialización de los cuerpos de las indígenas.....	131
Debates sobre los límites a la autonomía: ¿quién toma la decisión sobre la vida sexual, reproductiva y no reproductiva de las mujeres indígenas?.....	133
Reflexiones finales.....	135
Bibliografía.....	136

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: GUARDIÁN DE
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL BIODERECHO**

Jonathan Matías Brodsky y Carlos Adrián Garaventa

Resumen	139
I. Introducción y planteo de la hipótesis.....	139
II. ¿Qué es la autonomía de la voluntad?.....	141
III. Autonomía de la voluntad, deber de información y consentimiento informado en la relación médico-paciente	143
IV. El consentimiento informado en la normativa vigente	147
1. La autonomía de la voluntad como derecho esencial y principio general	147
2. Definición del consentimiento informado	148
3. Obligatoriedad de obtener el consentimiento informado del paciente.....	149
4. Forma e instrumentación del consentimiento	150
5. El consentimiento para la exposición con fines académicos .	150
6. Excepciones al deber de obtener el consentimiento informado del paciente.....	151
7. Revocabilidad del consentimiento informado	151
V. Reflexiones finales	152
Bibliografía.....	153

CAPÍTULO 4

LOS DETERMINANTES DE LA SALUD

INCIDENCIA DEL FEDERALISMO EN EL SISTEMA DE SALUD ARGENTINO. LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN LA PROVINCIA DEL CHACO

*Camila Fernández Meijide, Celeste Novelli
y Anabel Soledad Papa*

I.	Preliminares	157
	I.1. El contexto del sistema sanitario del Chaco.....	159
	I.2. Sistema de salud en datos.....	160
II.	El derecho a la salud en la Constitución de la provincia del Chaco	162
III.	El sistema de salud en Chaco.....	164
	III.1. El sistema público de salud en Chaco	164
	III.1.1. La participación provincial en el FESP	165
	III.2. Obra social provincial	167
	III.3. Sistema de medicina prepaga	170
IV.	Leyes estructurantes del sistema de salud provincial.....	171
	IV.1. Leyes sobre discapacidad.....	171
	IV.2. Leyes sobre enfermedades huérfanas o raras.....	174
	IV.3. Las leyes de salud reproductiva y sexual en la provincia	176
	IV.4. Las leyes sobre la enfermedad de Chagas	181
V.	El rol del poder judicial	184
	V.1. “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”	184
VI.	Conclusiones.....	186
VII.	Bibliografía	186

MEDIO AMBIENTE Y SALUD

Patricia Campana y Andrés Borel

I.	Introducción.....	189
----	-------------------	-----

	Pág.
1. El derecho ambiental y su vinculación con el derecho a la salud	189
2. Abordaje humanístico y precisiones políticas en materia ambiental	191
II. Derecho ambiental	192
1. Principios que lo informan.....	193
2. El derecho de daños y el daño ambiental.....	194
3. La legislación vigente en nuestro país	196
a. Ámbito nacional	196
b. Ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	196
III. Derecho a la salud.....	201
1. Salud ambiental.....	201
IV. Las decisiones de los tribunales en materia ambiental relativa a la salud.....	202
V. Palabras finales	209
VI. Bibliografía consultada.....	209

**INFORMAR ES PREVENIR: PROYECTO DE LEY
EN PROMOCIÓN PARA LA SALUD BUCAL**

Diana Israelevich

Introducción	211
Derecho a la salud.....	211
Marco teórico.....	212
Hipótesis de trabajo	214
Propuesta	214
Objetivo general	216
Objetivos específicos.....	216
Justificación	217
En resumen	217
¿Cómo hacerlo?.....	218
a. Empaquetado	218
b. Venta y distribución	218

	Pág.
c. Autoridad de aplicación	218
d. Educación para la prevención	218
Panorama odontológico	219
Diagnóstico situacional	220
Realidad actual	221
Etiopatogenia de las enfermedades bucales	222
Políticas públicas postergadas	223
Enfermedades más frecuentes que presenta la cavidad bucal	225
Desigualdades en salud	226
Resultados esperables	227
Bibliografía	227

**LA FORMACIÓN EN LA PERSPECTIVA DE DERECHOS
EN LA RESIDENCIA INTERDISCIPLINARIA DE EDUCACIÓN
PARA LA SALUD (RIEPS) EN EL SISTEMA PÚBLICO
DE SALUD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

*Carla Bañuelos; Claudia Cernadas Fonsalías;
María Andrea Dakessian; Mariana Kielmanovich y Carla Pierri*

Introducción	229
La Residencia interdisciplinaria de educación para la salud	230
Aproximación al marco teórico-conceptual. Derechos humanos y derecho a la salud	231
Instancias formativas y producción de conocimiento en relación a la perspectiva de derechos en la RIEpS	233
El enfoque de derechos en las prácticas cotidianas: tensiones en el campo	236
Juego, lectura y salud	236
Salud sexual y reproductiva	237
Salud ambiental y zoonosis	239
Conclusiones	241
Bibliografía	242
Anexo	244

CAPÍTULO 5

SALUD MENTAL

¿VULNERA EL DERECHO A LA SALUD LA NUEVA LEY DE SALUD MENTAL (26.657)?

Roy Gonzalo Camacho

Introducción	249
Desarrollo.....	250
Artículos 27 y 28 de la ley 26.657 y su decreto 603/13.....	251
Crítica a algunos de los preceptos de la presente ley (26.657).....	253
Encuesta.....	254
Conclusión	255
Bibliografía.....	257

LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL. DERECHOS HUMANOS: SENTIDO Y SIGNIFICADO

Gloria Galdamez

Introducción	259
La medicina y la consideración de la ética y los derechos del hombre..	260
Reformas en el campo jurídico.....	262
La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos ..	263
Los Derechos de las personas con padecimiento mental en la Ley 26.657. Reflexiones	264
Interrogándonos sobre lo esencial.....	268
Conclusión	269
Bibliografía.....	269

CAPÍTULO 6

MEDICAMENTOS

CATEGORÍAS JURÍDICO-FARMACÉUTICAS DE LAS ESPECIALIDADES MEDICINALES EN ARGENTINA: SU REGISTRO, AUTORIZACIÓN DE COMERCIALIZACIÓN Y FISCALIZACIÓN

Andrés Brandolini

I. Introducción.....	275
----------------------	-----

	Pág.
II. Definiciones	276
1. Medicamento	276
2. Especialidad medicinal	277
3. Ingrediente farmacéutico activo	277
4. Nombre genérico, nombre químico y nombre comercial	278
III. Marco jurídico general	279
1. La ley 16.463 y el decreto 150/1992.....	279
2. Desarrollo de medicamentos, investigación y ensayos clínicos.....	280
3. Bioequivalencia.....	281
4. Buenas Prácticas de Manufactura.....	281
IV. Autorización sanitaria	282
1. Registro: medicamentos innovadores y similares	282
2. Autorización de comercialización de primer lote	285
V. Vigilancia post-autorización	286
1. Farmacovigilancia	286
2. Publicidad.....	286
3. Medicamentos ilegítimos	287
VI. Clasificación jurídica de los medicamentos en Argentina	287
1. Productos biológicos.....	288
2. Productos hemoderivados	288
3. Vacunas	289
4. Gases medicinales.....	289
5. Medicamentos fitoterápicos.....	289
6. Medicamentos huérfanos.....	290
7. Medicamentos de uso compasivo	290
VII. Palabras finales	291
Bibliografía.....	291

**EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO
FUNDAMENTAL Y EL ACCESO A LOS NUEVOS TRATAMIENTOS**

Fabio Fidel Cantafio

Resumen	293
I. Un nuevo enfoque. Los derechos humanos y el despliegue existencial de las infinitas potencialidades humanas.....	293
II. Las situaciones de urgencia que afectan a la salud y las otras potencialidades de las personas. El encuadre del uso compasivo	296
III. ¿Cuál es el estándar judicial de aceptación de una nueva terapia?..	300
Criterios de aceptabilidad de una terapia experimental: la doctrina del caso “Sureda” y “Buñes”	304
IV. La autorización temprana de medicamentos como alternativa al tratamiento de situaciones clínicas de urgencia	312
V. El principio constitucional de prohibición de retrogradar los derechos humanos	315
Bibliografía.....	318

CAPÍTULO 7

ESTUDIOS SOBRE DERECHO DE LA SALUD

**ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LA OPINIÓN DE MIEMBROS DE LA JUSTICIA
NACIONAL EN LO PENAL Y CIVIL (FAMILIA), EN SITUACIONES DE
LIMITACIÓN DE SOPORTE VITAL EN PEDIATRÍA**

*Ma. Susana Ciruzzi; Jorge O. Selandari; Fernanda Ledesma;
Célica Menéndez y Hernán O. García*

Resumen	321
A modo de prólogo	322
Introducción	323
Objetivos	326
Materiales y métodos	326
Diseño	326
Población y muestra	327
Plan de análisis de los resultados	328

	Pág.
Resultados	329
Tablas y gráficos.....	342
Conclusiones	345
Referencias bibliográficas.....	358
Anexo.....	361

ANÁLISIS DEL ART. 26 DEL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO

Josefina Rita Ernestina Sica

.....	369
-------	-----

CAPÍTULO 8 DERECHO COMPARADO

EL DERECHO DE LA SALUD Y SU RELEVANCIA INTERNACIONAL. ANÁLISIS COMPARATIVO DE ARGENTINA, BRASIL Y DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Alberto Arbex

1. Derecho de la Salud. Tema de interés internacional actual	375
2. Temas afines al derecho de la salud	377
3. Enfermedades crónicas	379
3.1. En Argentina	379
3.2. En Brasil	379
3.3. En los Estados Unidos.....	380
4. Los costos crecientes de la salud	381
4.1. En Argentina	381
4.2. En Brasil	382
4.3. Costos en los Estados Unidos.....	383
5. Discusiones	384
6. Conclusiones.....	384
Bibliografía.....	386

**ASOCIACIONES O ALIANZAS ESTRATÉGICAS
EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD**

William Javier Vega Vargas

1.	Los prestadores de servicios de salud P.S.S.....	389
1.1.	Instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS.....	390
1.1.1.	Instituciones prestadoras de servicios de salud públicas IPS públicas	391
1.1.1.1.	Transformación en ESE o Afiliación a una ESE.....	392
1.1.1.2.	Prohibición en la Prestación directa asistencial de servicios de salud por parte de las entidades territoriales.....	392
1.1.1.3.	De la prestación de servicios por parte de las Entidades Territoriales en Zonas de difícil acceso.....	392
1.1.2.	Instituciones prestadoras de servicios de salud indígenas IPS Indígenas	392
1.1.3.	Grupos de práctica profesional GPP-IPS.....	393
1.2.	Profesional independiente de salud PSS.....	393
1.2.1.	Se consideran profesiones de salud según la Ley, las siguientes	393
1.2.2.	La Resolución 2772 de 2003 “Por la cual se definen las características específicas de calidad para los programas de pregrado en ciencias de la salud”, conforme al Decreto 2566 de 2003, previó como programas de ciencias de la salud	393
1.2.3.	Los programas de Instrumentación Quirúrgica y Terapia Respiratoria actualmente registrados	394
1.2.4.	Son Profesiones independientes de salud	394
1.2.5.	Son Profesionales independientes de salud	395
1.2.6.	Las profesiones del área de la salud.....	395
1.2.6.1.	Requisitos para el ejercicio de las profesiones del área de la salud.....	395
1.2.6.2.	Condiciones académicas que se deben acreditar para el ejercicio de las profesiones del área de la salud.....	396

	Pág.
1.2.6.3. Registro Único Nacional del Talento Humano.....	396
1.2.6.4. Certificación mediante la inscripción de en RUN del personal que ejerce en salud.....	396
1.2.6.5. Término para acreditar la competencia académica de quienes ejercen especialidades, subespecialidades y ocupaciones sin el título o certificado correspondiente	396
1.2.6.6. Identificación única del talento humano en salud	397
1.2.6.7. Ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones del área de la salud	397
1.2.7. Profesional Independiente de la Salud PSS que quiera ofertar sus servicios como Institución Prestadora de servicios de salud IPS PSS.....	397
2. Práctica insegura no autorizada en la prestación de servicios de salud. Circular externa 066 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud	398
2.1. Medidas que originan las situaciones descritas. Circular externa 066 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud	405
3. Prácticas autorizadas en la prestación de servicios de salud. Circulares externa 066 y 067 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud	409
4. Prestación de servicios en forma conjunta mediante asociaciones o alianzas estratégicas	410
4.1. Formas asociativas	410
4.2. Formas de asociaciones o alianzas estratégicas para la prestación de servicios de salud.....	412

**IMPLEMENTACIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA
PRIVATIZADORA EN EL SECTOR DE LA SALUD
EN COLOMBIA. 1990-2008**

Luz Dary Naranjo Colorado y Emilce Garzón Peña

Introducción	419
1. Contextualización y conceptos de la privatización.....	420

	Pág.
¿La salud un derecho o una mercancía? Privatización en el Sector Salud Colombiano.....	422
2. Privatización de la salud en Colombia. Análisis desde los actores del sistema: usuarios y personal de la salud.....	424
3. Impactos y consecuencias en los usuarios del sistema general de seguridad social en salud	424
De la afiliación al sistema de seguridad social en salud	425
De la percepción del estado de salud de la población.....	429
4. Condiciones laborales del personal de la salud en el sistema general de seguridad social en salud: impactos y consecuencias	433
Salud al trabajo.....	433
Personal de la salud: nuevos trabajadores a destajo	435
Oferta laboral del personal de la salud.....	438
Demanda laboral del personal de la salud	441
5. Privatización del sector salud en Colombia. Las empresas prestadoras de salud-EPS	442
En favorecimiento de la empresa privada.....	445
En detrimento del usuario	445
En detrimento del personal de la salud	445
6. Estrategias de solución a la crisis del sector salud en Colombia, en concordancia con las acciones asumidas por los países de la región	447
Una mirada a los modelos de salud de América Latina y el Caribe .	447
Nicaragua.....	451
Costa Rica (Cuba)	451
Argentina	451
México.....	451
Colombia	452
7. Estrategias alternativas de solución a la crisis de la salud en Colombia: perspectivas y propuestas	452
1. Sistema de alternativa democrática.....	452
2. Sistema con base en una racionalidad social	453

	Pág.
3. Sistema sobre la base de voluntad política y acción	454
Conclusiones	454
Bibliografía.....	455

PRESENTACIÓN

La salud constituye una realidad que ha preocupado desde siempre al ser humano y su percepción se ha ido resignificando en el tiempo como resultado de una construcción donde interactúan componentes históricos, sociales, culturales, filosóficos, económicos, políticos y normativos. Sin embargo, sigue siendo notoria aún la hegemonía del modelo biológico —dominado por las ciencias naturales—, que centra y reduce su enfoque a las funciones orgánicas, quedando relegados el resto de sus elementos. El avance de las ciencias sociales amplió esta mirada incorporando al proceso vital otros fenómenos de la realidad. Aquel binomio salud-enfermedad dejó de ser entonces un problema exclusivo y excluyente de las ciencias médicas o de las políticas públicas sanitarias para adquirir, en este contexto, dimensión social e interdisciplinar.

El llamado “Derecho de la Salud”, reciente rama autónoma del Derecho en Argentina —y en expansión en la región—, convoca al diálogo a muy diversas disciplinas. La justificación está dada por la complejidad adquirida por el sistema de salud (en sus variantes pública, privada o de la seguridad social), por la arquitectura fragmentada y segmentada de la legislación sanitaria (fundamentalmente en países federales), con una proliferación de normas sin una adecuada sistematización y armonización, hecho que dificulta no solo la certeza en su aplicación, el acceso a los servicios sanitarios y la consiguiente efectividad de los derechos, sino también, la posibilidad del ejercicio de administraciones eficientes.

Por su parte, la creciente incorporación de nuevas tecnologías y su impacto sobre los recursos económicos y la gestión de servicios, tiende a multiplicar los conflictos, ganando terreno una malograda judicialización sanitaria que genera una lógica de confrontación que promueve el aumento de reclamos por asistencia sanitaria. La consecuencia más evidente de este modelo es la producción y profundización de las inequidades, que se traducen en la falta de acceso al sistema de salud y de justicia de los sectores sociales más vulnerables y desprotegidos, privilegiándose a aquéllos que poseen mejores medios y posibilidades de acercarse a la información necesaria para ejercer estos derechos. Bajo este contexto se amplían los fenómenos de violencia interpersonal, junto al creciente disgusto de la ciudadanía respecto de la atención recibida.

En otro orden, ha adquirido relevancia en las últimas décadas, el nacimiento y crecimiento de movimientos sociales, que se han transformado en legítimos canales de participación ciudadana para la construcción de un poder generado de abajo hacia arriba. Estas expresiones se han caracterizado por su capacidad para

profundizar prácticas democratizadoras en el sector salud y han llevado la voz de las necesidades e intereses de actores comunitarios a los diferentes ámbitos de decisión de las políticas públicas. Pretenden ser los fiscalizadores de la garantía de acceso en tiempo oportuno a servicios sanitarios de calidad, para explicitar el derecho de la salud como un derecho humano fundamental (la ley de derechos del paciente, de salud mental, de fertilización asistida, de igualdad de género, la convocatoria de la mesa de diálogo iniciada por el Observatorio de Salud en la provincia de Santiago del Estero, son algunos de los ejemplos que pueden citarse en este sentido).

Mención especial merece la evolución que, en estas últimas décadas, han alcanzado las directrices emanadas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Es interesante el proceso de reconocimiento de este nuevo enfoque de salud, entendido como el marco adecuado para el desarrollo de acciones, estrategias, programas, políticas y legislación, donde debe tenerse especialmente en cuenta el impacto que éstas generan para los derechos humanos. Lo informan, como principios rectores, el respeto por la dignidad humana; la atención de los grupos más vulnerables; la garantía de accesibilidad a los servicios de salud en tiempo oportuno; la protección de la vida privada y la intimidad; la perspectiva de género; los paradigmas de igualdad y no discriminación; la introducción de salvaguardas para proteger de las principales amenazas a las minorías migrantes y otros sectores marginados; la promoción de formación e información en salud; el reconocimiento de otros factores sociales, culturales, normativos que integran el concepto de salud; la participación libre y activa de los actores sociales y beneficiarios de las políticas sanitarias en los procesos de decisión; el aumento de la transparencia y exigencia de una gestión responsable en salud.

A su vez, la adaptación de las legislaciones sanitarias locales —con sus resabios de un modelo paternalista y autoritario— y su contextualización a este Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es aún un camino en construcción y un reto hacia el futuro porque están en juego la dignidad de las personas y el compromiso con la equidad y la justicia.

El derecho de la salud, como derecho humano, incluye en este contexto, tanto la garantía de acceso a los servicios de salud y asistencia médica, como el derecho a otras condiciones esenciales y determinantes de la salud: acceso al agua limpia potable, suministro de nutrición y vivienda adecuadas, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva (Observación general sobre el derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Toda la región viene desarrollando importantes avances en materia de reconocimiento del Derecho de la Salud, pero los resultados alcanzados aún resultan insuficientes si se evalúa su efectividad en concreto.

Pensar la salud como un bien que permita el desarrollo sostenible, individual y social, es uno de los pilares de una sociedad más justa, junto con la construc-

ción de ciudadanía participativa, fundada en la solidaridad, que colabore en la recuperación del vínculo e integración entre los equipos de salud y la comunidad organizada, para el diseño y priorización de políticas públicas, compartiendo saberes, democratizando la información y evitando situaciones de conflicto que deban resueltas a través de la judicialización de la salud.

DRA. MARISA AIZENBERG

Directora Académica
Observatorio de Salud
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

PRÓLOGO Y AGRADECIMIENTOS

La presente obra es el resultado de la recopilación de los trabajos de autores especialmente invitados y de los textos galardonados en la convocatoria de los “Premios Observatorio de Salud 2013”, organizada por el Observatorio de Salud y el Seminario de Derecho y Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 8 de noviembre de 2013, en la Ciudad de Buenos Aires, alcanzándose así la sistematización de importantes estudios que hacen al Derecho de la Salud como disciplina autónoma.

Su contenido recoge los trabajos premiados y elegidos por su calidad, que abarcan una amplia variedad de temas jurídicos y de disciplinas afines, que constituyen los ejes centrales de la moderna doctrina en la materia. Entre ellos se destacan: la salud como un derecho humano; la problemática en torno al ejercicio de la autonomía personal; los determinantes de la salud; el federalismo sanitario; la importancia de la información, prevención y formación en derecho y salud; el régimen jurídico de los medicamentos y el abordaje de temas sobre la salud mental.

En la publicación se analizan también cuestiones vinculadas al Derecho de la Salud en el Proyecto de reforma de la legislación civil y comercial cuyo debate forma parte de la actualidad Argentina, como así también referencias al Derecho comparado con trabajos recibidos de autores pertenecientes a Brasil, Colombia y Uruguay.

Resultan tributarias de esta obra un total de 22 textos de excelente calidad académica, que sin duda contribuirán al desarrollo de la especialidad y formarán parte de una etapa fundacional del Derecho de la Salud en Argentina.

Agradecemos a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el nombre de su ex Decano Dr. Atilio Alterini, al Secretario de Extensión Universitaria, Dr. Amelio Bedini, al Secretario de Hacienda, Dr. Alejandro Gómez y muy especialmente a Señora Decana Dra. Mónica Pinto por su apoyo y aliento constante e incondicional.

También agradecemos a los miembros del Observatorio y del Seminario de Investigaciones, a los que lo fundaron, a quienes ya no están entre nosotros, a los que siguen trabajando incansablemente por una sociedad más justa, equitativa y solidaria. Gracias a todos ellos, a los Dres. Romina Reyes, Anahí Propatto, Juan Manuel Colla, Betina Cuñado, Francisco Brischetto, y en su nombre al resto de

ese gran equipo. A los Dres. Carlos Cárcova, Tulio Ortiz y Marcos Córdoba. A la Dra. Esther Silvia Ferrer, a Maximiliano Nitto y a la Téc. Andrea Rosenzwaig. Y a nuestros hacedores Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani y Lily Flah.

Por último un muy especial reconocimiento por su dedicación, compromiso y vocación de servicio a quienes además de su labor diaria en el Observatorio y Seminario, integraron el Jurado para el premio. Gracias Dras. Viviana Bonpland y María Susana Ciruzzi y Lic. Alberto Bozzolo, que junto con la Dra. Marisa Aizenberg hicieron posible que esta obra viera la luz. Ellos han permitido el desarrollo conceptual del Derecho de la Salud en Argentina, han impulsado la creación de herramientas para la gestión de los servicios de salud y han sido los hacedores del armado de redes de cooperación académica internacionales.

La masiva respuesta y participación a la convocatoria para esta primera edición de los Premios Observatorio de Salud y la calidad de los trabajos presentados, fue el premio que nosotros recibimos, comprobando que nuestra región tiene problemas y preocupaciones comunes y una mirada similar o complementaria sobre su abordaje. Reafirmamos que el camino iniciado es el correcto y compartido por muchos otros, en los que podemos vernos reflejados y otra vez gracias a todos los que han hecho posible la concreción de aquella idea que se fundó hace cuatro años atrás cuando nacía el Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

CAPÍTULO 1

MARCO GENERAL

DERECHO SANITARIO: UN CAMPO INTERDISCIPLINARIO*

Marco Aurélio Antas Torronteguy(1)

La salud, en la esfera individual, se relaciona con el derecho a vida, con la prohibición de la tortura y, últimamente, con la reivindicación individual por servicios médicos, incluso medicinas. Sin embargo, la salud también contempla una dimensión social, desde las reivindicaciones laborales por mejores condiciones de trabajo, la obligatoriedad de la vacunación, hasta las políticas públicas de prevención y asistencia a las más distintas enfermedades.

No es nueva la relación entre los derechos humanos de primera generación o dimensión (las libertades individuales ejercidas contra el Estado) y el ideal de *libertad*. Igualmente, la relación entre la segunda dimensión o generación de derechos humanos (los derechos sociales, promovidos por el Estado) y el ideal de *igualdad*. Asimismo, la tercera dimensión o generación de derechos humanos (transindividuales, como el medioambiente sano, la democracia etc.) se relaciona con el ideal de *solidaridad* o *fraternidad* (2).

El derecho sanitario (3), en estrecha relación con los derechos humanos, conduce la búsqueda por los mismos ideales. La *libertad* está en el *derecho a la sa-*

(*) Este texto publica, revisado, el ítem 1.2.1, capítulo II, de mi tesis de doctorado: TORRONTÉGUY, MARCO AURÉLIO ANTAS, *O direito humano à saúde no direito internacional*, São Paulo, USP, 2010, [en línea] <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326>> [Consulta: 9 de diciembre de 2013].

(1) Doctor en Derecho por la Universidade de São Paulo (USP). Profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Abogado asociado sénior en el área de Life Sciences en Mattos Muriel Kestener Advogados. Correo electrónico: torronteguy@gmail.com.

(2) En este sentido, Paulo Bonavides sostiene lo siguiente: “*Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade*”. BONAVIDES, PAULO, *Curso de direito constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 516.

(3) “*O direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado. Tem, também, abarcado a sistematização da preocupação ética voltada para os temas que interessam à saúde e, especialmente, o direito internacional sanitário, que*

lud, el derecho humano fundamental a tener acceso a la salud en su más amplio significado (4). La *igualdad* está en el *derecho de la salud pública* (5), el deber del Estado Democrático de Derecho de promover la salud para los ciudadanos. Sobre dicha relación, Sueli Gandolfi Dallari afirma lo siguiente:

“a saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais (...)

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção (...)

Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade (...)

O direito à saúde ao apropriar-se da liberdade e da igualdade caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores” (6).

La carga axiológica de los derechos humanos encuentra el ideal de la dignidad humana y la percepción de que se trata de contenidos jurídicos que traducen la conciencia ética colectiva de la humanidad. Las generaciones, o dimensiones, de los derechos humanos reflejan la evolución histórica constante de los derechos —la siempre inacabada protección jurídica de la dignidad humana—.

En este sentido, las tres dimensiones o generaciones son solidariamente complementarias y un mismo derecho puede ser comprendido bajo las tres diferentes perspectivas —es decir, el mismo derecho puede encuadrarse en distintas dimensiones— individual, social o transindividual.

Así es con el derecho a la salud, que ostenta una dimensión individual (el derecho subjetivo a los servicios y medicinas del sistema público, como en el ejemplo brasileño), pero también una dimensión colectiva y social (las políticas públicas de salud propiamente dichas). Además, la importancia de la salud es muy amplia y tiene que ver con el propio desarrollo del Estado, y no solamente con el desarrollo del individuo. De acuerdo con Dalmo Dallari:

“É lição da história que os povos com melhor nível de saúde sempre se colocaram em posição de vanguarda, tanto no plano da produção material quanto intelectual. E no interior de cada sociedade o que se verifica é um fenômeno paralelo, obtendo maior desenvolvimento e conquistando as melhores

sistematiza o estudo da atuação de organismos internacionais que são fonte de normas sanitárias e dos diversos órgãos supra-nacionais destinados à implementação dos direitos humanos. DALLARI, SUELI GANDOLFI, “Direito sanitário”, *Direito Sanitário e Saúde Pública*, vol. 1, Brasília, Ministério da Saúde, 2003, p. 49.

(4) De acuerdo con el preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial de Salud, de 1946: “salud es el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad”. DALLARI, SUELI GANDOLFI, “O direito à saúde”, *Revista de saúde pública*, São Paulo, vol. 22, n. 1, febrero de 1988, p. 330.

(5) DALLARI, SUELI GANDOLFI, “Uma nova disciplina: o direito sanitário”, *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, vol. 22, n. 4, ago. 1988, p. 330.

(6) DALLARI, SUELI GANDOLFI, “O direito à saúde”, *Revista de saúde pública*, São Paulo, vol. 22, n. 1, febrero de 1988, p. 59.

posições as pessoas que, desde criança, ou mesmo antes de seu nascimento, tiveram o benefício do recebimento de bons cuidados de saúde” (7).

En Brasil, por ejemplo, la Constitución de 1988 elevó el *status* jurídico de la salud, para ponerla entre los derechos sociales, como un *derecho público subjetivo* y un *deber estatal* (8).

En efecto, la Constitución Federal de Brasil enuncia el rol de la salud en el art. 6°. Además, en el título VIII, referente al orden social, la salud está vinculada con la seguridad social, de la cual también participan la previsión social (régimen de pensiones, arts. 201 e 202) y la asistencia social (arts. 203 e 204). Específicamente en lo que concierne al derecho a la salud, la Constitución brasileña determina lo siguiente: “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (9). Asimismo, el derecho a la salud involucra el derecho a la vida (art. 5°, *caput*).

Sueli Dallari sostiene que la tutela de la salud en la Constitución Brasileña presupone la democracia y se fija en el derecho fundamental de toda persona a tener acceso a la salud, por medio de políticas públicas que reflejen todo lo que se incluye en el concepto de salud (10).

Por ello la Constitución Brasileña da relevancia pública a los servicios de salud e impone su realización por el Estado, por medio del Sistema Único de Salud (SUS), con la participación de la comunidad. No obstante, la Constitución también permite a la iniciativa privada la realización de servicios de salud (11).

Es muy importante percibir que el derecho a la salud no es el derecho de *ser saludable*, sino que es el derecho de *tener acceso* a los productos y servicios de salud de que se necesite.

Más allá, el acceso a la salud no debe ser solamente el acceso a la asistencia médica en caso de enfermedad —lo que correspondería a una visión negativa—,

(7) DALLARI, DALMO DE ABREU, *Direitos humanos e cidadania*, 2ª ed., São Paulo, Moderna, 2004, p. 78.

(8) La doble dimensión del derecho a la salud ya fue afirmada por el Supremo Tribunal Federal (STF): “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular —e implementar— políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. [...]” (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12/9/2000, DJ de 24/11/2000). No mesmo sentido: RE 393.175-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, DJ de 2-2-07” – BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Constituição federal e jurisprudência* [en línea], <<http://www.stf.gov.br>>.

(9) Art. 196, Constitución Federal de Brasil.

(10) DALLARI, SUELI GANDOLFI, *Os estados brasileiros e o direito à saúde*, São Paulo, Hucitec, 1995, ps. 30-32.

(11) Arts. 197 a 200, Constitución Federal de Brasil.

porque el punto de partida estaría en la enfermedad y no en la salud. Trátase de un derecho más amplio, que debe contemplar la *asistencia* curativa por profesionales de la salud y, además, debe involucrar acciones de *prevención* y de *promoción* de la salud (12).

La *prevención* en salud significa la administración y gestión de los riesgos conocido (13), puede ser individualizada y tiene conquistado más importancia a cada día (14). La *promoción* de la salud, a su vez, se relaciona principalmente con la educación de la población sobre hábitos saludables y sobre actitudes de higiene y prevención, teniendo en cuenta que el proceso salud-enfermedad no es lineal (causa-efecto) y no es solamente biomédico, sino que involucra elementos socio-económico-culturales (15).

Por lo tanto se percibe que el derecho sanitario es un campo interdisciplinario (16), intersección entre distintos saberes, jurídicos y no jurídicos. El derecho sanitario es un derecho que dialoga estrechamente con las ciencias de la vida y de la salud, un derecho que se realiza por medio de políticas públicas y que también se relaciona con distintos campos de la propia ciencia jurídica.

En efecto, el derecho sanitario, cuya matriz está en los derechos humanos, tiene que ver con el derecho administrativo, en lo que concierne a la organización del sistema de salud; con el derecho penal, pues existe el concepto de crimen contra la salud pública; con el derecho laboral, en lo que toca la salud del trabajador; con el derecho civil, concerniente a la responsabilidad de los profesionales de salud y la mala praxis; con el derecho del consumidor, una vez que engendra relaciones de consumo como los contratos particulares con seguros salud privados; con el derecho económico, pues el Estado regula el mercado de la salud; con el derecho ambiental, lo cual es indirectamente garantizado cuando se protege el ambiente etc. En este contexto, el derecho sanitario ha adquirido autonomía científica.

(12) En este sentido, en el ejemplo brasileño, establecido por la ley 8080 de 1990, hay tres sectores fundamentales del sistema de salud: la asistencia, la prevención y la promoción de la salud.

(13) Cuando se trata del enfrentamiento de riesgos todavía no comprobados científicamente, sobre los cuales no se ha establecido con seguridad el nexo de causalidad con los daños posibles, trátase entonces de la aplicación del principio de la precaución, importante principio del derecho sanitario cuya aplicación sufre mucha resistencia. TORRONTÉGUY, MARCO AURÉLIO ANTAS, *Possibilidades de aplicação do princípio da precaução no âmbito do Mercado Comum do Sul*, 2006, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2006.

(14) Para una reflexión sobre el derecho a la salud en la sociedad de riesgo, considerando que el enfoque del *riesgo* es un desafío para los sistemas de salud acostumbrados a manejar las *enfermedades*, ver: DE GIORGI, RAFFAELE, "O risco na sociedade contemporânea", *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, 2008, ps. 37-49.

(15) CANEL, REGINA CÉLIA y CASTRO, CLÁUDIO GASTÃO JUNQUEIRA DE, "A advocacia em saúde como uma estratégia para a promoção da saúde", *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, 2008, ps. 74-85.

(16) Schwartz percibe la salud como un proceso sistémico en lo cual es imposible la extinción de los riesgos, razón por la cual se abandona el paradigma kelseniano de la seguridad jurídica y se asume el paradigma sistémico luhmanniano, que permite al derecho sanitario manejar los riesgos sin evitarlos. SCHWARTZ, GERMANO, "Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia", *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 1, 2001, ps. 27-38.

La protección del derecho a la salud es uno de los muchos desafíos que enfrenta la humanidad actualmente. Su efectividad no es solamente una exigencia formal positivada en textos jurídicos constitucionales o mismo internacionales. El respeto a todo ser humano como valor-fuente de todo el orden jurídico es un postulado humanista. Más allá de eso, el acceso a la salud es imprescindible para una vida digna y traduce una exigencia ética humana. El derecho sanitario es un campo interdisciplinario, un espacio dedicado a la reflexión jurídica sobre la salud.

BIBLIOGRAFÍA

- BONAVIDES, PAULO, *Curso de direito constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Constituição federal e jurisprudência* [en línea], <<http://www.stf.gov.br>>.
- CANEL, REGINA CÉLIA; CASTRO, CLÁUDIO GASTÃO JUNQUEIRA DE, “A advocacia em saúde como uma estratégia para a promoção da saúde”, *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, nº 1, 2008, ps. 74-85.
- DALLARI, DALMO DE ABREU, *Direitos humanos e cidadania*, 2 ed., São Paulo, Moderna, 2004.
- DALLARI, SUELI GANDOLFI, “Direito sanitário”, *Direito Sanitário e Saúde Pública*, vol. 1, Brasília, Ministério da Saúde, 2003, ps. 39-64.
- “O direito à saúde”, *Revista de saúde pública*, São Paulo, vol. 22, nº 1, 1988, ps. 57-63.
- Os estados brasileiros e o direito à saúde*, São Paulo, Hucitec, 1995.
- “Uma nova disciplina: o direito sanitário”, *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, vol. 22, nº 4, 1988, ps. 327-334.
- DE GIORGI, RAFFAELE, “O risco na sociedade contemporânea”, *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, nº 1, 2008, ps. 37-49.
- SCHWARTZ, GERMANO, “Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia”, *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, nº 1, mar. 2001, ps. 27-38.
- TORRONTÉGUY, MARCO AURÉLIO ANTAS, “O direito humano à saúde no direito internacional”, São Paulo, USP, 2010, [en línea] <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326>> [Consulta: 9 de diciembre de 2013].
- Possibilidades de aplicação do princípio da precaução no âmbito do Mercado Comum do Sul*, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2006.

PACIENTES: ¿SÓLO DERECHOS?

Ana Inés Díaz (1)

El presente artículo tiene un objetivo simple y práctico: servir de disparador para el debate que debería darse sobre la relación médico-paciente y la violencia actual que la caracteriza. Y, en última instancia, también constituye un objetivo —un poco más pretencioso tal vez—, el de contribuir a la paz social.

Al inicio, entonces, me surge esta pregunta: ¿Por qué en un contexto social donde abundan los hechos de violencia (2), tenemos una Ley sobre “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” (3) y, como contrapartida, ningún tipo de deber u obligación?

Mi primera hipótesis es que estamos frente a un proceso de reconocimiento legislativo cada vez mayor de los *derechos humanos* y, con ello, las normas que emanan tienen una fuerte influencia de este momento histórico.

La jerarquía constitucional de tratados internacionales sobre derechos humanos a través del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y, a su vez, las modificaciones propuestas por la reforma del año 1994, trajeron consigo una proliferación legislativa que sigue evolucionando hoy día en torno al reconocimiento de derechos sociales.

En segundo término, planteo —y esto atraviesa a muchos de los dilemas del Derecho de la Salud— que los contextos sanitarios y las contingencias que de ellos se derivan implican, en sí mismos, un *alto grado de vulnerabilidad vital*.

¿Por qué? Porque son espacios donde la vida, o la calidad de vida, de los pacientes se encuentran en juego y, a su vez, donde los integrantes del equipo de salud trabajan con mucha presión laboral y en los tiempos, donde se contraponen los recursos disponibles con los resultados esperados.

(1) Abogada por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Posgraduada en Mediación (Universidad Nacional de Mar del Plata). Mediadora. Directora del Instituto de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados de Mar del Plata. Miembro Colaborador del Observatorio de Salud (UBA). Diplomada en Políticas de Salud Mental y Derechos Humanos (Universidad Nacional de Mar del Plata).

(2) La Nación, 29/01/2013, “Cada 48 horas es agredido personal médico en los hospitales porteños” y “No ceden los casos en territorio provincial”.

(3) Ley 26.529 (B.O. 20/11/2009).

Por ello, todos los actores del espacio de salud se ven afectados en mayor o en menor medida: los usuarios y familiares no han podido sentirse comprendidos, escuchados, por el contrario han sido maltratados, o ha habido poca información sobre su estado de salud, las alternativas, los riesgos, los beneficios (proceso de consentimiento informado) o, en su caso, los fundamentos del rechazo de una cobertura por parte de los financiadores y/o, por su parte, los agentes del sistema de salud, no han podido explicar, dar la información, u ofrecer algún tipo de reparación y también pueden haber sido maltratados por la misma presión laboral.

Entiendo entonces que el alto nivel de conflictividad existente y la violencia urbana visibilizada dentro del hospital tiende a ser desactivada con derechos sobre la parte más débil de la relación jurídica. En este caso, para el legislador, sería el paciente.

Sin embargo, adelanto que este enfoque de derechos humanos debería ser para todos los afectados en el contexto sanitario: pacientes y agentes de servicios de salud, por lo que un catálogo de obligaciones también debería ser objeto de reconocimiento legislativo.

Por lo tanto, sería útil hablar de responsabilidad del paciente, del paciente como promotor de su propia salud, y que empoderarlos signifique también mostrarles que las capacidades para cuidarse están ínsitas en su propio ser.

La Dra. Mirta Roses Periago, Directora de la Organización Panamericana de la Salud desde 2003 hasta 2013, mencionaba como una línea de acción estratégica para abordar los desafíos actuales en la salud pública al “empoderamiento de los individuos, familias y comunidades con más y mejor conocimiento de sus derechos, deberes y responsabilidades en el campo de la salud” (4).

Sin embargo, esto es desconocido en general, ya que siempre miramos al *otro* como primer responsable —de todo— sin dejar lugar para ver en qué medida uno mismo contribuye a esto o a aquello. Por eso, frente a ese desconocimiento, es que la responsabilidad vuelve al legislador y al Estado como generador de políticas públicas, que deben velar siempre por el bienestar general. Y desde ahí multiplicarse en la escuela, la familia y los medios de comunicación.

En este sentido, debo señalar que existe un antecedente para el sector público de la provincia de Buenos Aires que, además de derechos de los pacientes, contiene una enumeración de obligaciones. Éste es el decreto 135/03 B (5) que aprueba la reglamentación de la ley 11.072 de descentralización hospitalaria y en cuyo art. 4, inc. II de su Anexo I, incluye seis “obligaciones de los pacientes y de sus familiares, en su caso”. Esto constituye una recepción legislativa local de la postura que vengo sosteniendo.

(4) ROSES PERIAGO, MIRTA, “La red, una herramienta útil para la salud”, artículo publicado en *LatinSalud.com* [Internet], <http://www.latin salud.com/articulos/00836.asp> [Consulta: 9 de octubre de 2012].

(5) Decreto 135/03 B (B.O. 19/01/2004).

Por otro lado, los integrantes del equipo de salud deberían ver a la queja o reclamo como una oportunidad de brindar información y no como un futuro juicio de mala praxis profesional o reclamo judicial, recuperando en cuanto sea posible el lugar del diálogo y la comunicación en la relación médico-paciente.

Debemos volver a un círculo virtuoso donde se aprecie, se valore y, a la vez, se pueda sentir respetado cuando se enfrentan situaciones de atención de la salud.

En consonancia con el enfoque de derechos humanos, que asignan valor a la voz y la participación, cuando se trata de necesidades de salud, se requiere de procedimientos deliberativos, esto es, diálogo y comunicación donde los protagonistas son todos.

Tenemos un importante marco legislativo pero no solo con leyes se contribuye a una sociedad mejor, sino con la responsabilidad de los ciudadanos que la componen.

El debate está abierto.

CAPÍTULO 2

LA SALUD, UN DERECHO HUMANO

EL DERECHO DE LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS

Águeda Müller (1)

La salud es una actitud gozosa hacia la vida y una aceptación alegre de las responsabilidades que la vida exige del individuo”

HENRY SIGERIST

1. CONCEPTO DE SALUD

Al afirmarse que existe un derecho a la salud, debe explicitarse cómo definiremos a la *salud* y llegar a un acuerdo, porque el ser humano no es solamente cuerpo, y menos una suma de cierto número de órganos. Como bien ha expresado Winiarski, “Es una unidad viviente, un cuerpo y un espíritu, un ser social, capaz de influenciar de manera dinámica su vida y su medio ambiente” (2).

Debemos preguntarnos ¿qué es la salud? porque el término salud, es impreciso, en consecuencia, intentaremos su esclarecimiento porque del alcance que le otorguemos dependerá el contenido y la operatividad de su tutela.

La palabra *salud* viene del latín, *salus, salute, salud, salvación* y denota el normal funcionamiento psicobiológico de la persona. Los romanos, siguiendo su costumbre con las palabras benéficas, entronizaron la palabra *Salus* dándole la cualidad de diosa de la Salud (*Salus*) con su templo correspondiente.

Los clásicos no tenían especiales dificultades en alcanzar una idea clara de lo que es la salud. Hablaban latín, y la sola palabra *Salus* ya les daba idea de su significado.

A lo largo del tiempo, este concepto ha variado pues, originariamente, se vinculaba a la ausencia de enfermedades, pero luego evolucionó hasta comprender el completo bienestar físico, psíquico y social, que ha significado además,

(1) Abogada por la USAL. Miembro de la Comisión Directiva de la Sociedad Argentina de Medicina Antropológica. Postgraduada en Derecho de la Salud y Herramientas de Gestión de Salud (UBA). Asesora Jurídica de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación.

(2) WINIARSKI, MICHAEL, “Visión de conjunto, el cuerpo humano trabajando”, OMS, Área de Estudio e Investigación Área en Ciencias Sociales del Trabajo, 1989.

como señala Brena, “la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida” (3).

Nosotros, expresa el médico, Antonio Pardo profesor de bioética en la Universidad de Navarra al investigar ¿qué es salud? “debemos retroceder a la etimología para alcanzar lo que era evidente para ellos: *Salus* y *Salvatio* significan estar en condiciones de poder superar un obstáculo. De estas palabras latinas se derivan sus equivalentes castellanas: salud y salvación” (4).

El término castellano *salvarse* incluye el significado original de “superar una dificultad”, y se aplica tanto a dificultades naturales (salvarse de un incendio, por ej.), como a las sobrenaturales (la salvación de los peligros que la vida presente supone para la vida del alma).

Si recuperamos para el término *salud* el significado, original y genuino, de “superar una dificultad”, obtenemos una definición en toda regla: “Salud es el hábito o estado corporal que nos permite seguir viviendo”, según lo señala Santo Tomás de Aquino (Suma Teológica I-II ae, q. 50, a. 1, c.), es decir, que nos permite superar los obstáculos que el vivir encuentra a su paso y me parece perfectamente válida también hoy. Porque, efectivamente, nos recuerda Pardo, (...) “vivir no es simplemente “estar”, como está una piedra. Vivir implica una actividad interna del ser vivo que consigue mantener una cierta independencia y diferenciación de su ámbito exterior”. Básicamente, podemos afirmar que una persona está sana cuando puede realizar sus actividades humanas normales: ir al trabajo, cuidar del hogar o de los hijos, leer, etc.

Sin embargo, el término salud no se entiende actualmente como ligado a dicho significado de “superar una dificultad”. De ahí la gran variedad de definiciones, concluye Pardo, “a veces profundamente discordantes, otras veces más o menos de acuerdo en algunos puntos, y casi siempre eclécticas, que se limitan a agrupar las opiniones más en boga sobre la cuestión”.

Por ello, desde los orígenes de la medicina se discute la definición de salud, quedando abierto un debate aun no cerrado.

Corresponde precisar que en el ámbito humanístico, con las generalizaciones, se cae en injusticias pues al contrario de las ciencias exactas, las particularidades y las diferencias son las que hacen esencialmente al ser humano. Puede aceptarse que todos tenemos *una idea intuitiva de lo que es la salud*, relacionada con la experiencia diaria y no con una definición formal.

En el lenguaje coloquial, salud y enfermedad son términos contrapuestos cuyo significado parece no plantear problemas: salud sería sencillamente *ausencia de enfermedad*, mientras que la *enfermedad* consistiría en *ausencia de salud*.

(3) BRENA, SESMA INGRID, *El Derecho y la Salud. Temas a reflexionar*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 104.

(4) PARDO, ANTONIO, “¿Qué es la salud?”, Universidad de Navarra, Departamento de Humanidades Biomédicas, artículo publicado en la *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 1997; 41(2):4-9.

Hasta mediados del siglo pasado el concepto de salud que predominaba era somático y significaba “ausencia de enfermedad”. La palabra enfermedad deriva del latín *infinitas* que quiere decir “perdida o fuerza de la salud”.

En la antigüedad, estar sano equivalía a poder desarrollar las actividades cotidianas. Alguien con capacidad para el trabajo y las relaciones familiares y sociales era considerada sana, aunque padeciese algunos de los procesos que hoy consideramos enfermedades, se trataba de una noción sumamente pragmática que hacía compatible la definición de sano con el sufrimiento de algunas molestias, siempre que éstas no afectaran, decisivamente, a la actividad ordinaria.

Las dificultades comienzan cuando se intenta superar esta noción vulgar basada en una mera exclusión mutua y manejar estos conceptos con alguna precisión.

Es sabido que este tipo de definición es incorrecta porque, al final de cuentas, no define nada, porque todo ser humano “es una totalidad” y el equilibrio de su estado de salud, debe cuidarlo por sí mismo, en primer término, y en segundo lugar, el Estado se encarga de que la salud del individuo y la salud pública mantenga su mejor nivel. Tan ambicioso, resulta pretender definir la salud como la vida. Pero si podemos explicar una concepción de la salud, que basada en los conocimientos científicos que se poseen, expresen las notas fundamentales que interpreten su dinamismo.

Cabe recordar que en año 1946 se creó la “Organización Mundial de la Salud”, en adelante (OMS) que incorpora en su carta Magna el concepto de salud como un “derecho humano universal”. Todas las naciones son miembros de la Organización Mundial de la Salud y han aceptado formalmente, la declaración de los principios contenidos en su Constitución.

Al mismo tiempo considero importante destacar que la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948 fue el primer instrumento que estableció que los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad, habiéndose transformado desde su dictado en un ideal común y en una norma de comportamiento para todos los pueblos y Naciones.

Antes de considerar la definición de la OMS, veamos cómo define a la salud el “Diccionario de la Lengua Española” (*Del lat. salud*, “estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”) (5).

La “Organización Mundial de la Salud”, en el año 1948, ha definido a la salud como: “un estado de completo de bienestar físico, psíquico y social”.

“El disfrutar de el más alto nivel alcanzable de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano sin distinción de raza, religión, creencia po-

(5) Diccionario de la lengua española, publicación de la Real Academia Española, 19ª edición, año 1970, p. 1174.

lítica, condición económica y social...” (6). O sea que el bienestar es, en efecto, parte de la salud.

Esta definición nace del preámbulo de la Constitución de la OMS que nos aclara que no solamente bastará con “*la ausencia de afecciones o enfermedades*” (segundo párrafo). La definición integra un concepto negativo (ausencia de enfermedad) y otro positivo (promoción del bienestar) (7).

La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y en vigor desde el 7 de abril de 1948.

Como surge del párrafo anterior, este organismo internacional afirma, que el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica. La definición no ha sido modificada desde 1948.

Más tarde, la “Oficina Regional para Europa de la OMS”, describió a la salud como “la capacidad desarrollar el propio potencial personal y responder de forma positiva a los retos del ambiente” definiendo así a la salud como un proceso dinámico en que la interacción entre el sujeto y el entorno tiene el protagonismo.

Esto añade a la anterior definición un concepto dinámico: el de capacidad funcional y potencial, es decir, considera la salud como un medio para lograr las mejores capacidades del individuo. La salud es, pues, un proceso continuado, no una situación estática (8).

Este enfoque que dimensiona la condición humana, se proyecta y dinamiza a través de las Estrategias de Atención Primaria de la Salud seguidas en la “Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud”, reunida en Alma-Ata (Kazajstán, antigua Unión Soviética) los días 6 al 12 de septiembre de 1978, que reafirma, que la salud, que es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad; “es un derecho humano fundamental y que la consecución del nivel de salud más alto posible es un objetivo social prioritario en todo el mundo, cuya realización requiere la acción de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la Salud” (Punto I) (9).

(6) Organización Mundial de la Salud (OMS), <http://www.who.int/suggestions/faq/es/index.html>.

(7) “Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud”, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

(8) Oficina Regional para Europa de la OMS, www.who.int/about/regions/euro/es/index.html.

(9) Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, celebrada en Alma-Ata, Kazajstán, URSS; 6-12 de septiembre de 1978. www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm.

En la "1ª Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud", celebrada en Canadá en 1986, la OMS elaboró la "Carta Ottawa" y propone este concepto de salud (...) "Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente". "Las condiciones y requisitos para la salud son: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad" (10).

De acuerdo a esta concepción, la salud es el resultado de las condiciones de: alimentación, vivienda, educación, ingreso, medio ambiente, trabajo, transporte, empleo, libertad y acceso a los servicios de Salud.

En esta definición aceptada en la mayoría de los países occidentales se ha tratado de contemplar los tres aspectos de la persona que deben ser considerados como esenciales y básicos para asegurar la salud del hombre. La salud está forzosamente ligada a los cambios de nivel que la superación de las contradicciones promueve permanentemente en las tres esferas en que el hombre desarrolla su existencia: la naturaleza, la sociedad y el pensamiento. Sin embargo puede profundizarse y avanzar sobre esta interpretación planteando alguna disidencia conceptual, como veremos más adelante.

Así como los romanos consideraban a la salud, como un estado físico y mental (*Mens sana in corpore sano*) y como una cuestión que tenía que ver *específicamente con la higiene pública*, nosotros podemos dar actualmente un paso más y considerar la salud también con un sentido social.

Aunque no lo parezca, los dos juicios en que complementariamente se expresa el estado de salud, el subjetivo ("me siento sano") y el objetivo ("este hombre está sano"), llevan en su seno un considerable ingrediente social. Un individuo sano es un hombre equilibrado física y mentalmente y bien adaptado a su medio físico y social.

En este sentido, debemos reflexionar que, en su momento, esta definición de la OMS, constituyó un aporte innovador porque desplazó del campo de la medicina el concepto exclusivamente somático, propio de la teoría organicista y puso en evidencia, como opina Vidiella, la interacción de los componentes físicos, psíquicos y sociales que intervienen en el estado sanitario de las personas (11).

Con similar criterio, Mazzafero, entiende que a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud se introdujo una concepción integradora de lo mental y lo social, ampliando el criterio físico o somático que había prevalecido hasta entonces (12).

(10) 1ª Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud, celebrada en Ottawa, Canadá en 1986, la OMS elaboró la "Carta Ottawa" para la Promoción de la Salud. <http://www.paho.org/spanish/HPP/OttawaCharterSp.pdf>.

(11) VIDIELLA, GABRIELA, *Derecho a la Salud*, editorial Eudeba, año 2000.

(12) MAZZAFERO, VICENTE, "El desarrollo de la salud pública en las sociedades humanas", artículo publicado en el libro *Medicina en Salud Pública*, Editorial Ateneo, 1987.

Pero, igualmente algunas voces críticas, se preguntan ¿qué es el bienestar? y objetan que además la definición de la OMS, es excesivamente “utópica” poco realista ya que *el completo estado de bienestar no existe*. Si la salud se identifica con el bienestar y la felicidad estaremos siempre persiguiendo una utopía.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el Dr. Milton Terris, famoso salubrista norteamericano, propone, en 1975, una nueva definición: “la salud es un estado de bienestar físico, mental y social, con capacidad de funcionamiento y no únicamente la ausencia de malestar o enfermedad” (13) cuestionando este sentido absoluto de bienestar que incorpora la definición de la OMS, al plantear *la eliminación de la palabra “completo”* de ésta, y afirmar que esto está sujeto a dos cosas, por una parte es subjetivo (la sensación de bienestar), y por otra es objetivo y medible (la capacidad de funcionamiento).

Un examen de las distintas concepciones prevalentes de la salud no debería dejar de lado la definición planteada en el “X Congreso de Médicos y Biólogos de Lengua Catalana” celebrado en Perpiñán en 1976, donde se elaboró una definición de salud más dinámica y que apunta hacia una salud integral.

Se aceptó la propuesta de Jordi Gol, según la cual “La salud es una manera de vivir cada vez más autónoma, solidaria y gozosa” (14).

Como se ve, dice el Dr. Rogeli Armengol Millans se corrigió en parte la definición de la OMS y desapareció la alusión a la enfermedad.

Pero si adoptamos asevera Millans, la definición de la OMS o la de Perpiñán, “nos podemos ver obligados a entender que una persona que no tenga ningún síntoma o trastorno corporal o mental y que no sea feliz tendrá un problema de salud, lo cual parece absurdo y de aquí la gran importancia de ser precisos y realistas al elaborar y establecer las definiciones de las cosas. Una disquisición de carácter ideológico nos conmina a pensar que el infeliz o el desgraciado sería una especie de enfermo. Parecería más oportuno y adecuado, discernir y separar ambas situaciones y reservar el término salud para aludir a la ausencia de enfermedades bien clasificadas” (15).

Como podemos deducir de todos estos argumentos planteados por algunos autores, existen diversos criterios y el debate continúa porque la definición que da la Organización Mundial de la Salud (OMS), a pesar de su carácter holístico, carece de referencias a que entendemos por bienestar y a los aspectos espirituales de la salud.

Con respecto a los aspectos espirituales de la salud, citamos la opinión del actual Presidente de la Asociación Médica Argentina, el profesor Dr. Hurtado Hoyo, quien afirma que “la concepción filosófica sobre la conducta del hombre

(13) TERRIS, MILTON, *Conceptos básicos. Conceptos de Salud*, Universidad Estatal de Nueva York en Buffalo, 1957.

(14) “X Congreso de Médicos y Biólogos de lengua catalana”, celebrado en Perpiñán en 1976.

(15) MILLANS, ROGELI ARMENGOL, “Sobre las definiciones de Salud: Salud Mental y Salud Corporal”, discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina de Catalunya como académico correspondiente, Barcelona, 27 de Enero de 2009.

se modificó a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre (1948). De la medicina clásica vertical y paternalista se pasó a una situación de horizontalidad, donde prevalece el respeto por la vida, los fueros de la persona humana y de su contexto el medio ambiente. Se tiene que recordar, aclara que la Salud es una de las bases fundamentales de la civilización junto a la Educación, el Trabajo, la Justicia, la Seguridad y la Fe”.

Por eso nos propone una definición de salud de la OMS modificada, el objetivo de la Salud expresa se da en “el completo equilibrio del bienestar psico-físico-social y espiritual de la persona y de la comunidad” (16).

Otro aspecto de crítica, es su “carácter subjetivo” que obvia los aspectos objetivos, porque difícilmente podría encontrarse una persona verdaderamente sana. Tampoco facilita la medición de la salud de acuerdo con los parámetros que emplea. Su subjetividad hace que la definición de la OMS no ofrezca criterios de medición para cuantificar la salud. Ciertamente, esta definición tiene una reducida capacidad operativa, ya que, por ejemplo, todo aquel afectado incluso aunque no sea personalmente por la tiranía, la injusticia, la desigualdad, o la marginación social, no pueden ser incluidas en la definición y debería ser etiquetado como insano.

Ahora bien, de acuerdo con Lorenzetti, “esta es una definición descriptiva, es una aspiración. No es operacional y por ello no puede ser trasladada sin retoques al plano de las operaciones jurídicas. Una cosa es que estemos dispuesto a admitir que la salud es el completo bienestar y otra es que estemos dispuestos a obligar a alguien a procurarlo” (17).

La definición de salud, como aclara Kraut, integra un concepto negativo (ausencia de enfermedad) y otro positivo (promoción del bienestar) y los trabajos de la OMS no han precisado la definición ni las perspectivas del término “bienestar”. La realidad indica, que la preocupación médica se centra en la enfermedad ignorando la repercusión negativa de los aspectos psíquicos y relacionales (18).

Llovet, continúa diciendo el citado autor, retraduce la definición de la OMS como el “estar bien (lo físico) y vivir bien (lo social) con arreglo a ciertos parámetros de valoración compartidos y dominantes en la sociedad en que cada uno se encuentra”. Es decir que la salud equivale a la capacidad de existir y desarrollarse activamente, adaptado al medio natural y social (19).

(16) HURTADO HOYO, ELÍAS, “Ética y realidad en Salud”, Conferencia dictada en la Academia Nacional de Medicina de Paraguay con motivo de la incorporación del autor como Miembro Académico Correspondiente. Asunción, Paraguay 8 de julio de 2004. Publicada en *Revista de la Asociación Médica Argentina*, volumen 117, número 3, octubre de 2004, p. 24.

(17) LORENZETTI, RICARDO, “Cláusulas Abusivas en el contrato de Medicina Prepaga”, La Ley 1997-III-p. 137.

(18) KRAUT, ALFREDO JORGE, *Los Derechos de los Pacientes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 197.

(19) LLOVET, JUAN JOSÉ, “Salud y Derechos Humanos”, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, p. 20. Conferencia dictada el 25/11/1993 en el curso *Los Derechos Humanos y la participación ciudadana* en la Subsecretaría de Derechos Humanos.

Conviene recordar a Ciuro Caldani, quien asevera que tal como lo ha expresado la doctrina, en los últimos tiempos, la noción de salud se ha incrementado superando ampliamente la mera falta de enfermedad (...) se encuentra hoy con el desafío de una nueva era, signada por enormes cambios científicos, técnicos y morales (20). Asimismo, sostiene que pese a la diversidad de conceptos de salud, consideramos muy importante no confundirla con la falta de enfermedad.

La palabra “salud”, tiene su etimología en “salvo”, pero creemos, reafirma Ciuro Caldani que ha de abarcar mucho más que esa referencia negativa (21).

En materia de salud, agrega, los hombres somos especialmente únicos, necesitamos con particular significación igualdad de oportunidades y nos desenvolvemos en una comunidad de realizaciones y riesgos. La comunidad conduce a la “res publica”; quizás pueda hablarse de una “res pública de la salud”. También sostiene que la noción de salud, a menudo muy discutida y variable según el espacio, el tiempo y las personas, posee gran significado en el enriquecimiento de todo el pensamiento jurídico y cultural (22).

Como se desprende de lo dicho, se reconoce a la salud en conexión ulterior con el bien vida, y en palabras de Morello “El derecho está en la vida y ésta es su gran argumento. Entre la vida y la muerte, la preocupación es el derecho a la salud. Es uno de los grandes temas de nuestro tiempo” (23).

A esto agregamos lo que para Bidart Campos es la noción actual de lo que es salud: una situación personal de bienestar físico, psíquico, mental, moral integral, que excede en mucho a “no estar enfermos” para convertirse en “estar completamente sano” Así como la integridad personal cubre lo corporal, lo psíquico, lo moral, la salud abarca análoga integridad para que la persona se instale en una situación de bienestar, abarcativa de todas esas facetas que componen la compleja personalidad humana” (24).

Mientras que si reflexionamos desde un punto de vista cristiano o religioso, el Nuevo Testamento refuerza el valor de la persona al decir “amad al prójimo

(20) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Los Derechos de los Pacientes como parte de una nueva rama jurídica del Derecho a la Salud”, Ponencia presentada en *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2011, San Miguel de Tucumán.

(21) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estrategia Jurídica* Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, UNR Editora - Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2011, capítulo “Aportes Trialista a la estrategia del Derecho de la Salud”, p. 191 y p. 194 (notas). Publicado en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>. Publicado en www.centrodefilosofia.org.ar.

(22) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Filosofía Trialista del Derecho de la Salud”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Revista del Centro I.F.J. y F.S.*, Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Nro. 28, p. 31. Publicado en www.centrodefilosofia.org.ar.

(23) MORELLO, AGUSTÍN y MORELLO, GUILLERMO, *Los Derechos Fundamentales a la Vida Digna y a la Salud*, Librería Editora Platense, La Plata, 2002.

(24) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Lo explícito y lo implícito en la salud como Derecho y como Bien jurídico Constitucional”, artículo incluido en la obra colectiva *Salud, Derecho y Equidad*. Directora Gladis Mackinson, Editorial Ad-Hoc, 2001, p. 23.

como a ti mismo". La consideración del enfermo como prójimo, debe poner en movimiento todos los recursos de la caridad religiosa, pues si bien no estamos obligados a contribuir al bienestar de otros, la caridad nos manda ayudar a aquellos que no tienen derecho a nuestra ayuda. La palabra "prójimo" al igual que "prójimo" proviene del latín *proximus*, el más cercano, que está muy cerca por lo tanto, es cualquier ser humano respecto de otro, pero con la nota y la resonancia de la cercanía vital. El prójimo se encuentra y se reconoce en la convivencia pues integra y sobrelleva con nosotros una suerte común.

Siguiendo estos lineamientos, el Catecismo de la Iglesia Católica, que fue promulgado en 1992 por el Papa Juan Pablo II, señala que (...) "el bien común exige el bienestar social y el desarrollo del grupo mismo. El desarrollo es el resumen de todos los deberes sociales. Ciertamente corresponde a la autoridad decidir, en nombre del bien común, entre los diversos intereses particulares; pero debe facilitar a cada uno lo que necesita para llevar una vida verdaderamente humana: alimento, vestido, salud, trabajo, educación y cultura, información adecuada, derecho de fundar una familia, etc." (25).

Recordemos que el art. 2º de la Constitución Nacional reconoce como institución y persona jurídica a la Iglesia Católica cuando dice que "el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico y romano" o sea, que Dios se encuentra ligado a la sociedad argentina desde su fundación y nuestra Constitución así lo reconoce.

Debemos mencionar que en año 1970, en la "XXIII Asamblea Mundial de la Salud" que es el órgano decisorio supremo de la Organización Mundial de la Salud, se afirmó que: "La salud es un derecho fundamental del hombre" refiriéndose, además, al derecho a la asistencia sanitaria y a la obligación jurídica de brindar esa asistencia tanto a personas individuales como comunidades conforme se ha reconocido, como veremos en las diferentes constituciones del siglo XX.

En este sentido, el rol del Estado es fundamental, debe recordarse que Carrillo, primer Ministro de Salud de la Nación, quien fue el primero en aplicar en la Argentina una política sanitaria, manifestó: "que el Estado no puede quedar indiferente ante los problemas de salud de un pueblo, porque un pueblo de enfermos no es ni puede ser un pueblo digno. La salud, repito no constituye un fin en sí mismo, para el individuo ni para la sociedad, sino una condición de vida plena, y no puede vivir plenamente si el trabajo es una carga, si la casa es una cueva, y si la salud es una prestación más del trabajador". Específicamente él advierte que lo social es clave y promueve en el campo de la medicina y de la salud una concepción sobre el hombre en su triple dimensión bio, psicoespiritual y social. "Es fundamental que el médico se aparte un poco del microscopio y deje de ver la lesión del órgano, para ver más las lesiones del sentimiento, del espíritu, del nexo social y familiar y social".

(25) Catecismo de la Iglesia Católica, Tercera Parte, "La vida en Cristo", Primera Sección, "La Vocación del Hombre-La vida en el Espíritu", Capítulo Segundo, "La Comunidad Humana", artículo 2, "La Participación en la Vida Social", II. El bien común, Párrafo, 1908.

Carrillo, “sostiene que es evidente que actualmente no puede haber medicina sin medicina social y no puede haber medicina social sin una política social de estado”. (...) Cuando se produce el fenómeno de un enfermo, este hecho individual es un índice del problema colectivo” (26).

Como lo señala Lara y Mateos, teniendo en cuenta los aspectos culturales y regionales algunos países del tercer mundo, especialmente los africanos han propuesto, la llamada definición estratégica de salud que estipula que “el mejor estado de salud de la población de un país corresponde al mejor estado de equilibrio entre los riesgos que afectan la salud de cada individuo y de la población y de los medios existentes en la colectividad para controlar esos riesgos, teniendo en cuenta la cooperación activa de la población” (27).

Ésta es una definición operacional afirma Di Iorio, porque “de todas estas definiciones resulta claro que el problema de la salud y de la enfermedad no solo es privativa del médico, ya que siempre está relacionado con el ambiente, la vida de la población y del individuo, con su cultura y su educación, con los comportamientos sociales y con el nivel de desarrollo social. En resumen, no parece posible definir la salud en términos absolutos y solos objetivos; tampoco pensar que ella es la simple ausencia de enfermedad. La salud engloba aspectos subjetivos (bienestar mental y social, alegría de vivir) y aspectos objetivos (capacidad para la función) y aspectos sociales (adaptación y trabajo socialmente productivos)” (28).

Coincido, dice el médico Carlos Gherardi, “con las limitaciones y críticas que la definición de salud ha recibido desde el mismo momento de su aparición hace más de sesenta años. Y resulta claro que hubo que hacerla aunque mas no fuera para definir el objetivo que la creación de una organización internacional dedicada al mismo demandaba en ese momento. Aunque en este complejo tema los límites de una definición sobre un concepto que comprende tantas variables sociales, éticas, médicas y epistemológicas siempre sufrirán el encierro de un conjunto de palabras, lo mejor sería no repetir el error con otro texto y en cambio precisar con reflexiones los alcances y limitaciones del concepto que todavía llamamos salud. Las virtudes de la definición original que siguen intactas son no creer que la salud es ausencia de enfermedad y extender su vigencia más allá de lo físico. Resultaría más bien una situación de equilibrio constante entre el sujeto y el medio en la búsqueda constante de una relación armoniosa que, según sus resultados, en un caso entrará dentro de la normalidad y en otro dentro de lo patológico. Parece claro entonces que la salud es una cuestión más filosófica que científica” (29).

(26) CARRILLO, AUGUSTO RAÚL y CARRILLO, ARTURO, *Ramón Carrillo, El Hombre... El Médico... El Sanitarista*, 1ra. edición del autor, Buenos Aires, 2005, p. 115.

(27) LARA y MATEOS, ROSA MARÍA, *Medicina y Cultura: Hacia Una Formación Integral del Profesional de la Salud*, México, Plaza y Valdez, 1994, p. 222.

(28) DI IORIO, JOSÉ PABLO, “¿Cómo Podemos Definir la Salud? Su Construcción en Base a la Cultura, al contorno físico y social”, artículo incluido en la obra colectiva *Salud y Conciencia Pública*, Directora Lidia M. R., Garrido Cordobera, Editorial Fundación Sanatorio Güemes, 2011, p. 145.

(29) GHERARDI, CARLOS, “La Salud está necesitando un poco de Filosofía”, artículo del 31 de Enero de 2011. Publicado en <http://www.intramed.net/contenido.asp?contenidoID=69429->

Otra definición más moderna de salud, al considerar a la de la OMS como algo utópica como meta a lograr, es la del Licenciado en Psicología Saforcada, (año 1988) que considera a la “salud” como: “Situación de relativo bienestar físico, psíquico y social, el máximo posible en cada momento histórico y circunstancia social determinada, considerando que dicha situación es producto de la interacción permanente y recíprocamente transformadora entre el individuo (entidad biológica-psico-socio-cultural) y su ambiente (entidad físico-química-psicocultural y económico política)” (30) concepto citado por Tullio, en su Diccionario Médico Legal (31).

Por lo tanto, cuando se habla de salud, no siempre nos referimos a lo mismo ya que la noción de salud no es de fácil definición. El interrogante de qué es la salud continúa todavía sin una respuesta única. Un aspecto a tener en cuenta sostiene Saforcada es que “la salud forma parte de los aspectos básicos que acuñan el concepto de derechos humanos. Es así que la salud trasciende el campo de las responsabilidades individuales para constituirse en responsabilidades del conjunto de la sociedad” (32).

Por otra parte desde el punto de vista sociológico Torrado, define a la salud como un momento particular de un proceso que implica también como componente a la enfermedad. Se parte de la constatación de que el Proceso de Salud-Enfermedad (PSE) es de naturaleza histórico-social es decir que se manifiesta diferentemente en el espacio y en el tiempo (33).

En consecuencia, suscribimos a la concepción de salud, como un proceso que varía según los contextos históricos y culturales de cada sociedad. Esta se construye como un supuesto estado de bienestar a alcanzar, un parámetro que diferencia que es salud y que no lo es. Así, la salud, la enfermedad y la atención responden a procesos históricos que se encuentran atravesados por distintos factores: sociales, políticos culturales y/o económicos determinando y definiendo que se va a entender por salud y por enfermedad. Por lo tanto, los procesos de salud-enfermedad, son procesos (y no situaciones de “salud total” o de “enfermedad total”) que constituyen la vida cotidiana, y organizan la vida individual, familiar y social.

2. CARACTERES DEL DERECHO A LA SALUD

En primer término, podemos decir, como afirma Suárez “que de manera genérica, el derecho a la salud es un derecho “*multidimensional*”, porque su satisfacción implica la consecución de varios estándares de calidad de vida (físi-

(30) SAFORCADA, ENRIQUE, *Calidad de Vida y Salud*, MIMEO UBA, Buenos Aires, 1988.

(31) TULLIO, ÁNGEL ANTONIO, *Diccionario Médico Legal*, editorial Abeledo Perrot, año 1999, p. 425.

(32) SAFORCADA, ENRIQUE, “Calidad de Vida y Salud” Disponible en <http://textosdepsicologia.blogspot.com.ar/2010/08/la-definicion-de-salud-de-la-oms-que-la.html>.

(33) TORRADO, SUSANA, “La Familia en el Eje del Bienestar”, artículo publicado en Suplemento Especial del *Diario Clarín* de fecha 18 de Noviembre de 2005, Ciclo de Debates Abiertos a la Sociedad, Mesa sobre Desarrollo Social y Salud.

co, mental, etc.). Es, también, un derecho de “*tendencia expansiva*”, ya que su contenido no es estático: la evolución del hombre en el tiempo y los adelantos tecnológicos y científicos (en pos del bienestar de los pueblos, por cierto) han ido variando los estándares mínimos que conforman una “*existencia digna*” para cualquier habitante de una sociedad dada. Además afirma que el derecho a la salud abarca no sólo la salud individual sino también la salud colectiva, la salud es un bien de toda la comunidad, un bien social (34).

El derecho a la salud ha sido calificado por Sagüés como un uno de los derechos integrantes del derecho a la condición humana “*derecho constitucional fundante*” y personalísimo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos” (35).

En segundo término afirman Serrano Escobar, y Tejada Ruiz no es un derecho “de” sino un derecho “a”, es decir un “derecho prestacional” que da lugar a una prestación exigible del Estado (36).

Además no debemos olvidar que el velar por una adecuada, digna y suficiente prestación del servicio de salud para toda la sociedad, es una de las funciones indelegables asumidas por el Estado, aún en su estructura más prescindente (el Estado liberal antes y el moderno Estado regulador ahora). Existe acuerdo actualmente en considerar a la salud como un derecho del individuo. Hoy en día pensamos en un “derecho a la salud” titularizado en las personas, concretamente en toda persona y en que este derecho debe ser garantizado por el Estado.

Por otra parte, deseamos recalcar que el derecho a la salud, es importante para todos los Estados: todo Estado ha ratificado por lo menos un tratado en el que se reconoce ese derecho. Además, los Estados se han comprometido a protegerlo en el marco de declaraciones internacionales, leyes y políticas nacionales y conferencias internacionales.

Conforme lo señala la “Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos” (OACDH) que dirige los esfuerzos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, los Estados “deben garantizar un nivel mínimo de acceso a los componentes materiales esenciales del derecho a la salud, por ejemplo el suministro de medicamentos esenciales y la prestación de servicios de salud materno infantil. A pesar de las limitaciones de recursos, algunas obligaciones tienen un efecto inmediato, por ejemplo garantizar el derecho a la salud sin discriminatoria alguna y elaborar leyes y planes de acción específicos

(34) SUAREZ, ENRIQUE LUIS, “Políticas Públicas de Prevención y Tratamiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida en la Provincia de Buenos Aires: algunos lineamientos sustantivos e instrumentales”, Ed. del 9 Feb 2009. MJ-DOC-4212-AR | MJD4212 Microjuris. hfnoticias.com.ar/assets/.

(35) SERRANO ESCOBAR, LUIS GUILLERMO y TEJADA RUIZ, CLAUDIA PATRICIA, *Responsabilidad Civil y del Estado en la Prestación de Servicios Médicos Asistenciales*, ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1994.

(36) SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 259-270.

u otras medidas análogas a efectos de la plena realización de este derecho, como con cualquier otro derecho humano” (37).

Queremos destacar que en su Resolución 2002/31, la “Comisión de Derechos Humanos” creó el mandato de “Relator Especial sobre el derecho a la salud”.

Los métodos de trabajo del Relator Especial consisten en realizar misiones a los países, investigar cuestiones que son motivo de preocupación, examinar las comunicaciones de personas o grupos en las que se denuncien presuntas violaciones del derecho a la salud, y mantener, cuando proceda, conversaciones con los gobiernos en relación con presuntas violaciones, y presentar informes anuales a la Asamblea General y al Consejo de Derechos Humanos.

De la misma forma los derechos sociales como afirma Mertehikian, —entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud— no constituyen para los individuos un derecho de actuar, “sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado, cuando éste hubiera organizado el servicio” (38).

Para Mackinson, la justicia distributiva aplicada a la distribución de recursos en salud puede contribuir al ideal de justicia. Empero —observa— “la decisión última no es jurídica, médica o académica: depende exclusivamente de proyectos políticos sustentables, de cumplimiento efectivo” (39).

3. DERECHO DE LA SALUD COMO RAMA AUTÓNOMA

¿Es el “Derecho de la Salud” una nueva rama del mundo jurídico?

En este tema, precisábamos comprender lo que significa la evolución y la complejidad del concepto de salud, cuestión que hemos aclarado en el primer punto de este trabajo, para que la expresión “Derecho de la Salud” tenga un sentido común para las personas en general y para que los operadores del derecho sean capaces de sacar todas las consecuencias de tal afirmación, y garantizar, hasta sus últimas instancias, este derecho.

Queremos precisar, en lo referente a esta pregunta, que no existe una adhesión en el ámbito internacional sobre las características inherentes a una rama del Derecho centrada en el tema de la salud, pues las diversidades en la concepción y ejercicio de la medicina en los diferentes sistemas sociales dificultan la uniformidad de una doctrina al respecto. Recordemos que según la “Real Acade-

(37) “Derecho de la Salud”, Folleto Informativo sobre Derechos Humanos Nro. 31. Publicación de la “Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>.

(38) MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La Protección de la Salud” como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido; Fallo Comentado por Eduardo Mertehikian, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, 02/06/1998, Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social. (La Ley, 1998-F, 303).

(39) MACKINSON, GLADYS J., “Salud Pública, Asignación de Recursos y Justicia”, *Cuadernos de Bioética*, n. 6, p. 57, Buenos Aires, septiembre 2000.

mia de la Lengua” el Derecho es el “conjunto de leyes preceptos y reglas a la que están sometidas los hombres en su vida social” y además la “ciencia que estudia las leyes y su aplicación”. Por ello, el Derecho, como elemento regulador de las relaciones sociales, reviste una importancia especial en todas las acciones humanas.

La palabra derecho proviene del vocablo latín *directum* que significa “dirigir, gobernar” “un lugar a donde se va”, “lo que es recto, lo que no es torcido”, todo aquel comportamiento conforme a reglas dentro de cualquier sociedad, y que estas reglas pueden ser acatables por legitimidad.

Como subraya Dallari, el derecho a la salud tiene una historia similar al de otros derechos humanos. Nace como una demanda social de trabajadores a la vista de sus precarias viviendas, condiciones de trabajo y asistencia sanitaria y, más tarde, después de las dos guerras mundiales, surge como una necesidad para todos los ciudadanos a ser aportada por el Estado, capaz de proporcionar la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y, desde luego, la recuperación y rehabilitación de la salud (40).

Sobre todo a partir de la Edad Moderna el Derecho se ha ido diferenciando en diversas áreas con características propias que habitualmente son denominadas ramas del mismo. El Derecho de nuestro tiempo, suele ser considerado en compartimientos estancos que responden en gran medida a criterios utilitarios, pero como afirma Ciuro Caldani, urge enriquecer ese enfoque con otros planteos que a menudo, *transversalmente*, rescaten aspectos profundos de la persona, ahora ocultos por esa compartimentalización. En efecto, a la luz de la consideración del complejo jurídico se advierten las exigencias de otras “ramas jurídicas” que complementan a las ramas tradicionales como el Derecho de la Salud, el Derecho a la Ancianidad, el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc. Las posiciones de los enfermos, los ancianos, los usuarios de procreación asistida, los investigadores, los artistas, los educandos y educadores etc. no pueden quedar reducidas solo a enfoques relativamente superficiales y compartimentalizados que pueden darle el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo etc. Diversos valores que la justicia debe consagrar como la salud, la verdad, la belleza, el amor etc. quedan hoy marginados por la compartimentalización de las ramas jurídicas tradicionales (41).

Es importante, reitera Ciuro Caldani que la composición de las ramas del mundo jurídico, guarde relación con las necesidades de espacio, tiempo y personas.

En nuestros días de cambio de era histórica, en donde se desenvuelve una gran tensión entre economía capitalista y tecnología por una parte y democracia

(40) DALLARI, SUELI GANDOLFI, “Uma Nova Disciplina: o Direito Sanitário”. In: *Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. X, n. 22, ps. 327-334, 1988.*

(41) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Filosofías de las ramas del mundo jurídico y “Nuevas Reflexiones sobre la autonomía de los Derechos de los Menores”. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/487/367> y <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/211/573>.

y derechos humanos por la otra, resulta relevante la consideración de “nuevas ramas” llamadas a enriquecer, no a sustituir, los planteos tradicionales, demasados vinculados al capitalismo y a la tecnología. Una de esas ramas nuevas a tener en cuenta a nuestro parecer, continua diciendo este autor, es el “Derecho de la Salud” (42).

El “Derecho de la Salud” es en nuestra opinión, una disciplina fuertemente emergente en el ámbito sanitario, como consecuencia de la interacción entre el mundo jurídico y el mundo médico.

Sentado este punto de partida, cabe recordar lo expresado por González Díaz, doctrinario cubano, quien afirma que en este amplio espectro de interacciones, se ha fomentado y consolidado uno, revestido de connotaciones muy especiales determinado por las complejidades propias del “Sector de la Salud” y lo singular de las relaciones que genera, propiciatorias de la aparición de un conjunto de regulaciones, disposiciones y leyes propias de este sector, que constituyen, sin duda, “una rama del Derecho con características definitorias de muy amplio espectro” (43).

La actividad del profesional de la salud en el desarrollo del arte de curar es, en la actualidad, objeto de interés creciente. El acceso a la comunicación hace que la práctica médica sea cuestionada continuamente, lo que deriva en acciones judiciales que intentan encontrar responsabilidad ante eventos calificados de adversos. Por ello, como hemos ya analizado en este trabajo, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina se ocupan cada vez más del tema. La esencia del “Derecho de la Salud” radica en la necesidad de regulación de las relaciones sociales que se producen en el proceso salud-enfermedad y en las labores de promoción, prevención y rehabilitación de la salud.

Por otra parte Pregno, sostiene que el “Derecho de la Salud” viene a orientar la búsqueda de respuestas a los dilemas y conflictos que el avance de la Biotecnología y la Biomedicina plantean. La justificación de la autonomía de este neorrama del derecho radica en el carácter transversal que aporta respecto de las demás ramas jurídicas.

El “Derecho de la Salud”, no se descuelga del tronco madre, sino que constituye un verdadero *by-pass* hacia el interior del mundo jurídico desde que es preciso realizarla articulando la totalidad de las ramas, las tradicionales y las no tradicionales, en él confluyen en todas sus manifestaciones el derecho público el derecho privado y las ramas colectivas. Ciertamente la transversalidad de esta *nueva rama del derecho* verbigracia el “Derecho de la Salud”, no denuncia más que la problematicidad de la existencia y la pantonomía del complejo vital en su máxima expresión (*en última instancia, está en juego la vida y la plenitud de la vida de las personas*) pero a nuestro modo de ver, dice Pregno, las dificultades se

(42) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Filosofía Trialista del Derecho a la Salud”. Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent284.pdf> y <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/555/453>.

(43) GONZÁLEZ DÍAZ, CARLOS, “En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud”. Disponible en http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol19_4_05/ems01405.pdf.

incrementan si ni podemos sistematizar la “facilidad” con que uno se enferma y sana en el mismo día” (44).

Volviendo a la opinión de Ciuro Caldani, sobre el “Derecho de la Salud” este autor, nos explica que se trata de un término mucho más *abarcativo* del, a veces llamado, “derecho a la salud”. Se trata de una perspectiva que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud; de modo que las distintas ramas tradicionales, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal, no resultan suficientes para plantear y resolver satisfactoriamente las cuestiones jurídicas respectivas. La jerarquía de la problemática de salud, la complejidad científico-técnica de las respuestas al respecto y en especial la debilidad del enfermo son puntos de vista principales para hacer que los pliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración. Las cuestiones de salud “enrarecen” los problemas jurídicos haciendo, por ejemplo, que la apertura o el cierre de un hospital o un sanatorio no sean, v. gr., cuestiones administrativas o comerciales comunes. (...) El “Derecho de la Salud” tiene a menudo despliegues administrativos especiales, que alcanzan v. gr. la configuración de Ministerios; posee, por ejemplo en el Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el desarrollo docente de un “Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Salud” que brinda una muy especial capacidad pedagógica que llega a plantear a la salud como uno de los soportes de todas las potencias que se adjudican en el mundo jurídico. El desarrollo de las ramas del mundo jurídico, prosigue Ciuro Caldani, depende en gran medida de la apreciación de su autonomía material, constituida por las particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas antes referidas y del despliegue de las autonomías legislativa, judicial, administrativa, científica, docente y pedagógica. Creemos reitera, que sin perjuicio de otras exigencias específicas, que en el **“Derecho de la Salud, es necesaria la protección del al menos posible enfermo”** (45).

Ciuro Caldani, vuelve a repetir este concepto, al afirmar que la jerarquía de la problemática de salud, la complejidad científico-técnica de las respuestas al respecto y en especial la *debilidad del enfermo* (*in firme, infirmus*) son puntos de vista principales para hacer que los despliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración. Las cuestiones de salud, sostiene *enrarecen* los problemas jurídicos haciendo, por ejemplo, que la apertura o el cierre de un hospital o un sanatorio no sean, v. gr., cuestiones administrativas o comerciales comunes (46).

(44) PREGNO, ELIÁN, “El Derecho de la Salud como una nueva rama del mundo jurídico una respuesta justa”. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1327/1468>.

(45) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo”, http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_11.pdf.

(46) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Filosofía Trialista del Derecho de la Salud”. Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent284.pdf> y <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/555/453>.

Retomando la afirmación de González Díaz, el “Derecho de la Salud” puede ser definido: “como la rama del Derecho que regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto la salud humana y su protección, entendida la salud como una actitud de armonía que abarca los estados de completo bienestar físico, mental y social, lograda en un medio ambiente que garantice la sostenibilidad de este equilibrio”.

Del análisis de la definición expuesta se deduce que las relaciones médico-paciente son sólo un aspecto, quizás el más reconocido, del objeto de estudio de esta disciplina; pero su campo de acción es mucho más amplio. Por tanto, es fácil entender que el Derecho de la Salud es un concepto o categoría mucho más abarcador que el usualmente utilizado de Derecho Médico o Derecho Sanitario ya que el término “Derecho de la Salud” comprende relaciones jurídicas en las que la tradicional relación médico-paciente no está necesariamente presente, como es el caso de las políticas sanitarias o acciones que pueden influir en el estado de salud de la población, bien sean determinadas por un factor de tipo ambiental o psicosocial y otras que se apartan de los procedimientos médicos más específicos.

Para este autor, cuyo postura transcribimos *existen dos sub ramas del Derecho de la Salud*: la sub rama denominada *Derecho Médico* es “el conjunto de normas jurídicas, y preceptos ético-morales, de carácter Público y Privado, que regulan la actividad del médico con motivo de su profesión, la relación jurídica médico-paciente y las consecuencias derivadas de ella; estableciendo así los principios generales de la responsabilidad legal médica” y otra sub rama del Derecho de la Salud: el *Derecho Sanitario*, descrito como la sub rama del Derecho de la Salud integrada por el conjunto de normas jurídicas que atañen a aquellos factores físicos, químicos, biológicos y sociales del entorno del hombre que pueden ejercer efectos significativos y detectables sobre la salud de las poblaciones.

Dentro de esta línea de acción, el Derecho Sanitario ofrece la base necesaria para establecer las disposiciones que garanticen las acciones de prevención y control epidemiológico, en las que todos los trabajadores del sector salud desempeñan un papel fundamental, sobre todo aquellos que por su relación directa con los usuarios del sistema pueden propiciar la divulgación y adquisición de hábitos y estilos de vida saludables y establecer los procesos de tratamiento y rehabilitación, según los principios que establece el Derecho Médico.

Actualmente, existe una tendencia internacional a agrupar el conjunto de instrumentos jurídicos vinculados al tema de la salud, bajo una “rama del Derecho”.

No obstante, es oportuno señalar que esta corriente que hemos venido analizando presenta algunos detractores que consideran que la legislación en materia de salud, no posee las premisas necesarias para el desarrollo de una rama del Derecho, postura con la que estamos en desacuerdo.

Finalmente, en nuestra opinión a la pregunta si ¿Existe un Derecho de la Salud? sin entrar en análisis conceptuales que exceden el contenido de este trabajo, podemos concluir, que si existe un Derecho de la Salud con perfiles y naturaleza

propia que complementa los planteos tradicionales, como hemos ido demostrando al analizar las reflexiones de esta corriente de ilustres juristas, que nos han permitido descubrir una nueva rama jurídica, el Derecho de la Salud, superadora de otros compartimientos estancos, la cual debe responder siempre a la exigencia integral de justicia de adjudicar a cada individuo, la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona.

Debemos, entonces, reconocernos próximos al pensamiento de Ciuro Caldani y Pregno, que consideran que en nuestro país se perfila el “Derecho de la Salud” como una novedosa rama autónoma del derecho, con objeto de estudio y base legislativa propia y bien definidas que por su especificidad requiere de la interdisciplina y del diálogo con las disciplinas ya existentes.

Por su parte, Cortesi afirma, conforme con este criterio, que el “Derecho de la Salud” es un derecho que se encuentra en pleno proceso de “construcción” y en el que el avance tecnológico y la actualización de la normativa existente es constante (47).

Siguiendo, este nuevo paradigma de protección de la salud, se creó en Chile, en el año 2012 en la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, el primer “Programa de Magíster en Derecho de la Salud”, de dos años de duración y de carácter multidisciplinario, y el “Programa de Diplomado en Derecho de la Salud” de ocho meses de duración, mediante los cuales que se aspira avanzar y profundizar en el conocimiento de esta nueva rama del Derecho que, como tal, requiere de investigación, de integración de conocimientos y de ampliación del espectro disciplinar de análisis (48).

Como hemos venido examinando, en los párrafos anteriores en el campo del derecho, se ha ido estableciendo un diálogo progresivo, multi e interdisciplinario, con el intercambio de métodos, modelos y conceptos, lo que admite la creación de nuevas disciplinas dentro del amplio campo de la ciencia jurídica, y entre esas disciplinas en nuestra opinión, se encuentra el “Derecho de la Salud”.

En conclusión, la construcción del “Derecho de la Salud”, va incrementando su importancia, al punto de estar erigiéndose en categoría autónoma conceptual que requiere una visión en la que no haya un solo centro que sirva como lugar para resolución de enfermedades, tales como los “hospitales”, o de los conflictos como los “tribunales”, el derecho de la salud debe ser ejercido por toda la sociedad en su conjunto, en todos sus aspectos, no solo en sus aspectos físicos, sino también mentales y sociales, requiriendo el aporte multidisciplinario tanto de las generaciones presentes como de las futuras en la elaboración y en la implementación de las normas y acciones destinadas a la promoción, a la protección y a la recuperación de la salud.

(47) CORTESI, MARÍA CRISTINA, “Derecho y Salud”. Disponible en <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/>.

(48) “Programa de Magíster en Derecho de la Salud” y el “Programa de Diplomado en Derecho de la Salud”, Universidad de los Andes, Chile. Disponible en <http://postgrados.uandes.cl/postgrado/magister-en-derecho-de-la-salud/>.

4. EL DERECHO A LA SALUD EN LA DOCTRINA NACIONAL

A nivel doctrinario nacional, podemos tener en cuenta lo vertido por Gabriela Fernanda Muñoz (49), quién reproduce lo que afirman Augusto Mario Morello y Gabriel A. Stiglitz quienes sostienen que el derecho a la vida, del que derivado el derecho a la salud, es un presupuesto ineludible para el pleno y digno desarrollo de la personalidad.

Coincidimos con Casanabe, quien asevera que “el derecho a la salud” es el umbral del derecho a la vida y sin duda uno de los presupuestos básicos de la dignidad y el desarrollo de la persona (50).

Recordemos que Naciones Unidas en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), creado en 1965 con la función de contribuir a la mejora de la calidad de vida de las naciones, ha conceptualizado el desarrollo como un proceso que va otorgando con amplitud mayores oportunidades al ser humano, entre las cuales se incluye la de disfrutar de una vida “saludable”, es decir, una buena situación de salud.

Por su parte Gómez Paz, destaca que el “derecho a la salud”, es un derecho natural porque tiene su origen en las leyes universales de la naturaleza, como la conservación de las especies, y por consiguiente el hombre lo adquiere por solo el derecho de nacer y constituirse en un representante de su especie. Sin su amparo, la existencia de sus miembros, y por ende, la sociedad, no podría subsistir (51).

Bidart Campos, sostiene que “la salud es un derecho (no enumerado o implícito) de los habitantes que hace parte de los que, como enumerados, tienen su eje en el art. 14, y el sujeto pasivo es el Estado, que asume un deber negativo de abstención consistente en no violar ni dañar la salud de los habitantes” añade, asimismo que “era un derecho individual anexo al derecho a la vida y su sujeto pasivo era el Estado que debía abstenerse de violar o dañar la salud” (52).

Marienhoff, considera conforme lo cita, Muñoz, en el artículo ya mencionado, que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del *derecho a la vida*, valor supremo en un Estado de Derecho, que “en las prerrogativas humanas ocupa el primer puesto” (53).

(49) MUÑOZ, GABRIELA FERNANDA, “Algunas Consideraciones Teóricas con respecto al Derecho a la Salud y la garantía prevista para su respaldo: la acción de amparo”. Disponible en: <http://www.conhist.org/Vol%20III/munozsalud.PDF>.

(50) CASANABE, SUSANA, “Amparo y Prestaciones médicas de alto costo o complejidad: Sustentabilidad del sistema vs. Derecho a la Salud” (nota a Fallo SC Mendoza, Sala I, 2005/09/16-Sarmantano, Carolina V. c. Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza).

(51) GÓMEZ PAZ, JOSÉ B., “Introducción al Derecho a la Salud”, DT, 1989-B, 1729.

(52) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Lo Viejo y lo nuevo en el Derecho a la Salud: entre 1853 y 2003”, La Ley, 2003-C, 157.

(53) MARIENHOFF, MIGUEL, “El Derecho a la Libertad integral del Ciudadano”, Artículo publicado en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, año XII, 2ª época, nº 9.

En efecto, como manifiesta Corti, “el derecho fundamental que protege la vida digna en cuanto bien, es el derecho a la vida, que a su vez comprende un sinnúmero de facetas, tales el derecho a la salud y el derecho a una vida decente (54).

Gherzi, afirma, el derecho a la salud, es un derecho derivado del derecho personalísimo a la vida, la salud es una situación, estado y una dinámica que le permite al ser humano estar óptimo con su cuerpo, mente y espíritu, y el desarrollo de su proyecto de vida, individual y social. Es un “derecho universal, personalísimo y de la familia” al que se obligaron los Estados modernos especialmente la Argentina desde 1853. Este derecho humano esencial que es la prestación de salud, debe ser sin distinciones de clases, nacionalidades y especialmente a los que denominamos los “grupos vulnerables” (55).

Según Roemer, resulta más correcto hablar del “derecho a la atención a la salud”. Sostiene que por lo general, se considera que la atención de la salud comprende una variada gama de servicios: protección ambiental, promoción de la salud, tratamiento y rehabilitación (56).

Por su parte, es trascendente tener en consideración las precisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (CSJN) órgano jurisdiccional máximo de nuestro país que ha expresado que “el derecho a la vida es primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional” (Fallos 302:1284, 310:112) (57).

También ha dicho “que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico, y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. (Fallos 316:479, votos concurrentes). Ver Considerando 10 del “Monteserín, Marcelino c/Estado Nación-Ministerio de Salud y Acción Social. (Fallos 324:3571 del 16/10/2000) (58).

Además nuestro más alto tribunal ha forjado una señera jurisprudencia en los conocidos casos “Campodónico de Beviacqua, Ana c/Ministerio de Salud -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos 323:3229 del 24/10/2000) (59) y “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social, Estado Nacional s/amparo ley 16.986 (Fallos 323:1339

(54) CORTI, HORACIO, *Derecho Constitucional Presupuestario*, 1ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

(55) GHERZI, CARLOS, *Análisis Socioeconómico de los Derechos Personalísimos*, Cátedra, Buenos Aires, 2010.

(56) ROEMER, RUTH, “El Derecho a la Atención a la Salud. El Derecho a la Salud en las Américas”, Organización Panamericana de la Salud, *Publicación Científica N° 509*, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud.

(57) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 302:1284, 310:112.

(58) Monteserín, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”. Fallos 324:3571 del 16 de octubre de 2001.

(59) “Campodónico de Beviacqua, Ana c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas Sanitarios y Banco de Drogas”, sentencia del 24/10/2000. Fallos 323:3235.

del 1/06/2000) (60) consolidando en estos precedentes el razonable marco del derecho a la salud en los cuales ha reiterado su doctrina respecto a la obligación del Estado Nacional de “garantizar” el derecho y acceso efectivo a la salud, haciendo referencia a la ratificación por la Argentina del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otros tratados para reafirmar el rango constitucional del derecho a la salud.

Prosiguiendo con este tema queremos recordar una sentencia de la “Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, frecuentemente mencionada por su importancia por diferentes autores, recaída en Villagran Morales y Otros c. Guatemala —conocido como el caso de los “Niños de la Calle”—, en donde se sostiene que: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. (...). Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, nº 63. (párr. 144) (61).

La importancia de este caso radica en que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se pronunció, por primera vez, sobre la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños y para su interpretación recurrió a al artículo 19 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” que trata del derecho de todo niño a ser destinatario de todas aquellas medidas especiales de protección que por su condición requiere.

Creemos como dice Bolis, que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sientan una “ética global” y crean para los estados que los suscriben y ratifican la obligación de emitir legislación dirigida a darles cumplimiento. Estos instrumentos internacionales de ámbito mundial o regional, prosigue Bolis contienen disposiciones que fundamentan la salud como un derecho con alcance general, o en consideración a las necesidades específicas de grupos en condiciones de riesgo (62).

En este orden de ideas coincido con lo dicho por Abramovich y Curtis, que consideran que “es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución, sino que necesariamente implica condicionar

(60) “Asociación Benghalensis y Otros c. Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos 323:1323, 01/06/2000. (La Ley, 2001-B, 123).

(61) “Villagran Morales y otros c. Guatemala”. Corte Interamericana de Derechos Humanos —conocido como el Caso de los “Niños de la Calle”—, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, Nro. 63. (párr. 144). Publicado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.

(62) BOLIS, MÓNICA, “El Derecho a la Salud desde el enfoque de la Extensión de la Protección Social”. Artículo presentado en las *Jornadas Subregionales de Defensores de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 14-16 de marzo de 2005. Publicado en <http://www.paho.org/spanish/dpm/shd/hp/defensorias-cor-2mb.pdf>.

todo el poder público, incluido el que ejerce el poder judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos” (63).

En consecuencia, conforme lo define Ferreyra, el *derecho a la salud*, sería aquel que detenta todo individuo de un Estado a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto de la prevención como en el asistencial, cuando pueda hallarse en peligro o se encuentre afectada la salud de las personas (64).

5. EL DERECHO A LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS. ETAPAS GENERACIONALES

La generación de los derechos económicos, sociales y culturales surge recién a partir del siglo XX acuñado por el constitucionalismo social, a diferencia de la generación de derechos civiles y políticos que fueron pergeñados por el iluminismo clásico del constitucionalismo liberal en el siglo XVIII.

Punto culminante de este proceso fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en París el 26 de agosto de 1789 que da nacimiento:

1ro.) Al Estado de Derecho Democrático Liberal que reconoce las libertades individuales, y 2do.) A través de duras luchas sociales, al Estado de Derecho Democrático y Social de reconocimiento de las libertades y de los derechos sociales de los individuos.

El derecho a la salud, comprendido como una de las especies del género de los derechos sociales se generalizó, al ser considerado como un elemento básico de toda política social de bienestar del Estado benefactor.

A partir de lo reseñado en los párrafos anteriores, se puede colegir el carácter de social que se le atribuye a este derecho. El espectro de los casos que conciernen al derecho a la salud, son de sensible interés social. Hay situaciones de extrema gravedad, que afectan intereses humanitarios y convocan a la solidaridad social, movilizándolo a vastos sectores del Estado mismo en la búsqueda de soluciones.

Nuestra preocupación, es desentrañar el perfil de este derecho a la salud de rango constitucional, atribuyéndole el carácter de un “derecho de incidencia colectiva” como haremos en el punto 6 de este trabajo.

Ampliando esta línea de pensamiento creemos que, como entienden Morllo y Cafferata, que “el Derecho de la salud pasó de ser un derecho subjetivo, individual, personalismo, básico humano de *Primera Generación*, Ej. Derecho a la libertad de culto, a la libertad de pensamiento, a la movilidad, etc., a un derecho de *Segunda Generación* social, prestacional, activo en el que varía el rol del

(63) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 72.

(64) FERREYRA, RODOLFO FABIÁN, *El Derecho a la Salud a la luz de Nuestro Régimen Constitucional*. Nota a Fallo publicado en La Ley Noroeste 2006 (Septiembre), p. 906.

Estado y de los terceros relacionados (obras sociales, seguros, mutuales etc.)". Ej. Derecho de toda la población a la salud, a la vivienda, a la educación, a la seguridad (65).

Como veremos más adelante el derecho a la salud es incorporado a varios documentos de la legislación internacional en el período de esplendor económico posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, para dar un gran salto e internarse en la *Tercera Generación* de derechos basados en la paz y en los valores de cooperación y vinculados al desarrollo humano y al desarrollo del medio ambiente, y al patrimonio común de la humanidad que se funda según Gross Espiell, en la idea de la solidaridad entre los hombres (66).

Con respeto a la expresión empleada por la doctrina, "generación de derechos humanos" Bidart Campos señala refiriéndose al empleo de la palabra generación, que el hecho de *generar* significa *engendrar, dar origen, hacer nacer. El sustantivo generación implica "reproducción de seres"; y viene a ser sinónimo de fecundación; asimismo da idea de filiación o de "descendencia de padres a hijos"; y finalmente apunta al conjunto de "todos los que viven en una misma época" o de cuantos "comparten con edad semejante algo común".* Debemos preguntarnos, ¿Estas acepciones implican, necesariamente, que una nueva generación cancela a aquélla a la cual sucede? ¿Las generaciones pasadas que, con sentido biológico han desaparecido no aportan algo a las posteriores y a las futuras? volvamos al vocablo acumular: cada una de las tres generaciones se ha sumado acumulativamente a las otras; la primera a las dos siguientes, y así sucesivamente, para componer la tríada indivisible y subsiguiente. Se añade y no se resta, se amplía y no se disminuye (67). Postura doctrinaria a la cual nos adherimos, pues como reflexiona el citado autor con normas y sin normas "hay derechos nuevos y contenidos nuevos en derechos viejos".

6. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO COLECTIVO

La disciplina constitucional coincide en que los derechos colectivos, también llamados *derechos de incidencia colectiva*, constituyen los denominados "derechos de tercera generación", debido a su reciente aparición y a la posterioridad de su creación con respecto a los derechos de *primera generación*. La salud, como sostiene Iñiguez es un bien jurídico, íntimamente ligado a la vida revistiendo, en consecuencia, la categoría de derecho colectivo o derecho de incidencia colectiva (68).

(65) MORELLO, AGUSTÍN y CAFFERATTA, NÉSTOR, "La Dimensión Social del Derecho a la Salud. Problemas enfoques y perspectivas. Doctrina", *El Derecho*, tomo 213-937, ps. 939 y 942. *El Derecho*, Diario del 11 de agosto de 2005.

(66) GROSS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 1985.

(67) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Las Tres Generaciones de Derechos*, La Ley, 2003-F, Sección-Columna de Opinión, 1485.

(68) IÑIGUEZ, MARCELO DANIEL, *Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos*, Ed. Rubinzal-Culzoni.

Dentro del grupo de los derechos de *Primera Generación* podemos encontrar aquellos derechos que surgen como consecuencia del constitucionalismo liberal del siglo XIX. Asimismo, dentro del grupo de los derechos de "*Segunda Generación*" se enroscan los derechos nacidos como consecuencia del constitucionalismo social.

La nota de color de los derechos de "*Tercera Generación*", entre los cuales se encuentran los "*derechos de incidencia colectiva*" son, desde simples grupos hasta la sociedad en su conjunto. Es la solidaridad nacional, vale decir, una visión macro del derecho a la protección y promoción de la salud integral de las personas y el derecho a la atención sanitaria en condiciones de igualdad efectiva.

Se trata, entonces, no solo de derechos sociales sino también "derechos humanos de la Solidaridad" que implican la satisfacción de un interés común (sumatoria de derechos individuales). Son los llamados *intereses difusos* entre los que encontramos el derecho a un medio ambiente sano y apto para el desarrollo humano y el derecho a la paz. Pero lo que no ha podido unificarse aún es la concepción de los distintos autores acerca de la definición exacta de los llamados "derechos de tercera generación".

Bidart Campos, caracteriza estos derechos en base a la presencia de un conjunto de características esenciales: (I) su reciente aparición —cronológica—, (II) su dimensión "...colectiva y transindividual...", (III) que "...exhiben una intersección entre el derecho público y el derecho privado...", (IV) su relación con "...muchísimos otros derechos..." de "primera" y de "segunda" generaciones (69).

Por su parte, Sagüés, postula que el listado de los derechos personalísimos comienza por el reconocimiento de ciertos derechos fundantes, básicos y necesarios para la realización de todos los demás. En ese orden de ideas, cabe concluir primero los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud y dignidad, al nombre, nacionalidad, honor y a la propia imagen. Todos ellos atañen a algo indispensable: que al ser humano se le reconozca su condición de tal.

Entiende este autor, como parte de la doctrina (Bidart Campos, Quiroga Lavíé) que el derecho a la salud, como derecho constitucional no enumerado tiene su fuente constitucional en el art. 33 (70).

Bidegain, manifiesta opiniones similares a las previamente reseñadas sobre la titularidad de estos derechos y sostiene que "...sus titulares son una serie de personas indeterminadas, o de muy difícil determinación..." y "...su objeto son bienes indivisibles, como la defensa del medio ambiente, valores culturales, la protección del consumidor..." (71).

(69) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Estudios Constitucionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud*, Ed. Astrea, 1995.

(70) SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, t. 2, ps. 259-270, 2ª edición actualizada y ampliada, 1997.

(71) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Abeledo-Perrot, t. V, 1991.

Quiroga Lavié, acentúa el carácter *colectivo* de estos derechos, como opuesto al derecho *individual* de los integrantes de la clase afectada, y encuentra en ello su nota diferenciadora: “suscita polémica el alcance del concepto derecho de incidencia colectiva, lo cual tiene impacto en el tema de la legitimación para solicitar su tutela. Está claro que la Constitución no se ha hecho cargo de la tutela de los derechos o intereses difusos, sino de los derechos de incidencia colectiva; ello tiene importancia porque si la Constitución hubiera tutelado solamente a los primeros, es decir a los intereses difusos, los pequeños usuarios o consumidores, cuyos derechos revisten poca monta patrimonial, no podrían considerarse parte de un colectivo de derechos afectados y, por lo tanto, ni el Defensor del Pueblo ni las asociaciones reconocidas se encontrarían legitimadas para interponer la acción en su defensa”.

Consideramos, en cambio, que al no haber hecho referencia el texto constitucional a la tutela de los intereses difusos, sino respecto de los derechos de incidencia colectiva, la sola afectación de un usuario o consumidor, aunque estuviera identificado el daño, impacta al colectivo que se encuentra en equivalente situación. Es por ello que la Constitución ha hablado de *derecho de incidencia colectiva*: porque lo que afecta a uno, *afecta a un colectivo de personas que se encuentra en la misma situación* (72).

En este sentido Gil Domínguez, nos aclara que los derechos económicos, sociales y culturales fueron configurados como derechos expansivos del poder estatal mediante *actividades prestatarias*, a diferencias de los denominados derechos civiles y políticos que siempre han sido contemplados como *derechos de abstención* del poder estatal (73).

Al respecto, podemos señalar que el término “derecho humano a la salud” contiene hoy un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida, como afirma Gladys J., Mackinson, y configura, en el decir de Carnota, *un derecho de naturaleza prestacional*, un derecho de la población al acceso —*in paribus conditio*— a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud” (74).

Coincidimos, que la salud no es ausencia de enfermedad sino un estado de bienestar físico y psíquico, y consideramos además, como lo que expresa, Garrido Cordobera, que puede ser calificado como un “bien social tanto individual como colectivo” (75).

(72) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Ed. Zavalía, 2000, 3^a ed. QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, ps. 293 a 343.

(73) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *En busca de una interpretación constitucional nuevos enfoques de la reforma de 1994*, ed. Ediar, 1997.

(74) CARNOTA, WALTER, “Proyecciones del Derecho Humano a la Salud” en: *El Derecho*, 128, ps. 879 y 880.

(75) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., “La Salud como Derecho Humano” en: *Revista DFyP*, octubre, La Ley, 2011, 191.

Porque como dice Mackinson, la conceptualización desde la que nos posicionamos respecto a la categoría salud o al derecho a la salud es integral y no solo ausencia de enfermedad (76).

Pero la ausencia de enfermedad requiere no solamente afirma Rajland, de “buena fortuna” sino que pensamos que depende fundamentalmente de contar con medios propios, (fruto del trabajo digno) y de políticas públicas, y sociales dirigidas a garantizar una buena alimentación, una buena higiene, condiciones dignas de hábitat, medidas preventivas de cuidados sanitarios, educación y otras más que garanticen un buen crecimiento de los niños y jóvenes, y el desarrollo de la vida adulta.

En el Prefacio del “Informe sobre Desarrollo Humano 2000”, del PNUD, en este sentido recuerda Rajland se lee: “...no basta con que los países otorguen los derechos económicos y sociales solo en teoría, No se puede crear con legislación buena salud y empleo. Se necesita una economía suficientemente sólida para ofrecerlos... los derechos humanos no son como se ha sostenido a veces una recompensa del desarrollo. Más bien son fundamentales para lograrlo” (77).

7. EL DERECHO A LA SALUD EN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO

Definido el derecho a la salud, ahora restaría su encuadre normativo tanto a nivel nacional como internacional. En los últimos 30 años la salud aparece como un “derecho político” enunciado como tal en convenios o acuerdos internacionales de los que nuestro país es signatario.

a. Hasta la reforma de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que explícitamente hiciera mención al derecho a la salud.

La Constitución del 1953, que en gran medida respondía, al modelo de constitución liberal-burgués, conforme señala Clérico, “no reconocía expresamente al derecho a la salud”. En ese modelo de Constitución no parecía haber lugar para un derecho a la salud que implicara deberes estatales positivos más o menos reglados (78).

En efecto señala, Carrillo, la salud como materia de Estado, comienza recién a estructurarse en 1853, cuando se celebran las primeras conferencias internacionales. Por eso, nuestra Constitución no habla ni una palabra sobre salud pública, a lo sumo menciona el concepto de bienestar general pero no adque-

(76) MACKINSON, GLADYS J., “Derecho a la Salud” en *Derecho al Desarrollo*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho UBA, ps. 81-115, 1997.

(77) RAJLAND, BEATRIZ, “La Contradicción entre Salud y Mercado”, artículo incluido en el libro colectivo *Salud, Derecho y Equidad*. Directora, Gladis Mackinson, Editorial Ad-Hoc, 2001, ps.123 y 131.

(78) CLERICO, LAURA, “El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad. El derecho a la salud en las personas con discapacidad”, artículo publicado por la *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Disponible en www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf.

re dicho concepto las precisiones que tiene el texto en materia de educación, aduana o defensa militar nacional. “La incorporación de los derechos sociales a la Constitución Nacional en la reforma de 1949, su parte dogmática, concreta el derecho a la salud y, por consiguiente, el deber de los gobernantes de proveer a las prestaciones para que se haga efectivo” (79).

Pero igualmente podemos afirmar, que, aún antes de las modificaciones sufridas por el texto constitucional, la doctrina y la jurisprudencia eran contesten en considerar a la salud como un derecho constitucional comprendido dentro de los derechos y garantías implícitas del art. 33 de la Carta Magna, desprendiéndose asimismo de los art. 14 bis y del propio preámbulo de ésta.

Según recuerda Stein, antes de la reforma constitucional de 1994 la doctrina sostenía que el art. 14 bis (que introducido por la Convención de 1957 consagrara el beneficio de la seguridad social) reconocía el derecho social a la salud. “En el nuevo texto constitucional, el derecho a la salud aparece reconocido en relación con el derecho a condiciones dignas de labor (art. 14.1 bis, CN), con el derecho a un medio ambiente sano (art. 41.1, CN) y en el nuevo (art. 42 de la CN) que dispone la protección de la salud en el contexto particular de la relación de consumo” (80).

En cuanto a esto último, el derecho a la salud implica la obligación del Estado de ejercer el control de calidad de alimentos, productos medicinales etc., a fin de que estos productos no sean perjudiciales a su integridad psíquica y física, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, se refiere a este derecho en sus artículos 5º y 6º.

Como ha sostenido Cayuso, el constituyente reformador de 1994 no ha sistematizado normativamente el derecho a la salud. Sin embargo, no cabe duda que ha ampliado, reforzado y complementado el plexo de derechos fundamentales y, en consecuencia, los alcances de la protección efectiva. “En materia de derechos fundamentales, concepto en el cual se incluye el derecho a la salud, el Estado no sólo debe abstenerse de interferir sino que tiene el deber de realizar prestaciones positivas de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio” (81).

b. Es en las Constituciones Provinciales y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se lo ha receptado en forma concreta al derecho a la salud. De las mismas extraemos los siguientes textos:

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (año 1996).

Capítulo Segundo. Salud. Art. 20. Se garantiza el *Derecho a la Salud integral* que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de *ali-*

(79) CARRILLO, RAMÓN, “Política Sanitaria Argentina”, Textos elegidos, capítulo XI, Política Sanitaria Argentina, disertación realizada en la Liga por los derechos de los trabajadores el 29 de julio de 1948, versión taquigrafiada del periódico *Octubre*, reproducido en los archivos de la Secretaría de Salud Pública.

(80) STEIN, ENRIQUE, “La pertenencia al Sistema de Medicina Prepaga”, La Ley, 1999-B, 936.

(81) CAYUSO, SUSANA, “El Derecho a la Salud. Un Derecho de Protección y Prestación”, La Ley, 2004-C, 303.

mentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directa. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas de cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones.

Constitución de la provincia de Buenos Aires (1994).

En los artículos 10, 11, 12 y 36, inc. 8º refiere el derecho de toda persona a ser protegidos en su vida, al respeto de su dignidad, de su honor, su integridad física, psíquica y moral, como así también el carácter de bien social que reviste el medicamento, materia toda ésta que será comentada en oportunidad de analizar el rol de garante que pese sobre el Estado respecto de los mismos.

Art. 10.— “Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida...”

Art. 11.— “Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución”.

Art. 12.— “Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1º. A la vida, desde la concepción y hasta la muerte natural”... 3º. “Al respeto de la dignidad, al honor la integridad física, psíquica y moral”.

Art. 36.— “La Provincia promoverá la eliminación de obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: (...). 8.— “A la salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con las funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación, promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico dependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización”.

Las constituciones más modernas definen la salud como un derecho inherente a la vida, sin perjuicio de resaltar que se trata de un “Bien Social”. Es un dato fundamental que la salud es un bien y su privación es un mal.

Para Aguilera, la salud es un gran bien pero no es el único, ya que su prosecución debe inscribirse entre los bienes de la persona, y el cómo se inserta es

determinado por las propias elecciones de la persona, y esta determinación solo puede ser hecha por ella (82).

Por su parte, la mayoría de las Constituciones Provinciales contienen cláusulas expresas que obligan a cubrir el derecho a la salud.

- *Constitución de Salta* (art. 40) “La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades”.
- La *Constitución de Santa Fe* (art. 19) “tutela la *salud* como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad”.
- La *Constitución de Tucumán* (art. 35) “Dentro de la esfera de sus atribuciones la Provincia procurará que las personas gocen de los siguientes derechos: 1) A una existencia digna, desde la concepción con la debida protección del estado a su *integridad psicofísica* con la posibilidad de disponer de una igualdad de oportunidades...”.
- La *Constitución de Córdoba* (art. 19) “Reconoce un derecho a la vida, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal” (art. 38) “Los deberes de toda persona son: 9) Cuidar su salud como bien social”.
- Las *Constituciones de Jujuy* (art. 21) y *de San Luis* (art. 57) definen la salud con una manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social.
- Con el mismo sentido, enuncia el concepto de salud la *Constitución de San Juan* (art. 61). “El Estado garantiza el derecho a la salud a través de medidas concretas que la aseguren para toda persona sin discriminación ni limitaciones de cualquier tipo y mediante la creación de condiciones económicas, sociales, culturales y psicológicas favorables. También el Estado asigna a los medicamentos el carácter de bien social básico y debe garantizar por ley el fácil acceso a los mismos. La actividad de los profesionales de la salud debe considerarse una función social”.
- En la *Constitución de Santiago del Estero* (art. 22) todo habitante tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a él así como a su familia, la salud, alimentación, el vestido la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales adecuados (...) Dentro del capítulo “Régimen de Salud”, se indica que el “Estado provincial asegurará la salud como derecho fundamental de la persona humana. Para ello, creará una organización técnica adecuada que garantice la promoción, prevención, reparación y rehabilitación de la salud física, mental y social, pudiendo convenir al respecto con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas” (art. 70).

(82) AGUILERA, PABLO, *En la Frontera Vida/Muerte: Problemas Éticos*, Santiago de Chile, Universitaria, 1990, p. 93.

- La *Constitución de Formosa* (art. 80) reconoce explícitamente el derecho a la salud como un hecho social y un derecho humano fundamental tanto de los individuos como de la comunidad, contemplando sus diferentes pautas culturales. Asumirá la estrategia de la atención primaria de la salud, comprensiva e integral, como núcleo fundamental del sistema de salud, y se propone implementarla con el espíritu de la justicia social.
- La *Constitución de Río Negro* (art. 59) establece que la salud “es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar la salud y asistirse en caso de enfermedad” y establece que los medicamentos son un bien social básico y fundamental.
- La *Constitución de la Provincia de Santa Cruz* (art. 57) “La provincia velará por la higiene y salud pública. A tal fin se organizará un régimen sanitario preventivo y asistencial, creando centros de salud en los lugares y con medios necesarios”.
- La *Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur* (art. 14) Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos.

2) A la Salud, a la integridad psicofísica y moral, y a la seguridad personal (....).

Esta regulación específica a nivel provincial no es otra cosa que consecuencia de la adopción por parte de nuestro país de un sistema federal.

De toda la normativa reseñada, no caben dudas que la garantía del resguardo de este derecho constitucional podría definirse como el derecho que tiene todo individuo a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto preventivo como en el asistencial, cuando se encuentre afectada o en peligro su salud.

Como asevera Hooft, el reconocimiento de la salud es una precondition o valor instrumental necesario para la posible realización de otros valores y el ejercicio de otros derechos de raigambre constitucional (83).

Desde la perspectiva del derecho constitucional, y del derecho internacional de los derechos humanos, reflexiona este prestigioso juez provincial y profundo cultor de la bioética y la filosofía jurídica, siguiendo al maestro Germán Bidart Campos, que la red que se teje desde el derecho a la salud y alrededor de él, lleva a definir la salud como un bien jurídico constitucional dotado de valiosidad por lo que no sería raro sostener que también es un valor, y como tal se realiza en

(83) HOOFT, PEDRO FEDERICO, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, Ed. Depalma, ISBN 950-14-1689-5, Buenos Aires, 1999, con prólogo de Germán J. Bidart Campos y José Alberto Mainetti, 314 páginas, 2ª edición, Lexis Nexis, Depalma, 2004.

las conductas humanas que le confieren efectividad en la convivencia societa-
ria (84).

8. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FEDERAL

Por otra parte el derecho a la salud a igual que el derecho a la vida ha sido considerado por la doctrina dentro del repertorio de los “derechos implícitos” cuya nómina no forma parte expresamente del orden normativo de la constitución formal, pero se reputan incluidos en ella a tenor de numerosas pautas y bases.

No puede dejarse de compartir la interpretación de Morello que enfatiza que el derecho a la salud, “implícito en nuestra Constitución Nacional, con fundamento en el artículo 14 bis, no puede quedar circunscrito a la mención hecha en el artículo 42 de los derechos de los consumidores y usuarios a la protección de la salud del citado ordenamiento, pues importa un aspecto parcial de tal garantía. Este derecho reclama una interpretación más amplia. No se trata de un mandato resultante de la ley fundamental, sino que se encuentra reconocido en diversos Tratados Internacionales de Derechos humanos ratificados por nuestro país y que gozan de jerarquía constitucional conforme a lo dispuesto por el artículo 75, inc. 22 de tal ordenamiento” (85).

Pizzolo Calogero reflexiona que en nuestro ordenamiento jurídico, tamaño *vacío normativo* fue llenada por la acción dinámica del derecho internacional de los derechos humanos. Con la elevación a jerarquía constitucional de muchas de sus normas (cfr. art. 75, inc. 22, CN), el Bloque de Constitucionalidad Federal (en adelante BCF) así constituido pasó a dotar de un fundamento normativo sólido y una jurisprudencia internacional respaldatoria al derecho a la salud (86).

Gil Domínguez al respecto dice que el derecho a la salud e integridad física está reconocido expresamente en el Bloque de Constitucionalidad argentina.

De dicho Bloque de Constitucionalidad, surge con claridad que el Estado debe garantizar el derecho a la salud a través de “acciones positivas” que se instrumentan por medio de políticas puras tendientes a su efectiva tutela (87).

La Argentina tiene suscriptos y ratificados alrededor de cuarenta tratados de derechos humanos. En el año 1994 se seleccionaron diez para ser incluidos con jerarquía constitucional en la ley suprema. Entre las normas convencionales in-

(84) HOOFT, PEDRO FEDERICO, “Derechos Individuales vs. Derechos Colectivos en Salud: Ética y Justicia”, La Ley, 2004-C-Sec. Doctrina.

(85) MORELLO, A. y MORELLO, G., *Los Derechos Fundamentales a la Vida Digna y a la Salud*, La Plata, Librería Editora Platense, 2002. MORELLO, AUGUSTO, “El Derecho Fundamental a la Vida Digna”, ED, Sup. Derecho Constitucional, 24/11/2000.

(86) PIZZOLO CALOGERO, “La Salud Pública como Bien Colectivo” en: La Ley del 21 de noviembre de 2006. (La Ley, 2006-F, 507).

(87) GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, *Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 28-29.

ternacionales que integran el BCF como normas básicas de referencia que reconocen expresamente el derecho a la salud y sus contenidos se destacan:

- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (año 1948)

Art. I — Derecho a la vida... “Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Art. XI - Derecho a la preservación de la salud y al bienestar “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”.

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (año 1948)

Art. 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le 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 y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (año 1948)

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, en su Art. XI - Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Establece que “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”.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

- *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. PIDESC* (año 1966)

Art. 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. 2. “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En el marco del PIDESC, en 1985, se dispuso la creación de un “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que es el órgano encargado de llevar a cabo un seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, So-

ciales y Culturales, que en general es considerado el instrumento fundamental para la protección del derecho a la salud.

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"* (año 1969)

Art. 4º. Derecho a la Vida. Punto 1) hace mención de manera indirecta al reconocer que toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Art. 5º. Punto 1) Derecho a la Integridad Personal. "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

Para el *Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Año 1985)* el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el artículo "más exhaustivo del Derecho Internacional sobre el Derecho a la salud". La salud afirma este Comité "es un derecho humano indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente...".

Este *Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* es el órgano al que los Estados remiten sus informes periódicos, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESD. Además de esta función, el Comité, emite *Observaciones Generales* que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto por parte del propio órgano de contralor. El reconocimiento de los DESC por parte de los Estados no corresponde a simples actos de buenas intenciones sino a obligaciones que se derivan directamente de tratados internacionales de derechos humanos. Si no se garantizan los DESC, los derechos humanos no son respetados ni protegidos.

Hasta fecha, el Comité ha emitido 21 Observaciones Generales que tratan de derechos que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas dentro de un concepto de dignidad humana, que se traducen en alimentación, seguridad social, salud física y mental, vivienda, trabajo, sindicalización, educación, medio ambiente sano y agua.

Queremos recordar lo que establece la OG Nro. 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud".

- *Observación General n° 14: (año 2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aclara que:

"El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud" (punto 8); "Un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección

y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

Queremos recalcar lo destacado en dicha Observación nº 14 de este *Comité* en su punto 39, donde se expresa (...) que para cumplir las obligaciones internacionales que los Estados han contraído en virtud del Art. 12, los Estados partes tienen que *respetar* el disfrute del derecho a la salud en otros países e impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países siempre que puedan sobre esos terceros ejercer influencia por medios legales o políticos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional aplicable.

Asimismo, en su punto 53 con el título *Aplicaciones en el Plano Nacional —Legislación Marco—*, se aclara: “Cada Estado tiene un marco de discreción para determinar qué medidas son la más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas...”

Observación General Nº 9. Aplicación Interna del Pacto “Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: y el primero es reflejado en el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* que determina “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”. En otras palabras los estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones que emanan de los tratados en que sean parte. (punto 3) El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

A estos principios nosotros pensamos que debemos agregarle el principio clásico “*pacta sunt servanda*” que es una locución latina, que se traduce como “lo pactado obliga”, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado y que está reflejado en el Art. 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 y mismo artículo de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* de 1986 que expresamente declara que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

- *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (año 1966) (art. 3):

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la *igualdad* en el goce de todos los derechos civiles y políticos enumerados en el presente Pacto”.

Queremos destacar que en el marco de este Pacto se crea un *Comité de Derechos Humanos*, al efecto de ejecutar el Pacto, velar por su cumplimiento y tramitar las denuncias por violaciones de derechos.

- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (año 1988). “*Protocolo de San Salvador*” (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General)

Art. 10.- Derecho a la Salud. 1. Toda persona tiene el 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 (...).

- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (año 1967) (art. 12)

1. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. 2. “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

- *Convención sobre los Derechos del Niño* (año 1989)

Art. 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.

2.— Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la mala nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post-sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y el ambiente, la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban

apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3.— Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4.— Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Art. 25.— “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de la salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

Art. 26.— 1.— “Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2.— Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963[resolución 1904 (XVIII)].

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de Enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Art. 5) En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el Artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (...).

También desde el *punto de vista internacional* los gobiernos están obligados a proteger a sus pueblos contra las enfermedades trasmisibles, las drogas y la contaminación, provenientes del interior del país o de otros países.

Al respecto existen diversos acuerdos internacionales, como el primer *Reglamento Sanitario Internacional* —RSI— (1969), que es un instrumento jurídico

internacional de carácter vinculante para 194 países, entre ellos todos los Estados Miembros de la OMS. Tiene por objeto ayudar a la comunidad internacional a prevenir y afrontar riesgos agudos de salud pública susceptibles de atravesar fronteras y amenazar a poblaciones de todo el mundo, ayudar a vigilar y controlar enfermedades graves que tengan un potencial considerable de propagarse entre los países, e instaurar normas internacionales con el fin de reforzar la seguridad sanitaria nacional, regional y mundial. La 58ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en Ginebra el 16-25 de mayo de 2005 adoptó la revisión del Reglamento Sanitario Internacional en el año 2005. En junio de 2007, el mundo comenzó a aplicar el *Reglamento Sanitario Internacional* —RSI— (2005).

Este acuerdo contribuyó significativamente a mejorar la seguridad internacional en el ámbito de la salud pública al facilitar un nuevo marco para coordinar la gestión de los eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, y permitió reforzar la capacidad de todos los países para detectar, evaluar y notificar las amenazas a la salud pública y responder a ellas.

También podemos mencionar la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* (1988) por la cual los Estados Miembros de las Naciones Unidas establecen un sistema de fiscalización internacional del tráfico de sustancias psicotrópicas, preocupados por la salud física y moral de la humanidad, al advertir con inquietud los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias sicotrópicas que deben ser combatidas por todos los medios morales, legales e institucionales, a nivel nacional, regional e internacional. La Convención, que contenía restricciones a las importaciones y exportaciones junto con otras reglas que apuntaban a limitar el uso de drogas, excepto para propósitos científicos y médicos, reforzó significativamente la obligación de los países a imponer sanciones penales para combatir todos los aspectos de la producción ilícita, posesión y tráfico de drogas, fue aprobada por nuestro país por la ley 24.072.

Asimismo, podemos nombrar varios *instrumentos regionales* de derechos humanos, como la “Carta Social Europea” (1961) que en su forma revisada reconoce el derecho a la salud. (Art. 11) Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1.- Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2.- Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a ésta. 3.- Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras.

El *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, Consejo de Europa (1997) establece en el artículo 3º: “Las partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso igualitario a los beneficios de una atención sanitaria de calidad apropiada...”

Igualmente, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981 establece (art. 16): 1. Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible. 2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos.

También se reconoce la importancia de la temática de salud en el *Tratado de Asunción* de 1991. Este tratado dio origen al esquema de integración económica denominado “Mercado Común del Sur”. Fue aprobado por el Congreso Nacional argentino el 15 de agosto del mismo año por ley 23.981 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 4 de septiembre siguiente.

Cabe señalar, además, que en el año 1995 se organiza la Reunión de Ministros de Salud, a través de la Decisión del Consejo del Mercado Común 03/1995. Por lo tanto, examinando la jerarquía y relevancia del tema en la XXIV Reunión del Grupo Mercado Común, realizada en la ciudad de Fortaleza, Brasil, entre el 12 al 14 de diciembre de 1996, el Grupo Mercado Común aprueba, a través de la *Resolución GMC N° 151/1996* la creación del “Subgrupo de Trabajo n° 11 “SALUD”.

La Resolución GMC 04/1998 establece y aprueba las pautas de trabajo de dicho Subgrupo, cuya tarea es armonizar legislaciones y directrices de las legislaciones nacionales en materia de regulación de la salud y la compatibilización de los sistemas de control sanitario entre los Estados Partes, además de promover la cooperación técnica y coordinar las acciones necesarias para el proceso de integración entre los Estados partes en el área de salud, que deberá ser aprobado luego por el Grupo Mercado Común. Debemos aclarar que dentro de la Reunión de Ministros de la Salud, existen diferentes *subgrupos* llamados *Núcleos de Articulación*: N° 1 Sistema de Información y Comunicación en Salud; N° 2 Salud de Fronteras; N° 3 Atención Médica y Uso Racional de la Tecnología; N° 4 Cooperación Internacional en Salud.

El más reciente proceso de integración regional es la creación en el año 2004 de la “Unión de Naciones Suramericanas”, UNASUR que cuenta con el “Consejo de Salud Suramericano” (UNASUR Salud) creado el 16 de diciembre 2008, que propone “consolidar Suramérica como un espacio de integración en salud que contribuya a la salud para todos”, incorporando e integrando los esfuerzos y logros subregionales, durante los debates y foros internacionales del sector salud.

El “Consejo de Salud Suramericano” considera que Salud es un derecho fundamental del ser humano y de la sociedad y además es un componente vital del y para el desarrollo humano y desarrollo económico de la Región.

El 21 de abril del 2009 los países miembros del Consejo de Salud Suramericano propusieron una Agenda de Salud que prioriza cinco áreas de trabajo: i) Escudo Epidemiológico, ii) Desarrollo de Sistemas de Salud Universales, iii) Acceso universal a medicamentos, iv) Promoción de la salud y acción sobre los determinantes de la Salud, y v) Desarrollo y gestión de Recursos Humanos en Salud.

Resumiendo, podemos aseverar como lo hace Quaranta, que en líneas generales, todos estos *instrumentos internacionales y regionales* nos hablan del de-

recho que tiene toda persona al disfrute del más alto nivel de vida, de salud, de bienestar, como así también de la obligación que pese sobre los Estados partes, de satisfacer las necesidades asistenciales y terapéuticas requeridas por sus habitantes para de esta manera garantizar plenamente el goce de los mencionados derechos (88).

Sin perjuicio de lo expuesto en párrafos anteriores es importante aclarar que a nivel de la *Constitucional Nacional* contamos con una referencia expresa a la protección de la salud en materia de *derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios* en su relación de consumo (art. 42).

Vale decir, como afirma Bonpland, que “la normativa en materia de Derecho a la Salud con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: sufrió una transformación de carácter revolucionario” (89).

De toda la normativa reseñada, no caben dudas que la garantía del resguardo de este derecho constitucional podría definirse como el derecho que tiene todo individuo a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto *preventivo como en el asistencial*, cuando se encuentre afectada o en peligro su salud.

En síntesis nos corresponde someter bajo examen el *derecho a la salud* entendido como dice el autor Ariza Clerici “aquel que, integrado por el conjunto de obligaciones tendientes a asegurar el acceso a una asistencia sanitaria, impone al Estado a darles cumplimiento a través de la ejecución de una conducta de vida, garantizada a toda la población” (90).

De todo lo que hemos dicho sobre la recepción normativa en el derecho interno y en el derecho supranacional, surge *un mandato para las autoridades públicas de cualquier nivel de jurisdicción*, a saber: a) **para los legisladores**: de organizar y mantener un sistema sanitario de salud, destinado a la población en general, que no es más que una inversión humana necesaria, finalista y solidaria del sistema; b) **para los funcionarios del ejecutivo**: de implementar prácticamente dicha política de estado; y c) **para los jueces y magistrados**: de mantener la vigencia y efectivo respeto por el derecho ante omisiones y/o abusos de quienes deben proveer a ese derecho, según la forma de prestación en que nos situemos. No olvidemos que el vocablo “autoridades” contenido en el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución Nacional ha sido interpretado en senti-

(88) QUARANTA, ALFONSO JOSÉ, “¿Es Jurídicamente factible establecer un Registro Nacional Obligatorio de Entidades de Medicina Prepaga en la Argentina?”. Publicado en <http://www.revista-persona.com.ar>.

(89) BONPLAND, VIVIANA, “El Derecho a la Salud: Su Evolución Histórica y su vigencia en la Argentina del Tercer Milenio, el Rol del Estado Nacional en la materia políticas públicas para el sistema sanitario. Apuntes para una reforma del Estado aún pendiente”. Artículo incluido en la obra colectiva *Estudios de Derecho Administrativo* en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira. Director Julio Rodolfo Comadira. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1ª ed., 2009, p. 349.

(90) ARIZA CLERICI, RODOLFO, “El Derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Publicado en <http://www.jurice.com.art/doctrina/salud.htm>.

do amplio, abarcando a cualquier autoridad pública, sin distingo de jurisdicción, ni de pertenencia a órgano estatal alguno.

Por otro lado conforme se adelantó, al enmarcarse el derecho a la salud como uno de los denominados derechos sociales, el *Estado* se encuentra obligado a desplegar *prestaciones públicas positivas* que en el caso concreto estarían dadas por *prestaciones de salud*, máxime ello si se tiene en cuenta que, a partir de la reforma constitucional de 1994 y el carácter otorgado a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ha asumido un verdadero compromiso internacional respecto de éstas.

La operatividad de los derechos sociales afirma Tettamanti, es esencial para otorgarles plena eficacia. En tal sentido, nos recuerda esta autora, el discurso del Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti, pronunciado el 19 de febrero de 2008, durante el acto de apertura del año judicial, quien ha resaltado que “en esta etapa de nuestro país creo que es fundamental luchar por la efectividad de los derechos. La efectividad consiste en que estos derechos y garantías que la justicia declara sean aplicados de modo efectivo y en tiempo razonables” (91).

De los párrafos anteriores se puede concluir como asevera el maestro de la Gastroenterología y fundador de la “Sociedad de Ética en Medicina” y de la “Sociedad de Medicina Antropológica”, Dr. Marcos Meerhoff, que el concepto que la “medicina es el arte de curar” ha sido superado. El médico de antaño que afeerraba su profesión al “curar” ha sido reemplazado por el médico que intenta salvaguardar al individuo, a través del individuo mismo o de medidas colectivas. En el camino primero —juega la medicina asistencial curativa y preventiva, en tanto por el segundo— lo hace la medicina sanitaria, social o política. Cuando alguien consulta llega consigo todos sus problemas físicos, psíquicos y sociales. La ciencia y el arte de curar no son algo mecánico o técnico, implican una tarea convivencial. Es la relación médico-individuo sano o enfermo, la que mueve el aparato de la Medicina (92).

En suma, merced a todas las medicinas de orden preventivo o sanitario o social o asistencial, la medicina de la actualidad es la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social, reiterando la necesidad de una conducta ética individual por parte del médico. Porque como decía en 1972 el destacado médico pediatra y sanitarista el Dr. Florencio Escardo, en su *Carta abierta a los Pacientes*, todo el que padece en su persona sea en su área física, psíquica o social es un paciente... la salud trasciende del ser singular para jugarse como un hecho interpersonal, es decir social. “Hay que cuidarse de considerar a la salud y a la enfermedad, como fenómenos independientes y antagónicos. Lo útil es entender que se trata de expresiones distintas del mismo fenómeno vital. Porque salud y enfermedad son un continuo, sin límites ni fronteras precisas. Esta tan enfermo

(91) TETTAMANTI, ADRIANA, “Los Derechos Sociales en la Agenda Institucional de la Corte Suprema”, Suplemento Extraordinario Constitucional 75 Aniversario, Ed. La Ley, agosto de 2010, p. 130.

(92) MEERHOFF, MARCOS, *Medicina Antropológica*, Asociación Médica Argentina, 1992, p. 224.

aquel que tiene un absceso en un riñón como quien vive sin agua potable y en hacinamiento” (93).

El desarrollo de este concepto coincide con la expansión de los derechos humanos de la Tercera Generación o derechos a la solidaridad tendiente como vimos a corregir asimetrías personales y sociales y diversas formas de discriminación, exclusión y marginación que atentan contra la dignidad marcando la transición del Estado de Derecho al Estado de Justicia. Por ello el sistema sanitario debe actuar conjunta y armoniosamente con el componente colectivo, lo que requiere una activa participación comunitaria y como ordenador superior, el respeto a la totalidad fisiológica, psicológica y espiritual del paciente.

9. CONCLUSIONES

A continuación, se presentan las conclusiones a que hemos llegado con relación a nuestra pregunta inicial sobre si *la salud es un derecho humano de 4^{ta}. Generación*. Llegando al final de estas breves reflexiones, queremos dejar sentada nuestra postura. Como se ha evidenciado en el presente artículo el concepto de salud, se redimensiona mucho más allá de la sola ausencia de enfermedad, integra el conjunto de capacidades que facilitan el desarrollo del ser humano en sus diferentes facetas, conlleva niveles de calidad de vida, acceso a servicios básicos y debe entenderse este anhelo en el marco del Estado social de derecho instaurado en el texto constitucional.

Por todo lo expuesto, vemos que el hombre del siglo XXI es un hombre en Sociedad. Ha dejado de ser el ser aislado de la sociedad, de impronta marcadamente individual. Y que los bienes de uso y disfrute también se viven en forma solidaria como asimismo acontece con el consumo y los recursos sustentables que constituyen la apoyatura esencial de su existencia. Por eso pensamos que el derecho a la salud (individual) y el derecho a la salud (colectivo) han de compatibilizarse.

Los derechos de incidencia colectiva —y la salud lo es— exigen del operador político y jurídico un equilibrio extraordinario de modo de actuar con la habilidad de un cirujano frente a un caso de alta complejidad médica. La ética, los derechos humanos y los aspectos jurídicos se entrelazan, marchando muchas veces acompasadamente.

En las últimas décadas, el ejercicio de la medicina se complejiza día a día a la luz de los cambios en la orientación de la práctica profesional y los adelantos técnicos. Mientras que el hombre impersonal e indiferenciado se ha ido integrando a movimientos colectivos, a ONG en una especie de soberanía compartida con otros, iguales o que padecen de problemas homogéneos similares que los unen, muchas veces en situaciones de angustia colectiva insatisfecha que necesitan que el Estado los provea de soluciones expeditas rápidas y efectivas. Dentro de

(93) ESCARDO, FLORENCIO, *Carta Abierta a los pacientes*, 1^a edición. Presentación y actualización BARANCHUK, NORBERTO S., Editorial Sociedad Argentina de Pediatría, Fundación FUNDASAP, 2004, ps. 13, 29, 30.

las funciones mínimas que el Estado Nacional debe cumplir se halla la salud pública. (Informe Banco Mundial, 1997).

En nuestra opinión, el “derecho a la salud” es uno de los grandes temas de nuestro tiempo y como hemos podido apreciar es un “derecho controvertido” porque nos plantea, ocasionados por el extraordinario desarrollo científico, graves dilemas éticos que requieren de una profunda reflexión. Como nos recuerda el Doctor en Medicina, y Presidente de la Sociedad Argentina Antropológica, Francisco Maglio, “desde Hipócrates hemos estado *al lado* del paciente, llegó la hora de estar *del lado* del paciente”. Su objetivo es, así, llegar a una medicina que contemple al paciente en forma holística, como un ser humano somato-psico-social (94).

En el presente trabajo, a lo largo de su desarrollo lo que se ha intentado destacar es la trascendencia que ha cobrado la reforma constitucional de 1994, (artículo 75, inc. 22) mediante el reconocimiento de la jerarquía constitucional que se les concede a los tratados de derechos humanos entre los que obra el PIDESC a través de la cual se ha modificado sustancialmente el criterio jerárquico de fuentes de nuestro derecho, supeditando los derechos fundamentales por sobre las razones de Estado.

Como acertadamente ha sostenido Fernández, “la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, no solo ha importado el aumento y la reafirmación de los derechos que comento, sino ha implicado sumergir al derecho interno en la práctica jurídica internacional al ser relevantes no solo aquellos instrumentos internacionales, sino las interpretaciones efectuadas por los órganos internacionales de aplicación: Cortes, Comités y/o Comisiones” (95).

Este material brindado ha pretendido analizar las pautas internacionales a las cuales el Estado argentino debe ajustarse, con relación al derecho a la salud a fin de afianzar y promover un Estado de Derecho, tan democrático como social.

Por todo lo planteado en los párrafos anteriores, concluimos este trabajo, coincidiendo con lo formulado por los Doctores Augusto M. Morello y Néstor Cafferatta, al expresar que el “derecho a la salud, es una cuña en la esfera de los derechos de la Cuarta Generación”, porque estamos preocupados, (con la niñez en primer lugar), en asegurar mejores condiciones de vida en *vista al futuro*. En preservar las condiciones de viabilidad y perfección de los que nos siguen”. (...) Toda vez que, como bien lo explican estos autores “están comprometidos intereses propios y colectivos, de generaciones presentes y futuras (la salud de nuestros hijos, nietos y descendientes y de las generaciones venideras)” (96).

(94) MAGLIO, PACO, *La Dignidad del Otro. Puentes entre la Biología y la Bibliografía*, Editorial Libros del Zorzal, 2008, p. 104.

(95) FERNÁNDEZ, BETTINA, “Garantizar la dignidad humana: una obligación de preeminencia para el estado. Sucinto repaso por los derechos económicos sociales y culturales”, *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, 11 de mayo de 2012 N-3.

(96) MORELLO, AGUSTÍN y CAFFERATTA, NÉSTOR, “La Dimensión Social del Derecho a la Salud. Problemas enfoques y perspectivas. Doctrina”, ED, 213-937, ps. 939 y 942, *El Derecho*, diario del 11 de agosto de 2005.

De tal modo, se ha comenzado a hablar de la *cuarta generación de derechos humanos* que conllevan la observación de verdaderos deberes actuales a favor de las generaciones futuras, de *los que vendrán* considerándose con ese rango además, con el fin de proteger a los seres humanos —tanto presentes como futuros— de la manipulación genética que conlleva singulares avances tecnológicos como la clonación humana, el derecho a la “propia identidad genética” (o derecho a ser diferentes o a ser uno mismo) (97).

Por su parte, Cafferatta vuelve a reiterar este concepto cuando expresa, nosotros creemos, que reviste “carácter intergeneracional, futurista, y como tal reporta en una 4ª generación de derechos humanos” (98).

Resumiendo, podemos responder a nuestra pregunta inicial acerca si, ¿es la salud un derecho humano de 4ta .generación?, afirmando que en la actualidad existe un Derecho a la Salud: como derecho individual, como derecho social, como derecho solidario, y como derecho a la salud de las personas futuras, que coexisten, y no se anulan. Como muy bien sintetiza el Dr. Eduardo Tinant (99), cuyo pensamiento transcribimos como una buena forma de cerrar este trabajo, existen y coexisten:

1) *Derecho a la Salud Individual*: cuyo bien jurídico es la salud individual, en el marco de la relación entre el paciente el médico o equipo de salud.

Este derecho a la salud individual entraña libertades y derechos e impone a la sociedad la no interferencia. Se trata de un Derecho Humano *de primera generación* (art. 33 de la Constitución Nacional).

2) *Derecho a la Salud Social*: cuyo bien jurídico social, en el marco de las prestaciones asistenciales, sanitarias y farmacológicas por parte del Estado cuando éste se hubiera comprometido a ello. Se trata de un derecho de naturaleza prescricional, que impone al Estado una acción o actividad material determinada.

Se trata de un Derecho Humano de *segunda generación* (artículos 14 bis, 41, 42 y 75, incisos 19, 22, y 23 de la Constitución Nacional).

3) *Derecho a la Salud Solidario*: bien jurídico colectivo, en el marco de las políticas nacionales de salud pública de *corto y mediano plazo*, que impone al Estado la instrumentación de políticas y acciones concretas, Derecho Humano de *tercera generación* (artículos 41, 42, 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional).

4) *Derecho a la Salud de las Personas Futuras*: bien jurídico colectivo en el marco de las políticas de mediano y largo plazo que impone al Estado políticas y

(97) MORELLO, AUGUSTO, *Estudio de derecho procesal. Nuevas Demandas. Nuevas Respuestas*. Editorial Platense, t. II, cap. LXI, “Los Derechos del Hombre de la Tercera y Cuarta generación”, La Plata, 1998.

(98) CAFFERATTA, NÉSTOR, “Derecho a la Salud y Derecho Ambiental”, La Ley, 2006-C, 409, Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, Tomo II, 537.

(99) TINANT, LUIS EDUARDO, “El Rol del Derecho y la Salud Mental”, artículo incluido en la obra colectiva *Bioética y Salud Mental*, capítulo 4. Directora Alicia Losoviz, Ed. Akadia, Buenos Aires, 2006.

acciones concretas, Derecho Humano de *cuarta generación* (artículos 41, 42, 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional).

Como conclusión, resulta indudable que el concepto del Derecho a la Salud, ha ido evolucionando a través del tiempo. Como expresa Tobar, el desafío “es incluir salud, se trata de incorporar más protecciones para más personas”.

“Aunque en todas las Constituciones de la región se proclama el derecho a la Salud una realidad efectiva resulta lejana... Los denominados Objetivos del Milenio, promovidos desde las Naciones Unidas (ODM) involucran un primer avance en ese sentido. La premisa es organicemos todos nuestros esfuerzos (la cooperación internacional y la política nacional) para conseguir ocho grandes objetivos en el 2015. Cuatro de estos objetivos involucran esfuerzos directos en el área de salud” (100).

Frente a las situaciones que vulneran la salud y la vida de los habitantes para Garrido Cordobera, “los jueces deben apreciar adecuadamente las circunstancias del caso, a fin de establecer conforme a derecho, a quien le es atribuible la obligación de cubrir este derecho humano fundamental, aplicando para ello todo el plexo normativo emana del ordenamiento jurídico nacional e internacional. No es una cuestión de populismo, de activismo judicial, sino de humanismo y de cumplimiento del control y equilibrio entre los poderes” (101).

De allí es que opinemos, que resulta imperioso tomar conciencia y crear las condiciones para que el derecho a la salud, sea efectivamente satisfecho, a través de una política sanitaria humanística, que llamamos así porque no solo hace del hombre su objeto fundamental sino que lo concibe además como el motor directo de las acciones de salud.

Como manifiesta Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Por supuesto que hay límites insuperables, pero hay una gran proporción que podemos modificar. Solo hace falta como dijera Borges, en uno de sus últimos poemas que exista un grupo de hombres y mujeres que tomen la extraña decisión de ser razonables”.

En definitiva, debemos prestar atención a la influencia que ejercen importantes actores de la sociedad (como las universidades, los legisladores, y los médicos) y como éstos inciden en los avances o retrocesos de la medicina, su aplicación a la sociedad y la relación médico-paciente, para asegurar la plena vigencia del derecho a la salud.

Al mismo tiempo, facilitar que todas las personas puedan desarrollar su completo potencial de salud y mediar a favor de la salud entre los distintos intereses encontrados en la sociedad. También son protagonistas aquí los jueces, ya que a través de sus pronunciamientos han iniciado una corriente jurisprudencial de

(100) TOBAR, FEDERICO, *Cambio de paradigma en salud pública*, 2008. XII Congreso del CLAD, Buenos Aires. Publicado en www.federicotobar.com.ar.

(101) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., “Virtualidades de la Salud como Derecho Humano”, Artículo incluido en la obra colectiva *Salud y Conciencia Pública*. Directora Lidia M. R., Garrido Cordobera, Editorial Fundación Sanatorio Güemes, 2011, p. 54.

carácter bioético que ha subsanado una deficiente técnica legislativa que puede crear dificultades al tiempo de resolver un conflicto concreto. Ampliando y en esta línea de pensamiento entendemos que como bien dice Morello, “el desafío es frontal y demanda al Derecho y a sus operadores un sagaz despliegue de imaginación y responsable tarea superadora”.

En mi opinión, creo que en especial se debe comprometer a los profesionales de la salud para el cabal ejercicio y comprensión acerca de la Promoción de la Salud —PS— en términos de derechos humanos. Cada uno de nuestros ciudadanos debiera ser un agente multiplicador de estilos de vida saludable. Es nuestra tarea, nuestro compromiso y nuestra obligación.

Por otra parte, las respuestas del Estado y de la sociedad frente a la dimensión social del “derecho a la salud” implican la obligación de crear las condiciones a través de políticas y legislaciones para que la obligación se materialice. Sólo de este modo la sustentabilidad de los derechos humanos en el tiempo dejará de ser un ideal a seguir, virando en un proceso de construcción de ciudadanía, como el modo de expresión más certero de lo que una democracia contemporánea hoy demanda.

PROPUESTAS

En este tema, tan crucial y específico de la salud, y en línea con lo que vengo desarrollando —creo personalmente— que es un error contraponer el derecho individual a la salud, al derecho social, porque en el derecho a la salud, se sopor-tan bienes e intereses vitales del hombre y de la sociedad en su conjunto, tal cual lo expresan Morello y Cafferatta (102).

- Si bien la salud es siempre la de cada ser humano, o sea el derecho a la salud es el de cada persona, afirma Bidart Campos que hay aspectos *grupales* que desde la salud como bien jurídico individual permiten pensar a la salud como una especie de *bien colectivo*. (Así, quienes se enferman son siempre seres humanos y no la “sociedad”, pero hay enfermedades y epidemias que por su difusión masiva comprometen aquella dimensión colectiva de la salud e influyen en la salud individual (103).

- Para el prestigioso constitucionalista, la salud hace falta para abastecer el desarrollo humano, y la salud como bien colectivo hace falta para abastecer el bienestar general. Se aspira a que la salud, en cuanto situación de bienestar, cuente, en palabras de Bidart Campos, con protección y fomento durante toda la vida de cada hombre: antes de enfermarse (prevenir), durante la enfermedad, (para curarse), después de la enfermedad (para rehabilitarse). Si a cada una de éstas la denominamos prevención, tratamiento y recuperación, es fácil percibir

(102) MORELLO, AGUSTÍN y CAFFERATTA, NÉSTOR, “La Dimensión Social del Derecho a la Salud. Problemas, enfoques y perspectivas. Doctrina”, *El Derecho*, 213-937, ps. 939 y 942.

(103) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional”, Artículo incluido en la obra colectiva *Salud, Derecho y Equidad*. Directora Gladis Mackinson, Ed. Ad-Hoc, 2001, p. 23.

que cubriéndolas a todas existe un control permanente. Pero aquí tampoco concluyen los aspectos de la salud, porque se ha hablado también de su promoción —con provisión de recursos y servicios— para optimizar el acceso a una mejor salud de todos y cada unos de los miembros.

- Reiteramos *¿es la salud un Derecho Humano?* A mi entender coincidiendo con González García, “la salud es quizás, el primer derecho humano, es el derecho a la vida y a una vida sana. Se dice que la libertad es el mayor de los derechos, pero la cárcel del cuerpo enfermo es terrible. La salud no debe ser garantizada solo en la Constitución debe ser garantizada también con políticas activas” (104).

- El derecho a la salud es indiscutiblemente uno de esos derechos fundamentales y básicos. Diariamente escuchamos hablar sobre el concepto de “Derechos Humanos” desconociendo en muchas situaciones que la salud se encuentra dentro de la órbita de ellos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC contiene, como ya hemos señalado el artículo más completo sobre el derecho a la salud de toda la legislación internacional relativa a los derechos humanos. (Véase el párrafo 1 y 2 de su art. 12 ya transcrito en el punto 7 de este trabajo y el art. 11.1 que describe el derecho a la salud como “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”).

- A los fines de asegurar el derecho a la salud, de conformidad a lo dispuesto particularmente por la “Observación General 14” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, debe promoverse la creación de entes de usuarios y otras entidades no gubernamentales para asegurar una mayor participación democrática y controles en el sistema de salud.

- A ese respecto debemos recordar el texto del decreto 455/2000 que establece el marco estratégico político de salud de los argentinos por el cual el Gobierno Nacional guiará su accionar en materia de salud que dice: “la salud es una situación de relativo bienestar físico, psíquico y social, producto de la interacción permanente transformadora entre el individuo, la sociedad en la que participa y su ambiente. Que el logro de una salud integral está vinculado a la satisfacción de las necesidades de alimentación, vivienda, educación, cultura, trabajo y vestido”.

- Ortega y Gasset señalaba “que la vida para tener valor y sentido no necesita de ningún contenido determinado. No menos que la justicia, que la belleza o la beatitud, la vida vale por sí misma” (105).

(104) GONZÁLEZ GARCÍA, GINÉS, “Derechos Humanos y Salud” Artículo publicado en la Revista del Instituto Universitario ISALUD, Volumen 1, Número 2, junio 2006.

(105) ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, “Historia como sistema”, Obras Completas, *Revista de Occidente*, Madrid, 4^{ta} ed., 1958, t. VI.

En consecuencia consideramos, que es necesario la participación y la responsabilidad de las personas, los grupos, las instituciones y las comunidades, en el desarrollo continuo de la salud. Un elemento que es sumamente importante, especialmente cuando la defensa del Derecho a la Salud se asume con *colectivos, es el trabajo alterno y coordinado con los afectados directos o sus familiares.*

- Como destacan Abramovich y Courtis, “la empresa de garantizar el goce de derechos sociales incorporados en la Constitución es una tarea gradual, que involucra múltiples actores. Entre ellos se encuentran, indudablemente, los abogados y los tribunales de justicia” (106).

- Se debe garantizar a las personas el acceso a la información en lo vinculado al sistema de salud (ley 26.529 de Derechos del Paciente). Pienso que todo ser humano tiene derecho no sólo a ser asistido por los servicios de salud para su curación y rehabilitación, sino también a ser el objeto de políticas de información para la prevención de las enfermedades. Esto es, actuar antes de que se produzcan patologías que con una adecuada información podrían evitarse.

Asimismo se deben comunicar “hábitos” y “prácticas saludables” a través de profesionales de la salud y de periodistas especializados en salud pública.

- Debemos pensar la salud no ya vinculada a simples posibilidades de “compra” de la cura de los males sino a partir de ahora a la actividad prestadora del Estado. Por lo tanto el “derecho a la salud” en nuestra opinión, pasa a imponerse como un “derecho a la prestación”, independientemente de las posibilidades personales.

- De la misma forma se deben promover la realización de estudios interdisciplinarios para profundizar el conocimiento del derecho a la salud. Proponemos que los recursos económicos destinados a los servicios de salud han de ser específicos y transparentes, y no sólo han de cubrir las necesidades sanitarias de los ciudadanos, sino procurar un desarrollo sostenible del sistema sanitario con un adecuado fomento de la investigación clínica y la formación continua de todo el personal sanitario, para mantener constante una calidad en la asistencia y formar profesionales que conciban a la salud mas allá de lo biológico.

- Los poderes públicos, sin descuido de lo anterior, también han de proporcionar al ciudadano canales adecuados para hacer saber al sistema sanitario cuáles son sus fallos, y de ese modo reaccionar y resolver tales problemas. Ponemos como ejemplo el Boletín de Jurisprudencia *Derecho a la Salud* en la base *online* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que contiene fallos sobre el derecho a la salud desde 1996 en adelante.

De ahí la importancia como afirma Ferreyra, de remarcar, “la función que desempeña el Poder Judicial en el cumplimiento de la responsabilidad que tiene todo estado de respetar y proteger los derechos y garantías de quienes están

(106) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, nota a fallo “Beviacqua”, La Ley, 2001-D, 22.

sujetos a su jurisdicción, función que es de importancia capital en una sociedad democrática” (107).

- La incorporación del cargo del “*Defensor del Beneficiario*” creado por el Decreto 1547/2007 que aprueba la estructura de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) organismo descentralizado en la órbita del Ministerio de Salud, cuya misión será asistir a los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud en aquellas cuestiones atinentes a sus reclamos, en el marco de la normativa vigente. Esta figura es un trascendente avance para evitar la llamada “*judicialización de la prestación*”, y es tan elemental como la existencia de las distintas “*asociaciones de pacientes*”, que conocen en qué puntos el sistema falla o se ha de reforzar su atención.

- Siguiendo esta línea de acción proponemos prestarle atención a la “*Carta Compromiso con el Ciudadano*” creada por decreto 229/2000.

El Programa tiene por objeto la instrumentación de compromisos de servicio por parte de los organismos públicos prestadores directos, donde se transparenten las condiciones y modalidades operativas de las prestaciones así como los derechos que con relación al tema, asisten a los ciudadanos.

Ponemos como ejemplo la firma de la primera “*Carta Compromiso con el Ciudadano*” por parte del INCUCAI en diciembre de 2007 que fue un paso importante para el organismo, a través del cual se ratificó formal y públicamente el compromiso diario de brindar a la población un acceso transparente y equitativo al trasplante.

- El ciudadano, o el titular del derecho de salud, por tanto, no sólo ha de manejar información adecuada sobre asistencia y prevención, sino también sobre su derecho a recurrir al *Defensor del Beneficiario* y a las distintas *asociaciones de pacientes* para mejorar con ello el sistema sanitario tanto a nivel local, como regional, o nacional. Porque coincidimos con que el mundo jurídico es el mundo de la convivencia social *no es algo hecho* decía el Profesor Goldschmidt sino que es “algo por hacer”.

- Los ciudadanos, por su parte, han de aprovechar los *Programas de Salud* nacionales y provinciales destinados a proporcionarles información adecuada tanto para la prevención de enfermedades, como para comprender mejor su tratamiento y ser responsables en el cumplimiento terapéutico, porque la información es el mejor remedio.

- Además es indispensable que en la justicia se forme un *cuero de peritos judiciales* que haya certificado ante sus pares el nivel y actualización de su formación para que asesore debidamente a los magistrados y evitar la judicialización de la salud, ya que como afirma el juez Ricardo Li Rosi “los problemas que acarrea la prueba científica en los procesos judiciales son muchos y no es uno menor el que el juez tenga claro cuándo una opinión posee verdadero aval científico y

(107) FERREYRA, RODOLFO FABIÁN, “El Derecho a la Salud a la luz de nuestro régimen constitucional”, nota a Fallo publicado en La Ley Noroeste 2006, LLNOA 2006 (septiembre), p. 906.

cuándo no. Bien lo ha sintetizado la *Corte Suprema de los Estados Unidos de América* cuando en el famoso caso *Daubert* les asignó a los jueces el rol de guardianes de la entrada de la ciencia como prueba en los procesos judiciales con la finalidad de asegurar la idoneidad de la prueba, evitando la opinión falaz que distraiga interesadamente la convicción judicial de la misión augusta que la sociedad le ha conferido” (108).

- De la misma forma debemos resaltar la importancia del asesoramiento de los *Comités de Ética* creados en 1996, por la ley 24.742 ante los dilemas éticos que se venían planteando. El Comité tiene que ser multidisciplinario e interdisciplinario e ir construyendo con el tiempo un “lenguaje adecuado”. Tendríamos que tener en todos los lugares públicos y privados un Comité, para que ante cualquier duda consultemos, pero el tema es que no en todos los lugares están conformados, por lo tanto queremos destacar que no se está cumpliendo la ley.

- Asimismo es imprescindible diseñar el “modelo argentino de salud” para lo cual necesitamos comenzar a discutir una “*Ley Nacional de Salud*” donde se defina qué debe hacer el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y los municipios, qué deben hacer las obras sociales, las prepagas, los hospitales, los centros ambulatorios, o sea que asegure idénticos cuidados para idénticas necesidades porque como dice Tobar, “no podemos postergar más que modelo de salud queremos”.

- Como hemos ido analizando, en esta sociedad contemporánea, se ha ido consolidándose en nuestra opinión, el estudio de una nueva rama jurídica: el “Derecho de la Salud” con un cuerpo de doctrina y jurisprudencia propio y un número significativo de normas, donde concurren el derecho y la medicina.

Por lo tanto, sostenemos que las distintas estructuras de gobiernos regionales y locales, más cercanos al usuario de todo servicio de salud, deben proporcionar al ciudadano un sistema de bienestar que se acerque a los objetivos marcados por todas las normativas nacionales e internacionales mencionadas al principio de este trabajo.

Pero también debemos reflexionar sobre la naturaleza de la salud y de la enfermedad, porque me interesa subrayar, sostiene González García, que algunas enfermedades son biológicas, pero muchas son sociales porque, son consecuencia de la pobreza (109).

Recordemos lo que decía Bidart Campos refiriéndose, precisamente a este tema, “Bastaría repasar las dolorosas imágenes que nos ha venido exhibiendo nuestra televisión con niños hambrientos, raquíticos, moribundos, o ya muertos, para saber que en la República Argentina (sin necesidad de recordar lo que antes veíamos con horror en BIAFRA, por ejemplo) las políticas de salud exigidas por

(108) LI ROSI, RICARDO, autor del Prólogo de la *Guía de Especialistas Certificados* por el Consejo de Certificación de Profesionales Médicos (CCPM) (1993-2005) Auspiciada por la Academia de Medicina y la Fundación OSDE, p. 7.

(109) GONZÁLEZ GARCÍA, GINÉS, “Derechos Humanos y Salud”. Artículo publicado en la Revista del Instituto Universitario ISALUD, volumen 1, número 2, junio 2006.

la Constitución merecen calificación desaprobatoria, y no responden al mínimo test de bienestar general (físico, psíquico, mental, integral, etc.) (...) y son contrarias a la vida saludable y a la salud como derecho y como bien de naturaleza individual y de incidencia colectiva.

Y hay que decir que sí, aunque de vergüenza. No hace falta ir a BIAFRA. Basta con mirar muchas de nuestras Provincias” (110).

Por ello, la salud como ya mencioné, no solo debe ser garantizada en la Constitución Nacional, debe ser garantizada con políticas activas. Porque para ser activo en una sociedad el individuo debe estar sano y los derechos nacionales deben moverse hacia delante, con dinámica mediante como dice Lorenzetti o sea con medidas activas y positivas en favor del débil.

Coincidiendo con esta autorizada opinión, creemos que todos debemos contribuir a crear un mundo en el que las comunidades más vulnerables puedan disfrutar su derecho a salud y bienestar. Pero también debemos tener presente, que los *pacientes son personas* y no deben ser convertidos en un *expediente judicial*, es la medicina la que debe decidir y no la justicia.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CRISTIÁN, “El Derecho a la Atención Sanitaria como derecho exigible”. Nota a fallo Beviacqua, La Ley, 2001-D, 22.

Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 72.

AGUILERA, PABLO, *En la frontera vida/muerte: Problemas Éticos*, Santiago de Chile, Universitaria, 1990, p. 93.

ALBANESE, SUSANA, “Indivisibilidad e Intangibilidad de los derechos. El derecho a condiciones dignas de vida”, Ed. Lexis Nexis, JA 20/11/2002.

ARIZA CLERICI, RODOLFO, “El Derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Disponible en: <http://www.jurice.com/art/doctrina/salud.htm>

BADENI, GREGORIO, “El Derecho a la Vida”, *El Derecho*, 197-23.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Estudios Constitucionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud*, Editorial Astrea, 1995.

“La Dimensión de la Salud como bien colectivo y los Servicios de Salud”, *La Ley*, 2001-F, 906.

“Las Tres Generaciones de Derechos”, *La Ley*, 2003-F, 1485. Columna de Opinión.

“Lo viejo y lo nuevo en el Derecho a la Salud: entre 1853 y 2003”, *La Ley* 2003-C, 157.

(110) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Lo viejo y lo nuevo en el Derecho a la Salud: entre 1853 y 2003”, *La Ley*, 2003-C, sección Doctrina, p. 1235.

“Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional” - Artículo incluido en la obra colectiva *Salud, Derecho y Equidad*, Directora Gladis Mackinson, ed. Ad-Hoc, 2001, p. 23.

BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Abeledo Perrot, t. V, 1991.

BONPLAND, VIVIANA, “El Derecho a la Salud: Su Evolución Histórica y su vigencia en la Argentina del Tercer Milenio, el Rol del Estado Nacional en la materia políticas públicas para el sistema sanitario. Apuntes para una reforma del Estado aún pendiente”. Artículo incluido en la obra colectiva *Estudios de Derecho Administrativo* en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira-Director Juan Carlos Cassagne. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 1ª ed., 2009, p. 349.

BOLIS, MÓNICA, “El Derecho a la Salud desde el enfoque de la extensión de la protección social”. Artículo presentado en las *Jornadas Subregionales de Defensores de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 14-16 de marzo de 2005. Disponible en <http://www.paho.org/spanish/dpm/shd/hp/defensorias-cor-2mb.pdf>.

BRENA, SESMA INGRID, *El Derecho y la Salud. Temas a Reflexionar*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 104.

CAYUSO, SUSANA, “El Derecho a la Salud. Un Derecho de Protección y Prestación”, *La Ley*, 2004-C, 303.

CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Derecho a la Salud y Derecho Ambiental”, *LLC*, 2006-C, 409.

CARRILLO, RAMÓN, “Política Sanitaria Argentina”, *Textos elegidos*, capítulo XI, Política Sanitaria Argentina, disertación realizada en la Liga por los derechos de los trabajadores el 29 de julio de 1948, versión taquigrafiada del periódico *Octubre* reproducido en los archivos de la Secretaría de Salud Pública.

CARRILLO, AUGUSTO RAÚL y CARRILLO, ARTURO, *Ramón Carrillo: el Hombre, el Médico, el Sanitarista*, 1ª edición del autor, Buenos Aires, 2005, ps. 102 y 114.

CARNOTA, WALTER, “Proyecciones del Derecho Humano a la Salud”, *El Derecho* 128-879 y 880.

“Los Derechos de incidencia colectiva en general”. *La Ley*, 2003-B, 280.

CASANABE, SUSANA, *Amparo y prestaciones médicas de alto costo o complejidad: sustentabilidad del sistema vs. Derecho a la Salud*. (Nota a Fallo SC Mendoza, Sala 1, 2005/09/16, “Sarmantano, Carolina V. c. Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza”).

CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estrategia Jurídica*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, UNR Editora-Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2011 —Capítulo: *Aportes Trialista a la estrategia del Derecho de la*

Salud, p. 191 y p. 194 (Notas). Publicado en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>. Disponible en www.centrodefilosofia.org.ar.

“Filosofía Trialista del Derecho de la Salud”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas N° 28, p. 31. Disponible en: www.centrodefilosofia.org.ar.

“Filosofías de las ramas del mundo jurídico” y “Nuevas Reflexiones sobre la autonomía de los derechos de los menores”. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/487/367> y <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/211/573>.

“Los derechos de los pacientes como parte de una nueva rama jurídica del Derecho a la Salud”, Ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29 de septiembre al 1 de octubre de 2011. Documento electrónico disponible en Microjuris.com.

CLÉRICO, LAURA, “El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad. El Derecho a la Salud en las personas con discapacidad”. Artículo publicado por la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Disponible en www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf.

CORTI, HORACIO, *Derecho Constitucional Presupuestario*, 1ª edición, editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

CORTESI, MARÍA CRISTINA, “Derecho y Salud”. Disponible en <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/>.

CROCIONI, FRANCISCO, “Los Procesos Constitucionales Colectivos en el Derecho Constitucional Argentino”. Disponible en <http://www.salvador.edu.ar/juri/>.

DALLARI, SUELI GANDOLFI, “Uma Nova Disciplina: o Direito Sanitário”. In: *Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. X, n° 22*, ps. 327-34, 1988.

DI IORIO, JOSÉ PABLO, “¿Cómo podemos definir la salud? su construcción en base a la cultura, al contorno físico y social”. Artículo incluido en la obra colectiva *Salud y Conciencia Pública*. Directora Lidia M. R., Garrido Cordobera, editorial Fundación Sanatorio Güemes, 2011, p. 145.

ESCARDO, FLORENCIO, *Carta Abierta a los Pacientes*, 1ª edición, Presentación y actualización BARANCHUK, NORBERTO S., Editorial Sociedad Argentina de Pediatría. Fundación FUNDASAP. 2004, ps. 13, 29, 30.

FERNÁNDEZ, BETTINA, “Garantizar la Dignidad Humana: una obligación de preeminencia para el Estado. Sucinto repaso por los derechos económicos sociales y culturales”. *Suplemento de Derecho Constitucional*. (La Ley 11 de mayo de 2012, N-3).

FERREYRA, RODOLFO F., “El Derecho a la Salud a la luz de nuestro régimen constitucional”. Nota a Fallo publicado en LLNOA 2006 (Septiembre), 906.

GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., "Virtualidades de la Salud como Derecho Humano" - Artículo incluido en la obra colectiva *Salud y Conciencia Pública*, Directora Lidia M.R., Garrido Cordobera, Editorial Fundación Sanatorio Güemes, 2011, p. 54.

"La Salud como derecho humano", *Revista DFyP* (Octubre), La Ley, 2011, 191.

GHERARDI, CARLOS, "La Salud está necesitando un poco de Filosofía", artículo del 31 de enero de 2011. Disponible en <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=69429>.

GHERARDI, CARLOS R. y GHERARDI, NATALIA, "La Judicialización del acto médico y la generación de nuevos conflictos". Artículo del año 2007. Disponible en http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Judicializacion_del_acto_medico_Galera_01.pdf.

GHERSI, CARLOS, *Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2005.

GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, *En busca de una interpretación constitucional. Nuevos enfoques de la reforma de 1994*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.

Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 28-29.

GONZALEZ DÍAZ, CARLOS, "En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud." Disponible en http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol19_4_05/ems01405.pdf.

GONZÁLEZ GARCÍA, GINES, "Derechos Humanos y Salud", artículo publicado en la *Revista del Instituto Universitario ISALUD*, volumen 1, número 2, junio 2006.

GOMEZ PAZ, JOSÉ B., "Introducción al Derecho a la Salud", DT, 1989-B, 1729.

GROSS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

HERNANDEZ, ANTONIO M., "Reflexiones Constitucionales sobre el Derecho a la Salud". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (República Argentina). Disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

HOOFT, PEDRO FEDERICO, "Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, con prólogo de Germán J. Bidart Campos y José Alberto Mainetti, p. 314, 2ª edición, Lexis Nexis-Depalma, 2004.

"Derechos Individuales vs. Derechos Colectivos en Salud: Ética y Justicia", La Ley, 2004-C, 1320, Sección-Doctrina.

HURTADO HOYO, ELÍAS, "Ética y Realidad en Salud", Conferencia dictada en la Academia Nacional de Medicina de Paraguay con motivo de la incorporación del autor como Miembro Académico Correspondiente. Asunción, Paraguay

- 8 de julio de 2004. Publicada en Revista de la Asociación Médica Argentina, volumen 117, número 3, octubre de 2004, p. 24.
- IÑIGUEZ, MARCELO DANIEL, *Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos*, Ed. Rubinzal-Culzoni.
- KRAUT, ALFREDO JORGE, *Los Derechos de los Pacientes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 197.
- LARA y MATEOS, ROSA MARÍA, *Medicina y Cultura: Hacia una formación Integral del Profesional de la Salud*, México, Plaza y Valdez, 1994, p. 222.
- LI ROSI, RICARDO, autor del Prologo de la "Guía de Especialistas Certificados por el Consejo de Certificación de Profesionales Médicos" (CCPM) (1993-2005). Auspiciada por la Academia de Medicina y la Fundación OSDE, p. 7.
- LLOVET, JUAN JOSÉ, *Salud y Derechos Humanos*, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, p. 20.
- LORENZETTI, RICARDO, "Cláusulas Abusivas en el Contrato de Medicina Prepaga", *La Ley*, 1997-III, p. 137.
- MACKINSON, GLADYS J., "Sobre la Dignidad y la Calidad en la Vida", *JA*, número especial de Bioética, 3/11/1999, p. 41.
- Salud, Derecho y Equidad*, Obra Colectiva, Directora Gladis Mackinson, Ed. Ad-Hoc, 2001.
- MAZZAFERO, VICENTE, "El Desarrollo de la Salud Pública en las Sociedades Humanas". Artículo publicado en el libro *Medicina en Salud Pública*, Editorial Ateneo, 1987.
- MARIENHOFF, MIGUEL, "El Derecho a la libertad integral del Ciudadano", artículo publicado en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, Año XII, 2ª época, nº 9.
- MAGLIO, PACO, *La Dignidad del Otro. Puentes entre la Biología y la Bibliografía*, Editorial Libros del Zorzal, 2008, p. 104.
- MEEROFF, MARCOS, *Medicina Antropológica*, Asociación Médica Argentina, 1992, p. 224.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO, "La Protección de la Salud como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido"; fallo comentado por Eduardo Mertehikian. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 1998/06/02. "Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social". *La Ley*, 1998-F, 303.
- MILLANS, ROGELI ARMENGOL, "Sobre las Definiciones de Salud: Salud Mental y Salud Corporal". Discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina de Catalunya como Académico correspondiente. Barcelona, 27 de Enero de 2009.

MORELLO, AGUSTÍN, “El Derecho Fundamental a la Vida Digna”, *El Derecho - Suplemento de Derecho Constitucional* del 24 de noviembre de 2000. EDCO, 00/01-186.

“Estudio de Derecho Procesal. Nuevas Demandas. Nuevas Respuestas”, editorial Platense, t. II, cap. LXI, “Los derechos del hombre de la tercera y cuarta generación”, La Plata, 1998.

MORELLO, AGUSTÍN y CAFFERATTA, NÉSTOR, “La Dimensión Social del Derecho a la Salud. Problemas enfoques y perspectivas. Doctrina”, *El Derecho*, 213-937, ps. 939 y 942. *El Derecho*, diario del 11 de agosto de 2005.

MORELLO, AGUSTÍN y MORELLO, GUILLERMO, *Los Derechos Fundamentales a la Vida Digna y a la Salud*, La Plata, Librería Editora Platense, 2002.

MORELLO, AUGUSTO MARIO y STIGLIZ, GABRIEL, “El Valor de la Vida Humana como costo de garantía colectiva para la prevención del daño de la Persona”, *La Ley*, 1984-D, 1100.

MUÑOZ, GABRIELA FERNANDA, “Algunas consideraciones teóricas con respecto al Derecho a la Salud y la garantía prevista para su respaldo: la acción de amparo”. Disponible en: <http://www.conhist.org/Vol%20III/munozsalud.PDF>.

ORTEGA y GASSET, JOSÉ, “Historia como Sistema”. *Obras Completas, Revista de Occidente*, Madrid, 4^{ta} ed., 1958, t. VI.

PARDO, ANTONIO, “¿Qué es la Salud?”, Universidad de Navarra, Departamento de Humanidades Biomédicas, Artículo publicado en *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 1997, p. 41(2):4-9.

PIZZOLO, CALOGERO, “La Salud Pública como Bien Colectivo”, *Diario La Ley* del 21 de noviembre de 2006, *La Ley*, 2006-F, 507.

PREGNO, ELIÁN, “El Derecho de la Salud como una nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta justa”. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1327/1468>.

QUARANTA, ALFONSO JOSÉ, “¿Es Jurídicamente Factible establecer un Registro Nacional Obligatorio de Entidades de Medicina Prepaga en la Argentina?”. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar>.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Ed. Zavalía, 2000, 3^a edición.

ROEMER, RUTH, “El Derecho a la Atención a la Salud. El Derecho a la Salud en las Américas”. Organización Panamericana de la Salud, *Publicación Científica* Nro. 509. Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud.

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, t. 2º, ps. 259-270, 2^a edición actualizada y ampliada, 1997.

SAFORCADA, Enrique, *Calidad de vida y Salud*, MIMEO UBA, Buenos Aires, 1988.

- “Definición de Salud de la OMS”. Disponible en <http://textosdepsicologia.blogspot.com.ar/2010/08/la-definicion-de-salud-de-la-oms-que-la.html>.
- STEIN, ENRIQUE, “La Pertenencia al Sistema de Medicina Prepaga”, La Ley, 1999-B, 936.
- SUAREZ, ENRIQUE LUIS, “Políticas Públicas de Prevención y Tratamiento del Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida en la Provincia de Buenos Aires: algunos lineamientos sustantivos e instrumentales”. Edición del 9 feb. 2009 MJ-DOC-4212-AR MJD4212. Disponible en Microjuris. hfnoticias.com.ar/assets/.
- TETTAMANTI, ADRIANA “Los Derechos Sociales en la Agenda Institucional de la Corte Suprema”. *Suplemento Extraordinario Constitucional 75 Aniversario*. Editorial La Ley, agosto de 2010, p. 130.
- TERRIS, MILTON, *Conceptos Básicos, Conceptos de Salud*, Universidad Estatal de Nueva York en Buffalo, 1957.
- TINANT, LUIS EDUARDO, *Bioética Jurídica, Dignidad de las Personas y Derechos Humanos*, Ed. Dunken, 1ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 146.
- “El Rol del Derecho y la Salud Mental”. Artículo incluido en la obra colectiva *Bioética y Salud Mental*, capítulo 4. Directora Alicia Losoviz, Editorial Akadia, Buenos Aires, 2006.
- TORRADO, SUSANA, “La Familia en el Eje del Bienestar”. Artículo publicado en Suplemento Especial del Diario *Clarín*, 18 de noviembre de 2005. Mesa sobre Desarrollo Social y Salud. Ciclo de Debates Abiertos a la Sociedad.
- TRAVIESO, JUAN ALBERTO, *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*, Ed. Eudeba, 2000.
- TOBAR, FEDERICO, “Cambio de Paradigma en Salud Pública”, XII Congreso del CLAD. Buenos Aires, 2008. Disponible en www.federicotobar.com.ar.
- “Ley Nacional de Salud: el debate está instalado”. Disponible en <http://www.baires-salud.com.ar/opinion-30/ley-nacional-de-salud-el-debate-esta-instalado-1782.html>.
- TULLIO, ÁNGEL ANTONIO, *Diccionario Médico-Legal*, Ed. Abeledo Perrot, 1999, p. 425.
- VEGA, JUAN CARLOS y GRAHAN, MARISA ADRIANA, *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*, Ed. Astrea, 1996.
- VIDIELLA, GABRIELA, *Derecho a la Salud*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2000.
- WINIARSKI, MICHAEL, *Visión de Conjunto. El Cuerpo Humano Trabajando*, OMS. Área de Estudio e Investigación. Área en Ciencias Sociales del Trabajo, 1989.

Documentos

- “Carta compromiso con el ciudadano” del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). Disponible en: http://www.incucai.gov.ar/media/pdf/carta_compromiso_2.pdf.
- “Carta africana de derechos humanos y de los pueblos”. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/africa/CAFDH/1981>.
- “Carta social europea” (Turín, 18 de octubre de 1961) Consejo de Europa (Estrasburgo). Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/africa/CAFDH/1981>.
- “Conferencia Internacional sobre atención primaria de la salud” celebrada en Alma-Ata, Kazajstán, URSS; 6-12 de septiembre de 1978. Disponible en: www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm.
- 1ª Conferencia Internacional para la promoción de la salud celebrada en Ottawa, Canadá en 1986, la OMS elaboró la “Carta Otawa” para la Promoción de la Salud. Disponible en: <http://www.paho.org/spanish/HPP/OttawaCharterSp.pdf>.
- “Constitución de la Nación Argentina”, Editorial Astrea, 9ª edición actualizada y ampliada.
- “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”. Documento Oficial Nro. 240- WASHINGTON, año 1991. Organización Panamericana de la Salud. Publicada en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.
- “Convenio de las Naciones Unidas contra el uso indebido de estupefacientes”. Año 1988. Aprobado por la Argentina por la ley 24.072.
- “Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas de 1971”. Viena, 21 de febrero de 1971. http://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_es.pdf.
- “Diccionario de la Lengua Española-Real Academia Española”, 19ª edición, 1970, p. 1174.
- “La Declaración Universal de los Derechos Humanos” (año 1948). Publicada en <http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2008/declaration.shtml>
- Observación General Nro. 14 “El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” del Comité del Derechos Económicos Sociales y Culturales (año 2000).
- “Pacto de derechos económicos sociales y culturales”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor en 1976 y el 1º de diciembre de 2007 había sido ratificado por 157 Estados. Aprobado por la República Argentina por la Ley 23.313. Publicado en el Boletín Oficial del 13 de mayo de 1986 (Adla, XVI-B, 1107).

“Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud”, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en: http://new.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=28&Itemid=142.

“Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo” (PNUD). Disponible en: <http://www.undp.org/content/undp/es/home.html>.

“Reglamento sanitario internacional” (2005). Disponible en www.who.int/ihr/es/index.html. <http://www.who.int/ihr/about/es/>.

“Tratado de Asunción” del 26 de marzo de 1991. Acuerdo firmado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en Asunción, Paraguay. A partir de la firma del mismo, se crea el MERCOSUR. Disponible en: www.rau.edu.uy/mercosur/tratasp.htm.

UNASUR, “Unión de Naciones Suramericanas”. La ley 26.602 aprueba el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), suscripto en Brasilia, República Federativa del Brasil el 23 de mayo de 2008. La Declaración de Cuzco, dio el inicio a la formación de la Unión de Naciones Suramericanas, UNASUR. Es una declaración firmada por doce presidentes suramericanos el 8 de diciembre de 2004 en la III Cumbre presidencial suramericana en la ciudad de Cuzco, Perú. Disponible en <http://www.unasursg.org/>

Fallos

Boletín de jurisprudencia “derecho a la salud” en la página de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (www.csj.gov).

CSJN, “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, 06/04/1993; Fallos: 316:479.

CSJN, “Asociación Benghalensis y Otros c. Ministerio de Salud y Acción Social”. Fallos 323:1323 - 01/06/2000. (La Ley, 2001-B, 123).

CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas Sanitarios y Banco de Drogas”, sentencia del 24/10/2000. Fallos 323:3235 - 24/10/2000.

CSJN, “Ministerio de Salud y/o gobernación s/ acción de amparo” sentencia del 31 de octubre de 2006. Fallos: 329:4741.

CSJN, “Monteserín, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”. Fallos 324:3571 del 16 de octubre de 2001.

“Viceconte, Mariela C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social” (La Ley, 1998-F, 303).

“Villagran Morales y otros c. Guatemala”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocido como el Caso de los “niños de la calle”, sentencia del 19 de

noviembre de 1999, Serie C, Nro. 63. (párr. 144). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.

Normativa consultada

Leyes

- Ley 23.981. Tratado para la constitución de un Mercado Común el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR) entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay”. (Boletín Oficial del 12 de septiembre de 1991).
- Ley 24.072. “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”. (Boletín Oficial del 14 de abril de 1992).
- Ley 24.240. “Ley de Defensa del Consumidor”. (Boletín Oficial del 15 de octubre de 1993).
- Ley 24.742. Creación del “Comité Hospitalario de Ética,” el que cumplirá funciones de asesoramiento, estudio, docencia y supervisión de la investigación respecto de aquellas cuestiones éticas que surgen de la práctica de la medicina hospitalaria. (Boletín Oficial del 23 de Diciembre de 1993).
- Ley 26.602. “Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas” (UNASUR) suscripto en Brasilia, República Federativa del Brasil el 23 de mayo de 2008. (Boletín Oficial del 17 de junio de 2010).

Decretos

- Decreto 229/2000. “Carta Compromiso con el Ciudadano”. (Boletín Oficial del 14 de marzo de 2000).
- Decreto 455/2000. “Marco Estratégico-Político para la Salud de los Argentinos”. (Boletín Oficial del 12 de junio de 2000).
- Decreto 1547/2007. “Creación del Cargo de Defensor del Beneficiario”. (Boletín Oficial del 9 de noviembre de 2007).

Siglas

- ACNUDH “Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”.
- OMS “Organización Mundial de la Salud”.
- PIDESC “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”.
- RSI “Reglamento Sanitario Internacional”.
- UNASUR “Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas”.

EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (1)

Lautaro Furfaro (2)

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo examinaré el estándar del derecho a la salud dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos a través de la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “el tribunal”).

Dentro de las obligaciones adquiridas por los Estados, en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH” o “la Convención”), se encuentra el derecho a la salud receptado en el art. 26 de dicho instrumento y art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Protocolo DESC” o “Protocolo de San Salvador”). Ello, sin perjuicio del mayor grado de protección que pueden efectuar los Estados parte de la Convención mediante otros instrumentos internacionales o por conducto de sus propios ordenamientos jurídicos internos.

Pese a que el derecho a la salud fue consagrado en diversos instrumentos internacionales y en el derecho comparado de los Estados partes del Sistema Interamericano, como describiré en los próximos acápite, no será un derecho plenamente exigible, como cualquier derecho civil o político de la Convención, hasta superar ciertos obstáculos conceptuales que impiden su plena judiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal el cumplimiento de algunas obligaciones que derivan de este derecho (3).

(1) Dedicado a tres maestras de la vida: Ana María, Felisa y Pilar.

(2) Alumno de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante de proyectos UBACyT y DECYT. Representó a la Facultad de Derecho (UBA) en la XVIII Competencia de Derechos Humanos en American University Washington College of Law en Estados Unidos. Relator en la Cámara de Apelaciones CAyT de la CABA.

(3) V. ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 37.

Sobre este punto, Stephen Holmes y Cass Sustein sostienen que los derechos para pasar a ser algo más que meras declaraciones requieren que se confiera el poder a algún organismo cuya decisión sea legalmente vinculante, la ausencia de dichos organismos equivale a la ausencia de derechos (4).

En adelante, argumentaré a favor de una protección eficaz del derecho a la salud a través de un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte IDH.

II. BREVE REPASO DE LA NORMATIVA REFERIDA AL DERECHO A LA SALUD

Se ha dicho que los avances legislativos en materia del derecho a la salud no se condicen con su goce efectivo, especialmente, en referencia a los sectores más desprotegidos de la población (5). Por ello, además de su consagración legislativa es imprescindible la implementación de una política pública sanitaria destinada a garantizar de manera universal el derecho a la salud, y ante la ausencia o insuficiencia de las políticas públicas necesarias, se debe reconocer la posibilidad de exigir judicialmente la protección de este derecho.

En primer lugar, previo a cualquier análisis, realizaré un acercamiento al marco normativo de protección del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico nacional. Luego pasaré a su recepción en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado de los Estados parte de la CADH.

II.1. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico nacional

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico local, el ingreso del derecho a la salud como derecho fundamental acontece en ocasión de la reforma de nuestra Carta Magna en 1994 al incorporarlo en el art. 42 de dicho instrumento.

El marco robusto de protección del derecho a la salud se completa con la recepción del Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional mediante el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

A nivel internacional, la consagración del derecho a la salud como derecho humano ha permitido a los órganos de protección de los mecanismos de aplicación de los tratados sobre derechos humanos esbozar ciertos estándares para su protección y que guardan una significativa importancia a los efectos de determinar el contenido y alcance de éstos derechos. Éstos instrumentos jurídicos son la herramienta jurídica válida que permitirían hacer valer el derecho a la salud frente a los Estados partes en la órbita de los sistemas judiciales internos y, ante supuestos en los cuales se configure un incumplimiento o violación del derecho

(4) V. HOLMES, STEPHEN y CASS, SUSTEIN R., *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veintiuno, 2011, p. 37 y ss.

(5) Cf. VIDIELLA, GRACIELA, "Igualdad y derechos básicos: el caso del derecho a la salud" en ALEGRE, MARCELO y GARGARELLA, ROBERTO (coords.), *El derecho a la Igualdad*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, ps. 428/429.

a la salud convalidado por las instancias judiciales internas, también se debería poder acudir ante los órganos de protección en la órbita internacional.

Una pieza especial para la protección de los derechos humanos adoptada por nuestro país es la CADH que ha sido suscripta el 22 de noviembre de 1969 en la Ciudad de San José de Costa Rica y que ha entrado en vigor el 18 de julio de 1978. La Convención constituye la piedra angular del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su Protocolo DESC ha plasmado expresamente el derecho a la salud como desarrollará seguidamente.

II.2. El derecho a la salud en el Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos

Las culturas no son estáticas, sino dinámicas y se han mostrado abiertas a los avances en el dominio de los derechos humanos, lo que se ha puesto de manifiesto a través de la suscripción de tratados de derechos humanos por las más diversas culturas (6). En efecto, la relevancia jurídica del derecho a la salud se refleja, en gran medida, por su consagración en el sistema universal y también en los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra en su art. XI que toda persona tiene el derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales (...)”.

Con relación al derecho a la salud, en su calidad de derecho social, la CADH establece en su art. 26 el principio desarrollo progresivo, íntimamente enlazado al derecho a la salud, en los siguientes términos: “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales (...)”. Sobre dicho precepto, en el caso “Acevedo Buendía y otros Vs. Perú” la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha determinado que “(...) el compromiso exigido al Estado por el artículo 26 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas —en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados— para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales” (7).

El art. 26 de la CADH establece el andamiaje del principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales como es el caso del derecho a la salud. La obligación de no regresividad constituye una limitación explícita que los tratados de derechos humanos impo-

(6) Cf. Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie C nro. 70, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 25.

(7) Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, nro. 198, párr. 105.

nen a los Estados y se convierte en una garantía para los ciudadanos/as para el cumplimiento de estos derechos (8).

Por otra parte, el Protocolo DESC, establece el derecho a la salud en su art. 10 en los siguientes términos “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”.

El art. 45 de la Carta de la OEA insta a los Estados a realizar sus máximos esfuerzos en el desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

De igual manera, dentro del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 25.1 que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le 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 (...)”.

Dentro del Sistema Universal, este derecho se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su art. 12.1 y 12.2.d rezan “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) [l]a creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Es necesario recordar que el derecho a la salud también se encuentra previsto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que en su art. 12 dispone que “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

(8) V. PAUTASSI, LAURA, “Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición”, en ABRAMOVICH, VÍCTOR y PAUTASSI, LAURA, *La medición de derechos en las políticas sociales*, CABA, Ed. del Puerto, 2010, p. 30

El derecho a la salud también ha sido receptado en la Convención sobre los Derechos del Niño que en su art. 24 establece “[l]os 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. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas (...)” y en su art. 25 prescribe “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

Cabe agregar que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha elaborado un estudio titulado “*Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”. Los objetivos principales de los indicadores son medir el cumplimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, contenidos en el Protocolo de San Salvador para contribuir a que los Estados Parte cuenten con herramientas útiles en pos de realizar un diagnóstico de la situación de los derechos contenidos del Protocolo, establecer los temas y las agendas pendientes a partir de un diálogo participativo con la sociedad civil, y formular estrategias para satisfacer progresivamente el programa de derechos contenido en el Protocolo (9).

En aquél documento sobre indicadores, la OEA ha destacado la importancia de la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo que exige la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas (10). En dicho instrumento se consagra que “[e]l Protocolo hace referencia a la satisfacción del derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud (...) progresivo y continuo de un sistema de cobertura para toda la población del país (...) además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas (11)”. En esta línea, los indicadores señalan que deben existir instancias administrativas para interponer denuncias ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a la salud (12).

Sin embargo, pese a la expresa recepción normativa del derecho a la salud, existe un serio problema para delimitar su alcance porque no es posible determi-

(9) Cf. OEA, “Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI)”, OEA/Ser.L/XXV.2.1GT/PSSI/doc.3/11 rev.1 14 octubre 2011, p. 2.

(10) Cf. OEA, “Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011, párrs. 66 y 67.

(11) *Ibid.*, párr. 67.

(12) Cf. En igual sentido ver: ONU, Comité DESC. OG. nro. 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

nar cuál es el contenido obligatorio que no puede ser desconocido, postergado o alterado por los Estados y tampoco cuáles son las obligaciones positivas del Estado en materia de salud (13). Ello, como consecuencia de la interpretación efectuada sobre este derecho pues, como desarrollaré más adelante, la jurisprudencia de la Corte IDH no ha sido esclarecedora en este aspecto.

II.3. El derecho a la salud en el derecho comparado de los Estados miembros del Sistema Interamericano

El derecho a la salud se encuentra previsto en diversas normas constitucionales de los Estados miembros del Sistema Interamericano, ello demuestra una práctica constitucional que permite concluir que existe un consenso en asignar un carácter fundamental a este derecho.

Como mencioné anteriormente, Argentina ha consagrado el derecho a la salud en el art. 42 de su Constitución Nacional que dispone “[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (...)”.

El Estado de Bolivia prevé este derecho en el art. 35 de su texto fundamental que expresa “[e]l Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud. II. El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos”.

Por su parte Brasil consagra este derecho en el art. 196 de su constitución en los siguientes términos “[l]a salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.

Colombia tiene previsto el derecho a la salud en el art. 49 de su carta magna que prescribe “[l]a atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los

(13) V. ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, CABA, Ed. del Puerto, 2006, p. 110.

términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

En términos similares al texto argentino, Costa Rica establece en el art. 46 de su constitución que “[l]os consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias”.

En cambio Chile consagra el derecho a la salud en su art. 19, inciso 9º de su plexo constitucional que dice “[l]a Constitución asegura a todas las personas: (...) 9. El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado (...)”.

El Estado de Ecuador recientemente ha consagrado el derecho a la salud en el art. 32 de su flamante constitución que establece “[l]a salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

Sintéticamente el Estado del Salvador prevé el derecho a la salud en el art. 65 de su normativa constitucional que reza “[l]a salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento”.

Con un doble articulado, el Estado de Guatemala recepta el derecho a la salud en los arts. 93 y 94 de su constitución que dicen, respectivamente “[e]l goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna” y que existe una “[o]bligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social”.

A su vez, Haití incorpora el derecho a la salud en el art. 19 de su texto constitucional que expresa “[e]l Estado tiene la obligación absoluta de garantizar el derecho a la vida, la salud y el respeto de la persona humana de todos los ciudadanos sin distinción alguna, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

Igualmente, Honduras prescribe este derecho en el art. 145 de la constitución con la siguiente fórmula “[s]e reconoce el derecho a la protección de la salud. El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas”.

La constitución del Estado de México en su art. 40 expresa “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

En esta misma dirección se encuentra Nicaragua que en el art. 59 de su plexo constitucional contempla el derecho a la salud de la siguiente manera “[l]os nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma. Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen”.

También el Estado Panamá en el art. 109 de su constitución dice “[e]s función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”.

En la misma línea se encuentra Paraguay que dispone en el art. 68 de su constitución que “[d]el derecho a la salud: El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”.

Perú en el art. 70 de su texto constitucional enuncia “[t]odos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

La República Dominicana en el art. 61 de su constitución dispone que “[t]oda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia: 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable,

el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran; 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales”.

Asimismo, Uruguay en el art. 44 de la Constitución expone “[e]l Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”.

Finalmente el Estado de Venezuela en el art. 83 de su carta constitucional establece que “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Como vemos, el derecho a la salud adquiere una robusta protección iusfundamental. Sin embargo, existen serios obstáculos para la realización del derecho a la salud, como derecho social, que suponen privaciones ilegítimas de derechos humanos (14), aspecto al que dedicaré el próximo acápite.

III. LOS ESTÁNDARES EN MATERIA DEL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En pos de comprender el contenido y alcance del derecho a la salud en el Sistema Interamericano, es necesario efectuar un análisis de los compromisos emergentes de la CADH.

Los estándares del Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos constituyen elementos a partir de los cuales es posible delimitar un contenido esencial de los derechos y, en particular, resultan fundamentales para comprender el derecho a la salud. Este marco constituye un punto de partida in-

(14) V. PINTO, MÓNICA, “Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales”, en ALEGRE MARCELO, GARGARELLA, ROBERTO y ROSENKRANTZ, CARLOS F. (coords.), *Homenaje a Carlos Nino*, Buenos Aires, Ed. La Ley y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2008, ps. 396 y 397.

eludible para el diseño, seguimiento y evaluación de políticas públicas y permite demostrar hasta qué punto se cumplen con las obligaciones que surgen de los tratados internacionales (15).

Huelga recordar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”) ha establecido la preeminencia de los tratados sobre las leyes en el caso “*Ekmekdjian*” (16).

Dentro de este marco, para cumplir con los deberes de la CADH es tarea prioritaria atender a los pronunciamientos de los propios órganos de protección y aplicación de los tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La afirmación anterior encuentra respaldo en la jurisprudencia de la CSJN, por ejemplo, en la causa “*Mazzeo*” donde nuestro supremo tribunal ha establecido que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia (...)” (17).

En el caso “*Carranza Latrubesse*” nuestro Alto Tribunal ha enfatizado que en virtud del principio de buena fe, principio del derecho internacional público, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la CADH, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones del órgano de protección (18).

De acuerdo a lo anterior, el presente estudio propone esbozar el estándar de protección del derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

III.1. Tres casos emblemáticos en la jurisprudencia de la Corte IDH referidos al derecho a la salud

A continuación, desarrollaré la base fáctica de tres casos que han permitido el ingreso indirecto al Sistema de Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por conducto de los pronunciamientos de la Corte IDH, de un derecho fundamental en los textos constitucionales de la región y del Protocolo de San Salvador: el derecho a la salud.

Dejaré el análisis sobre el bosquejo de los estándares de protección del derecho a la salud —mediante la construcción derivada sobre la violación a otros derechos civiles efectuada por la Corte IDH— para los acápite posteriores.

(15) PARRA VERA, OSCAR, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad” en COURTIS, CHRISTIAN (coord.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CABA, Ed. del Puerto, 2006, p. 78.

(16) *Cf.* Fallos: 315:1492.

(17) Fallos: 330:3248, cons. 20.

(18) *Cf.* Fallos: C. 568. XLIV, 6 de agosto de 2013, considerando 3.

El “caso Ximenes Lopes vs. Brasil” (2006)

El primer esbozo de un estándar de protección sobre el derecho a la salud se produce como consecuencia del sometimiento ante la Corte IDH del “caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*” en el año 2006.

A partir de aquél precedente es posible vislumbrar algún contenido del derecho a la salud, sorprendentemente por su conexidad con algún otro derecho civil y no de manera autónoma, a la luz de la jurisprudencia del tribunal interamericano.

La demanda fue interpuesta por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Comisión” o “CIDH”) ante la Corte IDH por la presunta violación de los derechos receptados en los arts. 4 (derecho a la vida), 5 (integridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH, todos ellos en relación a la obligación general consagrada en el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de dicho instrumento internacional, en perjuicio del señor Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental.

Los hechos del caso versan sobre las condiciones inhumanas y degradantes en las que se encontraba hospitalizado Ximenes Lopes, sumado a los golpes, como también a la violación de su integridad personal por parte de los trabajadores de la casa de reposo en la que habitaba y por su posterior muerte dentro de la institución donde realizaba su tratamiento psiquiátrico.

Ximenes Lopes fue internado el 1 de octubre de 1999 en la “Casa de Reposo Guararapes”, una institución psiquiátrica privada de Brasil, que prestaba servicios de salud dentro del marco del sistema público de salud de Brasil, dentro del Estado de Ceará. La víctima falleció el 4 de octubre de 1999, luego de tres días de internación.

En la demanda sometida ante la Corte IDH, la Comisión solicitó que se declare la responsabilidad internacional del Estado brasileño por los hechos y por la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad mental en relación con la especial obligación del Estado de brindar protección a las personas que se encuentran bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del Sistema Único de Salud brasileño (19).

En opinión de la propia CIDH la trascendencia del caso radica, principalmente, en que fue la primera oportunidad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en formular jurisprudencia en relación con los derechos de las personas con discapacidad mental y, en lo que aquí interesa, sobre las obligaciones del Estado por los centros de salud que actúan en su nombre y representación (20).

En aquella demanda la Comisión recordó el estándar de protección de los derechos de las personas detenidas, para aplicarlos análogamente a la personas

(19) Cf. CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Damiao Ximenes Lopes*, Caso 12.237, *Brasil*, 1 de octubre de 2004, párr. 2.

(20) Cf. *Ibid.*, párr. 4.

en situación de internación en instituciones que presten servicios de salud. Sobre este aspecto, en diversos casos la Corte IDH sostuvo que “quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal” (21). La CIDH consideró que este último criterio debe ser aplicado a las personas que se encuentran en centros de salud bajo el cuidado o protección del personal de los mismos en razón de que, al igual que en los casos de personas alojadas en centros de detención, el Estado tiene una posición especial de garante porque las autoridades de salud y su personal tienen posibilidades más amplias de establecer control o dominio sobre estas instituciones (22).

Finalmente, la Corte IDH, sin efectuar ningún pronunciamiento sobre algún tipo de violación autónoma al derecho a la salud, concluyó que Brasil había violado el derecho a la vida y a la integridad personal, consagrados en los arts. 4.1, 5.1 y 5.2 de la Convención, en perjuicio de Ximenes Lopes, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado y, entre otras medidas, ordenó al Estado a desarrollar un programa de formación y capacitación para el personal médico sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia (23).

El “caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” (2007)

El presente caso se inicia ante la interposición de la demanda ante la Corte, nuevamente por parte de la CIDH, contra la República de Ecuador.

La base fáctica del precedente refiere al ingreso de Laura Susana Albán Cornejo al Hospital Metropolitano, una institución de salud privada sita la ciudad de Quito, como consecuencia de un cuadro clínico de meningitis bacteriana.

Durante su estadía en aquella institución, la señora Albán Cornejo había padecido fuertes dolores. En virtud de estos síntomas un médico residente le había prescripto el suministro de una inyección con morfina para calmar su dolor. Infortunadamente, la paciente murió, presuntamente debido al suministro de la inyección.

Por estos hechos, los padres de la señora Albán solicitaron el expediente médico de su hija mediante una acción judicial. Posteriormente, interpusieron una demanda penal ante las instancias judiciales ecuatorianas para que se investigara la muerte de su hija. Producto de aquella acción, dos médicos fueron sujetos de un proceso judicial por negligencia en la práctica médica. Finalmente, uno de

(21) Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C nro. 112, párr. 151/153 y *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C nro. 100, párrs. 126 y 138.

(22) Cf. CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Damiao Ximenes Lopes*, cit., 1 de octubre de 2004, párrs. 143/144.

(23) Cf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C nro. 149, párrs. 1/12 (parte resolutive).

ellos fue sobreseído por haber prescrito la causa penal. En cambio, el segundo médico tenía una situación jurídica pendiente de resolución judicial al momento del inicio del proceso ante el Sistema Interamericano.

A raíz de estas circunstancias, la CIDH había solicitado la Corte IDH que se reconociera la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por haber violado derechos consagrados en la CADH en perjuicio de los padres de Laura Albán. Concretamente, la Comisión había alegado la violación, por parte del Estado de Ecuador, de los arts. 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) en relación a los arts. 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la CADH (24).

Finalmente, sin referencia alguna al derecho a la salud, la Corte resolvió declarar internacionalmente responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los padres de la Sra. Albán y ordenó a Ecuador a realizar un programa para la formación y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que Ecuador ha implementado relativa a los derechos de los pacientes, y a sancionar a los responsables por su incumplimiento (25).

El “caso Suárez Peralta vs. Ecuador” (2013)

El más reciente caso sobre derecho a la salud fue sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, mediante nota de remisión del Informe de Fondo nro. 75/11, del caso nro. 12.683 de Melba del Carmen Suárez Peralta contra la República del Ecuador, relacionado con la falta de protección judicial en el proceso penal llevado a cabo contra los presuntos responsables de la mala práctica médica que afectó a la víctima.

Los hechos versan sobre la intervención quirúrgica por una enfermedad de apendicitis de la señora Suárez Peralta, en la clínica privada Minchala, que le había infringido graves y severos padecimientos permanentes a la paciente. El proceso penal realizado para el esclarecimiento de los hechos finalizó sin resultado sobre el fondo de la cuestión debido a la prescripción de la causa.

En atención a estos hechos, la CIDH sometió el caso ante la Corte IDH por la falta de juzgamiento de los profesionales de la salud que habrían incurrido en mala práctica médica en perjuicio de la señora Suárez Peralta. La CIDH había solicitado que se declarara Al Estado de Ecuador responsable internacionalmente por la violación de los arts. 8 y 25 (derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial), en relación con las obligaciones emergentes del art. 1.1 de la Convención, en perjuicio de la señora Suárez Peralta (26).

(24) Cf. CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Laura Albán Cornejo*, Caso 12.406, Ecuador, 5 de julio de 2006, párrs. 1/5.

(25) Cf. *Ibíd.*, párrs. 1/12 (parte resolutive).

(26) Cf. CIDH, *Informe de Fondo N° 75/11, Caso 12.683, Melba del Carmen Suárez Peralta vs. Ecuador*, 20 de julio de 2011, párrs. 1/4.

En sintonía con sus pronunciamientos anteriores, la Corte IDH ha considerado al Estado de Ecuador como responsable internacionalmente por la violación del deber de garantía del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de Melba del Carmen Suárez Peralta, sin declarar la violación específica del derecho a la salud (27).

III.2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia del derecho a la salud

Los pronunciamientos reseñados han contribuido en materia del derecho a la salud por declarar tangencialmente la responsabilidad internacional del Estado por distintos supuestos relacionados al incumplimiento de los deberes del Estado por la falta de fiscalización y supervisión estatal de las instituciones de salud, ya sean públicas o privadas, donde las víctimas de estos casos han recibido algún tipo de tratamiento médico perjudicial.

Sin embargo, a mi modo de ver, en los tres pronunciamientos existe una falencia por no haber sido declarada la violación específica del derecho a la salud de manera individual y autónoma. Pese a que el eje trasversal de los precedentes señalados ha sido la afectación del derecho a la salud, la Corte IDH no ha resuelto efectuar un análisis particular sobre este derecho.

¿Por qué razón la Corte IDH declara con toda naturalidad la violación al derecho a la integridad personal? y, curiosamente, no determina de manera autónoma la violación al derecho a la salud, no resulta claro y, en mi opinión, incurre en una miopía *iusfundamental* por circunscribir estos pronunciamientos únicamente a la violación del derecho a la integridad personal y, de este modo, se omite la posibilidad de efectuar una precisión directa sobre el derecho a la salud.

Pareciera evidente que la Corte debería pronunciarse particularmente sobre el derecho a la salud bajo los supuestos acaecidos en aquellos casos. Ahora bien, la postura esbozada por el Tribunal interamericano ha sido referirse al derecho a la salud mediante la acrobática senda de enlazarlo junto con las violaciones hacia otros derechos civiles de la CADH, puntualmente, sobre el derecho a la integridad personal.

Así pues, bajo el esquema de una violación del derecho a la integridad personal del art. 5.1 de la Convención, la Corte ha efectuado algunos estándares sobre el derecho a la salud de manera evasiva. Desde este enfoque la Corte ha remarcado que “la falta de atención médica adecuada puede conllevar a la vulneración del art. 5.1 de la Convención” (28).

Si bien estos tres casos no han cerrado la puerta a la exigibilidad del derecho a la salud en el Sistema Interamericano, queda latente la posibilidad de lograr la plena judiciabilidad del derecho a la salud a la luz del marco robusto de protec-

(27) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C nro. 261, párr. 1/12 (parte resolutive).

(28) *Ibid.*, párr. 130.

ción de dicho derecho en la Convención, debido a la intención u omisión de la Corte IDH en analizar este derecho individualmente.

En este punto quisiera recordar que, a diferencia de la Corte IDH, el Comité DESC del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos ha señalado que “el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado (...) de atención primaria de salud esencial, (...) no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto” (29).

Estimo que la solución adecuada para los casos mencionados hubiera sido declarar también la violación autónoma del derecho a la salud mediante la previsión del art. 26 de la Convención y no por su conexidad con algún derecho civil como sucedió en los precedentes analizados. Esta postura se encuentra en coincidencia con el voto concurrente propiciado por el magistrado Ferrer MacGregor Poisot, quien ha entendido que el derecho a la salud se encuentra entre los derechos económicos, sociales y culturales “judiciables” que se derivan del art. 26 de la CADH (30).

III.3. Alcance y contenido del derecho a la salud en el Sistema Interamericano

A lo largo de su jurisprudencia contenciosa, la Corte IDH ha sostenido que en función del art. 1.1 de la CADH los Estados partes, como la Argentina, tienen la obligación internacional con carácter *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos establecidos en la Convención, y deben asegurar la plena efectividad de estos derechos (31).

En la propia génesis del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos consolidada a partir del célebre “Caso Velásquez Rodríguez”, el Tribunal ha señalado que las obligaciones emergentes del Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos comprometen a los Estados mediante un doble sentido, a saber: en su faz negativa, que consiste en respetar los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos de protección de los derechos humanos (obligación negativa); en su faz positiva, relativa a la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar estos derechos (obligación positiva) (32).

(29) Comité DESC, OG N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes” (pár. 1 del art. 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, párr. 10.

(30) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, Voto concurrente del Juez Ferrer MacGregor Poisot, párr. 96 y ss.

(31) Cf. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C nro. 134, párr. 111; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párr. 85 y 86 y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A nro. 18, párr. 140.

(32) Cf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C nro. 4, párr. 165 y 166y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia*

Es oportuno destacar que la obligación de “*garantizar los derechos humanos*” no se circunscribe únicamente a la órbita de los Estados y sus agentes estatales pues también alcanza el deber de prevenir que individuos o terceros afecten los derechos humanos protegidos, en la órbita privada (33), en razón de las circunstancias particulares de cada caso (34).

A continuación, examinaré estas nociones a la luz del derecho a la salud en el Sistema Interamericano.

El derecho a la salud humana y su vinculación con la obligación de garantía (art. 1.1 de la CADH) y el derecho a la integridad personal (art. 5.1 de la CADH) en la jurisprudencia de la Corte IDH

Desde su primer pronunciamiento indirecto sobre el derecho a la salud en el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” hasta su más reciente jurisprudencia sobre la materia en el “Caso Suarez Peralta vs. Ecuador”, la propia Corte IDH ha explicado la estrecha relación del deber de garantía del art. 1.1 (35) con el artículo 5.1 (36) de la CADH. Sobre la base de estas ideas, la Corte ha enfatizado reiteradamente que “(...) el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana” (37), en consecuencia, el tribunal ha remarcado que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la CADH (38).

La Corte IDH ha determinado reiteradamente que “(...) la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos

de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012. Serie C nro. 259, párr. 188.

(33) Cf. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, *cit.*, párr. 111.

(34) Cf. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C nro. 140, párr. 123 y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C nro. 205, párr. 280.

(35) Art. 1.1 de la CADH: “*Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

(36) Art. 5.1 de la CADH: “*Derecho a la Integridad Personal 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”.

(37) Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 130; *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C nro. 171, párr. 117 y *Caso Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C nro. 226, párr. 43.

(38) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 130, *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C nro. 114, párr. 157, y *Caso Vera y otros vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C nro. 226, párr. 44.

tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación” (39) como una de las implicancias del estándar de protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la integridad personal.

Bajo estas premisas, el tribunal interamericano ha resuelto que a los efectos de dar cumplimiento con la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, bajo la implementación de estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, sostuvo que el Estado debe prever mecanismos de “supervisión y fiscalización estatal” de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto (40).

Sentado lo anterior, desarrollaré en los próximos puntos estas dos obligaciones en cabeza de los Estados emergentes de la interrelación del derecho a la integridad personal y el derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana —sin perjuicio de mi crítica por no haber sido declarada su violación de manera autónoma—.

El deber de regulación del Estado de los servicios de salud para la protección de la integridad personal

La Corte IDH ha definido el primer deber que nace de la interrelación del derecho a la salud con el derecho a la integridad personal del art. 5.1 de la CADH dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Sobre dicho concepto, el tribunal interamericano ha sostenido que “(...) los Estados son responsables de regular (...) con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, (...) presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes” (41). Esta interesante construcción de la responsabilidad internacional del Estado en supuestos de afectación a la salud de las personas se ha erigido,

(39) Cf. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párrs. 89 y 90, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, *cit.*, párr. 121 y ONU, Comité DESC. OG N°14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 12, 33, 35, 36 y 51.

(40) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 132; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párrs. 89 y 99.

(41) Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 134; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párr. 99.

paradójicamente, sin efectuar una consideración autónoma del derecho a la salud pues se ha efectuado por conducto de la violación al derecho a la integridad personal.

Similar postura ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien ha expresado que dentro de los deberes del Convenio Europeo se exige a los Estados la adopción de medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de la salud pública donde las obligaciones positivas implican el deber del Estado de establecer un marco de entidades reguladas, sean públicas o privadas, adoptando las medidas necesarias para proteger la vida de sus pacientes (42).

En síntesis, en atención a los precedentes reseñados es posible concluir que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han determinado que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para preservar la vida de las personas mediante la custodia de la calidad de los servicios de salud, garantizando que los profesionales dedicados a la atención a la salud cumplan los requisitos y condiciones necesarias para su ejercicio, mediante la regulación del marco legal de las entidades públicas o privadas, como también en relación a la esfera de las actividades de particulares, grupos o empresas vinculadas al servicio de salud, en pos de salvaguardar la vida de los pacientes. Particularmente, en el marco de los precedentes de la Corte IDH estas conclusiones se alcanzan por la estrecha vinculación del derecho a la integridad personal con el derecho a la salud y no de manera autónoma.

El deber de supervisión y fiscalización del Estado en referencia a los servicios de salud

Una segunda obligación proveniente del estatus del derecho a la salud en el Sistema Interamericano, en relación al derecho a la integridad personal, es el deber de supervisión y fiscalización de los servicios de salud en cabeza del Estado, ya sea que los servicios se presten por instituciones públicas o privadas.

Bajo esta línea hermenéutica se inscribe el Comité de DESC del Sistema Universal quien ha señalado que las violaciones al deber de protección en materia de salud emergen también del hecho de que un Estado no adopte las medidas necesarias para proteger a las personas por las violaciones sobre este derecho por parte de terceros, así se da, por ejemplo, en las omisiones de los Estados por la ausencia de una regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que violen el derecho a la salud de los demás (43).

Por su parte, la Corte IDH ha dispuesto que cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población, en este

(42) Cf. TEDH, *Caso Calvelli y Ciglio vs. Italia*. nro. 32967/96. Sentencia de 17 de enero de 2002, párr. 49, *Caso Byrzykowski vs. Polonia*. nro. 11562/05. Sección Cuarta. Sentencia de 27 de junio de 2006, párr. 104, y *Caso Silih vs. Eslovenia*. nro. 71463/014. Sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 192.

Cf. TEDH. *Caso Calvelli y Ciglio vs. Italia*, cit., párr. 49, y *Caso Byrzykowski vs. Polonia*, cit., párr. 104.

(43) Cf. ONU, Comité DESC. OG N°14, cit., 11 de agosto de 2000, párrs. 35 y 51.

sentido, el servicio de salud público es primariamente ofrecido por los hospitales públicos, sin embargo la iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, también provee servicios de salud bajo los auspicios del Estado. En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato, la persona se encuentra bajo cuidado del Estado (44).

Así, la Corte IDH ha determinado que “si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo” (45). De ello se infiere que el Sistema Interamericano dota al Estado de un especial deber de cuidado conforme a su deber de garantía en relación a la atención a la salud (46). Para tal efecto, la Corte ha apreciado que la delegación formal por parte del Estado hacia entidades de salud privadas no lo desvincula de su deber de garantía sobre los beneficiarios de la prestación de salud privada puesto que se mantiene la relación de cuidado y protección del derecho a la integridad personal vinculada al derecho a la salud también en este supuesto (47).

De las consideraciones expuestas anteriormente, se infiere que una violación al derecho a la integridad personal frente a afectaciones al derecho a la salud mediante el incumplimiento del deber de obligación de garantía a cargo de los Estados conlleva su responsabilidad internacional por aquél ilícito.

En este sentido, la supervisión y fiscalización del servicio médico debe ser realizada por las autoridades correspondientes, porque ya sea que la prestación del servicio médico se encuentre a cargo de instituciones públicas o privadas, en ambos casos se genera una situación de riesgo que el propio Estado debe supervisar.

Aunado a esta noción, la Corte IDH ha predicado que “(...) la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares” (48). Este deber se extiende a las situaciones en las que se ha delegado el servicio, en las que los particulares lo brindan por cuenta y orden del Estado por ser un bien del más alto interés social, cuya vigilancia también compete al poder público (49).

(44) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 144 y *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párr. 95.

(45) *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párr. 96.

(46) Cf. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párrs. 95/96 y 138/141.

(47) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 143.

(48) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 149 y *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párr. 141.

(49) Cf. *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, *cit.*, párr. 119.

Sobre la base de estándares similares a los expuestos por la Corte IDH, el Comité DESC del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado en su Observación General nro. 14 que ante una eventual atención médica en instituciones, sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría configurarse una afectación sobre los derechos a la vida y a la integridad del paciente (50).

Con referencia, a la prestación de servicios de salud por parte de instituciones privadas, la Corte IDH ha expresado que cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas —como es el caso de un hospital privado—, la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo (51).

En esta misma línea, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al establecer que el Estado mantiene el deber de otorgar licencias y ejercer supervisión y el control sobre instituciones privadas en relación con el art. 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (52).

Por otra parte, con relación a la calidad del servicio de salud, la Corte IDH ha enfatizado que “(...) el Estado posee el deber de regular, supervisar y fiscalizar las prestaciones de salud, asegurando, entre otros aspectos, que las condiciones sanitarias y el personal sean adecuados, que estén debidamente calificados, y se mantengan aptos para ejercer su profesión” (53).

Finalmente, cabe destacar que esta tesis ha sido adoptada, por el Comité DESC en referencia a la garantía del derecho a la salud, reconocido por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, el Comité ha destacado, en cuanto a la calidad del servicio de salud, que los establecimientos de salud deben presentar condiciones sanitarias adecuadas y contar con personal médico capacitado (54).

La interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales

Volviendo la mirada hacia la exigibilidad del derecho a la salud en el Sistema Interamericano, tal vez el mayor aporte realizado hasta el momento por la Corte

(50) Cf. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. OG. N° 14, *cit.*, párrs. 12 y 35

(51) Cf. *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, *cit.*, párr. 119.

(52) Cf. TEDH. *Caso Storck vs. Alemania*, nro. 61603/00. Sección Tercera. Sentencia de 16 de junio de 2005, párr. 103.

(53) Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 153, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, *cit.*, párr. 99 y ONU, Comité DESC, OG. nro. 14, *cit.*, párrs. 12, 33, 35/36 y 51.

(54) Cf. ONU, Comité DESC. OG. nro. 14, *cit.*, párr. 12.

Interamericana ha sido la consagración de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos en relación a los derechos económicos, sociales y culturales —como el supuesto del derecho a la salud—.

Este postulado se refleja en palabras del propio órgano, al establecer que todos los derechos (civiles, políticos, sociales, económicos y culturales) “(...) deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (55)”. Aunque, en rigor de verdad, no se ha visto demostrada una efectiva aplicación de este enunciado en las sentencias mencionadas en los acápites anteriores.

Un mayor avance en esta tesitura permitiría que no se torne ilusoria la previsión del art. 10 del Protocolo de San Salvador que establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.

Si partimos de la premisa de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, ello implica asignar un mismo plano de igualdad a todos estos derechos, es plausible concluir, dentro del marco de una visión evolutiva de los derechos humanos, en la plena exigibilidad del derecho a la salud en virtud del art. 10 del Protocolo de San Salvador y el art. 26 de la CADH. Ello así, porque mientras que la indivisibilidad postula la negación a una jerarquía entre los derechos humanos en relación a la obligación de respeto y garantía, la interdependencia demanda tanto el pleno goce de los derechos civiles y políticos como la satisfacción en el mismo orden de los derechos económicos sociales y culturales, como es el caso del derecho a la salud.

Como sostuvo el magistrado Ferrer Mac-Gregor Poisot, la aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que los derechos civiles y políticos (56). Lamentablemente, pese a los atractivos pronunciamientos de la Corte IDH, en la práctica, el tribunal incurre en una confusa dicotomía entre derechos civiles y políticos por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales por el otro. Todos los reclamos ante el sistema interamericano, sin importar la índole del derecho vulnerado, requieren una respuesta con el suficiente rigor conceptual, máxime frente al derecho a la salud que exige una acción decisiva por parte de los Estados para su efectivo cumplimiento.

Mónica Pinto ha enseñado que los derechos económicos, sociales y culturales deben pensarse como derechos humanos, a dicha conclusión llega me-

(55) Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, párr. 131 y *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C nro. 198, párr. 101.

(56) *Cf.* Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, Voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 25.

diante el análisis de la práctica sostenida por un apreciable número de tratados internacionales y pronunciamientos de organismos internacionales, la noción misma de derechos humanos no puede sino comprender a los derechos económicos, sociales y culturales (57), entre los que se encuentra el derecho a la salud.

Una exhaustiva sistematización de los componentes del derecho a la salud permitiría la aplicación concreta de este derecho en los casos contenciosos que se sometan a instancia de la Corte y, a partir de ello, se accedería a su exigibilidad judicial —sea interna o internacional— y ello incentivaría a los Estados a elaborar políticas públicas que tiendan a seguir este enfoque de derechos humanos (58).

Una sentencia histórica por parte de la Corte IDH que declare la violación autónoma del derecho a la salud con la suficiente entidad que permita delimitar los alcances que tiene el derecho a la salud en el Sistema Interamericano podría ofrecer herramientas para construir estándares serios para la efectiva satisfacción del derecho a la salud y para lograr su exigibilidad sin cortapisas. Por ello me parece tan objetable que se anteponga el derecho a la integridad personal al derecho a la salud, como hemos visto en los tres casos emblemáticos.

La permisión de una exigibilidad directa del derecho a la salud a los Estados, bien a través de un reclamo a nivel internacional, bien por vía judicial interna, permitiría señalar sin dificultad los deberes específicos de los Estados ante supuestos como la omisión de adoptar medidas destinadas a asegurar el acceso universal a la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, de igual modo que frente a la violación de un derecho civil o político cuya exigibilidad autónoma no presenta óbices para la Corte IDH (59).

Si tomamos con rigor el postulado de la Corte Interamericana en cuanto a la falta de jerarquía entre los derechos civiles y políticos en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, no se encuentran razones de peso que permitan justificar la práctica jurisprudencial del órgano interamericano que ha declarado reiteradamente la violación de los derechos civiles y políticos por parte de los Estados —con su consecuente responsabilidad internacional— y, en contraposición, requiera el auxilio de algún derecho civil en cada pronunciamiento en el que se ha visto afectado el derecho a la salud inmerso en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales.

(57) PINTO, MÓNICA, “Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales”, en ALEGRE MARCELO, GARGARELLA, ROBERTO y ROSENKRANTZ, CARLOS F. (coords.), *Homenaje a Carlos Nino*, Buenos Aires, Ed. La Ley y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2008, p. 397.

(58) PARRA VERA, OSCAR, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, COURTIS, CHRISTIAN (coord.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CABA, Ed. del Puerto, 2006, ps. 70/78.

(59) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, ps. 132/134.

Algunas propuestas para superar las deficiencias de la jurisprudencia de la Corte IDH, expuestas en la disidencia del magistrado Ferrer Mac-Gregor Poisot (60) podrían ser:

- a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva;
- c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias;
- d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir (como sucede con los derechos civiles y políticos) a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del art. 26 de la CADH, en relación con las obligaciones generales previstas en los arts. 1 y 2 de la Convención Americana;
- e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales;
- f) permitir una interpretación evolutiva del *corpus juris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del art. 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador;
- g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

Sobre la base de las ideas esbozadas, creo que es necesario asignar un verdadero valor normativo al derecho a la salud por la vía del art. 26 de la CADH en el marco de las obligaciones generales de los Estados de respetar y garantizar los Derechos Humanos. En este camino, y bajo un idéntico tratamiento que el dispensado a los derechos civiles y políticos se debe, cuanto menos, permitir la tutela efectiva del derecho a la salud que, necesariamente, exige delimitar su alcance y contenido de manera autónoma.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

En los primeros acápites, reseñé el marco normativo robusto de protección del derecho a la salud como derecho humano fundamental tanto para Argentina, como para los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos (universal y con mayor énfasis en el interamericano). También mencioné las normas constitucionales que consagran el derecho a la salud en la mayoría de los Estados miembros del Sistema Interamericano.

(60) Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, *cit.*, Voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 27.

Sin embargo, expliqué que la jurisprudencia de la Corte IDH sólo ha dado un triunfo parcial para la efectiva vigencia del derecho a la salud por haber delimitado su exigibilidad y alcance a la violación de algún derecho civil, como el derecho a la integridad personal en los tres casos emblemáticos citados.

El estándar del derecho a la salud en el Sistema Interamericano presenta la fortaleza de postular la igualdad de todos los derechos humanos y la “*interdependencia e indivisibilidad*” entre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la jurisprudencia de la propia Corte IDH. Sin embargo, se demuestra una debilidad práctica debido a la contradicción en las sucesivas sentencias de la Corte Interamericana que han declarado la responsabilidad del Estado por afectaciones al derecho a la salud pero siempre en conexidad con algún derecho civil.

Sin disimular las virtudes de los estándares alcanzados por la Corte IDH en materia de derecho a la salud —reitero, siempre en conexidad con algún derecho civil—, la plena efectividad de este derecho exige su delimitación en cuanto a su alcance y contenido de manera específica para explicitar las obligaciones estatales a su respecto.

La plena judiciabilidad del derecho a la salud en el Sistema Interamericano requiere una exigencia superior sobre la base del art. 26 de la CADH que establece el principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de los derechos económicos, sociales y culturales.

La normativa del Sistema Interamericano y del derecho comparado de los Estados partes de la Convención Americana permite avanzar hacia un análisis autónomo del derecho a la salud y a su exigibilidad o judiciabilidad a nivel internacional. Sin un control judicial concreto del derecho a la salud será muy difícil que los Estados tomen en serio este derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y documentos legales

Libros

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, CABA, Ed. del Puerto.

HOLMES, STEPHEN y CASS, SUSTEIN R., *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veintiuno, 2011.

PAUTASSI, LAURA, “Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición”, en ABRAMOVICH, VÍCTOR y PAUTASSI, LAURA, *La medición de derechos en las políticas sociales*, CABA, Ed. del Puerto.

PINTO, MÓNICA, "Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales", en ALEGRE, MARCELO, GARGARELLA, ROBERTO y ROSENKRANTZ, CARLOS F. (coords.), *Homenaje a Carlos Nino*, Buenos Aires, Ed. La Ley y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2008.

PARRA VERA, OSCAR, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", en COURTIS, CHRISTIAN (coord.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CABA, Ed. del Puerto.

VIDIELLA, GRACIELA, "Igualdad y derechos básicos: el caso del derecho a la salud" en ALEGRE, MARCELO y GARGARELLA, ROBERTO, (coords.), *El derecho a la Igualdad*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007.

Documentos legales

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

OEA, Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI), OEA/Ser.L/XXV.2.1GT/PSSI/doc.3/11 rev.1 14 octubre 2011.

OEA, *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011.

Casos legales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opiniones Consultivas

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C nro. 198.

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70.

Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112.

Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140.

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.

Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Caso Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C N° 226.

Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Damiao Ximenes Lopes, Caso 12.237, Brasil, 1 de octubre de 2004.

Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Laura Albán Cornejo, Caso 12.406, Ecuador, 5 de julio de 2006.

Informe de Fondo N° 75/11, Caso 12.683, Melba del Carmen Suárez Peralta vs. Ecuador, 20 de julio de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso Calvelli y Ciglio vs. Italia. No. 32967/96. Sentencia de 17 de enero de 2002.

Caso Byrzykowski vs. Polonia. No 11562/05. Sección Cuarta. Sentencia de 27 de junio de 2006.

Caso Silih Vs. Eslovenia. No. 71463/014. Sentencia de 9 de abril de 2009.

Caso Storck vs. Alemania. No. 61603/00. Sección Tercera. Sentencia de 16 de junio de 2005.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Comité DESC. OG. N° 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998.

Comité DESC. OG N° 3, “*La índole de las obligaciones de los Estados Partes*” (pár. 1 del art.2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990.

Comité DESC. OG N°14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

Corte Suprema de la Nación

Fallos: 315:1492.

Fallos: 330:3248.

Fallos: C. 568. XLIV.

CAPÍTULO 3

EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA

LÍMITES A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Fernando Rovira Villademoros (1)

I. IMPORTANCIA DEL TEMA

El reconocimiento de derechos por vía legislativa constituye un fenómeno relativamente reciente y creciente en diversos países iberoamericanos. Se trata, en general, de derechos vinculados a cuestiones de género, a la salud sexual y reproductiva de mujeres y hombres, a la interrupción voluntaria del embarazo, la reproducción asistida, decisiones sobre prolongación de la vida en determinadas circunstancias, rechazo y demanda de tratamientos, y muchos otros que una enumeración no taxativa como la realizada nos eximen de mencionar.

Algunas de estas nuevas leyes, introducen en sus textos conceptos pertenecientes a otras disciplinas del saber científico o aún de la Bioética, que una vez *juridizados* requieren ser desarrollados, explicitados y armonizados con las restantes disposiciones y/o principios de neto corte jurídico con las que de ahora en más compartirán el mundo del “deber ser”, así como compatibilizados con derechos subjetivos de terceros.

Ello determina la necesidad de relevar definiciones doctrinarias de esas nuevas categorías conceptuales que ingresan al campo del Derecho, para saber a qué se refirió el legislador cuando las introdujo, y cuáles son sus alcances y límites dentro del ordenamiento jurídico en que se insertan.

Uno de estos conceptos es el de objeción de conciencia, incluido en normas de Derecho Sanitario tales como las de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), Voluntad Anticipada o Testamento Vital, y por ello lo elegimos como objeto de este breve análisis.

II. CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Con carácter general, la objeción de conciencia ha sido definida como “la negativa de una persona a realizar ciertos actos, o a tomar parte en determinadas

(1) Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho la Universidad de la República (Uruguay). Asesor Jurídico del Ministerio de Salud Pública de la República Oriental del Uruguay. Fundador de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Miembro Colaborador del Observatorio de Salud (UBA).

actividades, que le ordena la ley o la autoridad competente, basándose en razones de convicción moral” (2).

También se la ha definido como “el incumplimiento de un deber jurídico cuya peculiaridad reside en los motivos morales o de conciencia que animan al infractor” (3), o “la negativa de una persona a realizar ciertos actos o tomar parte en determinadas actividades jurídicamente exigibles para el sujeto, para evitar una lesión grave de la propia conciencia” (4).

Trasladadas al ámbito sanitario, estas definiciones se reformulan, estableciéndose que la objeción de conciencia es la decisión individual de aquéllos que están involucrados en la práctica de un procedimiento de salud, de abstenerse de realizar un acto médico legalmente aprobado, invocando la transgresión que la ejecución de dicho acto implica para su conciencia o sus valores filosóficos o religiosos.

Y concretizando más aún el concepto, en relación a un acto médico sanitario en especial como lo es el aborto, la doctrina la define como “la negativa del personal sanitario a llevar a cabo prácticas abortivas, motivada por la convicción de que tal proceder constituye una grave infracción de la ley moral, de los usos deontológicos o, en caso del creyente, de la norma religiosa” (5).

III. PRESUPUESTOS DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Ahora bien, para que desde el punto de vista jurídico resulte necesario y de interés el examen de la objeción de conciencia, sus alcances y sus límites, es preciso que se den dos condiciones acumulativamente:

1) Que exista en el ordenamiento jurídico de que se trate “un derecho general a la objeción de conciencia de alcance constitucional” o, en su defecto, que sea “el legislador, mediante la promulgación de la norma de desarrollo correspondiente quien reconozca la aplicación de la objeción de conciencia para casos concretos, y quien armonice en la forma que estime más conveniente el derecho individual del objetor, con la salvaguarda de derechos reconocidos” (6); y

(2) CASADO, M., “Fundamentos éticos de las regulaciones sanitarias, objeción de conciencia y normativa bioética española”. Lolas, F. (ed.), *Dimensiones éticas de las regulaciones en salud*, CIEB-Universidad de Chile, Programa de Bioética-OPS/OMS, 2009, pp. 43 y ss.

(3) PRIETO SANCHIS, L., “La objeción de conciencia sanitaria”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, p. 981, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

(4) Comité de Bioética de España, “Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad” (<http://comitedebioetica.es/documentación>).

(5) MARTÍN AYALA, M., “La objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: los registros de objetores de conciencia”, en *Estudios sobre Derecho de la Salud*, UIMP, Ed. Thomson Reuters, 2011, p. 137.

(6) MARTÍN AYALA, M., *Comentando la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 1987 relativa a la objeción de conciencia al servicio militar*, en op. cit., p. 139.

2) Que exista un precepto jurídico que imponga al objetor la realización de un acto, cuya imperatividad e irresistibilidad derive del poder de imperio del Estado por tratarse de un mandato jurídico y no ético o moral.

Respecto de lo primero cabe señalar que en los ordenamientos jurídicos examinados a propósito de este análisis, en especial, los de los países iberoamericanos (España, Argentina y Uruguay, entre otros), no fue posible identificar un derecho general a la objeción de conciencia de rango constitucional, sin perjuicio de que en las Constituciones de esos países existan disposiciones puntuales que contribuyan a explicar la recepción legal del instituto.

Ello no debe sorprendernos dado que, como se ha señalado, el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general “equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual” (7), lo que es inadmisibles en un Estado de Derecho.

Por el contrario, sí fue posible identificar leyes que consagran ese derecho para casos concretos, como lo son el servicio militar obligatorio, la interrupción voluntaria del embarazo, la fertilización asistida y la expresión de voluntad anticipada, entre otras, en las que tras consagrar el deber jurídico de quienes deben cumplir el mandato legal, admiten su desobediencia fundada en la objeción de conciencia.

Respecto de lo segundo cabe señalar que si tal mandato jurídico no existiera, el análisis de la objeción de conciencia, sus alcances y límites quedarían reservados al campo de la deontología o de la bioética, sin que su reconocimiento en esos ámbitos fuera pasible de afectar derechos subjetivos de terceros reconocidos por el ordenamiento jurídico o incluso, los principios que imperan en el campo del Derecho, en especial, el de la seguridad jurídica.

IV. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

Lo primero que corresponde precisar es que una vez consagrada en un texto legal, la objeción de conciencia adquiere “carta de ciudadanía” en el mundo jurídico, y como tal debe ser respetada por todos los estamentos de una sociedad democrática, comenzando por el propio Estado.

Así, se ha sostenido que “quien objeta en un Estado democrático está exhibiendo ya un derecho propio: recurre a un derecho fundamental que protege su conciencia y que le permite oponerse a una prescripción que se presume legítima, pero que él considera inmoral obedecer, en pro de su también legítima libertad de conciencia” (8).

(7) MARTÍN AYALA, M., transcribiendo parte de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de junio de 2010, en op. cit., p. 139.

(8) <http://www.observatoribioética.com/fama/conciencia/art8>, “Tratamiento de la objeción de conciencia sanitaria”, p. 51.

No obstante —y como fuera ya adelantado—, el derecho a la objeción de conciencia no puede considerarse omnímodo o absoluto, sino sujeto a límites que son los que determinan su alcance.

Ensayaremos una clasificación de esos límites distinguiendo entre:

- 1) Límites internos o conceptuales, que son aquéllos vinculados con la noción misma de objeción de conciencia. Se trata de la determinación precisa de los supuestos que habilitan el planteamiento de la objeción, que si bien abarcan una gama importante de situaciones, su mayor grado de concreción conceptual en el terreno teórico reduce los eventuales desbordes en el ejercicio de ese derecho.
- 2) Límites externos al concepto, que son los que se establecen en relación a los derechos subjetivos de terceros, de igual o superior jerarquía que el de la objeción a la que dan origen, y cuya satisfacción no puede quedar librada sin más, al arbitrio del objetor.

V. LOS LÍMITES CONCEPTUALES

Se ha sostenido que “un somero repaso a la fenomenología objetora pone de relieve la amplísima heterogeneidad de los casos o situaciones que suelen englobarse bajo una rúbrica común, las notables diferencias que presentan los deberes jurídicos incumplidos, así como los muy variados fundamentos morales que esgrimen las conciencias disidentes u objetoras” (9).

Por ello, si bien no propugnamos una descripción taxativa de los fundamentos que habilitan la objeción de conciencia a efectos de determinar su alcance, sí consideramos imprescindible una enunciación legal de las razones pasibles de ser invocadas para incumplir el mandato jurídico, con cuyo mandato, además, deben guardar una razonable relación (principio de congruencia).

Consideramos asimismo que la determinación de los límites conceptuales debe tener su correlato en la declaración que formule el objetor a la hora de ejercer su derecho.

No es razonable sostener que quien pretenda sustraerse a un mandato jurídico, no deba exponer con la mayor precisión posible los motivos de conciencia, morales, religiosos, ideológicos o de otro tipo en que funde su pretensión elusiva del deber jurídico.

En este sentido, y en relación a la creación de registros de objetores que los Colegios Profesionales en España han reclamado como de su competencia, “se ha propuesto un proceso de validación que sea reconocido por la autoridad sanitaria, supeditando el ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales al dictamen emitido por el colegio profesional, realizado tras una evaluación de la sinceridad y la consistencia de la posición expuesta por el colegiado

(9) PRIETO SANCHIS, L., *op. cit.*, p. 983.

que se declara objetor, concibiéndose como un proceso que permitiría advertir y reconducir aquéllos casos en que se pudiera suscitar la objeción de manera inadecuada” (10).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en “sentencia de trascendencia internacional que aclara los deberes legales de proveedores, hospitales y sistemas de salud en el caso de objeción de conciencia a la práctica del aborto legal”, sostiene que “los médicos que invocan el derecho a la objeción de conciencia lo pueden hacer fundamentados en su propia convicción religiosa, la que deben explicar de manera individual y por escrito”, y que “todo acogimiento a la objeción de conciencia será revisado por un profesional médico o por un comité designado por el Estado para asegurar que la objeción se encuentra legítimamente fundamentada; por ejemplo, fundamentada en las enseñanzas de una religión reconocida” (11).

Un caso paradigmático, en este sentido, es el de Uruguay, que acaba de incorporar a su derecho positivo una norma reglamentaria que define la objeción de conciencia y establece un procedimiento para declararla.

En efecto, el reciente Decreto de 4 de diciembre de 2013, reglamentario de la ley sobre “Voluntad anticipada” que reconocía sin más el derecho a la objeción de conciencia del médico tratante, establece en su art. 18: “Se considera objeción de conciencia la decisión individual de aquéllos que están involucrados en la práctica de un procedimiento de salud, de abstenerse de realizar un acto médico científico y legalmente aprobado, invocando la transgresión que la ejecución de dicho acto implica para su conciencia, o valores filosóficos o religiosos. Dicha objeción deberá ser notificada por el Médico tratante a la Dirección Técnica de la Institución respectiva, en escrito fundado. En caso de que la objeción sea de recibo a juicio de la referida Dirección, la misma dispondrá a la brevedad posible la sustitución del Médico objetor por otro no objetor de conciencia. Hasta tanto ello ocurra el primero deberá seguir actuando a fin de no interrumpir la continuidad de la atención del paciente” (12).

Estos ejemplos revelan la preocupación desde la Deontología, el Derecho positivo, y la Jurisprudencia, respectivamente, de resolver el tema de los límites de la objeción de conciencia en relación a sus fundamentos, de manera de evitar las objeciones inauténticas y minimizar así la afectación del principio de seguridad jurídica, habida cuenta de que como se ha sostenido, el reconocimiento de ese derecho “no deja de multiplicar las interrogantes sobre su aplicación lo que es claramente contrario al principio de seguridad jurídica” (13).

(10) MARTÍN AYALA, M., op. cit., p. 153.

(11) COOK, REBECCA, J., et al., “Responsabilidades en los servicios de salud y objeción de conciencia”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Número 13 (Junio de 2009), Universidad Torcuato Di Tella, p. 1. <http://www.presidencia.gub.uy>, Decretos, 2013.

(12) <http://www.presidencia.gub.uy>, Decretos, 2013.

(13) MARTÍN AYALA, M., op. cit., p. 138.

La exoneración o dispensa del cumplimiento de un mandato jurídico constituye una excepción y como tal de interpretación estricta y restrictiva, por lo que, sin menoscabar el derecho a la objeción legalmente consagrado, su ejercicio debe sujetarse al cumplimiento de determinados requisitos de fondo y de forma, como lo son el ajuste a un fundamento razonable, y su exteriorización individual, anticipada, por escrito y fundada.

La falta de regulación legal de estos aspectos facilita que al amparo de la objeción de conciencia, se resguarde la llamada desobediencia civil, que responde a móviles totalmente diferentes.

En tal sentido, la doctrina se ha encargado de establecer las semejanzas y diferencias entre ambas figuras afirmando que mientras “la desobediencia civil se configura como un acto con finalidad política, como una forma atípica de participación que tiene por objeto el cambio de una norma o de una política gubernamental; la objeción, por su parte, se agosta en la preservación del propio dictamen de conciencia, en rehusar el cumplimiento de un deber jurídico que se considera injusto y precisamente porque se considera injusto” (14).

La confusión generada por el oportunismo de quienes amparándose en razones de conciencia buscan en realidad sustituir la norma de que se trata, o frustrar la satisfacción efectiva del derecho que la norma consagra, o incluso boicotear una determinada política de reconocimiento de derechos, expone a la objeción y a los objetores al descrédito público, y los somete a una constante mirada de sospecha.

VI. LOS LÍMITES EXTERNOS

En relación a los límites que hemos llamado externos, y que se vinculan con las consecuencias que la objeción de conciencia puede irrogar a derechos de terceros, corresponde señalar que su mayor o menor grado de presencia y la mayor o menor facilidad para identificarlos, guardan directa relación con el mayor o menor grado de abstracción en la titularidad del derecho afectado.

Esto es, cuanto mayor es el grado de concreción o personificación en la titularidad de los derechos subjetivos afectados por la objeción, más nítidos son esos límites y más necesaria resulta la regulación legislativa de los mismos.

En la objeción de conciencia al servicio militar —por ejemplo—, no aparecen con claridad los derechos subjetivos de terceros que se verían vulnerados por el incumplimiento de ese deber jurídico, más allá del interés del Estado en que dicha obligación sea cumplida. Por el contrario, la objeción de conciencia en el ámbito sanitario implica siempre la afectación de derechos de otras personas fácilmente reconocibles. Por un lado, de quienes contrataron a cualquier título los servicios del profesional objetor, ya que la objeción se invoca, generalmente, en el marco de una relación laboral o profesional, pública o privada. Por otro lado,

(14) PRIETO SANCHIS, L., *op. cit.*, p. 982.

de terceros acreedores de la prestación de salud legalmente debida y omitida por el objetor, que son los pacientes y usuarios del sistema.

Es en esta relación trilateral en la que el Estado debe nuevamente intervenir para armonizar los derechos en juego, respetando el del objetor —si su objeción es auténtica y arreglada a los límites conceptuales y requisitos de fondo y de forma ya examinados—, y asegurando en todo caso y con las mayores garantías el derecho de los pacientes a las prestaciones sanitarias que por ley les corresponden.

Ello conduce a afirmar que cada ley en que se reconozca el derecho del personal sanitario a la objeción de conciencia en relación a determinados tratamientos médicos, el legislador no solo debe regular en forma razonablemente detallada la forma en que debe ejercerse el derecho a la objeción de manera de asegurar su autenticidad y no menoscabar el derecho de los pacientes, sino que debe consagrar garantías compensatorias para los pacientes en tanto titulares del derecho subjetivo a esas prestaciones, omitidas o retrasadas.

Esas garantías compensatorias que la doctrina reclama para el aborto, pero que por analogía son trasladables a las objeciones de conciencia en el ámbito sanitario en general, refieren a los sujetos que pueden formular la objeción, los procedimientos a través de los cuales la misma debe formularse, los actos concretos que pueden ser objetados, los límites al derecho, y aún, las “garantías antidiscriminatorias relativas a la carrera profesional del personal objetor” (15), o más precisamente, auténticamente objetor a la luz de las desviaciones constatadas.

La falta de una regulación de ese tipo sobre objeción de conciencia —conforme se ha comprobado en España en relación al escaso número de abortos desde su despenalización y hasta el dictado de la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva (16)—, alienta el ejercicio abusivo y discriminado de la objeción por parte de quienes en realidad no tienen razones de conciencia, religiosas o ideológicas incompatibles con la prestación a que están obligados, y de quienes objetan en el ámbito público pero no en el privado, lo que evidencia la falsedad ideológica de esa objeción.

Fue así que la nueva ley española, a la vez de reconocer en forma expresa el derecho a objetar, consignó que “solo los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia” (17), lo que fue recepcionado por leyes posteriores sobre aborto, entre otras, la uruguaya.

(15) PRIETO SANCHIS, L., op. cit., p. 996.

(16) DE LORA, P. y GASCÓN, M., *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Ed. Alianza, Madrid, 2008, p. 151.

(17) DE LORA, P. y GASCÓN, M., op. cit., p. 142.

En igual sentido, y en forma por demás contundente, la ya citada sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sostiene que “no puede invocarse la objeción de conciencia cuando el efecto de ello desencadene la violación de los derechos fundamentales de la mujer al cuidado de su salud”, y establece que “el médico objetor tiene el deber de remitir a la paciente de manera inmediata y las instituciones deben mantener información sobre médicos no objetores a quienes se puedan remitir pacientes con prontitud” (18).

En un sesgo que merece destaque, en la doctrina española se ha señalado que, “aunque la objeción de conciencia está ampliamente admitida, es conveniente aclarar que —especialmente en la sanidad pública— no cabe su invocación si con ello se llegan a vulnerar o impedir derechos reconocidos de los ciudadanos. Dicha atención es prioritaria en instituciones sanitarias financiadas total o parcialmente con fondos públicos. Por ello, las instituciones sanitarias deberán arbitrar los medios necesarios para que se lleven a cabo las prestaciones establecidas legalmente y, al mismo tiempo, procurar las medidas adecuadas para que los profesionales objetores puedan ejercer tal posibilidad” (19).

La importancia de tal afirmación es notoria si tenemos en cuenta que tanto en España como en otros países que cuentan con legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo, el mayor número de objeciones se verificó en los servicios públicos de salud, lo que aumenta las razones de sospecha acerca de la autenticidad de las mismas por su carácter masivo y direccionado a lo público.

Corresponde finalmente examinar y pronunciarnos acerca de la resolución de los conflictos que un uso abusivo o desviado de las objeciones, o la imprevisión o fallas en la organización del trabajo en los servicios de salud puedan generar entre el derecho a objetar de los profesionales y el derecho de usuarios y pacientes a recibir las prestaciones de salud.

En primer lugar corresponde señalar que —como fue dicho—, la objeción de conciencia en cuanto legítima una hipótesis de desobediencia a la ley, tiene carácter excepcional, es de interpretación estricta y de alcance restrictivo. Por el contrario, el derecho consagrado en la norma y que el objetor debería satisfacer cumpliendo el mandato legal respectivo, es de carácter general y abstracto y por ende universal, de signo positivo, y de interpretación amplia bajo los principios protectores del Derecho Sanitario (*pro homine*, no regresividad, etc.).

No es posible tampoco soslayar que mientras la objeción de conciencia es un derecho que se reconoce al profesional de actuar según sus convicciones, las leyes que la admiten lo hacen siempre en relación a otro derecho, general, abstracto, y previo, a determinadas prestaciones de salud cuya titularidad pertenece a la sociedad en su conjunto.

(18) COOK, REBECCA J. et al., op. cit., p. 4.

(19) CASADO, M., et al., *Documento sobre la Objeción de Conciencia*, elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona, Barcelona, noviembre de 2007.

Por estas razones, ante un conflicto en que estén en juego ambos intereses, debe primar el interés general de la sociedad sobre el interés particular del objeto, afirmación que desde una perspectiva sanitaria no admite otra conclusión.

LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS Y SU CADUCIDAD

Sofía V. Girotti Blanco (1)

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me propongo analizar el art. 60 del Proyecto de Reforma del Código Civil (actualmente en debate), el art. 11 de la Ley nacional 26.742 y su Decreto Reglamentario (1089/2012), a la luz de la normativa internacional de Derechos Humanos.

Para dar tratamiento al análisis propuesto, comencare explicando el concepto de las directivas anticipadas con sus características principales, su recepción normativa a nivel nacional, en las provincias y en el ámbito internacional, los registros creados en el ámbito notarial, para luego seguir con su relación con los derechos humanos y con el derecho a la salud. Finalmente, haré una propuesta sobre uno de los interrogantes que nos plantea la temática en cuestión, la caducidad de tal declaración de voluntad.

II. DOCUMENTOS DE DIRECTIVAS ANTICIPADAS

Con el avance científico y el desarrollo tecnológico de la medicina y de la farmacología, se ha generado en las personas la conciencia cierta de la finitud de la vida y la necesidad de prever eventuales situaciones futuras, en las cuales la persona no podrá decidir por sí misma. Ante esta situación fáctica, el derecho debe dar una respuesta mediante nuevas formas legales a las distintas necesidades y requerimientos de la sociedad.

Cuando hablamos de directivas anticipadas, entendemos que, como su nombre lo indica, son actos voluntarios, de *carácter previo y preventivo*, es decir, es una manifestación de voluntad que, de manera fehaciente, realiza la persona en previsión de su propia incapacidad futura (la realiza siendo plenamente capaz), ya sea que se encuentre imposibilitada en forma transitoria o permanente

(1) Abogada por la Universidad Nacional del Sur, posgraduada en Derecho de la Salud y Herramientas de Gestión en Servicios de Salud de la Facultad de Derecho (UBA). Cursa Máster en Bioética y Derecho (Universidad de Barcelona) y la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UNS).

de expresar su voluntad por sí misma, situación que genera una gran vulnerabilidad para la persona.

A mayor abundamiento, podemos mencionar la definición dada por la ley española en la materia: “El documento de voluntades anticipadas es un documento escrito en el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados, el tratamiento de su salud, o una vez llegado al fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo de los órganos del mismo (art. 11 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación clínica)” (2).

La emisión de tal documento protege en forma preventiva al sujeto que la otorga y, a su vez, tiene el beneficio de ayudar en la toma de decisiones a jueces, médicos y familiares, en el momento en que se deban pronunciar sobre la salud de una determinada persona. Se evitan, de este modo, decisiones dolorosas y, muchas veces, encontradas entre los integrantes de la familia o equipo médico.

En torno a la presente temática existía una demanda de legislación por parte de la sociedad, de los profesionales de salud, de escribanos, de abogados y por parte de la persona preocupada por su finitud. El ordenamiento jurídico tiene la función de resolver conflictos o al menos darle tratamiento (ya que la existencia de una norma no siempre dirime definitivamente una cuestión). En temas abordados por la bioética, como el presente, se puede llegar a un consenso y dictar una norma, pero tal respuesta no es cerrada, el debate continuará ante los avances constantes de la biotecnología. Es en base a esta última característica especial de las problemáticas bioéticas, que haré mi propuesta en el presente trabajo.

El presente instituto ha sido reconocido en el plano internacional, en el *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa* (Convenio de Oviedo de 1997), en su art. 9 se recoge que serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en disposición de expresar su voluntad.

En el año 2009 en nuestro país se sancionó la Ley 26.529 de Derechos del Paciente, la cual en su art. 11 (3), recepta la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad plenamente capaz disponga directivas anticipadas sobre su

(2) SOLSONA DURÁN, JOSÉ F.; ZAPATERO FERNANDEZ, ANA, “Voluntades anticipadas y consentimiento informado en medicina intensiva”, en *Bioética y Medicina Intensiva*, Coord. Lluís Cabré Pericas, Ed. Thomson Reuters, España, 2012, p. 58.

(3) Art. 11: *Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.*

salud. Sin embargo tal normativa no fue reglamentada hasta el año 2012, año en el cual ésta también fue modificada (ley 26.742). De este modo, nuestro país, ya forma parte de la lista de países que receptan tal posibilidad, como por ejemplo lo hacen Estados Unidos (donde surgen por primera vez, tomando como principio fundamental el respeto a la autonomía del paciente), España y Uruguay (ley 18.473).

Las características específicas que prevé el art. 11 sobre tales documentos son:

- La persona que emite la directiva debe ser capaz y mayor de edad.
- Las directivas pueden versar únicamente sobre la salud de la persona.
- Es obligación del médico aceptar la directiva estipulada por su paciente a excepción de que ésta implique una práctica eutanásica (se impone un límite).
- La forma: por escrito ante escribano público o juez de primera instancia con presencia de dos testigos.
- Se admite la posibilidad de revocación de la manifestación de voluntad que fue emitida.

Por otro lado, en el proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 60 (4) (redactado por la comisión designada por Decreto presidencial 211/2011 que fuera presentado en Marzo del 2012), también recepta el presente instituto, lo cual se enmarca en la ideología del Código proyectado, donde específicamente en su art. 51 se dispone que la *persona humana es inviolable*. Nunca hubo en tal cuerpo normativo, una expresión de tal magnitud, en cuanto a la protección de la persona. De esta forma, el Código, como norma de fondo, receptorá de modo más general el presente instituto, sin existir contradicciones normativas.

Existen puntos en común entre ambas normativas, como la *exigencia de capacidad* por parte de la persona que emitirá la directiva como así también la *posibilidad de revocar* la declaración en cualquier momento. Sin embargo, el Proyecto de Reforma no hace referencia a la edad de la persona que puede emitir la directiva, lo cual se podría interpretar en base a que la Ley de Derechos del Paciente, como norma especial en la materia. Es atípica la circunstancia dada, que una ley especial recepte determinado derecho con anterioridad a su recepción por la norma de fondo.

El artículo proyectado para el nuevo Código Civil prevé la posibilidad de *conferir mandato respecto de su salud y en previsión de la propia incapacidad*.

(4) Art. 60: *Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifieste.*

Considero de gran valor esta previsión hecha por el legislador ya que el mandatario es una figura sumamente importante para el cumplimiento de las directivas anticipadas. Porque será este último quien interprete y haga cumplir la voluntad de quien luego será incapaz en lo que hace a su salud. Cabe hacer mención en el Decreto Reglamentario 1089/2012, recepta esta posibilidad, “el paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones”. Como se observa no hay contradicción entre las normativas mencionadas.

Tal como expresa Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, la declaración de voluntad vital anticipada “se trata de una manifestación de voluntad sujeta a una condición suspensiva que adquiere efectos en el momento en el cual el paciente por su patología o a consecuencia de un accidente no puede expresar su voluntad” (5).

Se puede considerar que el *fin de la emisión* de tal documento es respetar la voluntad de la persona para el momento en que sea incapaz de manifestarla él mismo de manera inmediata. Como se observa, este instituto no está reservado exclusivamente para los actuales enfermos, sino también para aquella persona que prevea una futura afección, discapacidad, cirugía, tratamientos, etc. que afecten su salud.

Más allá de estas posibilidades, considero que este derecho otorga la posibilidad de que el paciente debidamente informado se niegue (por ejemplo) al sometimiento de determinados tratamientos o prácticas, cuando el diagnóstico ya es certero e irreversible. Es decir, este instituto también va dirigido a aquellas personas que ya tengan diagnosticada una determinada enfermedad para que emitan directivas en el momento que se encuentren plenamente capaces, para que las mismas se tomen como referencia, en el futuro próximo donde a causa de su enfermedad se verán incapacitadas de emitir su voluntad.

Considero que es de suma importancia delimitar el ámbito de actuación del presente instituto, para no caer en el desdibujamiento de los límites de la figura. La ley 26.742 en forma específica establece: “puede disponer directivas anticipadas sobre su salud”, por lo tanto, abrir la figura a la posibilidad de disponer cuestiones que hacen a la vida cotidiana (como quién cuidara a las mascotas, etc.) no podemos enmarcarlo dentro del ámbito de la citada ley ya que implicaría extender su ámbito de actuación a disposiciones de la voluntad que pueden ser receptadas por otras figuras disponibles en el ordenamiento.

Con la emisión de tales documentos podemos disponer sobre nuestra propia vida, sobre nuestra salud, sobre cuestiones que hacen a la vida cotidiana y a la buena calidad de vida. Sin embargo se impone un límite infranqueable: *la prohibición de prácticas eutanásicas*. Y aquí surge la pregunta: ¿un juez o un escribano tienen conocimientos académicos específicos para considerar si una determinada práctica es eutanásica? Otro cuestionamiento que surge, en torno a este lími-

(5) LOVECE, GRACIELA, “El derecho a la salud y la muerte digna”, en *Tratado del Derecho a la Salud*, t. II, Directores CARLOS GHERSI y CELIA WEINGARTEN, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 631.

te, es sobre la vaguedad del término *prácticas eutanásicas*, así lo han expuesto los autores: “decíamos en otra oportunidad, que la locución prácticas eutanásicas encierra en sí misma una vaguedad conceptual reprochable en una materia tan delicada, ya que no resulta claro determinar cuáles de aquellas son en verdad las censuradas. Y si lo son todas, la solución definitiva es más criticable aún, pues no parece ser condescendiente con un exhaustivo análisis de la cuestión, y con los avances que registra la ciencia jurídica contemporánea fuertemente influenciada por el análisis bioético” (6).

Para mayor abundamiento sobre la legislación en la materia, destaco que algunas provincias legislaron con anterioridad a la sanción de la ley nacional de derechos del paciente. Entre ellas se encuentran: Neuquén que en el año 2008 sanciona la ley 2611, Río Negro dicta la ley 4263 sobre “declaración de voluntad anticipada” y Tucumán en 1999 promulgó la ley 6952 sobre “Derechos del Paciente”.

Por otro lado, los colegios de escribanos de varias provincias han creado registros de actos de autoprotección (con anterioridad a la ley 26.529), con el fin de que allí se inscriban las directivas anticipadas realizadas en el ámbito de su jurisdicción. Entre ellos encontramos a la Provincia de Santa Fe, Córdoba, San Juan y la ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Provincia de Buenos Aires también cuenta con su propio Registro de Actos de Autoprotección, en el área de Departamento de Registros Especiales del Colegio de Escribanos (Decreto Ley 9020/78 modificado por ley 14.154).

En lo que respecta a la jurisprudencia surgida en nuestro país con posterioridad a la ley, el más alto tribunal de nuestro país, en junio del 2012, se expidió en un caso de un testigo de Jehová que se encontraba en grave estado de salud a consecuencia de un disparo de arma de fuego y que en el año 2008, había emitido una declaración de voluntad ante escribano público negándose a recibir transfusiones de sangre. Ante el consejo de los médicos de la necesidad de realizar tal práctica comenzó una disputa entre su cónyuge y su progenitor. En el presente caso la Corte Suprema de la Nación resolvió que las directivas deben ser respetadas priorizando la voluntad del paciente: “Cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura, más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes. (...) Por ende, el a quo consideró que tales directivas debían ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, y que las manifestaciones realizadas por su padre no llevaban a considerar que pudiese haber mediado algún cambio en la idea religiosa de Pablo, pues de haber existido intención de modificar el testamento vital, lo lógico era que hubiese revocado la voluntad expresada en el instrumento analizado. (...) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente

(6) VALENTE, LUIS ALBERTO, “Derechos de los pacientes, ley 26.529 y muerte digna”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 4, n° 1, 2012, p. 234.

justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros” (7).

En cuanto a la eficacia y al uso de las directivas anticipadas, podemos agregar que: “nos encontramos, pues en un escenario en el que no existe suficiente conocimiento a nivel poblacional, e incluso entre los propios profesionales sanitarios, sobre lo que representan los documentos de voluntades anticipadas. De hecho, incluso en los países con más experiencia, sólo el 18% de la población ha redactado un DVA. A esto se añade, en muchos casos la existencia de una normativa poco clara y el uso de una terminología vaga, dispersa y poco específica” (8).

Cabe concluir que el fundamento constitucional de los documentos de directivas anticipadas se encuentra en los arts. 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el primero de ellos consagra el derecho a la intimidad y a la libertad individual, quedando reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados aquellas acciones privadas que no ofendan el orden, la moral pública y que no perjudiquen a terceros. Por lo cual, una forma de ejercer tal derecho consagrado en la norma fundamental lo es a través de la emisión de una directiva anticipada, que es un acto valorado por el emisor como relevante para su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo que sea apreciable de generar causalmente perjuicios que afecten intereses legítimos de terceros.

La presente regulación y receptación normativa en nuestro ordenamiento jurídico interno, me lleva a realizarme diferentes preguntas: ¿existen políticas institucionales específicas sobre la materia?, ¿se puede esgrimir la caducidad de la declaración de voluntad, ante el gran lapso temporal que podría existir entre su formulación y su implementación y ante nuevos avances científicos?, ¿el sistema de instrumentación atenta contra la efectividad que se necesita en la emisión de voluntades y posterior ejecución de las mismas?, ¿qué problemas pueden surgir si se emiten sucesivos documentos de voluntades anticipadas sin el debido control institucional?, ¿existen dificultades para implementar las directivas?, ¿los escribanos o jueces son capaces de conocer si determinada práctica que pretenda incluir la persona en el documento es eutanásica?, ¿de qué fuero debe ser el juez de primera instancia ante quien se formalice por escrito la declaración?, ¿es conveniente la existencia de modelos de documentos de voluntades anticipadas? Y por último ¿los registros de actos de autoprotección son eficaces? Ante esta multiplicidad de preguntas, me detendré en el análisis de la posible caducidad de las directivas anticipadas y realizaré una propuesta.

(7) Albarracini Nieves, Jorge W. s/*Medidas Precautorias*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/06/2012, IJ Editores, IJ-LXIV-848. Otro fallo en el que se aceptó la validez de las directivas: M., Juzgado en lo criminal y correccional n° 1 de Transición de Mar del Plata, 25/07/2005, La Ley online, AR/JUR/2100/2005 (con nota de Eduardo A. Sambrizzi, La Ley 21/09/2005, La Ley, 2005-E, 451).

(8) SOLSONA DURÁN, JOSÉ F.; ZAPATERO FERNANDEZ, ANA, “Voluntades anticipadas y consentimiento informado en medicina intensiva”, en *Bioética y Medicina Intensiva*, op. cit., ps. 62-63.

III. LEY 26.529 DE DERECHOS DEL PACIENTE

A fin de continuar en el análisis del tema abordado pretendo hacer mención a ciertos aspectos particulares de la ley 26.529 la cual tiene tres grandes ejes: derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado.

La inclusión en la ley de la posibilidad de emitir directivas anticipadas se enmarca dentro del capítulo relativo al consentimiento informado. La incorporación de ambos institutos plasma el cambio de paradigma en cuanto al modelo de relación médico paciente, pasando de un modelo paternalista (con preponderancia del principio de beneficencia) a un modelo autonomista (donde el paciente decide junto al médico).

Si bien por la forma de redacción de la ley pareciera estar dirigida a los profesionales de la salud, estatuyendo obligaciones para éstos; en el capítulo I se consagran una serie de derechos de los pacientes en su relación con los profesionales de la salud. Entre los que podemos mencionar: a la información sanitaria, a la confidencialidad, a la intimidad, al trato digno y respetuoso y al ejercicio de la autonomía de su voluntad, entre otros.

Los capítulos III y IV tratan sobre el consentimiento informado y la historia clínica, así se observa la línea seguida por esta ley, que al legislar sobre tales institutos, se ponen en ejercicio los derechos consagrados en su capítulo I.

IV. DIRECTIVAS ANTICIPADAS Y DERECHO A LA SALUD

En la actualidad, a nivel internacional, el concepto de salud utilizado tiene un sentido positivo, ilimitado y de carácter subjetivo. Dicho concepto reconocido internacionalmente surge a partir del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en 1946, el mismo reza: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad".

En nuestro país, a raíz de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación con ella de una serie de tratados internacionales sobre Derechos Humanos a los que se le otorga jerarquía constitucional, podemos considerar que el derecho a la salud se encuentra reconocido en forma directa y no implícitamente, como con anterioridad se lo consideraba incluido dentro de los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional.

Entre los tratados de mayor importancia en la materia encontramos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su art. 12 consagra el derecho a la salud y establece distintas obligaciones de los Estados en la materia (9).

(9) Art. 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.* 2. *Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La*

Sin embargo existen diversos artículos dentro de la Constitución que dan basamento constitucional en forma directa al Derecho a la salud, entre ellos: 41, 42 y 14 bis.

Si consideramos una situación hipotética como la situación fáctica del conocido caso de Karen Ann Quinlan, donde existía una paciente en estado de inconsciencia y enfrentamientos entre progenitores y equipo médico, podemos fácilmente llegar a la conclusión que haber emitido una directiva anticipada es una forma de ejercer el derecho a la salud. De allí la necesidad de difundir el instituto en la sociedad y generar conciencia sobre los beneficios de la declaración de tal voluntad.

Como colofón de todo lo hasta aquí analizado, pretendo incorporar una visión renovada sobre las directivas anticipadas, es decir verlas como parte integrante del derecho a la salud (siempre que aceptemos la tesis de que solo se deben circunscribir a cuestiones de salud). Esta mirada nos conduce a pensar que es una obligación positiva del Estado asegurar la eficacia de este instituto que se encuentra reconocido en la legislación nacional e implica el ejercicio de un derecho humano fundamental como lo es el derecho a la salud.

V. RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

El tratamiento de las directivas anticipadas es propio de una disciplina como la bioética y a su vez integra el derecho a la salud y como tal, está íntimamente ligado a los Derechos Humanos.

Las directivas anticipadas son un ejemplo del ejercicio de diferentes derechos personalísimos que corresponden a todo ser humano por el solo hecho de serlo, así lo expresa Luis Covi: “El derecho de la persona a no consentir medidas terapéuticas o elegir cómo transitar su discapacidad, forma parte del núcleo esencial de varios derechos personalísimos, el derecho a la vida o a vivir implica elegir la forma de vida y, si resulta posible, el modo de transitar una vida inconsciente o llegar a su fin” (10).

Las directivas anticipadas constituyen una ejemplificación del avance en el reconocimiento del ejercicio del *derecho a la autonomía de la voluntad*. El principio de autonomía es uno de los cuatro principios rectores de la disciplina de la Bioética (junto con el principio de no maleficencia, de beneficencia y de justicia).

En lo que hace a la ejemplificación de la receptación de este principio en las directivas anticipadas, encontramos la obligación del médico de aceptar las directivas otorgadas por el paciente, lo cual implica el respeto por la voluntad del paciente en cuanto a por ejemplo la negativa a tratarse, o la negativa a conocer

prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

(10) COVI, LUIS DANIEL, “Las directivas anticipadas en el proyecto”, en *Revista Derecho de Familia y de las personas*, La Ley, julio 2012, p. 332 y ss.

su diagnóstico. Lo cual, es un signo más del paso, en la relación *médico-paciente*, del modelo paternalista al autonomista.

Es importante mencionar que la incorporación de este derecho a nuestro ordenamiento implica, una vez más, el reconocimiento de la dignidad humana.

La dignidad humana es un término habitual en los textos internacionales de bioética y derecho y en general en la argumentación sobre cuestiones bioéticas. Sin embargo no parece haber mucha claridad a la hora de dar una definición de la misma, por ello se dice que es un concepto ambiguo. Se ha dicho que la dignidad es el fundamento sobre el que se asientan todos los derechos humanos. Podría argumentar que la dignidad protege la condición humana, los elementos que constituyen a la persona (física, psíquica y moralmente) por ello es que resulta difícil encontrarle una definición. Al respecto: “El recordado profesor chileno David Stichkin explicaba su concepto de dignidad como una totalidad de las características humanas (físicas, biológicas, intelectuales, psicológicas y espirituales). No se trataría tan solo del respeto por el libre albedrío del ser humano, sino del respeto de la persona en su integridad, incluida su conciencia (no profanable por autoridad o potestad alguna) (11).

La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (Octubre 2005) consagra dos principios nucleares como fundamento de la misma, la *autonomía de la persona* en su art. 5 (12) y la *dignidad de la persona* en su art. 3, inc. 1 (13), tales principios son el eje sobre el que giran el resto de los principios contenidos en el texto.

Por otra parte, se trata del derecho que tiene cada uno al más íntimo ejercicio del *derecho a la libertad*, en cuanto a disponer cómo vivir la propia vida. También, las directivas implican el ejercicio del *derecho al respeto por el propio cuerpo*, a no sufrir injerencias arbitrarias ni tratos degradantes.

En España país que ha legislado sobre este instituto, se ha expresado: “nuestro país se une a la lista de sociedades en que los ciudadanos pueden hacer uso de una opción, largo tiempo deseada, que se incardina en el proceso de concreción de los derechos humanos en la sanidad, ámbito en el que la autonomía de las personas es un valor de primera orden” (14).

(11) FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, en *Sobre la dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, Coord. María Casado, Ed. Thomson Reuters, España, 2009, p. 138.

(12) Art. 5: *Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.*

(13) Art. 3, inc. 1. *Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

(14) En la Ley 41/2002 (BOE 274 de 15/11/2002) reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica se prevé en su art. 11, la posibilidad de otorgar documentos de instrucciones previas. CASADO, MARÍA; ROYES, ALBERT (coords.), “Repercusión e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia”, *Observatori de Bioètica i Dret, Parcientific de Barcelona*, Barcelona, 2010, p. 61.

Todos los Derechos Humanos aquí mencionados, el derecho a la autonomía de la persona, a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, se encuentran protegidos en la Constitución Nacional (arts. 19 y 75, inc. 22). Observamos que nuestro país ha comenzado el camino de incorporación a su derecho positivo, de los derechos humanos a través de los diferentes tratados internacionales de Derechos Humanos que en nuestro ordenamiento tienen jerarquía constitucional, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que incluyen el reconocimiento de tales derechos.

En el marco del proceso constitucionalización del derecho de familia y de la relación íntima que existe entre la bioética y los Derechos Humanos, en los fundamentos del Proyecto de Reforma del Código Civil, se explica: “En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. (...) Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del Derecho supranacional de Derechos Humanos, cuya reglamentación infra constitucional debe tener lugar en el Código Civil. El capítulo se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos”. Con todo ello, vemos que se termina de cerrar el círculo de nuestro ordenamiento jurídico, ya que estos Derechos Humanos que son asegurados en la Constitución y los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional, por lo cual se los puede llamar derechos fundamentales (al ser incorporados en nuestro derecho positivo), hoy también quizás sean asegurados desde un plano infra constitucional, en el Código Civil, mediante su ejercicio, con el otorgamiento de directivas anticipadas.

VI. PROPUESTA

La propuesta que expondré, tiene el fin de hacer más eficaz la normativa que existe en la materia, para intentar lograr los fines que se busca con ella.

Propongo que se legisle sobre la *caducidad de las directivas anticipadas*, que la misma se cumpla a los 10 años de emitido el documento.

Es decir que a los diez años de emitida la voluntad, la persona realice una revisión y ratifique o revea lo que ha expresado en el documento. Siendo esta revisión de carácter obligatorio. La finalidad de tal caducidad es a los fines de conocer la real voluntad de la persona, en el momento en que se hará uso de la que se encuentra manifestada en el documento.

El aspecto relativo a la caducidad no se encuentra actualmente previsto en la Ley de Derechos del Paciente ni en el Proyecto de Reforma del Código Civil.

Mi propuesta se basa en los grandes avances que se dan en la tecnología y por consecuente en la biomedicina, que llevan a que los procedimientos/tratamientos que hoy se consideran riesgosos/peligrosos, en un futuro (en pocos años), se compruebe su inocuidad para la salud y sean aceptados por la comunidad científica y por ende por los pacientes. Los diez años propuestos, son considerados como tiempo prudencial para comprobar los avances científicos desarrollados en la medicina y la biotecnología.

Cabe hacer la salvedad que, más allá de que la legislación actual prevé la posibilidad de una revocación libre en todo momento por quién lo manifestó; si en el momento de hacer valer la directiva anticipada (ante una urgencia, por ejemplo), la persona se encuentra imposibilitada de expresar su voluntad, y hasta aquel momento no había revocado o modificado su directiva, aun teniendo el conocimiento de avances en la ciencia sobre determinado tratamiento, no será capaz de manifestar la modificación de su voluntad y la aceptación (por ejemplo) de tal tratamiento.

Una posible solución al problema de los avances científicos, podría consistir en dejar en manos del mandatario o curador designado, la posibilidad de apreciar, según los deseos de su representado, si aceptaría o no las nuevas técnicas o se aplicaría una ya existente pero que su efectividad hoy está comprobada científicamente. Si aceptamos esta solución, la directiva anticipada carecería de razón de ser, ya que como expresé, las directivas tienen por fin respetar la autonomía de la voluntad de la persona y a su vez liberar a los familiares o personas a cargo del enfermo, como lo sería el curador, de decisiones difíciles sobre la vida de una persona. El mandatario debe exigir el cumplimiento de la directiva o complementarla en determinadas cuestiones, pero permitirle autorizar un tratamiento, al cual el ahora incapaz se había negado a recibir, por suponer que conoce su voluntad y convicciones, implicaría extender la figura del representante y nos llevaría a la imposibilidad de conocer la *real voluntad* del paciente, tendríamos solo una interpretación de la misma. A su vez permitir aquello, podría llevarnos a una judicialización del conflicto, por divergencias entre el representante y el equipo médico o la familia. Y más aun, tal vez el magistrado no pueda llegar a interpretar la verdadera voluntad del otorgante de las directivas, sencillamente porque no conoce sus deseos personales.

La doctrina se ha expresado en el sentido que propongo: "Otro aspecto importante que no cubre el texto legal es el relativo a la caducidad de las directivas ante los nuevos avances científicos, cuando los procedimientos médicos que han sido tenidos en cuenta por el disponente como desproporcionados o que afecten su dignidad, con el paso del tiempo se conviertan en técnicas ordinarias y con altas posibilidades de lograr la curación. Este tema no es sencillo de solucionar pero tal vez sería posible establecer la obligatoriedad de renovar o ratificar las directivas periódicamente. Casos como el que ha tenido que resolver el máximo tribunal del país destacado en este trabajo, nos llevan a pensar que tal previsión

normativa se torna muchas veces necesaria para interpretar la verdadera voluntad del predisponente” (15).

Como conclusión, todo tema abordado por la bioética, y en lo que nos atañe, las directivas anticipadas sobre nuestra salud, requiere una constante revisión, al encontrarse en continuo cambio y progreso. Una legislación adecuada sobre la presente problemática, resolvería la cuestión.

VII. CONCLUSIÓN

Destaco la gran importancia que tiene poder anticipar la *propia voluntad*, mediante el otorgamiento de estas *directivas anticipadas*, procurando que ella se respete cuando no se esté en condiciones de expresarla, como bien recepta el Proyecto de Reforma “*en previsión de la propia incapacidad*”.

Considero que las directivas anticipadas forman parte del concepto amplio de salud, le dan sentido a su definición actual: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”. Este concepto le otorga contenido al derecho a la salud, que es inherente a la condición humana, es un derecho humano fundamental.

La regulación de las directivas anticipadas representa un gran paso en el respeto a diferentes Derechos Humanos (autonomía, dignidad, libertad, etc.), al permitir que cualquier persona capaz pueda decidir sobre su salud (y todo lo que ella trae consigo) de forma anticipada al momento en que se encuentre en determinada circunstancia que le impida expresar su voluntad con plena capacidad. De este modo se darán instrucciones previas relativas al cuidado de la salud, destinadas a ser cumplidas por los profesionales médicos. Las disposiciones de estos documentos serán de carácter estrictamente personal.

Hoy el derecho ha comenzado a poner toda su atención en el que es su principal objetivo, la protección del ser humano y ello se evidencia en la incorporación al Proyecto de Reforma del Código Civil de un Título I *Persona Humana* y su Capítulo 3 *Derechos y actos personalísimos*.

El problema de la “caducidad” de las directivas debería encontrar una solución legislativa concreta. Es de gran importancia esta particular regulación, por disponerse en tales documentos sobre el consentimiento o el rechazo de tratamientos médicos, que el disponente en determinado momento puede considerar como desproporcionados/riesgos y luego con el avance de la ciencia se tenga certeza sobre su inocuidad y ello haga que tal manifestación de voluntad no se condiga con la realidad actual.

Propongo la regulación de dicha *caducidad*, por considerarse primordial el continuo debate y revisión en una cuestión bioética como la presente, donde las respuestas que otorgamos hoy pueden no ser las más adecuadas en un futuro próximo.

(15) CROVI, LUIS DANIEL, op. cit, p. 338.

Como corolario de lo expuesto, considero que las directivas anticipadas son un instrumento altamente valioso a los fines de hacer cumplir Derechos Humanos reconocidos tanto en el ámbito nacional como internacional.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBARRACINI, NIEVES, *Jorge W. s/Medidas Precautorias*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/06/2012, IJ Editores, IJ-LXIV-848.
- CASADO, MARÍA (coord.), *Sobre la dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, Ed. Thomson Reuters, España, 2009.
- CASADO, MARÍA; ROYES, ALBERT (coords.), *Repercusión e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia*, Observatorio de Bioética i Dret, Parccientífic de Barcelona, Barcelona, 2010.
- “Convenio sobre derechos Humanos y Biomedicina”, capítulo II, art. 9, Oviedo, 1997.
- CROVI, LUIS DANIEL, “Las directivas anticipadas en el proyecto”, en *Revista Derecho de Familia y de las personas*, La Ley, Julio 2012, p. 332 y sig.
- LEON CORREA, FRANCISCO JAVIER, “Las voluntades anticipadas: análisis desde las experiencias en ética clínica”, en *Revista colombiana de Bioética*, vol. 3, nro. 2, 2008, ps. 83-101.
- LOVECE, GRACIELA, “El derecho a la salud y la muerte digna”, en *Tratado del Derecho a la Salud*, tomo II. Directores Carlos Ghersi y Celia Weingarten, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 631.
- LLUÍS CABRÉ PERICAS (coord.), *Bioética y Medicina Intensiva*, Ed. Thomson Reuters, España, 2012.
- M., “Juzgado en lo criminal y correccional n° 1 de Transición de Mar del Plata”, 25/07/2005, la ley online, AR/JUR/2100/2005. (Con nota de Eduardo A. Sambrizzi), La Ley 21/09/2005, LA LEY 2005-E, 451.
- Quinlan, in re*, 70 Nueva Jersey 10 355 A 2d (1976).
- R. R. T., “Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata”, 05/07/2012, La Ley online, AR/JUR/35065/2012.
- VALENTE, LUIS ALBERTO, “Derechos de los pacientes, ley 26.529 y muerte digna”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 4, n° 1, 2012, p. 234.

SEXUALIDAD, SALUD REPRODUCTIVA Y AUTONOMÍA DE LOS CUERPOS DE LAS MUJERES INDÍGENAS DEL NORTE ARGENTINO (1)

*Vanesa Vázquez Laba (2); Gabriela Lescano (3); Solange Godoy (4);
Cintia Orellana (5); Pamela Sánchez (6) (7)*

*“Más allá de cualquier zona prohibida hay un
espejo para nuestra triste transparencia.”*

ALEJANDRA PIZARNIK, 2000.

INTRODUCCIÓN

La cuestión étnico-racial problematiza no sólo la conceptualización “mujeres” evidenciando teórica y empíricamente las diferencias dentro del colectivo femenino sino, además, el mismo ejercicio de ciudadanía y efectivización de los derechos. Las diferencias entre las mujeres deben ser contempladas a la hora de evaluar el ejercicio de la autonomía y el uso del propio cuerpo considerando las

(1) Este estudio ha sido financiado por UNFPA y Católicas por el Derecho a Decidir durante los años 2011 y 2012.

(2) Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora Asistente del CONICET. Profesora de la UNSAM, UBA y Universitat de les Illes Balears (España). Es autora de artículos publicados en libros y revistas especializados. Se especializa en teoría feminista. Forma parte de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.

(3) Trabajadora Social por la Universidad de Morón. Especialista en Salud Social y Comunitaria (USAL). Especialista en psicoterapia sistémica. Cursando la Especialidad en Educación Sexual y Sexualidad Humana (UBA). Maestranda de la Maestría en Estudios de Familia (UNSAM). Integrante del equipo de investigación-acción “Derechos (no) reproductivos, sexualidades y géneros” (UNSAM). Participó de investigaciones y proyectos relacionados con la materia.

(4) Cursa la tesina de la carrera de Licenciatura en Sociología en la UNSAM. Participó y colaboró en investigaciones y publicaciones, principalmente sobre temas relacionados con la salud sexual y reproductiva de las mujeres indígenas.

(5) Cursa la Licenciatura en Sociología en la Universidad Nacional de San Martín (IDAES). Perteneció al “Equipo de investigación géneros, sexualidades e interculturalidad de la misma universidad. Se desempeña en el programa contra la violencia de género “Valeria Gioffre”. Ha participado en publicaciones y presentaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva de la mujer.

(6) Estudiante de Antropología del IDAES (UMSAM).

(7) Equipo de investigación sobre “Géneros, Sexualidades e Interculturalidad” (GenSexI) de la Universidad Nacional Gral. San Martín, dirigido por Dra. Vanesa Vazquez Laba. Agradecemos la colaboración del resto del equipo, particularmente, a Romina Perazzolo y Cecilia Rugna quienes colaboraron en la edición de este artículo.

desigualdades estructurales del género, la heterosexualidad normativa, la clase social y las diferencias étnico-raciales.

Escasos han sido los estudios dentro de las Ciencias Sociales que hayan analizado el ejercicio de la sexualidad y la salud reproductiva considerando las diferencias que se generan en el colectivo de mujeres teniendo en cuenta los aspectos étnico-raciales. Algunas investigaciones antropológicas han indagado sobre las formas de vida reproductiva, sexualidad y maternidad en distintas comunidades indígenas (Gómez, 2012, 2008; Hirsch, 2008).

Lo concerniente al estudio de las condiciones de vida de las mujeres indígenas en la Argentina ha sido abordado tardíamente por las investigaciones sociales. Si bien en las primeras décadas del siglo XX se inician los estudios etnográficos que dan cuenta de la vida material y simbólica de los pueblos indígenas del país y, aunque algunos indagan aspectos de la vida de las mujeres como la reproducción, el trabajo artesanal, la organización familiar, etc. en general, estos trabajos no desarrollan un *corpus* problemático sobre las cuestiones de género en su interior (Hirsch, 2008: 15) Recientes, pero aún escasos, hay trabajos que vienen avanzando en el estudio sobre cuerpos, sexualidad y salud no reproductiva en mujeres de diferentes etnias.

Sin embargo, no existen estudios que develen las formas de acceso y estrategias que implementan las mujeres indígenas para ejercer su libertad reproductiva y autonomía en las decisiones sobre sus propios cuerpos teniendo en cuenta la relación con los efectores de salud, encargados de efectivizar la accesibilidad de la política pública sanitaria.

En la Argentina, desde el año 2003 la ley 25.763, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR) (8) suministra métodos anticonceptivos y servicio de información en salud sexual y reproductiva a través de los efectores de salud en todo el territorio nacional. Sabemos de las dificultades políticas, sociales y culturales que ha tenido la aplicación de la ley 25.673, teniendo como saldo que, hasta el día de hoy, tres provincias todavía no han adherido a la Ley (Tucumán, San Juan y Salta).

Ahora bien, estudios más recientes vienen develando debilidades del Programa en materia de aplicabilidad en las mujeres de los sectores más vulnerables como las adolescentes, mujeres indígenas, inmigrantes, mujeres rurales y de bajos recursos (Vázquez Laba, 2011; Vázquez Laba y Páramo, 2013). Los resultados de estos estudios arrojan el dato que la inaccesibilidad de las mujeres a su derecho reproductivo y sexual es producto de mecanismos de discriminación y violencia institucional en los centros de atención a la salud. Estos hallazgos dan cuenta, concretamente, que el mismo sistema sanitario vulnera el derecho hu-

(8) En el año 2002 se aprueba la ley 25.673. En 2003, a través de su decreto reglamentario 1282/03, se puso en marcha el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR) que tiene a su cargo la implementación de dicha ley. En el año 2006 fue modificada por la ley 26.130 que agregó al inc. b del art. 6º de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable la aceptación de las prácticas de ligadura de trompas y de vasectomía como métodos anticonceptivos.

mano de las mujeres al ejercicio de una sexualidad plena que atienda de modo integral los aspectos bio-psico-sociales y culturales (Muñoz, 2010).

Por otro lado, la carga moral, las disputas ideológicas y políticas y la discriminación sexista y racial complejiza aun más dicha efectivización en provincias absolutamente conservadoras en materia de derechos humanos y, particularmente, sobre los derechos humanos de las mujeres. En tal sentido, este trabajo se propone reflexionar sobre la autonomía de las mujeres indígenas en decisiones relacionadas a la sexualidad, la reproducción y no reproducción teniendo en cuenta el discurso y la práctica médica en los centros de salud de las provincias del noroeste y noreste argentino. Por consiguiente, se sostiene como principal hipótesis que la discriminación étnico-racial sobre las decisiones y cuerpos de las mujeres indígenas impide la accesibilidad al derecho fundamental a la salud, y a la sexual y reproductiva.

Esa obstaculización se manifiesta en las prácticas médicas y burocráticas dentro de los centros de salud al rechazar los saberes culturales de otro tipo de medicina que no sea la occidental, la falta de comunicación con las usuarias/mujeres indígenas que llegan a la consulta producto del desconocimiento de la lengua de la comunidad aborígen y el irrespeto a sus formas de vida, entre otras.

La investigación se sustenta en los relatos de mujeres indígenas de diferentes comunidades aborígenes: Guaraníes, Wichí, Kolla, Comechingones y Toba ubicadas en zonas rurales y/o periféricas de los centros urbanos de las provincias de Jujuy, Salta, Tucumán, Misiones, Chaco y Formosa. Asimismo, cobran relevancia los testimonios médica/os generalista, ginecólogo/a, obstétrica, enfermeros/as, agente sanitario, promotor de salud, entre otros, en los dos niveles de atención: Centro de Atención Primaria a la Salud (CAPS) y Hospitales públicos. Asimismo, se realizan entrevistas a funcionarios públicos: Directores de hospitales, Jefes/as de Áreas programáticas y de Regiones Sanitarias y Referentes provinciales del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

VIOLENCIA INSTITUCIONAL: LA SEXUALIZACIÓN Y RACIALIZACIÓN DE LOS CUERPOS DE LAS INDÍGENAS

Son varias las investigaciones antropológicas que estudian la “sexualización de la raza” y la “racialización del sexo”, develando las relaciones de dominio y poder del hombre blanco, heterosexual, colonizador sobre mujeres indígenas colonizadas. Por ello, a la hora de analizar dichas cuestiones, resulta fundamental la interseccionalidad de las categorías clase, raza y género, ya que a partir de este cruce es posible comprender las relaciones de poder y sus dinámicas.

Las mujeres indígenas son conscientes de que la política está en el meollo de su posición como ciudadanas debido a connotaciones de género-racial-sexual, es decir, que se saben —como sostiene Sarah Radcliffe—, “...seres sexuales incrustados en comunidades etno-raciales específicas”. “Lo político se vuelve sexual, ya que las mujeres líderes tienen que disputar constantemente los agravios sexuales de sus comunidades y, en ciertos casos, deben batallar con la violencia física de sus compañeros, vinculada a los celos sexuales” (Radcliffe, 2008: 128).

Racializar el cuerpo de las mujeres indígenas se plasma en los dichos y prácticas médicas tales como: “ellas no entienden”; “su cultura no permite que se cuiden y por eso quedan embarazadas y tienen tantos hijos”; “toman yuyos y creen que no van a quedar embarazadas”; “tienen relaciones sexuales sólo para tener hijos”; entre tantos otros discursos manifestados por los actores sanitarios entrevistados. La falta de diálogo y la negación de la diferencia como posibilidad de intercambio y construcción es lo que ha llevado al fracaso del sistema por su etnocentrismo médico. Esos discursos —que no sólo quedan como declaraciones sino que se materializan en prácticas degradantes y discriminatorias hacia las mujeres indígenas— construyen la violencia institucional que organiza cotidianamente los centros de salud pública.

El maltrato psicológico y físico que sufren las mujeres (9), y las mujeres indígenas en particular, se relaciona estrechamente con la calidad de atención a la salud abarcando el hecho de negar los tratamientos, las largas esperas para ser atendida, dar información errónea o incompleta deliberadamente, y por supuesto amenazar, intimidar, maltratar verbalmente, entre otras acciones que se definen como violencia institucional (10).

Las mujeres de las comunidades aborígenes que ingresan a un establecimiento sanitario se encuentran con una doble desventaja *a priori*, por un lado, la desventaja por el hecho de ser mujer y, por otro, el ser indígena. Las instituciones médicas vulneran el ejercicio de la ciudadanía sexual y el derecho a decidir sobre sus propios cuerpos como mujeres y como mujeres indígenas por el déficit de conocimiento que de éstas se tiene relacionado a sus deseos, creencias y prácticas sexuales, reproductivas y no reproductivas.

Un estudio de la socióloga Mónica Petracci (2009) refuerza esta idea de vulneración de la ciudadanía sexual argumentando que es también la relación comunicacional médico-paciente la que genera obstáculos que deben ser tratados y modificados para garantizar un mejor y adecuado acceso a la información. Que las/os profesionales deben reforzar las habilidades y estrategias comunicacionales de los servicios y comunicar en un lenguaje y estilo de trato que responda a las necesidades y expectativas de las mujeres.

Los/as trabajadores/as del sistema de salud no incorporan en sus consultas la comunicación intercultural, por el contrario, niegan e inferiorizan las creencias y prácticas de las mujeres indígenas en torno al cuidado de la salud. Como concluye Marcela Cerrutti en su estudio sobre mujeres inmigrantes y salud en la

(9) Amnistía Internacional ha señalado que los actos de violencia contra la mujer que causen dolor, sufrimiento físico o mental grave, y que pueden ser prevenidos por los Estados, son prohibidos por la Convención de la ONU contra la Tortura y Otro Tratamiento o Castigo Cruel, Inhumano o Degradante.

(10) La ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres conceptualiza la violencia institucional como: “Aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil!”.

Provincia de Jujuy —lindante con el Estado Plurinacional de Bolivia—, por un lado, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires, por el otro: “en numerosas ocasiones son sólo rechazadas por el hecho de que se las considera creencias populares sin ningún fundamento científico” (2010: 27).

Sostenemos que el sistema médico regula y homogeniza los cuerpos de las mujeres imponiendo cuidados y formas de vida universales sin detenerse en las diferencias y la diversidad de esos cuerpos, experiencias y subjetividades que provocarían un diálogo más ameno y conciliador entre cuidado biomédico y los conocimientos de las medicinas ancestrales que ellas portan. Sin esta predisposición la práctica médica se transforma en un ejercicio violento hacia las mujeres no sólo por los juicios morales que invocan sino, fundamentalmente, por la violación al derecho a la autonomía y libertad reproductiva de las mujeres vigente en la ley 25.673 (11).

DEBATES SOBRE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA: ¿QUIÉN TOMA LA DECISIÓN SOBRE LA VIDA SEXUAL, REPRODUCTIVA Y NO REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES INDÍGENAS?

Las mujeres debemos enfrentar diversos obstáculos cuando queremos ejercer el derecho a la autonomía de decidir sobre nuestros propios cuerpos y sobre nuestra vida en general. En el caso que estudiamos de las mujeres indígenas tenemos que diferenciar varias cuestiones. En primer lugar, tener en cuenta que sexualidad, reproducción y maternidad no fueron ni son temas —aunque esto se está transformando gradualmente—, en los que sólo decide la mujer sino que muchas veces es potestad de la comunidad. La idea de tener hijos, de cuántos tener, de interrumpir una gestación son cuestiones, en general, que las mujeres suelen consultar con sus maridos/parejas y con los chamanes, opiguá o caciques, en relación con la participación de cada comunidad estudiada (12). No podemos generalizar, pero sí mencionar, que detectamos a partir de nuestras entrevistas que se estaría produciendo un cambio y que las mujeres estarían tomando decisiones de manera más independiente sobre su sexualidad y reproducción. Por ejemplo, la mayoría tomó la decisión de cuidar su salud reproductiva incorporando un método anticonceptivo para planificar sus embarazos.

Por otro lado, también son las abuelas las consultadas en la primera menstruación y cuando comienzan sus relaciones sexuales sobre el cuidado del cuerpo y la prevención de los embarazos no buscados y los consejos que las entrevistadas nos testimoniaron giran en torno al cuidado con los “remedios caseros” que para algunas comunidades son té de yuyos. En cuanto a la efectividad de los “remedios caseros”, algunas mencionaron que han sido siempre efectivos y otras, las que cambiaron por los métodos anticonceptivos orales y/o inyectables.

(11) En dicha ley se hace explícito este punto: “Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable”.

(12) Tanto el Chaman como el Opiguá son los guías espirituales de las comunidades aborígenes guaraníes y el Cacique sólo tiene la función de administrador de la comunidad. En cambio, en el caso de la comunidad Toba el Cacique tiene mucha relevancia política.

—¿Ustedes usan métodos naturales para cuidarse y no quedar embarazadas?

—Sí. Las abuelas.

—¿Las abuelas?

—Sí.

—Las abuelas preparan y les dan esos té, ¿y a partir de qué edad?

—Desde que nacen.

—¿Desde que nacen? ¿No es a partir de la menstruación?

—Sí” (Mujer joven guaraní, Misiones, 2012).

Este testimonio y otros similares evidencian que las mujeres indígenas tienen asumido el cuidado de su salud sexual y reproductiva pero son diferentes las formas en que lo hacen. En este sentido, discrepamos con los estudios que plantean que las mujeres de distintas etnias no construyen un posicionamiento subjetivo que busca una sexualidad placentera y enriquecedora en sí misma y que “la falta de este posicionamiento subjetivo está en la base de los innumerables “accidentes” (embarazos involuntarios o inoportunos) que en la literatura corriente se lo atribuyen sólo a la falta de información” (Rosenberg, 2006:301).

Por el contrario, consideramos a estas mujeres con márgenes de ejercicio de autonomía relacionadas a la sexualidad y planificación que, al tener en cuenta la mayor adversidad en la que viven —recordemos, deben sortear no sólo la ideología de la pareja sino también de la comunidad a la que pertenecen y muchas veces a los efectores del sistema sanitario—. Por tanto, interpretamos estas estrategias como conductas que transforman subjetividades y fisuran las condicionalidades patriarcales como son las comunidades indígenas y el sistema médico hegemónico (Menéndez, 1990).

Algunos relatos:

“Yo tengo un marido y él no quería que me cuidara con pastillas. Pero ahora yo le dije que no quiero tener más” (Mujer guaraní, Salvador Mazza, enero 2012).

“Hablé con mi marido algunas cosas sobre cómo protegerse. Pero a él no le gusta cuidarse con preservativos entonces yo me pongo la inyectable” (Mujer guaraní, Salvador Mazza, enero 2012).

Otros testimonios, como por ejemplo, de una mujer kolla de 45 años que se colocó un DIU en el Hospital Dr. Uro de La Quiaca porque quería empezar a gozar de su vida sexual. Esta experiencia también la empezó a compartir con sus hijas, nos comentaba.

Y algunos relatos muestran la capacidad de decisión:

“No queremos tener más hijos en escalerita” (Mujer guaraní, comunidad La Bendición, Salta, 2012).

“Tomé la decisión sola, sin mi marido, dije que ya tenía muchos hijos y basta.” (Mujer indígena, 45 años, madre de 8 hijos, La Quiaca, 2012).

“Ellas utilizan los MAC a escondidas de sus maridos, porque ellos quieren tener la cantidad de hijos que Dios le envíe, y ellas quieren planificar y lo hacen a escondidas” (agente sanitario, Chaco, 2012).

“La postura de la mujer indígena ha cambiado mucho, ya no es lo que dice el varón” (Capacitadora de Agentes Sanitarios, barrio Nan Qom-Wichi, Nota de campo, Formosa, 2012).

Los argumentos de las mujeres se fundan en la intención de “frenar” los embarazos pero al mismo tiempo existe el deseo del placer sexual; ellas lo manifiestan implícita, o a veces, explícitamente. Pero, a su vez, la planificación de las familias basada en el argumento del cuidado de la salud reproductiva de la mujer es uno de los más aceptados las comunidades ya que tiene que ver con lo que afirma la antropóloga Silvia Hirsch que las trayectorias reproductivas de las mujeres de las comunidades “define la femineidad” (pág. 239). La decisión de las mujeres sobre la reproducción es un tema de mujeres.

Sostenemos que este cambio de actitud respecto a las formas de cuidado de la salud reproductiva y la toma de conciencia de una vida sexual independizada de la reproducción forma parte del trabajo que durante 10 años ha venido desarrollando el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. La información y la accesibilidad a los métodos anticonceptivos en las salas de atención primaria y hospitales vienen impactando en la trayectoria de vida de las mujeres.

REFLEXIONES FINALES

¿Podemos hablar de decisión autónoma de la sexualidad en las mujeres indígenas en contextos que sexualizan y racializan sus cuerpos?

En esta propuesta de reflexionar sobre la relación entre sexualidad, cuidado de la salud reproductiva y autonomía de los cuerpos de las mujeres llegamos a varios puntos de inflexión. En primer lugar, que la sexualización y racialización de los cuerpos de las mujeres indígenas son ideologías que están inscriptas en las prácticas médicas, y en consecuencia existe una regulación de la sexualidad a partir del irrespeto sobre sus cuerpos y culturas. En segundo lugar, ese mismo modelo médico apunta a homogeneizar las experiencias de vida sexual y reproductiva de las mujeres conduciéndolas a una regulación basada en la arbitrariedad ideológica del efector de salud. En tercer lugar, un modelo obligatorio de regulación de la sexualidad en el cual la reproducción tiene una función primordial, asegurando la reproducción del parentesco étnico-cultural. En este sentido, otra vez, son las mujeres las que deben cargar con la función simbólica y material de perpetuar la etnia. Y por último, sostenemos que el modelo de regulación sexual racializado es una forma de producir sujetos no reconocidos.

No obstante, hemos detectado que las mujeres fluctúan en márgenes de negociación y tácticas para apropiarse de su sexualidad y ampliar su ciudadanía sexual. Los obstáculos instalados tanto por la comunidad indígena a la que pertenecen como por el sistema médico comienzan a ser identificados como tales

en términos de desigualdades entre los géneros —al interior de las comunidades—, y raciales —en la relación efector sanitario/usuario—.

Por último, cabe una pregunta sobre las posibilidades del ejercicio de la autonomía como principio básico o, en realidad, el interrogante debería ser sobre la visibilidad de las diferencias y sus márgenes en el ejercicio de las libertades sexuales y reproductivas.

BIBLIOGRAFÍA

CERRUTI, MARCELA, *Salud y migración internacional: mujeres bolivianas en la Argentina*, Buenos Aires, PNUD, CENEP, UNFPA Argentina, 2010.

DI STEFANO, CHRISTINE, “Problemas e incomodidades a propósito de la autonomía: algunas consideraciones desde el feminismo”, en CASTELLS, CARMEN (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1996.

GÓMEZ, MARIANA, “Tensiones espaciales y ansiedades sexuales: memorias sobre la juventud de mujeres Qom (Tobas)”, en VÁZQUEZ LABA, VANESA (Comp.), *Feminismos, religiones y sexualidades en mujeres subalternas*. Católicas por el Derecho a Decidir, Córdoba, 2012.

“El cuerpo por asalto: la amenaza de la violencia sexual en el monte entre las mujeres tobas del oeste de Formosa”, en HIRSCH, SILVIA (Comp.), *Mujeres indígenas en la Argentina*. Buenos Aires, Biblos, 2008.

HIRSCH, SILVIA, *Mujeres indígenas en la Argentina. Cuerpo, trabajo y poder*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2008.

MENÉNDEZ, EDUARDO, *Morir de alcohol. Saber y hegemonía médica*, México DF, Alianza Editorial Mexicana, 1990.

MUÑOZ, VERNOR, *La piedra y el viento. Informe preliminar del relator de las Naciones Unidas sobre el derecho humano a la educación sexual integral*, CLADEM, 2010.

PETRACCI, MÓNICA, “Comunicación estratégica y salud: reflexiones sobre la experiencia de promover el Papanicolau (pap) en un hospital público del Gran Buenos Aires, Argentina”, *Revista Question*, número 21 - verano 2009, sección Informes de Investigación, Buenos Aires, 2009.

RADCLIFFE, SARAH A., “Las mujeres indígenas ecuatorianas bajo la gobernabilidad multicultural y de género”, en WADE, PETER, URREA GIRALDO, FERNANDO, VIVEROS VIGOYA, MARA (eds.) *Raza, etnicidad y sexualidades. Ciudadanía y multiculturalismo en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia, Instituto CES, Escuela de Estudios de Género, Bogotá, 2008.

ROSENBERG, MARTA; FETRI, ADRIANA; ARASKI, JORGE; JUSTO, LUIS; MAGLIO, FRANCISCO; PICHUN, FLORENTINO; SPINELLI, HUGO; TESTA, MARIO; TORRES SECHI,

ALICIA; YNOUB, ROXANA, "Salud Reproductiva e Interculturalidad", *Revista Salud Colectiva*, Buenos Aires, 2(3): 293-310, Septiembre-Diciembre, 2006.

VÁZQUEZ LABA, VANESA, "Diferencias y salud reproductiva. Obstáculos en el acceso a los servicios de salud en mujeres rurales del noroeste argentino. Salud reproductiva en mujeres asalariadas rurales del noroeste argentino", en *Seminario de acceso a la Justicia Reproductiva*, INSGENAR, CDD, Rosario, 2011.

VÁZQUEZ LABA, VANESA; PÁRAMO BERNAL, MILENA, "Mujeres migrantes, indígenas y pobres ante los servicios de salud", en *Revista Medicina, Salud y Sociedad*, agosto-septiembre, Buenos Aires, 2013.

WADE, PETER, "Debates contemporáneos sobre raza, etnicidad, género y sexualidad en las ciencias sociales", en WADE, PETER; URREA GIRALDO, FERNANDO; VIVEROS VIGOYA, MARA (eds.), *Raza, etnicidad y sexualidades. Ciudadanía y multiculturalismo en América Latina*. Universidad Nacional de Colombia, Instituto CES, Escuela de Estudios de Género, Bogotá, 2008.

Otras fuentes

Ley nacional 26.589, "De protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales".

Ley Nacional 25.673, "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable".

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: GUARDIÁN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL BIODERECHO

Jonathan Matías Brodsky (1) y Carlos Adrián Garaventa (2)

“La particularidad de la voluntad es, en verdad, un momento de la total conciencia de la voluntad” (3).

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio el principio de autonomía de la voluntad a partir de la institución del consentimiento informado que surge la Ley de Derechos de los Pacientes. Para llevar a cabo este estudio, el trabajo se divide en dos partes: la primera *iusfilosófica* en donde se realiza un estudio de lo que implica la libertad, y la igualdad de condiciones para el ejercicio de la primera, que determinan el principio de autonomía de la voluntad; en la segunda parte estudiamos con profundidad cómo la Ley de Derechos de los Pacientes tutela este principio a partir de la inserción del instituto del consentimiento informado.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DE LA HIPÓTESIS

En el presente ensayo nos proponemos analizar uno de los tres principios bioéticos que, a pesar de que ya ha sido estudiado por varios pensadores, no deja de presentar nuevas e interesantes aristas para investigar. Nos referimos a la autonomía de la voluntad, uno de los tres principios de la bioética junto con el de beneficencia (con su concomitante lógico: no maleficencia) y el de justicia (4), que desde la horizontalización de la relación médico-paciente producto de la cri-

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Ayudante alumno e Investigador estudiante en un Proyecto UBACyT. Becario de formación de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA).

(2) Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Ayudante alumno. Integrante y becario en un Proyecto DeCyt.

(3) HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1955, p. 68.

(4) Conf. VÁZQUEZ, RODOLFO, “Teorías y principios normativos en bioética”, en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 23, Buenos Aires, 2000, p. 436.

sis del modelo médico hegemónico (5) ha avanzado considerablemente en contra de la tradicional aristocracia médica en la legitimación para la salud (6).

El fin del modelo médico hegemónico y la horizontalización de la relación médico-paciente es una de las principales características que marcan al bioderecho —junto el rol activo que adquiere el Estado en la atención de la salud y la desbiologización de ésta que la lleva a dejar de ser concebida como ausencia de enfermedad— que es al “mundo jurídico” lo que la bioética es a la ética aplicada (7). Consideramos que existe una relación y punto de encuentro entre el bioderecho y la bioética; y lo entendemos, siguiendo la opinión de Nicolau (8), como el conjunto de respuestas que el Derecho brinda a los problemas bioéticos. Pero debemos advertir que no coincidimos con esta autora en cuanto considera que no debería ser el Derecho el encargado de dar estas respuestas desplazando a la bioética (9) ya que entendemos al bioderecho desde la óptica del positivismo jurídico respetuoso de los Derechos Humanos, separado de ámbito de la moralidad o la ética naturalista.

Como veremos en el próximo acápite, para asegurar la efectividad de este principio es menester que haya una situación de igualdad entre las personas. Empero, el desequilibrio que existe entre ciertas personas, por ejemplo: en la relación médico-paciente, es manifiesta. Se nos presenta, entonces, el siguiente problema: ¿cómo asegurar la autonomía de las personas que se encuentran en una situación de inferioridad producto de la desigualdad? Para dar respuesta a este problema, proponemos la siguiente hipótesis: *el marco legislativo ampara la autonomía de la voluntad, remediando la desigualdad entre profesional médico y paciente al establecer la obligatoriedad del primero de dar adecuada información al segundo para que éste le preste, o no, su consentimiento para la realización de un determinado tratamiento*. De forma más sencilla podemos decir que: *el consentimiento informado es el guardián de la autonomía de la voluntad*.

A fin corroborar esta hipótesis, comenzaremos por analizar qué es la autonomía de la voluntad y cómo la afecta la desigualdad entre las personas; luego estudiaremos su relación con el deber de información y el consentimiento informado en la relación médico-paciente; y finalizaremos con una valoración sucinta de la principal norma vigente en la materia, cual es la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

(5) PREGNO, ELIÁN, “El Derecho de la Salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa”, en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 32, Rosario, 2009, ps. 102/103.

(6) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica”, en *Investigación y docencia*, nº 42, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 2009, p. 73.

(7) PREGNO, ELIÁN, “El Derecho de la Salud como exigencia del Estado de Derecho. Los (derechos de los) pacientes y las (obligaciones de las) prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención”, en SERAFINI, PÍA MARÍA y LISSARRAGUE, GONZALO (dirs.), *Antecedentes Parlamentarios*, año XVIII, nº 5, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 184.

(8) Ver: NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, “Una manifestación del tránsito de la Bioética al Bioderecho: la judicialización de las cuestiones éticas”, en *Investigación y docencia*, nº 42, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 2009, ps. 103/110.

(9) *Ibidem*, p. 110.

II. ¿QUÉ ES LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?

La autonomía de la voluntad surge de la mano de la idea de libertad que se configura con el auge del iluminismo y su crítica a los Estados feudales despóticos y totalitarios. En *El contrato social*, Jean Jacques Rousseau nos dice que “el hombre ha nacido libre y por todas partes se encuentra encarcelado” (10). Las ideas de este filósofo fueron tomadas por los jacobinos y se plasmaron en políticas impulsadas por la Revolución Francesa en donde se pondrá el acento en el respeto de la libertad y la igualdad entre las personas. En este orden de ideas, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 estableció que la libertad “consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley” (artículo 4º).

Sin embargo, hasta aquí se hablaba de libertad, no de autonomía de la voluntad. Será la escuela utilitarista quien desarrolle este principio una vez entrados en la era del capitalismo industrial y el auge del liberalismo clásico. El principal pensador de la autonomía de las personas fue John Stuart Mill que en su obra *On Liberty* hacía especial referencia a la necesidad de limitar el autoritarismo del gobernante sobre la autonomía del individuo (11). Podemos decir que la autonomía del individuo es todo aspecto de su vida y sus conductas que hacen a su privacidad y deben estar exentas de la coacción estatal. Mill dice que: “Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (12).

Esta idea está intrínsecamente relacionada con lo que en la iusfilosofía Hans Kelsen desarrolló como en el principio de clausura, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido (13). Principio que es receptado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y cuyo límite está dado por que la conducta no cause daño a un tercero. Por eso, enfatiza Nino que los límites de la autonomía y de la potestad punitiva del Estado no pueden estar determinados por ningún tipo de moralidad sino por el daño a otra persona (14). En esta inteligencia no resulta extraño que el principio del daño es, como afirma Martín Farrell, “el único principio que regula la actividad del Estado en materia de coerción legal” (15).

Podemos ver, entonces, que en el pensamiento clásico la autonomía del individuo se contrapone con el poder del Estado. Esta confrontación se da a partir

(10) ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 35.

(11) MILL, JOHN STUART, *Sobre la libertad*, Barcelona, Orbis, 1985, p. 26.

(12) *Ibidem*, p. 30.

(13) KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, p. 135.

(14) NINO, CARLOS SANTIAGO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 272.

(15) FARRELL, MARTÍN DIEGO, *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 144.

de la situación de desigualdad que hay entre el Estado y la persona. Para que pueda gozarse de una auténtica autonomía es menester que haya una relación de igualdad; por eso es que los filósofos clásicos ponían el acento en la abstención por parte del Estado de interferir en el desarrollo de la vida de las personas. Empero, a partir de las críticas que hacen los filósofos de izquierda ante la manifiesta situación de desigualdad en el ejercicio de la libertad de las personas (16) podemos decir que no basta sólo con la no-intervención del Estado, sino que se necesita de una situación de igualdad entre las personas para que exista una auténtica autonomía del individuo.

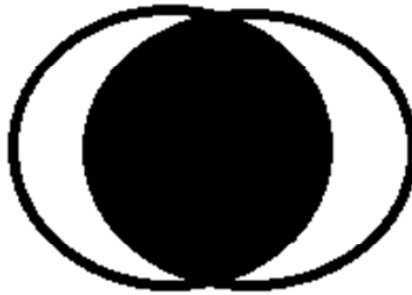


Gráfico 1: Autonomía de la voluntad entre iguales.

Si quisiéramos graficar como afecta a la autonomía la desigualdad podríamos hacerlo a través de dos círculos superpuestos, como figura en el *Gráfico 1*; el espacio superpuesto es la autonomía que una persona cede a la otra, mientras que lo que no queda superpuesto es la autonomía personal que conserva el individuo.

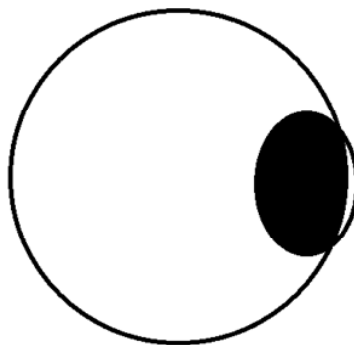


Gráfico 2: Autonomía de la voluntad entre desiguales.

(16) En este sentido el anarquista Mijail Bakunin decía que: "la libertad del individuo es incrementada y no limitada por la libertad de todos. Sólo soy libre cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. Lejos de limitar o negar mi libertad, la libertad de los demás es su condición necesaria y su confirmación". BAKUNIN, MIJAÍL, *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Madrid, Alianza, 1978, t. II, p. 14.

Cuando el diámetro de los círculos es el mismo hablamos de autonomía entre iguales. Pero cuando el diámetro de un círculo es mayor al de otro estamos en presencia de autonomía entre desiguales, como sucede en el *Gráfico 2*. Aquí, el círculo más grande, que representa al individuo más poderoso, conserva mayor autonomía personal que el individuo menos poderoso.

Esta graficación de la afectación de la autonomía de la voluntad por la desigualdad puede ser aplicada a diferentes situaciones sociales. En este trabajo nos referimos a cómo la posición superior del médico respecto del paciente hace que este último no pueda gozar plenamente de su autonomía. La relación médico-paciente puede graficarse de la forma que lo hace el *Gráfico 2*.

Hooft cita el informe Belmont para definir el principio bioético de autonomía y dice que “el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberán ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección” (17). Esta protección de la que nos habla Hooft busca que la situación del *Gráfico 2* se asemeje en el mayor grado posible a la del *Gráfico 1*.

Irónicamente, la responsabilidad de intervenir en la autonomía de las personas para equiparar estas situaciones de desigualdad recae en quien se supone no debe intervenir en la autonomía de las personas: el Estado. Es a través de la tutela legal que se busca que la persona con mayor poder no afecte tanto a la menos poderosa. Nos encontramos, entonces, con un cambio de paradigma que genera, en cierta forma, una extraña paradoja en la que el Estado, para asegurar la autonomía de las personas, no debe interferir en ella; pero si no interviene, la desigualdad entre los sujetos lleva a que los más débiles no tengan autonomía. Este cambio de paradigma no-intervención/intervención genera el dilema filosófico de nuestros días, que puede expresarse en términos tales como: si el Estado interfiere la autonomía de las personas, entonces ésta desaparece; y si el Estado no interfiere la autonomía de las personas, entonces ésta desaparece. El Estado puede interferir o no hacerlo, pero de cualquiera de las dos formas no habrá autonomía.

Para escapar de este intríngulis proponemos la siguiente lectura: cuando una persona poderosa absorbe la autonomía de otra más débil podemos afirmar que la está dañando porque elimina su posibilidad de decidir libremente; y si consideramos que el Estado tiene la potestad de restringir la autonomía de los individuos para evitar el daño a otros, entonces el accionar estatal no sería contraproducente sino que evitaría el daño y le aseguraría la libertad a todos por igual.

III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

Hemos dicho que existe una relación desigual entre médico y paciente, en la cual aquél ocupa una posición de superioridad frente a éste. Si bien esta idea

(17) HOOFT, PEDRO, *Bioética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 7.

puede justificarse desde diversos enfoques (18), corresponde precisar, a esta altura, del trabajo que nos interesa especialmente el diverso grado de *información* con que cuentan ambas partes. Así, el galeno —en tanto profesional de la salud— conoce con precisión, o al menos con un elevado grado de *expertise*, la dolencia de la persona que acude a él, su gravedad, los distintos tratamientos o cursos de acción posibles, las características y riesgos propios de éstos, *etcétera*. En cambio, el paciente carece —en general— de tales saberes específicos. De la desnivelada información que poseen los sujetos involucrados surge pues, precisamente, el *deber de información* en cabeza del médico para con su paciente (19).

¿Cómo se relaciona esto con la autonomía de la voluntad? Y en todo caso, ¿qué autonomía tiene el paciente? Recordemos que la concepción tradicional de la medicina, de corte paternalista, proteccionista y basada en la “autoridad de Esculapio”, entendía la relación médico-paciente en sentido vertical; no cabía sino al médico determinar el mejor tratamiento para su paciente, quien no se veía como titular del derecho a recibir información o explicaciones (ni mucho menos a decidir). El galeno estaba obligado a curar, aplicando las reglas de su arte, y su actividad sólo se analizaba *ex post* y si mediaba además daño al paciente y sospecha de mala praxis (20).

Este modelo, típico de la década de 1960, ha sido puesto en crisis a partir del siglo pasado, dando paso —en franco contraste— a la valorización de la autonomía del paciente (21). La creciente complejidad de la estructura sanitaria, los avances tecnológicos, las numerosas nuevas técnicas, la aparición de enfermedades complejas, sumado al reconocimiento de que el paciente es una persona con derechos y libertades fundamentales, han provocado un salto a un nuevo tipo de relación médico-paciente, basado fundamentalmente en la autonomía y en la capacidad de decisión del paciente (22). Nos referimos, concretamente, a su derecho a conocer su situación de salud y las diferentes alternativas posibles de tratamiento, y decidirse por alguna de ellas o por ninguna; en otras palabras, contar con información completa y precisa y consentir el curso de acción sugerido.

(18) Sólo para mencionar otro aspecto: el paciente acude muchas veces en situación de deses-peración o fragilidad, en razón de la afección que altera o amenaza su salud.

(19) A nivel normativo, el deber de información se puede encontrar, en el campo de la salud, en la ley 23.798 de Lucha contra el Sida (arts. 6º y 8º) y su decreto reglamentario 1244/1991 (art. 6º), en la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (art. 5º y ss., que abordaremos más adelante), en la ley 26.130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica (arts. 2º y 4º), en la ley 26.682 de Marco Regulatorio de Medicina Prepara-tiva (art. 7º), en la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental (arts. 7º y 16), entre otras previsiones. Puede observarse, además, que este deber no es privativo en absoluto de los vínculos enmarcados en el bioderecho. El mismo se halla contenido en la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales (art. 6º), en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (art. 4º), e incluso surge, en general, del principio de buena fe contenido en el art. 1198 del Código Civil reformado por la ley 17.711.

(20) GIROTTI, GLORIA, “El consentimiento informado en la ley 26.529”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2011-16, p. 97.

(21) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO ANTONIO, “El consentimiento informado en la práctica médica”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, vol. 2001-III, p. 1087.

(22) TALLONE, FEDERICO CARLOS, “El consentimiento informado en el derecho médico”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2002-E, p. 1015.

do por el galeno, u optar por otro, o preferir no tratarse. Y de esto se trata, como enseguida veremos, el difundido concepto de *consentimiento informado*.

El principio del consentimiento informado fue utilizado por primera vez en 1957 en el Estado de California en el caso “Salgo vs. Leland Stanford”, donde se sostuvo que existe responsabilidad del médico cuando omite la descripción de datos precisos para que el paciente pueda emitir un consentimiento inteligente al tratamiento; asimismo, un médico puede entender que una intervención o un determinado tratamiento resultan aconsejables o precisos, pero no puede sustituir el criterio del paciente por el suyo propio (23).

Actualmente, la doctrina ha brindado diferentes definiciones de consentimiento informado. No deseamos agotar este espacio copiando una larga serie de conceptualizaciones, por lo que nos quedamos con la de Caramelo Díaz: “se entiende por tal la posibilidad del paciente de elegir el tratamiento a seguir, tras haber recibido información suficiente y adecuada a su comprensión sobre el diagnóstico y el pronóstico de la afección que sufre y de las alternativas terapéuticas disponibles” (24). Y en todo caso, menor importancia reviste las definiciones —muchas veces arbitrarias, parciales, incapaces de asir todas las aristas de la noción definida— que los caracteres propios del concepto, su justificación e importancia.

Así, cabe señalar ante todo que el consentimiento informado integra la *lex artis* para desarrollar la actividad médica (25). En el actual estado de la cuestión, abandonado como está el referido “endiosamiento” de los médicos y puesto el foco en los derechos y en la autonomía de los pacientes, no cabe la menor duda de que el consentimiento informado constituye una exigencia ética y jurídica del equipo médico, cuya inobservancia compromete su responsabilidad como profesionales de la salud.

Por un lado, el consentimiento *informado* presupone (literalmente: implica con anterioridad) *información*. Esto es, el médico (o equipo médico) debe dar a conocer una serie de cuestiones al paciente, de manera completa, adecuada y precisa. Dos puntos importantes: primeramente, es necesaria la *efectiva comprensión* por el paciente de aquello que el médico le propone y sobre lo cual debe manifestar su voluntad. Por eso, como apunta Zuccherino, dada la desigualdad técnico-científica que separa a ambos sujetos, se impone la utilización por el galeno de un lenguaje adecuado, teniendo en consideración el marco socio-económico-cultural del paciente (26). Y agregamos, en segundo término, que el

(23) LEMON, ALFREDO, “La más secreta intimidad (el derecho constitucional en los umbrales de la muerte)”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, vol. 1993-E, p. 832.

(24) CAMELO DÍAZ, GUSTAVO DANIEL, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, en CAMELO DÍAZ, GUSTAVO DANIEL y PICASSO, SEBASTIÁN (dirs.), *Derecho Privado*, año 1, n° 1 “Bioderecho”, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, p. 92.

(25) CHAIA, RUBÉN ALBERTO, “Responsabilidad penal médica: el consentimiento del paciente como elemento de la *lex artis*”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2005-1, p. 631.

(26) ZUCCHERINO, RICARDO MIGUEL, *La praxis médica en la actualidad: Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1994, *passim*.

galeno debe llevar a cabo la acción positiva y concreta de informar: no basta, en este sentido, la entrega “de rutina” de un formulario preimpreso, muchas veces por parte de un empleado no profesional de la medicina, sin explicación alguna y donde se le pide al paciente que “firme aquí” —como sabemos que muchas veces ocurre—.

Consideramos que la información es completa, como presupuesto del consentimiento informado, cuando se da a conocer al paciente, de manera detallada, adecuada y precisa: su estado de salud o diagnóstico; la perspectiva o pronóstico de acuerdo al estado del arte de la ciencia médica y a las circunstancias particulares del caso; los distintos tratamientos posibles, con sus ventajas, desventajas, riesgos y secuelas posibles (probabilidad, gravedad y eventual carácter permanente) (27).

Por otra parte, el *consentimiento* informado implica *consentimiento*, es decir, manifestación de la voluntad. Una vez que el paciente cuenta con la información mencionada anteriormente, se vuelve pleno de sentido su derecho a decidir a qué tratamiento desea someterse (o si prefiere no se le practique intervención alguna), que no es otra cosa que la concretización de su autonomía. Vale hacer la distinción con el modelo paternalista: no se trata de imponer a un sujeto “inferior” y pasivo (el paciente) lo que otro “superior” (el médico) le indique como mejor alternativa de tratamiento según “la ciencia”, sin importar la autodeterminación de aquél. Y ello es así por cuanto “[...] las personas poseen valores y objetivos que no siempre son coincidentes, en el sentido de que la elección no será indefectiblemente aquella que maximice la salud, sino la que promueva el máximo bienestar dentro de la escala de valores individual de cada persona, en tal forma que habrá casos en los que el tratamiento y no tratamiento podrán considerarse alternativas aceptables y válidas, en función del proyecto vital de cada persona” (28). Desde luego, ello no implica que el médico deba abstenerse de indicar el tratamiento que según su saber científico constituye la mejor opción; por el contrario, tiene el deber ético y profesional de intentar persuadir al enfermo de la conveniencia de someterse a la práctica médica recomendada. El punto es que, si aún así, el paciente plenamente capaz y debidamente informado continúa negándose a ella, el profesional deberá abstenerse de llevarla a cabo, por imperio de la autonomía de la voluntad (29).

(27) Todo ello, sin perjuicio del valor autónomo de la información terapéutica en sí misma: “[n]o obstante que la información, como presupuesto del consentimiento informado, constituye el núcleo esencial de la información clínica, por cuanto la información en el proceso clínico está orientada fundamentalmente a la toma de decisiones en relación con el tratamiento, no debe menospreciarse el valor de la información terapéutica para alcanzar la colaboración necesaria del paciente en miras al éxito del tratamiento. La información terapéutica es un proceso continuado en el tiempo, que no se agota con la obtención del consentimiento informado”. TALLONE, FEDERICO CARLOS, “La importancia del consentimiento informado en la praxis médica”, en ALTERINI, ATILIO ANÍBAL (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2004, p. 576.

(28) *Ibidem*, p. 575.

(29) Conf. CALVO COSTA, CARLOS ALBERTO, “Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones ‘hominis’ en materia probatoria”, en ALTERINI, ATILIO ANÍBAL (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2004, ps. 388/389.

Finalmente, corresponde remarcar que el consentimiento informado ha de brindarse de acuerdo a determinados requisitos o presupuestos. Debe ser *personal*, pues dada la importancia de lo que se haya en juego —la salud— no puede admitirse el consentimiento por otro salvo en casos excepcionales y por personas determinadas. A su vez, tiene que ser expresado de forma *libre y gratuita* —no obtenido por violencia absoluta, *vis* relativa, amenaza, coacción ni influido por contraprestación alguna— y de manera *manifiesta*, sea verbalmente o por escrito —salvo supuestos de mayor gravedad donde es lógica la exigencia de forma escrita— aunque diverjan las implicancias en materia probatoria. Su alcance debe ser *completo* respecto de la intervención o tratamiento que se le propone, pero *específico* para aquéllas, en términos vinculados a la patología que se le informa, y no genérico, vago ni abarcativo de mayores riesgos o prácticas que los propios de su situación de salud particular. Y también cabe su expresión de manera *previa* a aquello que se consiente y *permanente* a lo largo del tratamiento, siendo esencialmente *revocable* por los mismos principios que informan el respeto de su autonomía en general (30).

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA NORMATIVA VIGENTE

Si bien la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado encuentran hoy recepción en diferentes instrumentos normativos vigentes, en este espacio nos abocaremos a su regulación por la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Ello así, en razón de que nos interesa especialmente este precepto, por su actualidad y especificidad en la materia que nos ocupa: las prerrogativas de los pacientes en sus relaciones con los médicos.

1. La autonomía de la voluntad como derecho esencial y principio general

Primeramente, acierta la ley 26.529 (en adelante, “LDP”) al consagrar la autonomía de la voluntad como derecho esencial del paciente en su relación con los profesionales de la salud (art. 2º, inc. e) (31). Se trata de una verdadera regla general, rectora en la materia: “el paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona” (32). Puntualmente, se reconoce el derecho del paciente a “aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Compartimos la redacción del párrafo en sus tres

(30) Conf. LOPEZ MESA, MARCELO JORGE, “Pacientes, médicos y consentimiento informado”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2007-B, ps. 871/872. El autor enumera una cantidad mayor de exigencias, pero algunas de ellas —a nuestro juicio— se superponen entre sí.

(31) Este artículo fue modificado por la ley 26.742, coloquialmente llamada “de muerte digna” por las disposiciones que incorpora. Su análisis en detalle, que resultaría tan interesante como extenso, escapa al objeto de este trabajo, por lo que diferimos su estudio para otra ocasión.

(32) De la reglamentación del presente artículo e inciso (decr. del Poder Ejecutivo Nacional 1089/2012).

partes, haciendo la salvedad de que, en rigor, la prerrogativa incluye aceptar o rechazar *cualquier* procedimiento, y no sólo algunos “determinados”.

A renglón seguido, se establece que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”. Si bien su voluntad puede verse suplida en la práctica, dada su condición de incapaces de hecho, por quienes resulten sus representantes legales, lo cierto es que resulta esencial su derecho a *ser oídos* (33), por cuanto su voluntad —aunque no “perfecta”— no es irrelevante o inexistente, y porque aquella prerrogativa se compadece con el resguardo de su interés superior. Y más aún: desde los 14 años, el Código Civil presume el discernimiento de las personas para los actos lícitos (art. 921), por lo que estando en juego derechos personalísimos sí debería considerarse que el menor (adulto) está llamado a prestar su consentimiento, independientemente de su incapacidad relativa de ejercicio (34).

2. Definición del consentimiento informado

Más adelante, el capítulo III de la LDP se ocupa específicamente del consentimiento informado. Comienza definiéndolo en el art. 5º, como “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” (35).

Nos parece una redacción muy buena, por cuanto conceptúa al consentimiento informado como lo que es: un acto unilateral llevado a cabo tras la información brindada por el médico ya referida en el acápite anterior. Y exige a su vez los requisitos esenciales de esta información: claridad, exactitud y adecuación a

(33) En el mismo sentido, lo dispuesto en el art. 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño, con rango constitucional entre nosotros (art. 75, inc. 22 de la Carga Magna).

(34) En estos casos, creemos que no debería aplicarse lo dispuesto en la parte pertinente de la reglamentación legal (“en los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la ley 26.061”). Lo entendemos así, más allá de la discutible legalidad que pueda revestir esta preceptuación —por trascender el decreto lo meramente reglamentario y establecer requisitos que la ley en modo alguno prevé—, en razón de que el Código Civil, en tanto ley nacional, resulta una norma de rango superior, y como tal debe prevalecer su regulación de la capacidad de los menores adultos, que en este caso sería suficiente e independiente de la de sus representantes.

(35) Omitimos aquí los incisos g) y h) agregados por la ley 26.742 quedándonos, nuevamente, con lo dispuesto en la redacción originaria de la ley 26.529. Nos remitimos a las razones expuestas en la nota 29.

los distintos parámetros que hacen actualmente y pueden determinar la salud actual y futura del paciente (36).

3. Obligatoriedad de obtener el consentimiento informado del paciente

El art. 6º de la LDP establece, en su primer párrafo —el único perteneciente a la redacción originaria—, la obligatoriedad del consentimiento informado en toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado. Esta exigencia es crucial, por la importancia de los derechos en juego.

A través de la reforma parcial por la ley 26.742, se permite que otorguen el consentimiento “las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido” (37) en caso de incapacidad del paciente o imposibilidad de consentir personalmente en virtud de su estado físico o psíquico (38). Se trata de una disposición coherente, que amplía el abanico de personas que pueden prestar el consentimiento, pero no de manera indiscriminada sino taxativa y siguiendo un orden preestablecido, y (casi) todas ellas razonablemente vinculadas con la persona cuya salud está en juego (39). Sería deseable, sin embargo, que la norma hubiera establecido una solución para los supuestos en que, por ejemplo, un padre desee prestar el consentimiento y el otro lo resista; lo mismo tratándose de hermanos, nietos, abuelos u otros parientes. Esta indeterminación es resuelta en el decreto reglamentario 1089/2012 (40).

(36) Esta noción debe complementarse con la brindada en el art. 3 de la LDP respecto de la definición de información sanitaria como “aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”.

(37) Este orden resulta ser el siguiente: a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho (18) años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años; e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho (18) años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador.

Es claro que la enumeración es taxativa y el orden, de prelación, debe respetarse: comenzando desde el inciso a) y siguiendo sucesivamente por cada uno de ellos, cada sujeto(s) excluye(n) a los subsiguientes.

(38) Aunque no sea incapaz, procedería el “consentimiento por otro” si el paciente no está en condiciones de tomar decisiones según el criterio del profesional tratante (de acuerdo al decreto 1089/2012 ya citado, en su reglamentación del art. 5º de la LDP). Por respeto a la seguridad jurídica y a la autonomía de la voluntad del paciente, esta consideración sin declaración de incapacidad debería analizarse, según entendemos, con criterio restrictivo.

(39) Sólo nos parece inapropiada la inclusión de los parientes por afinidad; la decisión por parte de éstos, máxime cuando se admite hasta el segundo grado inclusive, resulta a nuestro juicio excesiva.

(40) “Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente”.

Y en cambio, sí acierta la LDP en su texto reformado al garantizar en estos casos la participación en la toma de decisiones, en la medida de lo posible, del paciente (art. 6º, párr. 3º).

4. Forma e instrumentación del consentimiento

En cuanto a la forma e instrumentación del consentimiento, estatuye el art. 7º de la LDP que “el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación” (41).

Esta regulación presenta la virtud de prever la forma escrita y necesidad de firma para los supuestos de mayor gravedad, pero también el defecto de mencionar, sin más exigencias, la posibilidad de consentir verbalmente. Entiéndonos bien: no nos oponemos a que sea *posible* el consentimiento verbal, pero no puede prestarse (ni tenerse luego por brindado) con tanta ligereza; afortunadamente, el decreto reglamentario subsana esta situación al disponer que “cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo” (42). La constancia en la historia clínica nos parece en este punto esencial, y aplaudimos su requerimiento en la reglamentación de la LDP.

5. El consentimiento para la exposición con fines académicos

En punto a la exposición con fines académicos, “se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente”, con carácter previo a la realización de dicha exposición (art. 8º, LDP).

Entendemos que, *de lege ferenda*, sería lógico que el consentimiento se exija solamente cuando la exposición pudiera razonablemente conducir a la identificación del paciente, y no así en supuestos en que se persigan fines estadísticos o didácticos, o aún epidemiológicos, y aquella identidad no fuera a resultar develada. Así lo estipula, en efecto, el Decreto 1089/2012. Sin embargo, *de lege lata*, no es ello lo que la LDP dispone, y lo establecido en su reglamentación —en tanto expresamente contrario— resulta, aunque más razonable, de muy dudosa legalidad.

A su vez, nos parece que en pos de la coherencia, el consentimiento debería autorizarse en la especie no sólo a los representantes legales sino a todos los sujetos previstos en el art. 21 de la ley 24.193. Si están en condiciones de suplir el consentimiento informado de la paciente para la realización del tratamiento,

(41) Dejamos de lado el inciso f), relativo al art. 5º, inc. g), por las razones expuestas en las notas 29 y 33.

(42) De la reglamentación al art. 7º.

práctica o intervención del caso, *a fortiori* lo estarán tanto más para autorizar la exposición académica referida precedentemente.

6. Excepciones al deber de obtener el consentimiento informado del paciente

Según el art. 9º de la LDP, el profesional de la salud queda exento de requerir a su paciente el consentimiento informado: “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”. Esta redacción no es mala en esencia, pero contiene un importante grado de vaguedad: ¿qué es “grave peligro para la salud pública”? ¿Cuándo media una “situación de emergencia”? ¿Qué es “grave peligro” para la salud o la vida del paciente?

Afortunadamente, esto es subsanado en la reglamentación, pues el decreto precisa que el grave peligro para la salud pública deberá estar declarado por la Autoridad Sanitaria correspondiente (lo que resulta razonable); en tanto, el supuesto del segundo inciso debe justificarse en la razonabilidad médica por el profesional interviniente y ser refrendada por el jefe y/o subjefe del equipo médico; “en este supuesto, ante la imposibilidad del paciente para poder otorgar su consentimiento informado, será brindado por las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4º y 6º de la ley conforme se reglamenta, en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia”. Por las razones ya defendidas a lo largo de este trabajo, a las que remitimos para no sobreabundar, podrá advertirse que consideramos coherente y razonable esta disposición, así como también la exigencia —a renglón seguido— de constancia en la historia clínica.

7. Revocabilidad del consentimiento informado

Tal como comentamos más arriba, la revocabilidad del consentimiento informado es uno de sus caracteres esenciales, dada la índole personalísima y la relevancia de los derechos en juego del paciente. Es también crucial el carácter expreso de la revocación, su instrumentación por escrito y su constancia en la historia clínica.

El artículo 10 de la LDP, tras la reforma por la ley 26.742, comienza estableciendo que “la decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica”. Se trata de una disposición razonable, teniendo en cuenta además que la revocación constituye la expresión de la autonomía de la voluntad del paciente con igual fuerza que el consentimiento originariamente otorgado que se desea revocar, y que por ende debe respetarse en igual medida.

Este respeto a la autonomía aparece claro en la reglamentación de este artículo, al permitir la revocación verbal por el paciente cuando no pueda extenderla por escrito (con la presencia de dos testigos y su rúbrica en la historia clínica) y al establecer que “ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca *en beneficio del paciente*, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, *fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas*. Para ello, se dará preeminencia a la *voluntad expresada por el paciente* en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento”. Enseguida mencionaremos la revocación por otro, pero los pasajes que destacamos dan cuenta de una auténtica toma de postura en favor de la autonomía de la voluntad del paciente, y no en la imposición por el profesional con “saber” científico.

Culmina el precepto estableciendo que “las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. Se trata, nuevamente, de una buena disposición, que es además coherente con los dos últimos párrafos del art. 6° de la LDP; remitimos a su comentario para no reiterar innecesariamente nuestras fundamentaciones.

V. REFLEXIONES FINALES

Ha sido largo el camino y muchos los cambios que la filosofía y el Derecho liberal han tenido que atravesar; seguramente su facilidad de adaptación al cambio es lo que ha logrado que pese a los múltiples diagnósticos de enfermedades terminales aún gocen de buena salud (43). El bioderecho no es ajeno a estos cambios: incluso hoy es una categoría que está quedando en desuso y siendo reemplazada por el concepto de Derecho de la Salud como una nueva rama autónoma del “mundo jurídico” y que lo atraviesa transversalmente (44). Pero por nuestra parte no estamos tan seguros de que este cambio ya haya ocurrido, es decir, de que el bioderecho haya sido reemplazado por el Derecho de la Salud. Consideramos que más bien estamos en un período de transición en el que aún muchos problemas están situados por fuera del “mundo jurídico” y quedan sujetos a las creencias éticas, morales o religiosas porque la agenda política no ha querido tratarlos y el Derecho vigente por sí sólo no puede solucionarlos.

Empero, pese a esta problemática es innegable que el bioderecho ha tenido un lugar privilegiado en la evolución de la filosofía y el Derecho liberal. Por ejemplo, pocas leyes han tenido un efecto visibilizador y protector de grupos vulnerables como en su momento lo tuvo la Ley de Sida; o como sin dudas lo tendrá la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer que entre otras cosas prevé uno de

(43) Conf. BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012.

(44) PREGNO, ELIÁN, *El Derecho de la Salud como exigencia...*, cit., ps. 184/185.

los mayores casos de abuso de poder por parte de los médicos contra un grupo vulnerable —el caso de la violencia obstétrica—.

El consentimiento informado que ha sido objeto de nuestro trabajo, dadas su recepción y buena regulación en la normativa vigente, también funciona como una importante herramienta para la protección de la autonomía de aquellos que son más vulnerables. Si le preguntamos a usted, lector, si con lo que ha visto hasta aquí aún considera que la voluntad del acto jurídico en el bioderecho se compone de los tres elementos del Derecho Civil decimonónico —discernimiento, intención y libertad— (45) en la forma que fueron formulados por Vélez Sarsfield sin contemplar el deber de información; y usted responde que no, nuestra hipótesis habrá quedado demostrada.

BIBLIOGRAFÍA

- BAKUNIN, MIJAIL, *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Madrid, Alianza, 1978.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- CALVO COSTA, CARLOS ALBERTO, “Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones ‘hominis’ en materia probatoria”, en ALTERINI, ATILIO ANÍBAL (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2004, ps. 387/401.
- CARAMELO DÍAZ, GUSTAVO DANIEL, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, en CARAMELO DÍAZ, GUSTAVO DANIEL y PICASSO, SEBASTIÁN (dirs.), *Derecho Privado*, año 1, nº 1 “Bioderecho”, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, ps. 73/111.
- CHAIA, RUBÉN ALBERTO, “Responsabilidad penal médica: el consentimiento del paciente como elemento de la *lex artis*”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2005-1, ps. 631/635.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica”, en *Investigación y docencia*, nº 42, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 2009, ps. 61/75.
- FARRELL, MARTÍN DIEGO, *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- GIROTTI, GLORIA, “El consentimiento informado en la ley 26.529”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2011-16, ps. 97/101.
- HEGEL, GEORGE WILHELM FRIEDRICH, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1955.
- HOOFT, PEDRO, *Bioética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

(45) Conf. SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Buenos Aires, TEA, 1958, t. II, p. 202.

- LEMON, ALFREDO, "La más secreta intimidad (el derecho constitucional en los umbrales de la muerte)", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, vol. 1993-E, ps. 829/849.
- LOPEZ MESA, MARCELO JORGE, "Pacientes, médicos y consentimiento informado", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2007-B, ps. 867/879.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003.
- MILL, JOHN STUART, *Sobre la libertad*, Barcelona, Orbis, 1985.
- NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, "Una manifestación del tránsito de la Bioética al Bioderecho: la judicialización de las cuestiones éticas", en *Investigación y docencia*, n° 42, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 2009, ps. 103/110.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- PREGNO, ELIÁN, "El Derecho de la Salud como exigencia del Estado de Derecho. Los (derechos de los) pacientes y las (obligaciones de las) prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención", en SERAFINI, PÍA MARÍA y LISSARRAGUE, GONZALO (dirs.), *Antecedentes Parlamentarios*, año XVIII, n° 5, Buenos Aires, La Ley, 2011, ps. 181/198.
- "El Derecho de la Salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa", en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 32, Rosario, 2009, ps. 95/110.
- ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003.
- SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Buenos Aires, TEA, 1958.
- TALLONE, FEDERICO CARLOS, "El consentimiento informado en el derecho médico", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2002-E, ps. 1013/1022.
- "La importancia del consentimiento informado en la praxis médica", en ALTERINI, ATILIO ANÍBAL (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2004, ps. 574/580.
- VÁZQUEZ, RODOLFO, "Teorías y principios normativos en bioética", en DOXA. *Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 23, Buenos Aires, 2000, ps. 427/448.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO ANTONIO, "El consentimiento informado en la práctica médica", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, vol. 2001-III, ps. 1085/1096.
- ZUCCHERINO, RICARDO MIGUEL, *La praxis médica en la actualidad: Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

CAPÍTULO 4

LOS DETERMINANTES DE LA SALUD

INCIDENCIA DEL FEDERALISMO EN EL SISTEMA DE SALUD ARGENTINO. LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN LA PROVINCIA DEL CHACO (1)

*Camila Fernández Meijide (2), Celeste Novelli (3)
y Anabel Soledad Papa (4)*

I. PRELIMINARES

El sistema de salud en Argentina está signado por la organización federal del país (art. 1, Constitución Nacional). Como consecuencia de ello, los ministerios de salud de cada provincia son responsables del presupuesto público destinado a la organización sanitaria local, con una limitada injerencia de la autoridad nacional. Cada provincia cuenta con recursos propios destinados a solventar los gastos que el sistema de salud le demanda, pero también cuenta con recursos que el Estado Nacional anualmente destina al sector público de la salud de cada una de ellas.

Con el transcurso de los años, y con motivo de la reducción del gasto público nacional, se inició un proceso de descentralización del servicio sanitario. Se trasladaron una serie de funciones a las provincias, las que pasaron a tener nuevas responsabilidades vinculadas con la prestación del servicio público de salud en sus propias jurisdicciones. En este sentido, Daniel Maceira sostiene que entre los años 1980-2004 existió una “provincialización” de la salud, toda vez que se observa un incremento del gasto público provincial y, en simultáneo, una caída re-

(1) Agradecemos a Federico De Fazio por la lectura crítica del texto. También queremos agradecer a Laura Clérico quien nos orientó en la búsqueda de los datos y también nos incentivó a presentarnos en la convocatoria del Observatorio de la Salud.

(2) Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Becaria Estímulo (UBA). Integrante del equipo de investigación de un Proyecto UBACyT, Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

(3) Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Becaria Estímulo (CIN). Integrante del equipo de investigación de un Proyecto UBACyT, Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

(4) Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del equipo de investigación de un Proyecto UBACyT, Instituto de Investigaciones “Ambrosio Lucas Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

lativa del gasto nacional (5). Esta circunstancia radica en que el traspaso de estas nuevas funciones no fue acompañado de la transferencia de recursos económicos necesarios y suficientes por parte del Estado Nacional para que las provincias puedan hacer frente a las demandas del sector. Es decir, la descentralización vino acompañada del desfinanciamiento del sector sanitario, lo que se agudizó en el marco de la transformación económica de la década de los noventa (6). Agrega el autor que ello pondría de manifiesto la relevancia de los Ministerios y Legislaturas provinciales en el proceso de toma de decisiones respecto a la asignación de recursos y definición de las políticas sanitarias (7). Asimismo, la existencia de diversas jurisdicciones con recursos y amplias facultades decisorias y organizativas respecto a su sistema de salud —consecuencia del sistema federal—, trae aparejado marcadas diferencias en las inversiones que cada provincia destina para su organización sanitaria.

En definitiva, esta “provincialización” tiñó al sistema de salud público de las características que presenta de *fragmentación*, en la medida en que cuenta con múltiples instituciones sin vínculos que las interrelacionen, ni formas de coordinación que faciliten una distribución adecuada de los diferentes niveles de atención; *heterogeneidad*, por normas particulares que poseen cada organización; *ineficacia*, ante el predominio de la orientación curativas centrada en las instalaciones de mayor complejidad, en detrimento de las prácticas preventivas y de la expansión de la atención primaria; e *ineficiencia*, por la dispersión de recursos en múltiples organizaciones lo que conlleva a un incremento del gasto administrativo, de la discrecionalidad en la gestión, y la presencia de organizaciones con un número de beneficiarios insuficiente para una adecuada cobertura del riesgo de enfermar (8).

Como consecuencia de ello, este proceso ha derivado en la existencia de al menos veinticuatro sistemas que muestran diferencias significativas, con distintos grados de autonomía hospitalaria como también de niveles de integración de sus redes de atención (9). Esta heterogeneidad, originada en la significativa

(5) En 2004, Argentina gastó aproximadamente 8.442 millones de pesos en materia de salud, de los cuales el 20% corresponde al Estado nacional, el 60 % lo aportan los sistemas provinciales y los municipios contribuyen con el 18%.

(6) CLÉRICO, LAURA, “¿El argumento del federalismo vs. El argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 11, núm. 1, 2010, ps. 93-118. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/public11/11Juridica05.pdf.

(7) Cf. MACEIRA, DANIEL, “Sistema de Salud en la Argentina”, en MACEIRA, DANIEL et al., *El rol de la formulación de políticas sanitarias*, Buenos Aires, Fundación CIPPEC, 2008, disponible en: www.cippecc.org.

(8) VITA, LETICIA, “Modelos de estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA; ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

(9) En este sentido, la revisión de algunos indicadores a nivel provincial permite dar cuenta de las acuciantes disparidades que conviven en el territorio argentino. Cabe tener en cuenta que las tres cuartas partes del producto del país es generado en sólo cinco jurisdicciones (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Mendoza) y que el producto por habitante de la provincia de Santa Cruz es casi nueve veces el de Formosa. Cf. PNUD, “Aportes para el desarrollo humano en Argentina. El sistema de salud argentino y su trayectoria de largo plazo. Logros

brecha de desarrollo y capacidades económicas de las provincias, conlleva también a una gran desigualdad en el acceso al sistema de salud entre las diversas jurisdicciones locales (10) y puede, al mismo tiempo, derivar en la violación del derecho a la salud, sea al impedir su acceso o bien por la calidad del servicio que prestan las diferentes jurisdicciones a sus habitantes. En este punto, coincidimos con Maceira en cuanto a que el Estado Nacional debería destinar mayores recursos a las provincias más pobres, procurando con ello disminuir la brecha existente entre las diferentes jurisdicciones. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha indicado al respecto que las transferencias que realiza el Estado nacional en la función de salud procuran compensar las diferencias en las inversiones que realiza cada provincia, toda vez que éstas resultan mayores en las provincias de menor desarrollo relativo y menor nivel de gasto público por habitante (11). Sin embargo, dichas transferencias no resultarían suficientes, en tanto persisten múltiples y amplias disparidades en los sistemas sanitarios de cada provincia argentina.

En este orden de ideas, el presente trabajo tiene por objeto el estudio del derecho a la salud del Chaco, una provincia que se caracteriza por sus índices de pobreza. En razón de lo expuesto precedentemente, esta provincia requeriría una especial atención por parte del Estado Nacional en cuanto a la transferencia de recursos económicos destinados al sector sanitario. Sin embargo, corresponde adelantar que carece de esta especial consideración, lo que incide en forma negativa sobre la accesibilidad al sistema de salud por parte de su población.

A continuación, analizaremos el sistema de salud de la Provincia del Chaco. No obstante ello, a fin de contar con un panorama acabado de esta provincia, consideramos necesario estudiar en primer lugar el contexto en el que se desarrolla el sistema de salud chaqueño.

I.1. El contexto del sistema sanitario del Chaco

La Provincia del Chaco, ubicada en el Noreste argentino, posee un territorio de 99.633 km². Las principales actividades económicas están constituidas por las producciones de algodón, cereales y oleaginosas, la cría de ganado bovino y la forestación (12). Cuenta con un total de 1.048.036 habitantes (13) distribuidos en veinticinco departamentos. La mayor parte de la población se localiza en centros urbanos y alrededor de 200.000 personas viven en el ámbito rural.

alcanzados y desafíos futuros”, 2011. El informe se puede consultar en el siguiente link: <http://www.undp.org.ar/desarrollohumano/El%20sistema%20de%20salud%20argentino%20-%20%20pnud%20ops%20cepal%20version%20final.pdf>.

(10) CLÉRICO, LAURA, 2010, op. cit.

(11) Cf. PNUD, op. cit.

(12) Fuente: Ministerio de Economía de la Nación, Dirección de Información y Análisis Regional y Dirección de Información y Análisis Sectorial. No obstante, sobre el empobrecimiento del sector agrario que impacta en las tasas de empleo y pobreza de la población, véase TORRE GERALDI, ALEJANDRA, “Pobreza rural en la provincia del Chaco. Un análisis a partir del índice de privación material de los hogares”, en *Revista Geográfica Digital*, UNNE, año 9, núm. 17, 2012.

(13) Fuente: Censo Nacional 2010.

Chaco se caracteriza por constituir una de las provincias con mayores tasas de pobreza e indigencia. Ello se ve reflejado en los bajos niveles de acceso a la salud por parte de la población y la alta incidencia de enfermedades asociadas a la miseria y a la extrema pobreza como la desnutrición, el mal de Chagas y la tuberculosis. De acuerdo a los datos provistos por el Ministerio de Salud de la Nación, el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) es igual o superior al 20% en todas las regiones de la Provincia y alcanza al 55 % de la población en “El Impenetrable chaqueño” (Noroeste). Es precisamente en esta zona donde están asentadas, en gran parte, diversas comunidades indígenas, entre ellas los grupos Qom, Mocovi y Wichí. Tal como lo constató la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso que inició el Defensor del Pueblo de la Nación contra el Estado Nacional y el gobierno provincial (que analizamos en el apartado V.1), estas comunidades “(...) se encuentran en una situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas” (14).

Asimismo, existe un elevado número de personas desocupadas que asciende a 22.940 sobre un total de 753.447 habitantes mayores de 14 años (15). La Provincia cuenta, además, con la tasa bruta de mortalidad ajustada por edad más elevada del país (8,65 cada mil habitantes) (16), lo que podría ser consecuencia, entre otros motivos, de que dos tercios de su población carece de seguro de salud social o privado (en este punto Chaco posee junto con Formosa los índices más altos del país) (17). A ello se añade la escasez de profesionales de la salud: sólo 1732 médicos se desempeñan en el sistema sanitario chaqueño, es decir, el 1,43% del total del plantel profesional registrado en el país (18).

El territorio provincial está organizado en seis zonas sanitarias: Metropolitana, Interior, Sáenz Peña, Villa Ángela, San Martín, Las Breñas y Castelli. Hay dos hospitales provinciales, 61 centros de salud urbanos (que proveen atención primaria), 29 puestos sanitarios de tipo A (con personal médico, de enfermería y administrativo fijos (en general en la cabecera de los municipios) y 261 puestos sanitarios de tipo B (más bien rurales, con agente sanitario o auxiliar de enfermería a cargo y sin médico fijo donde los equipos de salud realizan visitas con más o menos regularidad) (19).

1.2. Sistema de salud en datos

El sistema de salud provincial, al igual que en el ámbito nacional, puede ser clasificado en tres subsectores: público, privado y de obra social. En la provincia, como en tantas otras, tiene presencia el sistema de salud nacional, con lo que

(14) CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, D. 587. XLIII, 18/09/2007.

(15) Fuente: Censo Nacional 2010.

(16) Cf. PNUD, op. cit.

(17) Fuente: Censo Nacional 2010.

(18) Cf. *Indicadores Básicos*, Ministerio de Salud de la Nación y Organización Panamericana de la Salud, 2012. Disponible en el siguiente enlace: http://www.deis.gov.ar/publicaciones/archivos/indicadores_2012.pdf.

(19) Fuente: Ministerio de Salud Pública del Chaco.

cada uno de estos subsistemas podría ser clasificado, a su vez, en nacional o provincial.

Respecto del sistema público, se ejecutan en la Provincia del Chaco diversos Planes o Programas Nacionales (20). La provincia, por su parte, cuenta con un sistema público de salud, éste es ramificado y se expresa a través de los programas provinciales; los hospitales públicos y los centros de asistencia primaria. Según un Informe del PNUD que cruza datos del Censo 2010 con datos de la OPS-Ministerio de Salud de la Nación del 2009, en la provincia viven 1.053.466 habitantes, de los cuales, el 66% carece de cobertura. Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) sobre la base del último Censo de Población y Vivienda 2010 que desagrega datos por provincia y toma la población en viviendas particulares por tipo de cobertura de salud, según sexo y grupo de edad, sobre la base de una población en viviendas particulares de 1.048.036 de personas, 607.117 no tiene obra social, prepaga o plan estatal. Estos datos resultan alarmantes, toda vez que esta provincia junto con Formosa posee los índices más altos de personas sin cobertura de salud (57,92% de la población total) (21).

A su vez, 24.329 personas tienen cobertura a través de planes y programas estatales (22).

El subsistema de las obras sociales es de origen nacional y provincial. Según los datos del Censo 2010 desagregados por provincia, nuevamente sobre la base de población en viviendas particulares de 1.048.036 de personas en la provincia del Chaco, tienen cobertura de obra social (incluido PAMI) 348.032 personas (23). Estos datos no están desagregados de acuerdo se trate de obras sociales nacionales o provinciales. La provincia cuenta con una obra social provincial, y según datos suministrados por la Subsecretaría Nacional de Hacienda tenía más de 41.000 afiliados, entre obligatorios y voluntarios, en 1999 (24).

(20) Entre los programas nacionales aplicados en la Provincia y vigentes en el año 2013 es posible mencionar el Programa de Vigilancia de la Salud y Control de Enfermedades; Programa Federal de Salud Remediar; Plan Materno Infantil de la Nación; Programa de Control del Tabaco; Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; Programa Nacional de Lucha Contra los Retrovirus del Humano, Sida y ETS; Programa Médicos Comunitarios y Programa Plan Nacer Argentina. Información disponible en: <http://www.chaco.gov.ar/ministeriosalud>.

(21) Fuente: Censo Nacional 2010. El porcentaje de habitantes sin cobertura médica en la provincia no ha variado prácticamente en los últimos diez años. De acuerdo al informe elaborado en el año 2006 por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), en 2001 el promedio de personas sin seguro de salud en la provincia era de 65,5 %, mientras que en algunos Departamentos como Maipú y General Güemes, el porcentaje alcanzaba al 80 % de la población, cf. OPS, *Indicadores Básicos Provincia Chaco 2006*, disponible en el siguiente enlace: <http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/indicadores/Indicadores%20chaco%202006.pdf>.

(22) http://www.censo2010.indec.gov.ar/CuadrosDefinitivos/P12-P_chaco.pdf [Consulta: 05/06/2013].

(23) http://www.censo2010.indec.gov.ar/CuadrosDefinitivos/P12-P_chaco.pdf [Consulta: 05/06/2013].

(24) Cf. Secretaría de Hacienda, Dirección Nacional de Coordinación Fiscal con las Provincias, información citada en MACEIRA, DANIEL, *Instituciones sanitarias en un país federal: las obras sociales provinciales en contexto*, CEDES, 2003.

En cuanto al sistema privado, nuevamente sobre la base de los mismos datos desagregados por provincia, se desprende que 51.386 personas cuentan con cobertura de prepaga a través de obra social y 17.172 con prepaga por contratación voluntaria (25).

II. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DEL CHACO

A fines del año 1994 se reformó la Constitución de la provincia del Chaco, cuya primera versión había sido sancionada en diciembre de 1951 y derogada en 1957 (26). En lo que concierne a la salud, se observan importantes diferencias entre ambas Cartas Fundamentales. La Constitución de 1951 poseía un marcado tono social que respondía, en parte, a los lineamientos sociales de la Constitución Nacional sancionada en 1949 durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón.

En la Constitución de la provincia chaqueña de 1957-1994 se incorporó al Preámbulo la protección de la salud, que luego es mencionada específicamente en el cuerpo del texto constitucional a través del art. 36. Éste establece que el gobierno provincial tiene a su cargo “la promoción, protección y reparación de la salud de sus habitantes, con el fin de asegurarles un estado de completo bienestar físico, mental y social”. En consecuencia, el gobierno debe dictar la legislación que enuncie “los derechos y deberes de la comunidad y de los individuos” (lo que denota el alcance individual y también colectivo de la salud), y debe crear la organización técnica adecuada a tal fin (27).

A través del art. 14 se incorporaron en 1994 a la Constitución local los instrumentos internacionales de derechos humanos (IIDH) con rango constitucional o supra legal enunciados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Las normas internacionales, en especial los IIDH, brindan el marco de construcción del concepto de salud. El mismo art. 14 elude la discusión sobre la operatividad de los derechos al disponer que los derechos y garantías establecidos de manera explícita o implícita en la Constitución chaqueña tengan plena operatividad, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, y que su ejercicio no pueda ser menoscabado por falta o insuficiencia de reglamentación.

(25) http://www.censo2010.indec.gov.ar/CuadrosDefinitivos/P12-P_chaco.pdf [Consulta: 05/06/2013].

(26) En aquel año se sancionó una nueva Constitución cuya redacción no contó con la participación del partido peronista que estaba proscripto y de al menos siete convencionales (representantes de la Unión Cívica Radical Intransigente) quienes renunciaron a la tarea luego de que se rechazara su propuesta de incluir en el texto una disposición que ordenara al gobierno electo a implementar un referéndum popular para que la ciudadanía ratificase los principios de la Carta Magna.

(27) El antecedente se encuentra en el art. 28 de la Constitución de 1951, titulado “Salud pública”, que disponía que era obligación de la provincia velar por la salud y la higiene públicas, prevenir enfermedades que afecten “al cuerpo social” y proveer a los habitantes la asistencia médica integral, es decir, preventiva y asistencial. El siguiente artículo señalaba el deber que pesaba sobre los habitantes de cuidar su salud y la de la sociedad. Además hacía referencia a las disposiciones que contendría un eventual Código Sanitario Nacional que, cuando fuese dictado, sería vinculante para la provincia.

Más adelante aparecen las referencias particulares al derecho a la salud. La Carta Magna provincial promueve la protección del trabajador cuya salud debe ser garantizada en el lugar de trabajo. Además, establece que debe proveérsele de “indemnizaciones adecuadas y seguros a cargo del empleador sobre los riesgos profesionales y a la rehabilitación integral por incapacidad” (28). La Constitución, reconociendo el alto porcentaje de trabajadores rurales en la provincia, dispone que se les proporcione vivienda higiénica y “decorosa”.

Por otro lado, el texto constitucional exalta la protección integral que debe reservarse a la familia y, de modo especial, a la maternidad, a las madres solteras y adolescentes (29), a las/os niñas/os, a la juventud, a la ancianidad (30) y a las personas en situación de discapacidad (art. 35). De conformidad con el segundo inciso del art. 35, los niños tienen derecho a la nutrición suficiente, al desarrollo armónico y a la salud. Por su parte, el inciso quinto señala que el Estado debe garantizar la prevención, asistencia y el amparo *integral* de las personas con discapacidad, debe promover “una educación temprana y especializada, terapia rehabilitadora y la incorporación a la actividad laboral y social en función de sus capacidades”.

El deber de legislar en materia de salud se presenta de manera dual en los órdenes provincial y municipal. Así es que la Cámara de Diputados provincial es titular del deber de desarrollar la legislación tendiente a garantizar la salud pública (art. 119) y los municipios poseen la facultad de dictar ordenanzas y reglamentaciones sobre los servicios públicos, salubridad, higiene, la protección

(28) La referencia a la salud del trabajador era más amplia en la Constitución de 1951. Allí se promovía no sólo la higiene y la seguridad en el trabajo sino también el cuidado de la salud física y moral de los individuos y se sostenía que el régimen de trabajo debía posibilitar la debida oportunidad de reposo. Además se afirmaba el “derecho al bienestar” que consiste en la posibilidad de disponer de “vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas [en términos similares a los utilizados por el Comité DESC en la Observación No. 14], de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales, impone la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos o indirectos que permita el desenvolvimiento económico”. En lo que respecta a la seguridad social, se consagraba expresamente el derecho a ser amparado frente a los infortunios o a la aparición de una discapacidad, en consecuencia se promovía “la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria (...)” (cf. art. 5º, 6º y 7º de la Constitución del Chaco sancionada en 1951).

(29) Pareciera ser que en la reforma de 1994 se tuvo presente del incremento de los casos de embarazo adolescente haciendo la aclaración en el texto constitucional, pues en la Constitución anterior de 1951 se hacía referencia a la protección de la madre sin diferenciar en rangos de edad según tasa de fecundidad.

(30) La protección de la ancianidad se desplegaba en una multiplicidad de derechos enumerados en la Constitución de 1951 que incluía el derecho a la vivienda (es decir a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas), a la alimentación sana y adecuada a la edad y estado físico de cada uno, al vestido, al cuidado de la salud física y de la salud moral, al esparcimiento para sobrellevar “las horas de espera”, al trabajo (si la salud lo permitiera), a la tranquilidad “en los últimos años de su existencia” y al respeto. Además, se consagraba el “Derecho a la asistencia” de los ancianos por cuenta de su familia. Se agregaba que “En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creadas o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de la subrogación del Estado o de dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes”.

del ambiente y de los intereses colectivos y la asistencia social (art. 205). En aras de efectivizar el acceso a la salud, el gobierno de la provincia puede celebrar convenios diversos con la Nación y con las otras provincias así como acuerdos regionales e internacionales (Cláusula federal constitucional, art. 13) (31).

El articulado constitucional provincial, en consonancia con el nacional, incorporó, en 1994, la protección del derecho a la salud de los usuarios y consumidores (art. 47) y del medio ambiente. En efecto, se establece el derecho a la “salud ambiental” y a vivir en un medio ambiente sano y adecuado para el desarrollo humano, así como el derecho a participar en las decisiones públicas susceptibles de afectarlo. Como correlato de este derecho, las autoridades provinciales deben disponer medidas dirigidas a preservar el medio ambiente y los recursos naturales (art. 38). Asimismo, toda persona posee legitimación activa para accionar en defensa de los intereses ambientales y ecológicos.

Finalmente, la Constitución establece que las rentas y los bienes municipales afectados a obras y servicios públicos como la salud y la acción social son inembargables (art. 199).

III. EL SISTEMA DE SALUD EN CHACO

Conforme se ha indicado precedentemente, la organización del sistema de salud en Argentina está signada por el sistema federal que consagra la Constitución Nacional. Ello implica que el sistema de salud se encuentra fragmentado en dos dimensiones: i) una geográfica (descentralización provincial); y ii) otra por tipo de cobertura (público, fondos de seguridad social y prepagas). Estos tres subsistemas de salud conviven en la organización sanitaria de la provincia del Chaco.

A continuación analizaremos cada uno de ellos.

III.1. El sistema público de salud en Chaco

En la provincia del Chaco, al igual que en la totalidad del territorio argentino, existe un sistema público de salud de acceso universal y gratuito para toda la población. El espectro de usuarios reales del sistema público sanitario está conformado por 607.117 personas que no posee ningún tipo de cobertura de salud (es decir, más del 50% de la población provincial) (32).

Por su parte, la provincia del Chaco destina al sector de la salud el 11% del presupuesto provincial, es decir, 231.06 millones de pesos anuales (\$505 per cápita anual). A ello se le añade la fracción del Tesoro nacional que el Estado reserva para la provincia del Chaco con la finalidad de ejecutar los planes sanitarios a los que se ha obligado y proporcionar la asistencia necesaria (recursos técnicos,

(31) Los municipios también pueden celebrar acuerdos entre sí para realizar obras “destinadas a satisfacer el bien común”, cf. art. 201 de la Constitución del Chaco.

(32) Fuente: Censo Nacional 2010. Según este censo, el total de habitantes en la Provincia del Chaco es de 1.048.036.

medicamentos, insumos, capacitación, sistemas de información, equipamiento y obras de diversa índole). Las transferencias del Estado Nacional a la Provincia ascienden a los 50,90 millones de pesos (es decir, las transferencias representan el 9,58% respecto del gasto público provincial anual) (33).

Por otra parte, se han implementado de manera local diversos planes estatales de salud coordinados por el Estado nacional, en simultáneo con programas provinciales que buscan atender problemáticas específicas de la provincia. Hasta el 2011 había 24.329 habitantes incorporados a estos programas. La legislación federal y nacional establece un piso que la provincia debe respetar, pero ello no inhibe (sino más bien debería incentivar) a la provincia a construir un nivel más robusto para la provisión de los servicios sanitarios (34).

III.1.1. La participación provincial en el FESP

La provincia participa en el Programa Nacional “Funciones esenciales y programas de salud pública” (FESP) que fue lanzado en el año 2007 y, posteriormente, reformulado en el año 2012. A través de este programa, el Estado Nacional se compromete a brindar apoyo a las jurisdicciones provinciales en la implementación “de estrategias de intervención orientadas a aumentar la cobertura, la gobernanza, la eficiencia y la infraestructura de salud pública de siete programas federales de salud pública seleccionados, y reducir la exposición de la población a factores de riesgo seleccionados asociados con enfermedades no transmisibles”, a partir de un enfoque de la salud basado en la participación social, la prevención y la promoción de hábitos saludables de vida. Los programas seleccionados en el FESP II actualmente vigentes para combatir las problemáticas más urgentes son los siguientes: Enfermedades no transmisibles; Enfermedades evitables por vacunación; Enfermedades vectoriales; VIH/SIDA; Sangre segura; PROFE (actualmente Programa Incluir Salud); y tuberculosis (35). Por su parte, los factores de riesgo que deben ser erradicados son la obesidad, la desnutrición, el sedentarismo y el consumo de tabaco y alcohol (36).

La promoción de la participación de la comunidad parece ser una meta de la política sanitaria provincial. A su vez, ello se condice con un aspecto del derecho a la salud tal como lo establece el Comité de Derechos Económicos Sociales y

(33) Cf. PNUD y Subsecretaría Nacional de Planificación Económica. Pueden consultarse los datos en el siguiente enlace: http://www.mecon.gov.ar/peconomica/dnper/fichas_provinciales/Chaco.pdf.

(34) Laura Clérico enuncia la función “constructiva” de la distribución de competencias entre el Estado Nacional y el provincial. Así sostiene que esto “requiere ser interpretado como facilitador del cumplimiento de los derechos *para mejorar* el piso que fijan las normas de derecho federal y nacional. En ausencia de protección provincial eficaz se aplican los estándares que surjan de las normas federales y nacionales hasta que las provincias consoliden sus propios medios de protección que se acerquen y superen los estándares de fuente federal.” Cf. CLÉRICO, LAURA, 2010, op. cit.

(35) El FESP I (dictado en 2007) incluía además el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; los programas de Enfermedades transmisibles/emergentes como la Influenza aviaria en humanos, hantavirus y otras; y el Programa Federal de Chagas. Analizamos la problemática del Chagas en la provincia en el apartado IV.4.

(36) Algunas de las líneas de acción de los FESP serán desarrolladas en el apartado III.1.1.

Culturales en la Observación General 14. Allí se sostiene que las comunidades deben poder intervenir en el diseño de las políticas sanitarias pasibles de afectarlas en cuestiones tales como la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias dirigidas a mejorar la salud (37). Estos objetivos se encauzan primordialmente a través del Plan de Municipios Saludables y la ejecución de los Centros de Atención Primaria de la Salud (CAPS). En cuanto a los primeros, los municipios deben cumplir una serie de prerrogativas para alcanzar el grado de “Municipio Saludable”. Este municipio estaría en condiciones de encarar integralmente “los factores que determinan y condicionan negativamente el estado de salud con políticas públicas adecuadas, definidas de forma participativa e intersectorial para reducir las brechas de inequidad existentes en sus territorios”. Estos factores están relacionados con los modos de vida, las condiciones socioeconómicas de la población, los sistemas y servicios de salud y el medio ambiente.

En lo que hace a la organización del sistema de salud, cabe destacar que aquellas personas que carecen de cobertura de salud ingresan al sistema sanitario por medio de los hospitales y de los CAPS, a los que hemos hecho referencia en líneas anteriores. En la Provincia del Chaco existen un total de 133 CAPSs, es decir, un CAPS por cada 4.898 personas aproximadamente que carecen de cobertura formal de salud (38). Los CAPSs constituyen una forma de descentralización de la atención de la salud de la población que permite alivianar las tareas de los hospitales. Tiene el propósito de alcanzar a todas las personas, en particular a aquellas que se encuentran alejadas de los centros urbanos y que, en muchos casos, se ubican en la franja de las necesidades básicas insatisfechas. La política de prevención de enfermedades atraviesa la organización de los CAPSs que, en esta línea, están pensados para la atención de problemáticas de salud de menor complejidad (entre ellas, control de embarazo y de la salud en niños menores al año, traumatismos osteoarticulares menores, enfermedades de las vías respiratorias, diarrea, parasitosis intestinal y algunas patologías crónicas como la diabetes, la hipertensión arterial, etc.), reservando a los hospitales los tratamientos de mayor complejidad y gravedad. Es por ello que “en teoría, constituyen la unidad inicial del sistema de salud público, en la medida en que representan la puerta de entrada natural de los usuarios a él” (39). Por dicho motivo, su ubicación geográfica adquiere gran importancia, en especial para aquellas personas en condiciones de pobreza que no cuentan con otra opción más que atenderse en ellos. En consecuencia, una falla en la distribución de estos CAPS podría constituirse en un obstáculo para el acceso a la salud de las personas en condiciones de vulnerabilidad social.

(37) Véase Comité DESC, Observación General 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 22º período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), especialmente el párrafo 54.

(38) MACEIRA, DANIEL; OLAVIAGA, SOFÍA; KREMER, PEDRO y CEJAS, CINTIA, “Centros de Atención Primaria de la Salud: radiografía de su distribución en la Argentina”, en *Serie Políticas Públicas Análisis N° 30*, Salud, CIPPEC, agosto 2006, disponible en: www.cippec.org.

(39) MACEIRA, DANIEL, 2008, op. cit.

III.2. Obra social provincial

En la Provincia del Chaco aproximadamente el 50% de la población con algún tipo de cobertura médica goza de la cobertura de seguro de salud otorgada por la Obra Social Provincial (40). En lo que hace a la OSP, corresponde realizar un breve relato sobre su surgimiento. La Ley local 4.044 (B.O.: 7/09/1994) crea el Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos (INSSSEP), que tiene su antecedente en el Fondo de Solidaridad Social del Instituto de Previsión Asistencial y Social, creado por medio de la Ley 32 en 1953. Ésta disponía que todo empleado y funcionario dependiente de la Administración Provincial, debiera ser considerado afiliado directo de la caja, incluyendo jubilados, pensionados y retirados. Además, se contemplaba la situación de los empleados municipales y, por ello, se facultaba a las Municipalidades a adherir a aquella ley. Este Fondo contaba con personería jurídica e individualidad financiera y dependía del Ministerio de Asuntos Sociales.

Ante la necesidad de contar con una prestación integral de servicios médicos, se sancionó en 1958 la ley 202 que dio origen a la Caja de Obra Social. Ésta funcionaba como una sección del Instituto de Previsión y Asistencia Social, y estaba destinada a cumplir los fines del Estado en materia de asistencia social de sus agentes y familiares.

Posteriormente, por medio de la ley 286/60 (que surge de la fusión de las leyes 32 y 102) se creó el Instituto de Previsión Social (IPS), del cual el INSSSEP es continuador (art. 2º). Esta normativa fue luego objeto de reformas en reiteradas oportunidades, tanto por gobiernos democráticos como de facto. Así, en 1970 la ley 286 fue modificada por la ley 1025; en 1974 por la ley 1367; cuatro años más tarde, la ley 2222 modificó a la ley 1367, entrando en vigencia en 1978. En 1985 se promulgó la ley 3100 y en 1989 entra en vigencia la ley 3525, ambas modificatorias del régimen legal del IPS.

Finalmente, fue sancionada la ley 4.044 (B.O.: 15/01/1990), que establece el actual régimen funcional del INSSSEP (también denominado Obra Social Provincial) y la conversión del IPS. Su reglamentación aún sigue en debate. Este ente tiene por objeto proteger la salud de los trabajadores en relación de dependencia con el Estado provincial y municipal. Asimismo, quedan a su cargo distintos beneficios en materia previsional y asistencial. Específicamente, la normativa dispone que a este organismo le corresponde organizar y mantener, como expresión concreta de la garantía constitucional de la seguridad social:

- a) El régimen de jubilaciones y pensiones;
- b) Las prestaciones del régimen de obra social y alta complejidad tendientes a brindar cobertura integral a los afiliados (41);

(40) Cf. PNUD, op. cit., gráfico 5.

(41) "La asistencia integral de la salud incluye la provisión de productos farmacéuticos, elementos protésicos y descartables, servicio y material de óptica, productos requeridos por pacientes crónicos y en general todos los productos y servicios prescriptos específicamente por la asistencia médica y odontológica integral o por contrato con prestadores habilitados para tal efecto. El servicio de salud a su cargo podrá ser prestado mediante convenios con prestadores y/o entidades similares,

- c) El subsidio laboral tendiente a cubrir riesgos de invalidez total o permanente, y de vida para el afiliado y sus familiares directos;
- d) El funcionamiento de la caja complementaria financiera tendiente a asegurar el equilibrio financiero del organismo y concurrir con los montos necesarios para liquidar y abonar los beneficios jubilatorios establecidos.

Asimismo, debe prestar ciertos servicios en forma obligatoria y permanente, como lo son, entre otros: la concesión de beneficios de jubilaciones y pensiones, su reajuste y/o transformación; la prestación de servicios de sepelio y la concesión de subsidios por fallecimiento —el que se abona al afiliado directo cuando se produzca el deceso de familiares afiliados indirectos o voluntarios o bien a los afiliados indirectos, por el deceso del afiliado directo—.

La cobertura a la que se ha hecho alusión comprende obligatoriamente a todos los agentes de la Administración Pública provincial y municipal, siempre que los afiliados aporten como mínimo el 5% del grupo o del escalafón para el personal administrativo de la categoría inicial, según corresponda. Es por ello que los afiliados que por su modalidad de trabajo perciban una suma mensual inferior a esta categoría mínima, deben integrar un aporte extra hasta completar el mínimo establecido.

Respecto a su organización, cabe destacar que la ley otorga al INSSSEP la calidad de ente autárquico y funcionalmente autónomo de la administración pública provincial y municipal. Cuenta con autonomía presupuestaria e individualidad económico-financiera (42).

La normativa también regula lo pertinente a la organización y dirección del INSSSEP (capítulo II, art. 7º a 27). En efecto, el gobierno y la administración del mismo son ejercidos por un directorio que está integrado por:

- a) El presidente y vicepresidente designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados;
- b) Un vocal en representación de los afiliados activos y otro en representación de los pasivos; designado por elección directa de los afiliados;
- c) Un síndico designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados y otro síndico en representación de los afiliados activos y pasivos.

Por su parte, a los efectos de cumplir con las obligaciones y funciones impuestas por la normativa, el INSSSEP cuenta con recursos propios, lo que se deriva de la autonomía presupuestaria e individualidad económica financiera a la que hemos hecho referencia precedentemente. Éstos se encuentran conformados por

privadas y públicas de la provincia y del país, y/o mediante servicios propios, preservando la libre elección del prestador por parte del afiliado" (art. 188, ley 4044).

(42) Se destina a la seguridad social el 1 % del presupuesto previsto para la salud (que a su vez conforma el 11 % del presupuesto provincial). Cf. Subsecretaría Nacional de Planificación Económica.

diversos fondos: de jubilaciones, retiros y pensiones; de obra social; de alta complejidad; de seguros y subsidios laborales; de préstamos y caja complementaria financiera, que están compuestos por diversos tipos de aportes y contribuciones. Estos recursos serían inembargables, en concordancia con lo dispuesto por el art. 199 de la Constitución Provincial.

La ley no se limita a regular únicamente lo que es pertinente a la organización del INSSSEP, sino que también avanza sobre otros aspectos de la seguridad social. Allí se dispone todo lo relacionado al régimen de jubilaciones y pensiones, al régimen de retiro y la pensión policial y del personal docente, seguros y subsidios laborales entre otros. En el título VI regula asimismo el régimen de la obra social y el de alta complejidad. Específicamente respecto a este sistema se dispone la creación del Consejo de Gestión y Auditorías, que funciona en el mismo nivel de la Dirección General de Obra Social. El Consejo de Gestión y Auditorías tiene a su cargo la fiscalización del sistema prestacional y la elaboración del sistema de prestaciones de salud; del nomenclador de prestaciones del régimen de obra social INSSSEP y del Vademécum de medicamentos, entre otros (art. 192). Por otro lado, se dispone la creación de la Gerencia de Obra Social, para lo cual se faculta al Directorio a realizar las medidas tendientes a su implementación, determinación de funciones y organización (art. 191). El Directorio ejerce las funciones de contralor y posee competencia para suspender o excluir del servicio a sus afiliados y a los prestadores, cuando transgredieren las disposiciones de la ley bajo análisis y su reglamentación, como así también los convenios celebrados y el sistema prestacional dispuesto.

La norma distingue y define también cuatro tipos de afiliados, a los que se destina la cobertura de la obra social. Estos son los afiliados obligatorios directos, indirectos, voluntarios y adherentes.

En primer lugar, son afiliados directos y obligatorios:

- a) Los mandatarios, diputados, concejales, ministros, secretarios, subsecretarios, funcionarios que desempeñan cargos con acuerdo legislativo y magistrados judiciales;
- b) Los funcionarios, agentes técnicos, auxiliares administrativos y de servicios del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la provincia y de las municipalidades, reparticiones autónomas, autárquicas, centralizadas, descentralizadas. Los representantes del Estado provincial ante las empresas que éste sea parte y quienes desempeñen cargos permanentes, transitorios, supernumerarios y por contratación;
- c) Los jubilados, retirados y pensionados del INSSSEP (arts. 54 y 190).

Por su parte, los afiliados indirectos son los integrantes convivientes del grupo familiar del afiliado obligatorio (43) y los afiliados voluntarios consisten en

(43) La categoría de afiliados indirectos incluye: el cónyuge o concubino/a, incluido el conviviente del mismo sexo; los hijos solteros menores de dieciocho años; los hijos solteros hasta veinticinco años de edad, que sean estudiantes del nivel secundario, terciario o universitario; los hermanos e hijos de cualquier edad, carentes de recursos propios y a cargo del afiliado, que estuviesen física

los ascendientes, descendientes o colaterales del afiliado directo y obligatorio (art. 56 bis). Por último, son afiliados adherentes los que se incorporen individualmente o por convenios suscriptos con asociaciones profesionales, organizaciones gremiales y particulares que permitan el ingreso de este tipo de afiliado (art. 5º, incs. b y 57).

Finalmente, los gastos que demandan las prácticas médico-quirúrgicas de alta complejidad (es decir, las que exceden de las prestaciones habituales) se solventan con los recursos provenientes del Fondo de Alta Complejidad, solamente pueden acceder a ella los afiliados directos y obligatorios y los indirectos. Para poder hacer uso de éstas, la norma dispone que se requiera previamente la autorización de la Gerencia de la Obra Social y la opinión fundada del Consejo de Gestión y Auditorías.

III.3. Sistema de medicina prepaga

En materia de medicina prepaga corresponde recordar que, luego de varios años de debates, fue sancionada la ley nacional 26.682 (B.O.: 27/05/2011) que brinda un marco regulatorio a la actividad de las empresas privadas de seguros médicos (44). Conforme su articulado, esta norma es de orden público y, por lo tanto, rige en todo el territorio nacional (art. 28) (45). La ley obliga a las empresas de medicina prepaga (tanto como a las obras sociales) a garantizar las prestaciones que integran el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) y también aquellas que fueron establecidas por la ley 24.455 (B.O.: 08/03/1995) (46). Esta última ley las obliga a cubrir, además, los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de los pacientes afectados por HIV/SIDA y de los que dependen física o psíquicamente del uso de estupefacientes.

Entre algunas empresas de medicina prepaga vigentes en la provincia cabe nombrar Cosalud, Docthos SA, Siempre SRL, Galeno, Feme Chaco Salud y Auditar Salud SH; todas ellas reguladas por la Ley de Medicina Prepaga, y por lo tanto, sujetas al poder de contralor de la Superintendencia de Servicios de Salud, la que cuenta con una delegación en la provincia.

Si bien la regulación de este tipo de empresas prestadoras de servicios de salud es materia delegada por las provincias al Estado Nacional, la legislatura chaqueña ha dictado una serie de leyes complementarias. Por un lado, la ley 7129 (B.O.: 07/12/2012) implementa el Sistema Provincial de Cuidados Paliativos en el ámbito de la provincia, a fin de mejorar la calidad de vida de los pacientes de

o psíquicamente incapacitados, y que no gozaren de otra cobertura de obra social; y los menores a cargo (art. 56).

(44) El análisis del régimen aplicable a la medicina prepaga no debe limitarse a la Ley 26.682, sino que debe comprender también los Decretos 1991/2011, 1993/2011; y las Resoluciones 055/2012, 146/2012 y 174/2012.

(45) CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA; SCIOSCIOLI, SEBASTIÁN y ALDAO, MARTÍN, "Subsistema privado. Incluye comentario a la nueva ley de prepagas", CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

(46) La Ley Nacional 24.455 (B.O.: 8/03/1995) establece una serie de prestaciones obligatorias que deben cubrir las obras sociales.

cualquier edad —y sus familiares— que padecen enfermedades que constituyen una amenaza a la vida y que no responden al tratamiento curativo. Esta normativa convoca a todas las obras sociales y planes de medicina prepaga reguladas dentro del ámbito de la Provincia del Chaco a incorporar la cobertura prestacional en cuidados paliativos. Esta cobertura incluye la atención paliativa del enfermo con internación, ambulatoria, domiciliaria o bien en hospedajes o casas de cuidados. Finalmente, la ley 6031 (B.O.: 23/11/2007) impuso, tanto a la Obra Social Provincial como a las entidades de medicina prepaga locales, el tratamiento de la obesidad como una prestación obligatoria (47).

IV. LEYES ESTRUCTURANTES DEL SISTEMA DE SALUD PROVINCIAL

La Provincia generó paquetes normativos (48) de medidas disímiles para regular la implementación de los programas nacionales en el ámbito local. En ocasiones, éste existía con anterioridad al nacional, en otros casos se observa de manera nítida el seguimiento de la Provincia de las directivas nacionales. Veamos cómo se coordinan ambas dimensiones en el sistema federal sanitario argentino.

IV.1. Leyes sobre discapacidad

Conforme a la Primera Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad, un 6% del total de la población de la Provincia del Chaco experimentaba en el año 2002 algún tipo de discapacidad. De ahí la importancia de analizar la forma en que la Provincia del Chaco ha decidido abordarla situación de las personas con discapacidad desde el punto de vista legal.

En el año 2010 se sancionó en la Provincia del Chaco la ley 6477, reglamentada por el Decreto 1837/11 (B.O.: 21/09/2011), que establece un régimen integral de protección y también de inclusión de las personas con discapacidad (49). La ley menciona explícitamente en su artículo 3º que la Provincia del Chaco adhiere

(47) En este punto es importante destacar que la norma provincial antecedió a la Ley Nacional 26.396 (B.O.: 03/09/2008) que incorporó al PMO la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios.

(48) Respecto a este acápite, cabe destacar que una parte considerable de la búsqueda normativa se realizó a través del portal virtual Legisalud (www.legisalud.msal.gov.ar), del sitio del gobierno chaqueño (<http://portal1.chaco.gov.ar>) y del Ministerio de Salud Pública provincial (<http://www.chaco.gov.ar/ministeriosalud>). La desventaja que denota Legisalud es la falta de actualización de las normas, lo que puede generar confusiones en torno a la vigencia o no de una ley. En consecuencia, crea dificultades (evitables) para acceder al conocimiento sobre el derecho a la salud en la provincia, en el caso concreto esto significa un menor o nulo acceso a los servicios de salud. Sobre este punto concluimos que no se facilita el acceso a la información sobre normas estructurantes sanitarias lo que se traduce en un déficit en clave de efectividad del derecho a la salud. En efecto, uno de los aspectos esenciales que implica el ejercicio del derecho a la salud es el acceso a la información, cf. Comité DESC, *Observación General 14*, párr. 12.

(49) Cabe destacar que la Ley 6477 tiene como antecedente a la primera Ley provincial de “Protección Integral de Personas Discapacitadas” (Ley 3208, B.O.: 24/11/1986), dictada seis años después de la sanción de la Ley Nacional 22.431 (B.O.: 20/03/1981) que es la norma que regula a nivel nacional el sistema de protección de las personas con discapacidad.

a la ley nacional 24.901 (B.O.: 05/12/1997) que establece los Sistemas de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad.

Según su artículo 93, además, sus disposiciones son complementarias a aquellas normas vigentes que otorguen mayores derechos a las personas con discapacidad (principio *pro persona*).

La ley hace hincapié en que las dificultades que sufren las personas con discapacidad, en forma de limitación o restricción, les impiden o dificultan desenvolverse en su vida cotidiana y participar plena y efectivamente en la sociedad en condiciones de igualdad con las demás personas (arts. 5º y 6º). Teniendo en cuenta estas dificultades, establece que el objetivo de la normativa es asegurar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos en condiciones igualitarias a las de todas las personas, y por tanto, obligar al Estado provincial a garantizar su participación e intervención en todas las cuestiones relacionadas a la temática de la discapacidad contemplada en la ley, en forma individual o agrupada (50).

La ley 6447 enuncia en su primera parte una serie de principios rectores que deberán cumplirse en el marco de su aplicación, por ejemplo, el ejercicio de actos de manera autónoma y su participación de la comunidad. Además, la ley busca garantizar a estas personas la igualdad de oportunidades: se prohíbe el ejercicio de discriminación directa o indirecta originada en alguna discapacidad y se promueve la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas que sufren para su participación plena en la sociedad. Se propicia, a su vez, que se garantice el fácil acceso de las personas con discapacidad a los distintos tipos de servicios, actividades, a la información, a la documentación, y que los bienes y objetos que se produzcan puedan ser utilizados por todas las personas de la forma más natural posible y en condiciones de seguridad y comodidad. Finalmente, se promueve la participación de las personas con discapacidad, sus familias y organizaciones de la sociedad civil que las representan en la elaboración, ejecución y seguimiento de las políticas públicas desarrolladas por la autoridad de aplicación.

En este contexto, cobra importancia el concepto de accesibilidad, mencionado en el título VIII de la ley 6477. Sus disposiciones establecen obligaciones al Estado provincial que tiendan a garantizar la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan desarrollar las actividades de la vida cotidiana en condiciones de seguridad y autonomía, “sin restricciones derivadas del entorno físico urbano, arquitectónico y del transporte, en condiciones igualitarias con todos los ciudadanos” (art. 78). Se obliga a adecuar los accesos de los edificios con acceso al público en atención a las necesidades de las personas con discapacidad que utilicen ayudas técnicas, tanto en edificios del Estado provincial como en los des-

(50) Este propósito de facilitar la inclusión en los distintos ámbitos de la vida en sociedad y en los debates acerca de sus derechos y el acceso a servicios y tratamientos que les permitan desarrollar plenamente su personalidad y plan de vida se deja traslucir, también, en otras normas provinciales que contienen disposiciones sobre discapacidad, como por ejemplo la Ley 6691 de Educación Provincial (B.O.: 15/12/2010), entre otras.

tinados a empresas privadas de servicios públicos. Además, se obliga al Estado Provincial a facilitar a las personas con discapacidad el acceso a la información pública a través de medios alternativos de comunicación.

Existen, a su vez, leyes provinciales especiales que contienen disposiciones específicas respecto de las formas de comunicación y lenguaje de personas discapacitadas y su derecho al acceso de información. Por ejemplo, a través de la ley 5168 (B.O.: 10/01/2003), la Provincia del Chaco reconoce el valor cultural de la lengua de señas como una forma de identidad personal y social y como un derecho lingüístico de las personas sordas e hipoacúsicas, y como medio de superación de barreras comunicacionales e instrumento de acceso al conocimiento (51). La ley 6428, a su vez, obliga a la Legislatura provincial a la traducción al sistema Braille de leyes, resoluciones y declaraciones de interés para las personas con discapacidad visual.

La ley 6477 crea el Instituto Provincial para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y le otorga el carácter de ente autárquico del Poder Ejecutivo provincial. Entre otras cuestiones, el Instituto tiene a su cargo “el diseño, planificación, aprobación, coordinación, ejecución y supervisión de las políticas públicas y acciones que propicien y faciliten la prevención, atención, protección integral e inclusión en la vida económica, política, cultural y social de las personas con discapacidad, alentando su participación en todos los niveles y ámbitos de decisión, y promoviendo ante las autoridades e instancias competentes los mecanismos necesarios para ello” (art. 10). Es función y obligación del Instituto el establecimiento de mecanismos de comunicación y trabajo junto a organismos no gubernamentales de la sociedad civil dedicados a la materia.

El Instituto Provincial para la Inclusión de las Personas con Discapacidad tiene la obligación de implementar y ampliar servicios y programas en lo que respecta a la salud, trabajo, educación, vivienda y la asistencia social de las personas con discapacidad (art. 21). Se dispone expresamente que estos programas deban incorporar a los beneficiarios desde la edad más temprana posible, y que deban ser creados basándose en estudios interdisciplinarios de las necesidades y capacidades de personas con discapacidad.

En el art. 25 se establece que el INSSEP, las obras sociales, las prepagas y entidades o programas afines, son co-responsables junto con el Estado en brindar a los afiliados que demuestren la necesidad de la prestación cuya cobertura integral solicitan y que posean certificado de discapacidad, las prestaciones enunciadas en la Ley Nacional 24.901 y sus decretos reglamentarios (anexo I del Decreto 762/97, que crea el Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad).

La ley define y especifica cuáles son los servicios que el Instituto Provincial debe implementar: el título VI regula la implementación de servicios de preven-

(51) Esta norma obliga al Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, entre otros organismos, a garantizar el acceso a estas personas a una educación bilingüe-bicultural, la formación en el lenguaje de señas a sus familiares y a empleados de órganos del Estado y entidades privadas, para asegurar el ejercicio del derecho a la información.

ción y asistencia y provisión de información pública, permanente y actualizada, que deben ser garantizadas a madre y niño desde el momento de la concepción. El mismo artículo establece que las medidas de prevención que se implementen “de ninguna manera afectarán el derecho a la vida, salud e integridad física del embrión humano, consagrado constitucionalmente. Las personas con discapacidad tienen derecho a que el proceso de atención integre a su familia o a las personas que las tengan a su cuidado. En estas circunstancias se promueve que los programas de rehabilitación y procesos de atención se consideren dentro del desarrollo general de su comunidad. Asimismo, el art. 40 establece que la rehabilitación de las personas con discapacidad propenderá a que éstas desarrollen sus capacidades y aptitudes al máximo, y prohíbe que sean sometidas a prácticas o terapias que atenten contra su dignidad, derechos o formen parte de experimentos científicos, contra su voluntad. En diversos artículos se especifica que, a los efectos de determinar los tratamientos de las personas, se deberán tener en cuenta el contexto económico, social, político o cultural que puedan atenuar o agravar la disfunción de la que se trate.

Dentro del título VII (“De la Equiparación de Oportunidades”) la ley regula específica y extensivamente distintos aspectos de la vida de las personas con discapacidad: en el capítulo I, el acceso a la salud y asistencia social; en el capítulo II, el acceso a la capacitación e inserción laboral; en el capítulo III, el acceso a la educación; en el capítulo IV, el acceso al arte y la cultura; en el capítulo V, el acceso al deporte y a la recreación; en el capítulo VI, el acceso al turismo; y en el capítulo VII, el acceso a la vivienda.

La ley 6477 también dispone de normativa sobre discriminación de las personas con discapacidad, siguiendo la legislación sobre el tema en el ámbito nacional e internacional. Entre otras cuestiones, se establece que “la denegación de los denominados “ajustes razonables”, es decir todas aquellas modificaciones y adecuaciones necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos, constituyen actos de discriminación”. La ley considera que las acciones y omisiones de funcionarios públicos que impliquen el incumplimiento deliberado o negligente de las normas que tutelan los derechos de las personas con discapacidad en general, y, en particular, las que garantizan su integración, la accesibilidad y el derecho a las prestaciones, servicios y programas de salud, educación, seguridad y desarrollo social son especialmente discriminatorias (52).

IV.2. Leyes sobre enfermedades huérfanas o raras

La ley provincial 6814 (B.O.: 14/12/2011), sancionada en el año 2011, creó el Programa de Prevención, Diagnóstico, Tratamiento y Atención de Enfermedades Huérfanas o raras, aun no reglamentada por el Poder Ejecutivo provincial. En conjunto con esta norma fue sancionada, paralelamente, la ley provincial 6815 (B.O.: 01/07/2011) que crea el Registro Provincial de Enfermedades Huérfanas. Se trata de las primeras leyes sancionadas en el país que abordan la situación

(52) Para un análisis más amplio sobre el derecho a la salud y discapacidad, véase CLÉRICO, LAURA, 2010, op.cit.

de las personas que padecen enfermedades poco frecuentes. Ambas son antecedentes de la ley nacional 26.689 (B.O.: 03/08/2011) que promueve el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes, sancionada en junio del mismo año.

En su art. 2º, la norma define a las enfermedades huérfanas como aquellas que afectan a menos de un habitante cada 2000 y, además, presentan una complejidad diagnóstica, terapéutica y de rehabilitación. Esto se intensifica, pues suele ocurrir que los pacientes y sus familias no disponen de los recursos para afrontarlas (cuando se trata de enfermedades raras) como así, en los casos de aquellas enfermedades que son más comunes, comunicables y afectan principalmente a personas que habitan en países en vías de desarrollo (enfermedades olvidadas). Se trata de enfermedades que, en general, implican un alto costo de atención. La ley establece, en este sentido, que este costo debe ser considerado en la planificación de los sistemas de atención “para que no existan barreras de accesibilidad, económicas, geográficas, culturales u organizativas”.

Según el art. 3º de la ley, las enfermedades huérfanas son aquellas que reúnen determinadas características. Ellas son:

- a) Prevalencia anual inferior al cinco por cada diez mil pacientes (5/10.000).
- b) Dificultades para la detección, diagnóstico y tratamiento.
- c) Carencia u obstáculos para la obtención de medicamentos específicos.
- d) Consecuencias invalidantes, permanentes o transitorias, para la persona afectada.

La ley obliga al Estado provincial a garantizar la salud de los afectados en condiciones de calidad, accesibilidad y oportunidad (Universalidad). Además se prevé la creación de un mecanismo para coordinar las acciones de la sociedad civil, las organizaciones privadas y públicas y los entes especializados, tanto nacionales como internacionales, con la finalidad de “*potenciar y maximizar las acciones que tiendan a prevenir, promover, educar*” sobre las enfermedades raras y proteger los derechos de las personas que las padezcan (Solidaridad). Se establece, a su vez, que las familias, la sociedad y el Estado son co-responsables en garantizar los derechos de los afectados. Por lo tanto, deberán propiciar la existencia de ambientes que les sean favorables, con el objetivo de generar condiciones adecuadas que coadyuven a su incorporación, adaptación e interacción en la sociedad, tanto en el ámbito público como en el privado (Corresponsabilidad). Finalmente, la ley obliga al Estado provincial a promover las condiciones y a adoptar las medidas necesarias para que las personas que padezcan enfermedades huérfanas gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación en el acceso a los servicios y, asimismo puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad real y efectiva, respecto de las demás personas.

La ley establece la obligación, a cumplir por el Estado provincial a través del Ministerio de Salud, de coordinar con el INSSEP la inclusión de estas enfermeda-

des en el Fondo de Alta Complejidad (FAC), con el objetivo de que todo el proceso de tratamiento de la enfermedad sea cubierto, sin costo para el paciente y para la familia. En efecto, la obra social provincial tendrá la obligación de cubrir los costos que generen los tratamientos a los beneficiarios. Es importante destacar que, según el art. 6º de la Ley Nacional 26.689, que aborda el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes establece que, tanto las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 (B.O.: 20/01/1989) y 23.661 (B.O.: 20/01/1989), como las entidades de medicina prepaga y todos los agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados, independientemente de la cobertura jurídica que posean, están obligados a brindar cobertura asistencial a las personas que padezcan este tipo de dolencias.

La ley establece luego una serie de obligaciones a cargo de Estado provincial en materia de prevención, tratamiento, desarrollo de investigaciones, producción de medicamentos y divulgación de información sobre enfermedades huérfanas. Es interesante destacar que, cuando se trata de la ejecución de acciones tendientes al cumplimiento de estas obligaciones, la ley hace un fuerte hincapié en el deber del Estado de coordinar su accionar con instituciones y organismos públicos o privados y, en particular, con universidades nacionales y privadas.

El Estado Provincial deberá, a su vez, promover, coordinar e implementar el desarrollo de investigaciones relacionadas a las enfermedades huérfanas, fármacos o terapias que favorecen una mejor calidad y expectativa de vida a los pacientes y sus familias en conjunto con universidades nacionales y organismos públicos y privados, nacionales o internacionales. Finalmente, se establece que el Programa de Enfermedades Huérfanas deberá diseñar estrategias que tiendan a la inclusión e integración social de aquellas personas que las padezcan y que les faciliten, entre otras cuestiones, el acceso a bienes y servicios, a educación y al mercado laboral.

Por su parte, la ley 6815 (B.O.: 01/07/2011) crea el "Registro Provincial de Enfermedades Huérfanas". El objetivo de este Registro es cumplir con las obligaciones y necesidades de información que permitan conocer la incidencia, prevalencia, supervivencia y todos los aspectos relacionados con los enfermos ya diagnosticados o tratados con patologías de una Enfermedad Huérfana. En su art. 2º, la ley enumera los requisitos con los que debe cumplir el Registro. Entre otras cuestiones, se deberán mencionarse los síntomas, causas y características epidemiológicas de cada patología, así como las medidas preventivas que deben ser tomadas en cada caso y toda información sobre los tratamientos estándar, ensayos clínicos y laboratorios especializados en el ámbito nacional e internacional. Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública de la Provincia instrumentar el funcionamiento del Registro, de manera que los pacientes o su grupo familiar sean objeto de discriminación (art. 3º).

IV.3. Las leyes de salud reproductiva y sexual en la provincia

Diversas normas regulan en la Provincia las cuestiones vinculadas al acceso a la salud sexual y la salud reproductiva: la ley 3516 (B.O.: 08/12/1989) sobre la prevención, control y asistencia integral de las enfermedades de transmisión

sexual; la ley 4276 que estableció el Programa de Educación para la Salud y Procreación Humana Responsable en el ámbito provincia, su modificatoria (la ley 5409) y el Decreto Reglamentario 462/97 (B.O.: 07/04/1997); y la ley 5811 (B.O.: 01/12/2006) que ordena la inclusión de la educación sexual integral como contenido de enseñanza obligatorio en los establecimientos educativos con carácter obligatorio.

Por su parte, en lo que hace a la regulación del HIV, se presentan siete normas, algunas de las cuales ya fueron nombradas en el párrafo precedente: la ley 3499 (B.O.: 20/07/1990) que establece la obligación de realizar determinadas pruebas de diagnóstico en los procedimientos de donación de sangre y de trasplante de órganos; las leyes 3516, 4276 y 5409 —y en consecuencia el Decreto 462/97—; la ley 4793 (B.O.: 27/10/2000) que ordena a las obras sociales la cobertura de tratamientos de los retrovirus humanos, el SIDA y las enfermedades intercurrentes, y por medio de la cual la provincia adhirió a la Ley Nacional 24.455 (B.O.: 08/03/1995) (53) y al Decreto Reglamentario 580/95 (B.O.: 18/10/1995); y la ley 6292 (B.O.: 30/01/2009) que crea el Programa Provincial de Jóvenes Líderes para la Prevención del VIH Sida y Enfermedades de Transmisión Sexual.

Con anterioridad a la sanción de la Ley Nacional sobre Salud Reproductiva y Salud Sexual (2002), el 10 de abril de 1996 la legislatura provincial había sancionado la ley 4276 bajo la denominación de “Programa de Educación para la Salud y Procreación Humana Responsable para la Provincia del Chaco”. Esta fue publicada recién cinco meses después, con un veto y algunas modificaciones en el ínterin (B.O.: 27/09/1996) (54). A través del Programa “se pondrá a disposición de la población, la educación, información, métodos y prestaciones de servicios que garanticen el derecho humano a decidir libre y responsablemente las pautas inherentes a su salud sexual como así también y antes de la concepción de la vida, en lo concerniente a la procreación humana responsable en concordancia con la legislación de fondo vigente” (art. 1º) (55). En el siguiente artículo se enumeran los objetivos de la ley:

- a) Capacitar agentes de salud, educación y de desarrollo social para informar, asesorar en temas de sexualidad, procreación humana, anticoncepción, SIDA y ETS;
- b) Propiciar la existencia de profesionales capacitados en reproducción y sexualidad en los centros de salud, en sus diferentes niveles de complejidad;

(53) Ver *supra* nota 46.

(54) El Programa se subdivide en diversas secciones: Maternidad e Infancia, Educación para la Salud, Epidemiología, Salud Escolar, Servicio de Ginecología y Obstetricia y el Programa de Enfermedades de Transmisión Sexual y S.I.D.A.

(55) Téngase en cuenta que en aquella época existían fuertes restricciones al acceso a los métodos de control de natalidad. Sobre la historia de la salud sexual y reproductiva en Argentina, véase el informe del Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva en http://www.ossyr.org.ar/linea_tiempo.html.

- c) Promocionar campañas de difusión sobre temáticas de: paternidad responsable, procreación humana responsable, sexualidad, enfermedades de transmisión sexual y SIDA;
- d) Coordinar acciones con diferentes organismos públicos, interjurisdiccionales, privados y no gubernamentales, que por su naturaleza y fines puedan contribuir a la consecución de estos objetivos.

Estos objetivos guardan relación con los servicios que deben ofrecer los centros asistenciales de salud pública y las obras sociales en el marco del Programa (arts. 3º y 5º): asesoramiento respecto de la salud sexual y reproductiva, sobre métodos anticonceptivos, tratamiento de la infertilidad y sobre las medidas preventivas y de tratamiento de las ETS; y la realización de estudios de prevención y de diagnóstico sobre enfermedades del aparato sexual y reproductivo.

El acceso gratuito a los diversos métodos anticonceptivos y a la información sobre su uso es estratégico cuando se trata de garantizar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de las personas. La gratuidad y la divulgación de la información de manera clara y completa también se constituyen en aliados de las políticas que buscan combatir los embarazos adolescentes y la mortalidad materna cuyas tasas en la provincia del Chaco se han mantenido regular y considerablemente por encima del promedio nacional. En efecto, el 25% de los embarazos en la provincia corresponden a mujeres y adolescentes menores de 20 años. Por su parte, en el año 2010 se registraron 7,5 muertes maternas por cada 10.000 nacidos vivos (56). Sin embargo el Programa provincial, que disponía la gratuidad en la entrega de métodos anticonceptivos, devino anacrónico una vez que la accesibilidad a la anticoncepción fue incluida en el PMO. Así, su costo debe ser cubierto al 100%, no sólo por el sistema público de salud, sino también por las obras sociales y las prepagas (Resolución 310/04 del Ministerio Nacional de Salud). Por otro lado, es preciso destacar que en la segunda mitad del año 2012 la legislatura del Chaco aprobó la aplicación en todos los establecimientos de la red sanitaria provincial de la "Guía para la atención de los abortos no punibles" elaborada por el Ministerio de Salud Nacional (Ley Provincial 7064, B.O.: 5/10/2012) (57). En el protocolo se describen los casos en los que los médicos deben proceder a practicar abortos no punibles.

La ley 4276 fue modificada por la ley 5409 (B.O.: 11/08/2004) que habilitó a los centros de salud públicos y privados a realizar los procedimientos quirúrgicos de Ligadura de Trompas de Falopio y Vasectomía. No obstante, como veremos a continuación, los requisitos que se establecen para acceder a dicha práctica convierten a la norma en violatoria de los principios constitucionales de igualdad y

(56) Fuente: *Indicadores Básicos*, Ministerio de Salud de la Nación y Organización Panamericana de la Salud, 2012. Disponible en el siguiente enlace: http://www.deis.gov.ar/publicaciones/archivos/indicadores_2012.pdf.

(57) Puede descargarse gratuitamente la guía en <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>.

de autonomía y contradicen las normas nacionales rectoras en la materia (leyes 25.173 y 26.130) (58).

En el primer artículo de la ley se autoriza al personal médico a realizar la Ligadura de Trompas siempre que no sean aplicables otros métodos anticonceptivos y que, a criterio médico, el embarazo o el parto futuro pongan en grave riesgo la salud o la vida de las mujeres. Es decir que una mujer que habite en la provincia del Chaco no tiene la posibilidad de optar por la Ligadura de Trompas como método de planificación familiar sino que podrá consentir la práctica —previamente autorizada por un profesional— sólo si su salud está en peligro. Así, esta norma tiene como efecto que las mujeres no puedan ejercer el pleno control sobre su cuerpo y su sexualidad así como tampoco puedan decidir por sí mismas tener o no hijos (hayan sido madres o no). A continuación, el art. 2º de la norma establece los dos requisitos que deben observarse para que los médicos puedan realizar el procedimiento quirúrgico de la vasectomía: (a) que el varón presente el consentimiento informado y por escrito; y (b) no sea clínicamente factible de practicar la Ligadura de Trompas de Falopio a su cónyuge o concubina. Se concluye que los requisitos habilitantes para realizar la intervención contraceptiva permanente difieren según se trate de mujeres o de varones. Cuando se trata de una mujer, el médico tiene que avalar que un futuro embarazo podría poner en “grave riesgo” su salud o su vida (59). Pero cuando se trata de un varón, lo que hay que confirmar es si su cónyuge o concubina puede realizarse la Ligadura de Trompas para evitar la intervención sobre el cuerpo de los varones, aunque, en cambio, sí se acepta la intervención en el cuerpo de las mujeres. Por otro lado, el régimen provincial establece mayores recaudos que el nacional, por lo que se dificulta —en lugar de facilitar— el acceso a las prácticas de planificación familiar.

Además, el art. 1º de la ley reconoce al derecho de los médicos a negarse a realizar ligaduras de trompas, “lo que no inhibe a los Centros de Salud públicos y privados a procurar la práctica por otros profesionales médicos que no expongan y acrediten similares objeciones”. Si analizamos esta disposición a la luz de los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, la realización de este tipo de intervenciones quirúrgicas no es una facultad sino un deber de los médicos. El presunto derecho a objetar la conciencia podría ser fuertemente cuestionado (60).

(58) La Ley Nacional 26.130 (B.O.: 26/08/2006) establece el “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”. Allí se determina que toda persona mayor de edad y capaz tiene derecho a acceder a la realización de la Ligadura de Trompas de Falopio o la Vasectomía cuyo costo debe ser cubierto al 100% por el sistema público de salud, el de obras sociales y el de medicina privada. El único requisito exigible es que preste el consentimiento previo, informado y escrito. También ver la Resolución 755/2006 de la Superintendencia de Servicios de Salud que incorporó ambos procedimientos quirúrgicos al PMO.

(59) El estándar de “grave riesgo para la salud o para la vida” en general, ha sido interpretado de modo restrictivo cuando se trata de la vida o la salud de una mujer y lo que está en juego es el derecho a decidir sobre su cuerpo.

(60) Compárese con la redacción de la Ley Nacional 26.130 (art. 6º): “Toda persona, ya sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1º de la presente ley. La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que

Es evidente, entonces, que la ley 5409 establece un trato desigualitario entre varones y mujeres, y además coloca en una situación desventajosa a las mujeres habitantes del Chaco frente a las mujeres habitantes de otras provincias. Aún más grave es que los requisitos que impone para que las mujeres puedan acceder al tratamiento de Ligadura de Trompas, o los estudios a los que deben someterse para procurar que los varones puedan practicarse la vasectomía, puede ser encuadrado dentro del concepto de violencia hacia la mujer establecido en el art. 1 de la Convención de Belém Do Pará (61). En suma, la vigencia y aplicación de la Ley Provincial 5409 podría hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

A fines del año 2006 la Legislatura chaqueña sancionó la ley 5811 (B.O.: 01/12/2006) que ordenó la inclusión de la educación sexual en los programas de enseñanza de los establecimientos educativos provinciales públicos y privados de todos los niveles. Estos contenidos deben brindarse en el marco de la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (ley 26.061, B.O.: 26/10/2005), el Programa Nacional de Educación Sexual Integral (creado en octubre de 2006) (62), la Ley Provincial de Educación 4449 y la ley 4276 anteriormente referida. Precisamente la ley 5811 viene a materializar la aplicación del Programa Nacional de Educación Responsable en la jurisdicción provincial (63). Dentro de los objetivos se contempla “garantizar la enseñanza de los contenidos sobre salud sexual, los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva de género, promoviendo el respeto a la diversidad y la no discriminación”; promover “valores y actitudes que posibiliten encarar la sexualidad, en tanto parte de nuestra identidad como seres humanos, de manera positiva, segura, proporcionando información específica, sobre conducta sexual responsable y sin riesgo”; brindar conocimientos para “la adopción de decisiones y comportamientos responsables sobre la procreación, la maternidad, la paternidad, prevención del embarazo adolescente, la morbilidad materna, el aborto y las enfermedades de transmisión sexual”; “informar y sensibilizar para la prevención del mal-

corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata.” Ver sobre salud y objeción de conciencia ALEGRE, MARCELO, “¿Opresión a conciencia? La objeción de conciencia en la esfera de la salud reproductiva y sexual”, CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

(61) Convención de Belém Do Pará, art. 1º: “(...) debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

(62) A través de la Ley Nacional 26.150 (B.O.: 2/10/2006).

(63) El art. 8º de la ley 26.150 establece que cada jurisdicción implementará el Programa a través de: “a) La difusión de los objetivos de la presente ley, en los distintos niveles del sistema educativo; b) El diseño de las propuestas de enseñanza, con secuencias y pautas de abordaje pedagógico, en función de la diversidad sociocultural local y de las necesidades de los grupos etarios; c) El diseño, producción o selección de los materiales didácticos que se recomiende, utilizar a nivel institucional; d) El seguimiento, supervisión y evaluación del desarrollo de las actividades obligatorias realizadas; e) Los programas de capacitación permanente y gratuita de los educadores en el marco de la formación docente continua; f) La inclusión de los contenidos y didáctica de la educación sexual integral en los programas de formación de educadores”.

trato, abuso sexual, delitos y todo tipo de violencia, discriminación, acoso, hostigamiento, humillación que atenten contra la integridad y la diversidad sexual” y “fomentar la responsabilidad individual, familiar y social en el ejercicio de los derechos sexuales, reproductivos y el respeto mutuo entre géneros”. En el mes de abril de 2013 la ley fue modificada y se incorporaron dos objetivos: por un lado, se hace referencia al currículo oculto como un espacio en el que circulan “los mitos, creencias falsas, concepciones erróneas y prejuicios transmitidos por los procesos de socialización por los que pasan las personas a lo largo de su vida, entendiendo que los agentes socializadores, tales como la familia, escuela y otros agentes influyen sistemáticamente en el desarrollo de la personalidad de las mismas, y a su vez, los mitos, creencias y prejuicios devienen no sólo de la discriminación, sino que se trata de construcciones sociales y subjetivas que originan, además de la discriminación, otros conflictos subjetivos y sociales altamente perjudiciales para el desarrollo de las personas”; y por el otro debe incorporarse en los planes de estudio de la “identidad de género y la diversidad sexual para que se conozca y aprenda a respetar todas las formas que tenemos las personas de vivir la afectividad y la sexualidad”.

IV.4. Las leyes sobre la enfermedad de Chagas

La enfermedad de Chagas es producida por el parásito *Trypanosomacruzi* que provoca serias dolencias cardíacas, afecta los sistemas nervioso y digestivo, y frecuentemente puede no ser percibida por muchos años por la persona que la padece por ser una enfermedad asintomática. El parásito es transmitido a través de las heces que deposita la vinchuca (que actúa como vector de la enfermedad) en los alimentos o en la piel humana que succiona, generalmente por las noches; por la vía congénita de madre a hijo durante la gestación; y a través de la sangre.

La enfermedad de Chagas es considerada la primera enfermedad endémica de Argentina. Según datos proporcionados en el marco del Programa Nacional de Chagas, “en Argentina habría 7.300.000 personas expuestas, 1.600.000 infectadas y más de 300.000 afectadas por cardiopatías de origen chagásico. La seroprevalencia de infección por *TrypanozomaCruzi* en embarazadas en el país fue de 6,8% en 2000 y de 4,2% en 2009. En base a estos datos, se estima que cada año nacen 1.300 niños infectados por transmisión congénita. Cabe consignar que 9/10 niños tratados en fase aguda y 7/10 tratados en fase crónica se curan. La prevalencia media de infección en niños menores de 14 años fue de 1,5% en 2009” (64).

Chaco, además de otras provincias tales como Salta, Formosa, Santiago del Estero, San Juan y Mendoza, constituye una de las regiones del país en donde existe un alto peligro de contagio, principalmente debido a un aumento en la infestación domiciliar y una alta seroprevalencia en grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. (65) Según datos del Ministerio de Salud Pública

(64) Véase el portal web del Programa Nacional de Chagas del Ministerio de salud. <http://www.msal.gov.ar/chagas>.

(65) No obstante, los movimientos migratorios han generado un aumento de infecciones en lugares donde no se encuentra el insecto.

de la Provincia del Chaco, durante el período 2004-2009, fueron reactivos a la prueba de diagnóstico de Chagas entre el 8,2 y 13,2% de los donantes de sangre, entre el 11,8 y 14,7% de las embarazadas y entre el 6 y 10,3% de los menores de 14 años (66).

La distribución de la enfermedad es desigual al interior de la Provincia. Ello puede atribuirse al hecho de que la calidad de la vivienda difiere en las distintas zonas que la integran. En este sentido, las condiciones de precariedad de las viviendas construidas con techo de paja o caña, las grietas en las paredes y la existencia de gallineros alrededor —todos lugares de refugio del insecto— aumentan la posibilidad de contagio. Por ello, las poblaciones rurales, entre ellas las comunidades criollas u originarias de la etnia Qom, —todas en condiciones de pobreza— son las más afectadas por la enfermedad. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas de los hogares indígenas alcanzaba el 66% en el año 2001 (67). El hecho de que en cerca de una cuarta parte de estos hogares haya al menos una persona que padece Chagas, pone de manifiesto la conexión existente entre la pobreza y la enfermedad. En efecto, según el Ministerio de Ambiente de la Nación, la presencia de la enfermedad se relaciona con las condiciones de las viviendas, por ello puede observarse una correlación entre el porcentaje de hogares con presencia de vinchuca y el porcentaje de población con necesidades insatisfechas. Además, la problemática se agudiza a partir de la carencia de información y difusión sobre las causas y posibles tratamientos de la enfermedad, la falta de confianza en el sistema local de salud pública —especialmente por parte los miembros de comunidades indígenas originarias— y, a su vez, la poca consideración que los centros de atención muestran respecto de las diferencias culturales (68).

La Provincia del Chaco adhirió a la Ley Nacional 26.281 (B.O.: 05/09/2007) de Prevención y Control de Todas las Formas de Transmisión de la Enfermedad de Chagas a través de la sanción de la Ley provincial 6105 (B.O.: 23/04/2008). Por ello, si bien la provincia participa del Programa Nacional de Chagas, también cuenta con un Programa propio. Este programa funciona en el marco del Ministerio de Salud Pública, y fue implementado con el objetivo de erradicar la enfermedad, proporcionar información a la sociedad sobre modos de prevención, otorgar diagnóstico y tratamiento gratuito y combatir al vector (la vinchuca) mediante el ataque químico.

(66) Cf. Dirección de Epidemiología y Dirección de Laboratorios del Ministerio de Salud de la Provincia del Chaco, citado en GÉNERO, SEBASTIÁN, et al., “Conocimientos y actitudes en relación con la enfermedad de Chagas en la población de AviaTeraí, Provincia del Chaco”, en *Revista Argentina Salud Pública*, vol. 2, núm. 9, 2011, ps. 6-10.

(67) Fuente: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, “Marco de Planificación para Pueblos Indígenas. Proyecto de Inversión en Formación Profesional Continua y Empleo”, 2006. El informe puede consultarse en http://www.trabajo.gov.ar/publicaciones/temas/pueblos_indigenas.pdf. Véase el apartado V.1. sobre la demanda iniciada por el Defensor del Pueblo de la Nación en relación a la situación de grave vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas que habitan en la provincia del Chaco.

(68) RAMÍREZ, SILVINA y PAUTASSI, LAURA, “Derecho a la salud en casos de contextos de discriminación: el caso de los Pueblos Originarios”, CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

La provincia del Chaco fue seleccionada en el año 2012 por el Programa Nacional de Chagas para implementar el uso y control de una medicación denominada AbaraxBenznidazol, que es fabricada en el país desde enero de 2012 y que constituye uno de los medicamentos más utilizados en el tratamiento de la enfermedad (69). Este plan es llevado a cabo por intermedio del Programa Provincial que se divide en tres líneas de acción: 1) diagnóstico y tratamiento; 2) información, educación y comunicación; y 3) control vectorial. Del plan se desprende una réplica a nivel local. Su objetivo es que cada una de las localidades de la provincia cuente con los recursos necesarios para erradicar la enfermedad y, a su vez, se concientice a la población para modificar costumbres que fomentan la aparición de la vinchuca en las viviendas. Los malos hábitos (como la falta de higiene, el amontonamiento de ropa u otros objetos, la presencia en el interior de la casa de gallinas, aves y perros que son picados por la vinchuca) sumados al desconocimiento sobre las vías de transmisión del virus propician la alta prevalencia de la enfermedad de Chagas. Sólo el 13,8% de la población conoce la posibilidad de infección que existe a través de la vía congénita lo que obstaculiza enormemente la posibilidad de diagnóstico y tratamiento en los niños y adolescentes, en cuya edad la enfermedad no suele adquirir características crónicas e inclusive, efectuado el diagnóstico precoz hasta el primer año de vida, es posible curar la enfermedad definitivamente (70). Además, una proporción importante de la población chaqueña desconoce que hay un tratamiento específico para contrarrestar la enfermedad de Chagas, que es gratuito y que debe ser a puesto a disposición por los servicios de salud provincial. Así, por ejemplo, el INSSSEP implementó en el año 2011 el Programa Control de Chagas que es de acceso gratuito para sus afiliados. En caso de sospecha de sufrir la enfermedad, el programa permite a los afiliados solicitar, sin necesidad de presentación de una receta o de la prescripción médica, el análisis para determinar si padecen la enfermedad, y recibir asistencia médica gratuita (71). En este sentido, la obra social cumple con el art. 7º de la Ley Nacional 26.281 de prevención y control de Chagas, que determina que los establecimientos de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga deben reconocer en su cobertura los test de diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad.

El rociado de las casas con insecticidas es útil pero no garantiza la erradicación de la enfermedad. Las estrategias dirigidas a combatir el Mal de Chagas deben orientarse también a brindar a la población el conocimiento necesario sobre las vías de transmisión y de prevención para protegerse a sí mismos y a sus familias, lo que requiere la modificación de costumbres y hábitos que facilitan que la vinchuca se aloje en las casas. La educación entonces es una herramienta

(69) V. SOSA-ESTANI, SERGIO, "El tratamiento etiológico de la enfermedad de Chagas como estrategia de salud pública", en *Revista Argentina Salud Pública*, vol. 3, núm. 11, 2011.

(70) Cf. GÉNERO, SEBASTIÁN, et al., op. cit. A través del Programa Nacional se estableció que los servicios de salud deben realizar el examen de diagnóstico de Chagas en toda mujer embarazada, en los recién nacidos, en los hijos de madres infectadas, hasta el primer año de vida y en el resto de los hijos, menores de catorce años de las mismas madres y, en general, en niños y niñas al cumplir los seis y doce años de edad (art. 4º, ley 26.281).

(71) Fuente: INSSSEP.

fundamental porque promueve cambios permanentes en las personas (72). Entonces es imprescindible que el Estado garantice condiciones sociales adecuadas y provea a la población chaqueña de la información necesaria para impedir el alojamiento de la vinchuca en las casas.

V. EL ROL DEL PODER JUDICIAL

En materia de exigibilidad de derechos fundamentales, como lo es el derecho a la salud, el poder judicial cuenta con un papel fundamental. A la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que le son sometidos a su conocimiento, le corresponde buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados.

En este sentido, pasamos a analizar la sentencia por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el pedido cautelar efectuado en el marco de la causa iniciada por Defensor del Pueblo de la Nación contra el Estado nacional y la Provincia del Chaco. Este fallo reviste especial importancia toda vez que en él se condena en forma conjunta al Estado nacional y provincial a garantizar los derechos esenciales de una comunidad indígena que habitan la Provincia del Chaco.

V.1. “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento” (73)

El Defensor del Pueblo de la Nación inició una acción en instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conforme el artículo 117 CN) contra el Estado Nacional y la Provincia del Chaco en defensa de derechos fundamentales de los habitantes de la región sudeste del Departamento Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, que en su gran mayoría pertenecen a la etnia Toba. Por medio de esta acción, el Defensor del Pueblo buscó el dictado de una sentencia condenatoria, por medio de la que se ordenase a las codemandadas a adoptar las medidas necesarias para modificar la actual condición de vida de los habitantes de la región, y que, en ese sentido, se les garantice una real y efectiva calidad de vida digna, permitiendo el ejercicio de sus derechos fundamentales —como son el derecho a la vida, a la salud, a la asistencia medico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social— de manera continua y permanente, *con la mutua intervención por parte del Estado Nacional y la Provincia de Chaco* (el destacado es propio).

La demanda se fundamentaba en la situación de emergencia extrema en que se hallan estas comunidades que habitan la región. Como consecuencia de la inacción del Estado Nacional y provincial, quienes, se sostuvo, incumplieron

(72) Véase SANMARTINO, MARIANA y CROCCO, LILIANA, “Conocimientos sobre la enfermedad de Chagas y factores de riesgo en comunidades epidemiológicamente diferentes de Argentina”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 7, núm. 3, 2000.

(73) CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, D.587. XLIII., 18/09/2007.

con las obligaciones impuestas por la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales y la Constitución de la provincia del Chaco, estas comunidades se encontraban en una grave situación socioeconómica que implicaba a una grave crisis sanitaria y alimentaria. Las necesidades más básicas y elementales de la población se encontraban insatisfechas. En virtud de ello, sostuvo el Defensor, los miembros de las comunidades afectadas padecían de las enfermedades endémicas que son producto de la extrema pobreza (desnutrición, el chagas, la tuberculosis, la donovanos, broncopatías, parasitosis, sarnas, entre otras); carecían de una alimentación suficiente y acorde a sus necesidades, de acceso al agua potable, de vivienda y de atención médica necesaria.

En atención a esta grave situación denunciada por Defensor, además de la pretensión de fondo, solicitó con carácter cautelar que se ordene a las codemandadas (Estado Nacional y Provincia del Chaco) a que lleven adelante las acciones destinadas a cubrir las necesidades básicas de estos pobladores. De esta forma requirió el envío de personal idóneo y suficiente para la asistencia médica, medicamentos, alimentos y agua potable; equipos para la fumigación de plagas, ropa, frazadas, colchones —entre otros— en cantidades suficientes. Asimismo exigió que los codemandados acreditasen, en forma periódica y documentada, la concretización/ realización de acciones destinadas a cumplir con aquellas exigencias.

En materia de legitimación pasiva, el Defensor sostuvo que “(...) la firma y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los mandatos explícitos e implícitos de la Constitución Nacional y de la provincial, y las numerosas leyes nacionales y provinciales vigentes, relacionadas con los derechos fundamentales de las personas, ubican claramente a ambos estados como sujetos pasivos de la acción (...) el Estado Nacional se encuentra obligado a garantizar los derechos esenciales de los habitantes y, por lo tanto, a satisfacer, de forma concurrente con los estados provinciales o municipales, las necesidades básicas de la población, como lo son la vida y la salud, y que en particular, las disposiciones de la ley 23.302 y su decreto reglamentario 155/1989 lo ubican como responsable principal de la vigencia de los derechos de los pueblos originarios, estableciendo acciones concretas cuya ejecución encomienda a la Nación a través del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, actualmente dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación”.

En forma previa a la emisión del fallo, se corrió vista al Ministerio Público para que dictaminara respecto a la competencia de la Corte. La Procuradora General de turno, la Dra. Laura Monti, se inclina por la incompetencia de la CSJN para entender en la causa.

Esta conclusión no obsta la posibilidad del dictado de la medida cautelar solicitada por la actora en la medida en que el tribunal considere que existe peligro en la demora (conf. art. 196 CPCCN).

La Corte, decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada. En consecuencia dispuso “ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la re-

gión sudeste del Departamento general Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (...).” Sin perjuicio de ello, realizó una salvedad al respecto, indicando su decisión de otorgar la medida solicitada “más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional”.

Cabe agregar que la medida no se limita a ello, sino que además decidió: “(...) Requerir al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco para que en el plazo de treinta días informen al Tribunal, con relación a las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en la región sudeste del departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia: 1) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran. 2) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas. 3) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria. 4) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) Ejecución de planes de educación. 6) Ejecución de programas habitacionales.” Finalmente, convocó también a una audiencia “en la cual las partes deberán expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre el contenido del informe presentado (...)”.

VI. CONCLUSIONES

Los instrumentos normativos de la provincia del Chaco permiten reconstruir un derecho a la salud regulado bajo los estándares de respeto y garantía más altos como son los de los IIDH (cuya operatividad en la provincia es consagrada de manera expresa en el texto constitucional). No obstante, la realidad indica que existe una amplia brecha entre lo que disponen las leyes y los servicios a los que accede la población. En la provincia se evidencia una persistente exclusión de gran parte de los habitantes no sólo de las prestaciones médicas sino también de otros servicios y derechos que son inescindibles y coadyuvan al ejercicio del derecho a la salud como el acceso al agua potable, al desagüe cloacal, a una vivienda adecuada, a una dieta sana y variada. La desigualdad social, que impacta directamente sobre el acceso al sistema sanitario, es particularmente evidente en el caso de los pueblos originarios, respecto de los cuales el Estado (nacional y provincial) tiene un deber de protección reforzado pero que, sin embargo, hasta el momento ha relegado, tal como fue denunciado ante los tribunales. Entonces no basta con contar con una red legislativa amplia de derechos si no están dadas las condiciones para ejercerlos de manera efectiva y real.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, MARCELO, “¿Opresión a conciencia? La objeción de conciencia en la esfera reproductiva y sexual”, en CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

- CLÉRICO, LAURA, “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 11, núm. 1, 2010, ps. 93-118.
- CLÉRICO, LAURA, RONCONI, LILIANA, SCIOSCIOLI, SEBASTIÁN y ALDAO, MARTÍN, “Subsistema privado. Incluye comentario a la nueva ley de prepagas”, CLÉRICO, LAURA, RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- CUYUL, ANDRÉS, “Salud indígena y políticas de salud intercultural en la provincia del Chaco”, *Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional Indígena*, 19 y 20 de abril de 2012, Chaco, Argentina.
- GÉNERO, SEBASTIÁN, et al., “Conocimientos y actitudes en relación con la enfermedad de Chagas en la población de AviaTerai, Provincia del Chaco”, en *Revista Argentina Salud Pública*, vol. 2, núm. 9, 2011, ps. 6-10.
- LARA CORREA, WALTER y MOHADEB, SERGIO, “Derecho a la salud y medidas cautelares”, en CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.
- MACEIRA, DANIEL, “Sistema de Salud en la Argentina”, en MACEIRA, DANIEL, et al., *El rol de la formulación de políticas sanitarias*, Fundación CIPPEC, Buenos Aires, 2008.
- MACEIRA, DANIEL; OLAVIAGA, SOFÍA; KREMER, PEDRO y CEJAS, CINTIA, “Centros de Atención Primaria de la Salud: radiografía de su distribución en la Argentina”, en *Serie Políticas Públicas Análisis N° 30*, Salud, CIPPEC, Agosto 2006.
- MORO, GUILLERMO, “Derecho a la alimentación y derecho a la salud”, en CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- PEÑA, MANUEL y BACALLAO, JORGE, “La obesidad en la pobreza: un problema emergente en las Américas”, en *La obesidad en la pobreza: un nuevo reto para la salud pública*, OPS, Washington D.C., 2000, ps. 3-11.
- RAMÍREZ, SILVINA y PAUTASSI, LAURA, “Derecho a la salud en casos de contextos de discriminación: el caso de los Pueblos Originarios”, en CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- RONCONI, LILIANA, “Nuevos desafíos al derecho a la salud por el impacto de tratamientos alternativos: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad”, en CLÉRICO, LAURA; RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- SANMARTINO, MARIANA y CROCCO, LILIANA, “Conocimientos sobre la enfermedad de Chagas y factores de riesgo en comunidades epidemiológicamente diferentes de Argentina”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 7, núm. 3, 2000.

SOSA-ESTANI, SERGIO, "El tratamiento etiológico de la enfermedad de Chagas como estrategia de salud pública", en *Revista Argentina Salud Pública*, vol. 3, núm. 11, 2011.

TORRE GERALDI, ALEJANDRA, "Pobreza rural en la provincia del Chaco. Un análisis a partir del índice de privación material de los hogares", en *Revista Geográfica Digital*, UNNE, año 9, núm. 17, 2012.

VITA, LETICIA, "Modelos de estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario", en CLÉRICO, LAURA, RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Informes y documentos

Censo Nacional 2010.

Comité DESC, *Observación General 14*, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 22º período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

Encuesta nacional complementaria de personas con discapacidad (2002-2003).

Ministerio de Salud de la Nación y OPS, *Indicadores Básicos*, 2012.

Ministerio de Salud de la Nación, *Guía para la atención de los abortos no punibles*.

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, *Marco de Planificación para Pueblos Indígenas. Proyecto de Inversión en Formación Profesional Continua y Empleo*, 2006.

Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva, *La historia de la salud sexual y reproductiva en Argentina*.

OPS, *Indicadores Básicos Provincia Chaco*, 2006.

PNUD, *Aportes para el desarrollo humano en Argentina. El sistema de salud argentino y su trayectoria de largo plazo: logros alcanzados y desafíos futuros*, 2011.

Sitios web consultados

INDEC www.indec.gov.ar.

Legisalud www.legisalud.gov.ar.

Ministerio de Ambiente de la Nación www.ambiente.gov.ar.

Ministerio de Economía de la Nación www.mecon.gov.ar.

Ministerio de Salud de la Nación www.msal.gov.ar.

Ministerio de Salud del Chaco www.chaco.gov.ar/ministeriosalud.

MEDIO AMBIENTE Y SALUD

Patricia Campana (1) y Andrés Borel (2)

I. INTRODUCCIÓN

Estamos convencidos, desde las diversas visiones interdisciplinarias del Observatorio de Salud de la UBA, que no hay una buena salud sin un digno Medio Ambiente. Éste es, sin dudas, el mayor vínculo, o el vínculo más directo que pudimos construir a través de los diversos análisis efectuados. Esta premisa, se sustenta a lo largo del presente trabajo.

1. El derecho ambiental y su vinculación con el derecho a la salud

Previo a abordar, en lo conceptual, el término ambiente, debemos afirmar que existen muchos significados y diversas miradas. Un primer abordaje que permite acercarse a la materia, es la del profesor Mario Valls cuando sostenía que, “(...) el hombre está inserto y se desarrolla en un medio que lo condiciona y, a su vez, es condicionado y modificado por su acción”, así es que, en este sentido, recordaba por entonces que “el idioma castellano no tiene todavía un término unívoco para designar ese medio condicionante y a su vez condicionado; el concepto todavía se está formando”. De conformidad con lo expuesto, “(...) cuando se pretendió expresar el concepto en castellano no se consideró suficientemente explícito el sustantivo “medio” que sugiere simplemente la idea de alojar”. Finalmente “como el destinatario final de ese ambiente es el ser humano” y en “las reuniones preparatorias de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, de 1972, se prefirió “medio ambiente humano”, que el uso simplificó finalmente en “medio ambiente” por considerar innecesario acentuar su relación con el hombre” (Valls, 1997).

(1) Contadora Pública por la UBA. Especialista en Gestión en Salud (UNLa). Diplomada en Gestión de Políticas Públicas (FLACSO). Graduada en la Carrera de Administración de Servicios de Salud, Administración Hospitalaria y Efectores Periféricos (AMM). Cursó la Maestría en Políticas y Gestión en Salud Europa-América Latina (*Università di Bologna*). Cursando la Maestría en Contabilidad y Auditoría (USAL). Miembro del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA). Auditora Interna de la Universidad Nacional de Moreno.

(2) Estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA).

El elemento sustancial del medio ambiente es la biosfera, dado que es lo primero que condiciona la existencia del hombre. Se nos impone entonces, un breve paneo de los componentes que la integran: el suelo, el agua, el aire y las especies.

Así, tanto el suelo como el agua, brindan los nutrientes que las distintas especies vegetales necesitan para subsistir. En este segmento, que existe marcada inquietud, por un lado, las degradaciones del suelo, pueden provocar alteraciones en las condiciones de la fauna y la flora, por el otro, la modificación del agua en exceso o ausencia también provocarían modificaciones en las condiciones de vida y, en consecuencia, en la fauna y flora. En cuanto al aire, brinda el oxígeno y el carbono, que requieren los organismos vivos y las plantas, respectivamente. El carbono, constituye un elemento concluyente para el clima. El exceso de éste, traducido en monóxido de carbono, desprende una toxicidad única, que hace peligrar el recalentamiento del clima. Por esta razón se sigue de cerca el incremento de la concentración de la mayoría de los gases, que generan cambios en la temperatura de la tierra. A esto se agrega, la disminución de las fuentes de absorción de los gases, pues la tala indiscriminada de bosques incrementa de manera indirecta la concentración de gases.

Por su parte, la intensificación de las actividades humanas suele dar lugar a la modificación o degradación del hábitat natural, lo que incrementa el riesgo de *desaparición genética* de muchas de las especies con las cuales se comparte el ambiente.

Los hasta aquí propiciado, no hace más que mostrar los efectos adversos, sobre los ecosistemas y la vida humana, y es esto último quizás, lo que ha variado dramáticamente la importancia y en una palabra, el peso específico, de la materia en estudio. Esto es así, en homenaje a que ya no son raras especies aquellas que requieren de nuestra toma de conciencia para no desaparecer, ni son tiempos lejanos aquellos que pondrán a una hipotética descendencia en situación de crisis por deterioro de los recursos de la naturaleza. Lamentablemente el *deterioro del medio ambiente* ejerce una *influencia menoscabante* en el mismo *ser humano aquí y ahora*.

La conciencia ha cundido y nuestra rama del derecho se halla fuertemente institucionalizada (3).

(3) La conciencia ambiental comienza a adquirir su dimensión universal con los primeros pasos que hubieron de darse para expresarla institucionalmente, a través de conferencias y acuerdos internacionales. La primera expresión de un intento orgánico de institucionalización, la Conferencia Científica de las Naciones Unidas sobre Conservación y Utilización de Recursos, reunida en Nueva York del 17 de agosto al 6 de septiembre de 1949. Asimismo, el 12 de mayo de 1954 se suscribe en Londres el Acuerdo Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por Petróleo, y, en 1956 se crea la Agencia Internacional de la Energía. En este sentido también tuvo importancia la Conferencia Intergubernamental de Expertos sobre Bases Científicas para el Uso Racional de los Recursos de la Biósfera, reunida por la UNESCO en París, del 4 al 13 de septiembre de 1968. Empero, el impulso que dio comienzo al tratamiento orgánico a nivel internacional de los problemas de conservación del ambiente, fue la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, preparatoria de la Conferencia de Estocolmo, el 3 de diciembre de 1968. Finalmente, la Conferencia de Estocolmo se reunió en junio de 1972. Los os países del Tercer Mundo, que veían con temor que la cuestión ambiental, diluyese la atención sobre otros temas acuciantes, como el de los alimentos, temiendo

Si esto es cierto, —y lo es—, existe una justificación para desde este breve trabajo intentar establecer una vinculación entre algunas de las aristas que hacen al derecho ambiental, y el derecho a la salud.

2. Abordaje humanístico y precisiones políticas en materia ambiental

En la encíclica *Centesimus Annus* se comprendió al ambiente como a un conjunto interrelacionado de componentes de la naturaleza y la cultura, el cual se haya integrado por una serie de factores básicos, dados los unos por Dios y creados los otros por el hombre, todos los cuales condicionan de alguna manera la existencia individual y colectiva.

Conforme el criterio de Dromi, las alteraciones que afectan al medio ambiente —las cuales habrán de ser objeto de regulación del derecho ambiental en su faz relativa a la prevención e indemnización de los daños— se pueden clasificar de conformidad con dos criterios: según el bien ambiental afectado o de acuerdo al agente contaminante.

En el rango de la primera clasificación, los daños ambientales pueden agruparse según afecten la atmósfera (el clima, el aire, el viento), los suelos, las aguas y la biodiversidad.

En lo referido a la segunda clasificación, si lo que ha de tomarse en cuenta es el agente contaminante, las alteraciones al medio ambiente pueden ser agrupadas de conformidad con el siguiente esquema: a) alteraciones generadas en procesos productivos y b) alteraciones generadas en actividades domésticas.

El “impacto ambiental” suele dar cuenta de la magnitud de las alteraciones, y atendiendo a la gravedad del cuadro, se lo suele graduar en moderado, severo y crítico.

De lo antes expuesto, puede inferirse con claridad que el deterioro ambiental, y por ende las consecuencias disvaliosas que el mismo habrá de generar en la salud de las personas, se haya vinculado de manera más o menos directa con la actividad económica que las sociedades en las que esas mismas personas se organizan, generan para satisfacer necesidades de la comunidad.

—justificadamente—, que se aplicaran a objetivos ambientales los recursos que ellos necesitaban, congelándose así su desarrollo. A partir de esta conferencia se crearon organizaciones especializadas, institucionalizándose el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (P.N.U.M.A.) cuya sede está en la ciudad de Nairobi. Con posterioridad a la Conferencia de Estocolmo, muchos Estados han introducido en sus constituciones, cláusulas reconociendo la existencia de un derecho al medio ambiente, del tenor del primer principio de la Declaración de Estocolmo que enuncia: “El hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad de vida le permita vivir con dignidad y bienestar, y tiene el deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente de las generaciones presentes y futuras”. Al cumplirse los veinte años de la Conferencia de Estocolmo, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió convocar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (C.N.U.M.A.D.), denominada la “Cumbre de la Tierra”, la cual se reunió en Río de Janeiro en el mes de junio de 1992. En ella, no sin dificultades se puso acción efectiva a sectores no ecologistas, como los hombres de negocio y también a muchos gobiernos que eran indiferentes y, se suprimió la concepción principalmente ecologista que primó hace veinte años en Estocolmo, por la de desarrollo sostenible que sitúa en el mismo plano y entrelaza, el desarrollo y la preservación del ambiente.

Esto supone en la política, una paradoja difícil de superar.

La declaración adoptada en la Cumbre de Jefes de Gobierno de los Estados de la Comunidad Europea, celebrada en París en el año 1972, se reconoció que “la expansión económica no es un fin en sí”, razón por la cual el medio ambiente debe ser objeto de una atención preferencial, al efecto de poner el progreso al servicio del hombre y no lo contrario.

Frente a las habituales concepciones economicistas de la sociedad, que con tanta frecuencia se erigen como matriz cultural por medio de la cual habrá de interpretarse la existencia y el mundo en el que la misma transcurre, es ésta una declaración de corte enteramente humanista, lo que necesariamente pondrá a nuestra materia —derecho ambiental y a la salud— en una posición favorable a decidir conflictos de intereses dando primacía a argumentos deontológicos, que sin olvidar las consecuencias de las acciones políticas, dará importancia capital a los principios.

Con fundamento en esto es que el bagaje instrumental de la decisión política en materia ambiental, siempre habrá de propender hacia la prevención, cuando su finalidad consista en mantener determinadas condiciones ambientales vigentes, o hacia la corrección, cuando sus miras tiendan a, una vez verificada la existencia de situaciones dañosas, castigar al responsable y enjugar el perjuicio producido.

II. DERECHO AMBIENTAL

El derecho ambiental, se estructura sobre principios propios, según la ciencia jurídica nacida en la conferencia de las Naciones Unidas sobre el hábitat humano, celebrada en Estocolmo en 1972.

En nuestro país, se trata de una disciplina jurídica de reciente data.

Existen dos ámbitos generales en los cuales el derecho ambiental toma partido. El primero es la cuestión orientada a los problemas de contaminación ambiental y deterioro de las condiciones de medio, y el segundo es el orientado a lo que sería la conservación de los recursos naturales para que se asegure el aprovechamiento sostenible de los recursos.

En este sentido, podemos afirmar que el derecho ambiental ha sido sustancialmente derecho público; la tutela del ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible como legado para las generaciones futuras. Empero en la actualidad, sus articulaciones con el derecho privado han ido en aumento, visto que también está comprometido en orden a la protección de los intereses legítimos de las personas individuales, y al reconocimiento de los derechos subjetivos, a la reparación de los daños privados que la actividad humana sobre el medio ambiente puede causar de rebote a los intereses particulares de los miembros de la comunidad.

El derecho ambiental se encarga de asegurar que las condiciones del ambiente en el cual desarrollamos nuestra vida, cuente con las condiciones para proteger la salud de las personas y la viabilidad de los ecosistemas.

Por ello la protección del medio ambiente no tiene por finalidad el cuidado de la naturaleza por sí misma, sino muy por el contrario, se encarga del cuidado del hombre en toda la dimensión de lo humano, con énfasis en su dignidad, lo que impone la satisfacción de sus necesidades.

Si bien el desarrollo creciente de la actividad industrial surgido de la necesidad de satisfacer requerimientos perentorios de una población en aumento, ha sido la causa del establecimiento acelerado e improvisado de pequeñas y medianas fábricas en centros urbanos y su entorno, con el correlato necesario de contaminación ambiental y enfermedades, corresponde al Estado adoptar las disposiciones o normas administrativas que regulen tales actividades en vista de la preservación del ambiente, que le corresponde en ejercicio de los poderes de policía inherentes a la Nación y a las provincias para proteger la vida, la propiedad, la seguridad, la moralidad y la salud de los habitantes, como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, que definieron ese poder por primera vez (4) hasta aquellos posteriores que declaran que ese poder corresponde a las provincias y que la Nación lo ejerce excepcionalmente (5).

La discusión sobre las competencias del gobierno nacional y de las autoridades de provincia en materia de poder de policía, ha dado origen a cierto desorden normativo, coexistiendo leyes, ordenanzas, reglamentos, etcétera, nacionales, provinciales y municipales, sin que se haya logrado establecer un sistema legal orgánico de defensa integral del medio ambiente. No tenemos en la República Argentina, hasta hoy, una política orgánica e integral.

1. Principios que lo informan

Toda norma siempre tiene una finalidad.

Los cuerpos normativos por su complejidad pueden tener en miras no solo una, sino varias finalidades, a fin de mejor servir a la tutela de aquellos bienes que protejan.

Los principios jurídicos son aquellos fines o metas que hubieron de constituir la aspiración del legislador al concebir la norma, de manera tal que siempre sobrevuelan la misma y son de aplicabilidad a la hora de ejercitar la actividad interpretativa.

Sin perjuicio de que se han desarrollado multiplicidad de clasificaciones, en lo atinente a aquellos principios que configuran nuestra materia (Goldenberg, 2001:21) podemos simplificar, reduciendo sus pautas rectoras a cuatro ideas fundamentales: prevención, cautela, corrección y responsabilidad.

El principio de prevención, deriva su importancia de la noción de lo irreparable de algunos daños ambientales. Así, ante la virtual imposibilidad o la extrema dificultad de volver las cosas a estados anteriores, es que en algunos casos la comunidad debe hacer que sus sistemas normativos actúen en forma previa, es

(4) CSJN, Fallos 1:150.

(5) CSJN Fallos 192:350.

decir, con anterioridad a posibles daños ambientales. La herramienta más eficaz en este orden es el ejercicio del poder de policía por parte del estado, a fin de que los particulares circunscriban las consecuencias nocivas de su actividad a estándares aceptables.

El principio de cautela indica que ante la inminencia de que se produzcan alteraciones ambientales la autoridad se encuentra facultada para desplegar su poder material y jurídico en orden a su evitación.

El principio de corrección, supone que una vez producido el hecho dañoso sobre bienes naturales, no es suficiente la simple indemnización para reconstruir el equilibrio afectado. En efecto, en este sentido, la indemnización de las partes, no necesariamente habrá de operar por sí misma la reconstrucción del *status quo* anterior a la verificación del menoscabo. Por lo expuesto, es que en la medida de lo posible el agente ofensor debe ser condenado a reparar el ambiente e indemnizar independientemente a los agentes damnificados.

El principio de responsabilidad, es aquel en virtud del cual el ordenamiento jurídico articula un sistema que permite determinar las circunstancias concretas que deben verificarse para que un agente en la comunidad pueda ser calificado de contaminador. Así, tal como se lo verá más adelante, verificada la existencia de un daño causalmente relacionado con una conducta *prima facie* antijurídica, y en presencia de un factor de atribución suficiente, el agente contaminador habrá de soportar las consecuencias de la coerción jurídica debiendo responder ante la comunidad civil, penal o administrativamente.

2. El derecho de daños y el daño ambiental

El denominado derecho de daño es una reciente disciplina, escindida de la clásica responsabilidad civil extracontractual que era estudiada en la teoría general de las obligaciones en el derecho privado.

En una anécdota que le fuera atribuida a Louis Josserand, el célebre maestro de derecho civil parisino, explicaba que en sus épocas de estudiante la responsabilidad civil extracontractual era dentro del derecho obligacional una materia escueta y residual, la cual podía ser explicada por el profesor en una única clase, sobrando las consideraciones de los textos clásicos de los grandes maestros para su correcta aprensión. Nada más alejado de lo que acontece en la actualidad. Hoy la responsabilidad civil extracontractual ha verificado un crecimiento exponencial, a las obras clásicas se le han añadido otras que estudian en su especificidad cada uno de los elementos que la componen, en tanto que los repertorios de jurisprudencia no dejan de incrementarse, dando los jueces nuevas y novedosas soluciones a la temática del daño.

Tal es así, que de los elementos que clásicamente configuran la responsabilidad civil, v. gr. la antijuricidad, la relación de causalidad, el daño y el factor de atribución suficiente, ha sido el daño o menoscabo aquel que ha adquirido más relevancia, desplazándose el meridiano que daba la nota central en la materia, desde la incorrección de la conducta, a la injusticia del perjuicio padecido.

Es por esto, que al presente las especializaciones del derecho civil que suelen ocuparse de esta temática, toman nota de ese dato denominándose de ordinario “derecho de daño”.

Para que surja responsabilidad derivada del daño ambiental, y con ella la correspondiente obligación de indemnizar deben verificarse los extremos que genéricamente son exigidos en el derecho civil, es decir: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución suficiente.

Sin perjuicio de lo expuesto, tal como lo hubiera puesto de manifiesto el profesor Goldenberg, dada la creciente complejidad de los procesos en los cuales se verifican estos tipos de menoscabos algunos de estos requisitos han cedido o se ha modificado en aras de permitir la consagración de soluciones justas (Goldenberg, 2001:30).

En este orden, la afirmación se ve corroborada en la aceptación de criterios de causalidad probabilística (Goldenberg, 2001:50) a los que la jurisprudencia ha acudido con frecuencia que a su vez han obligado a los jueces a aceptar como prueba evidencia externa a la relación causal (Rosenkrantz, 1999:61), todo lo cual era impensable sesenta años atrás.

Nuestros tribunales ha receptado la importancia de la materia, comprendiendo que al atacar los elementos del patrimonio ambiental, se obra causando un daño social, por cuanto se afectan los *intereses difusos* que son *supraindividuales*, es decir, que pertenecen a la comunidad.

Por ello la expresión daño ambiental, es ambivalente; por un lado, sostiene que el daño recae en el patrimonio ambiental, en cuyo caso hablamos de un daño colectivo, por otro lado, refiere también al daño particular, pues ataca un derecho subjetivo, que permite al individuo reclamar un resarcimiento del perjuicio patrimonial que le ha causado.

Ya en los albores de la década del 90 se daban fallos que establecían vinculaciones entre el daño ambiental y el daño a la salud, destacando que de alguna manera, todo daño ambiental importa, entre otros, un detrimento en las potencialidades humanas, como también disminución o pérdida de las expectativas de vida, v.gr. Fallo de la Cámara Civil y Comercial, La Plata, Sala 2da., 27/4/1993, “Panini de Pérez v. Copetro SA”. Así también, es concebido como daño diferente, pues en ocasiones presenta dificultades para la determinación del agente, aunque suele alcanzar, un número elevado de víctimas.

Además, la degradación del medio ambiente se encuadra en la categoría de daño intolerable; no obstante, en los casos en que la degradación del medio ambiente afecte a la salud no se aplica el límite de tolerancia establecido por el art. 2618, C.C.

Por último, podemos decir, que es el único daño civil explícito en la Constitución Nacional. Así el art. 41 de la CN refiere, “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer”. A la responsabilidad tradicional, se añaden: “el objetivo de la prevención del daño, superador de la función estric-

tamente resarcitoria del derecho privado, y la resarcibilidad de daños difusos, además del clásico daño individual” (Stiglitz, 1997).

3. La legislación vigente en nuestro país

a. Ámbito nacional

La Constitución Nacional, establece en su artículo 41 que: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

b. Ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 26 determina que: “El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras (...)”.

Por su parte, el artículo 27 del mismo plexo normativo, establece que: “La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana (...)”.

El artículo 28 dispone “La prohibición de ingreso a la Ciudad de los residuos y desechos peligrosos. Propicia mecanismos de acuerdo con la provincia de Buenos Aires y otras jurisdicciones, con el objeto de utilizar o crear plantas de tratamiento y disposición final de los residuos industriales, peligrosos, patológicos y radiactivos que se generen en su territorio”.

a.- En materia de Residuos Líquidos Peligrosos, la ley 2214 tiene por objeto la regulación de la generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los objetivos de la normativa enunciada, se encuentran definidos en su artículo 4, y son:

- a) Promover una gestión ambientalmente adecuada de los residuos peligrosos.
- b) Promover la minimización en cantidad y peligrosidad de los residuos peligrosos generados.
- c) Promover la recuperación, el reciclado y la reutilización de los residuos peligrosos.

El artículo 5 establece que “Queda prohibido el abandono, de residuos peligrosos, así como toda mezcla o dilución de los mismos que imposibilite la correcta gestión. El vertido o la eliminación de residuos peligrosos, solamente será permitido en las condiciones fijadas en la normativa ambiental vigente.

Toda actividad que involucre manipulación, tratamiento, transporte y/o disposición final de residuos peligrosos, debe cumplir con el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental según lo determina la ley 123 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y toda otra normativa vigente”.

El artículo 26 manifiesta que: “Los generadores de residuos peligrosos deberán:

- a) Adoptar medidas tendientes a minimizar la generación de residuos peligrosos.
- b) Separar adecuadamente y no mezclar residuos peligrosos incompatibles entre sí.
- c) Envasar los residuos de forma segura, identificar los recipientes y su contenido.
- d) Almacenar los residuos peligrosos hasta su transporte y/o tratamiento dentro del plazo fijado por la autoridad de aplicación y en las condiciones apropiadas de seguridad que ésta establezca.
- e) Asegurar el correcto transporte, tratamiento, manipulación y/o disposición final de los residuos peligrosos.
- f) Todo otro requisito que la autoridad de aplicación establezca por vía reglamentaria, atento las particularidades de la actividad.
- g) Entregar los residuos peligrosos que no traten en sus propias plantas a los transportistas autorizados, con indicación precisa del destino final en el pertinente manifiesto, al que se refieren los artículos 18 y 19 de la presente”.

El capítulo VII, en sus arts. 48º a 51º, establece los requisitos que deberá cumplir un tratador “in situ” de residuos líquidos peligrosos.

En lo referente a la disposición final, la Ley establece lo siguiente:

Art. 52.— “Queda prohibida la disposición de residuos peligrosos sin tratamiento previo. La disposición final de los residuos peligrosos tratados deberá efectuarse en depósitos especialmente preparados para contenerlos en forma permanente”.

Art. 53.— “Los lugares destinados a tal fin, deberán reunir las condiciones establecidas oportunamente por la autoridad de aplicación”.

Art. 54.— “El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promoverá la firma de acuerdos con otras jurisdicciones a fin de propender al mejor cumpli-

miento de lo dispuesto por la presente y posibilitar la implementación de estrategias regionales para el tratamiento o disposición final”.

b.- En materia de Residuos Patogénicos, la ley 154 tiene por objeto regular la generación, manipulación, almacenamiento, recolección, transporte, tratamiento y disposición final de todos los residuos patogénicos provenientes de aquellas actividades que propendan a la atención de la salud humana y animal, con fines de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, estudio, docencia, investigación, o producción comercial de elementos biológicos, ubicados en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

La mencionada ley definía en su artículo 2 aquellos residuos considerados patogénicos. Este artículo fue modificado por el Decreto 706/GCABA/2005, quedando redactado del siguiente modo:

Art. 1º.— Modifícase el artículo 2 del anexo I del decreto 1886-GCABA/01, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Art. 2º.— Se consideran residuos patogénicos a los:

1- Residuos provenientes de zonas de aislamiento: todo residuo que haya estado en contacto con pacientes en aislamiento por padecer enfermedades transmisibles provocadas por microorganismos pertenecientes a los grupos de nivel de riesgo 3 y 4 de acuerdo con la clasificación de la Organización Mundial de la Salud contenida en la norma IRAM 80059.

2- Cultivos de agentes infecciosos y cultivos celulares: residuos de cultivos generados en los laboratorios. Incluye cultivos de agentes infecciosos provenientes de los pacientes, reservas mantenidas para investigación y residuos provenientes de la fabricación de productos que deben tratarse como patogénicos y que no sean pasibles de recuperación.

3- Sangre y hemoderivados: son residuos provenientes de bancos de sangre, laboratorios de análisis clínicos y químicos, laboratorios medicinales, centros de salud, centros de diálisis e industrias farmacéuticas contenidos en reservorios que aseguren la viabilidad de los microorganismos.

4- Elementos cortantes y punzantes usados: agujas, trócares, material de vidrio roto o a desechar, hojas de bisturíes, lancetas y todo otro material que posea capacidad corto punzante.

5- Residuos orgánicos: tejidos y órganos removidos por cirugías y biopsias. No incluye los miembros que deban ser inhumados o cremados.

6- Material de uso clínico y de laboratorio descartable usado que haya estado en contacto con la sangre u otros fluidos corporales que puedan contener microorganismos pertenecientes a los grupos de nivel de riesgo 3 y 4 de acuerdo con la clasificación de la Organización Mundial de la Salud contenida en la norma IRAM 80059.

7- Residuos de unidades de diálisis: todos aquellos residuos, incluyendo tubos y filtros, que hubieran estado en contacto con la sangre y fluidos de los

pacientes sometidos a diálisis que puedan contener microorganismos pertenecientes a los grupos de nivel de riesgo 3 y 4 de acuerdo con la clasificación de la Organización Mundial de la Salud contenida en la norma IRAM 80059.

8- Cadáveres de animales de laboratorio y sus partes: se considerarán patogénicos los elementos absorbentes y adsorbentes de su habitáculo que provengan de animales de laboratorio inoculados con agentes infecciosos pertenecientes a los grupos de nivel de riesgo 3 y 4 de acuerdo con la clasificación de la Organización Mundial de la Salud contenida en la norma IRAM 80059.

La enumeración antes realizada es meramente enunciativa y puede ser ampliada por acto administrativo emitido por la autoridad de aplicación”.

Las categorías de residuos excluidos del ámbito de aplicación de la ley 154 (art. 3) son:

- a) Residuos domiciliarios;
- b) Residuos especiales: constituidos por todos aquellos incluidos en las prescripciones de la Ley Nacional 24.051, con excepción de los que constituyen el objeto de la presente ley o aquellos incluidos en la normativa local que la reemplace;
- c) Residuos radiactivos (ley 25.018).

Aquellos residuos que no cumplan con las condiciones señaladas en el artículo 2, son considerados y tratados como residuos domiciliarios y en caso de encuadrarse en algunas de las categorías descriptas en los incisos b) y c) del presente artículo, deben serlo conforme a la normativa que regula su tratamiento.

El artículo 5 establece que: “Queda prohibida la disposición de residuos patogénicos sin tratamiento previo. Los residuos definidos en el art. 2º deben ser tratados de forma tal que garantice la eliminación de su condición patogénica”.

En cuanto a la gestión de residuos patogénicos, la ley en su artículo 6, estipula la realización de procedimientos idóneos que no importen un riesgo para la salud y que aseguren condiciones de bioseguridad, propendiendo a reducir la generación y circulación de los mismos desde el punto de vista de la cantidad y de los peligros potenciales, garantizando asimismo la menor incidencia de impacto ambiental. La Autoridad de Aplicación, con el asesoramiento de la Comisión Técnico Asesora, debe evaluar las técnicas, métodos o tecnologías utilizadas para el adecuado manejo de los residuos patogénicos.

La finalidad de dicho proceso, es la minimización de riesgos. Por lo tanto obliga a los generadores, transportistas y operadores de residuos patogénicos, a proporcionar a su personal, a los efectos de minimizar los riesgos de las tareas, lo siguiente:

- a) Cursos de capacitación sobre riesgos y precauciones necesarias para el manejo y transporte de residuos patogénicos.
- b) Exámenes preocupacionales y médicos periódicos.

- c) Inmunizaciones obligatorias y aquellas que por vía reglamentaria se dispongan.
- d) Equipo para protección personal, que será provisto de acuerdo a las tareas que desempeñen.
- e) Instrucciones de Seguridad Operativa del Manual de Gestión.

En su artículo 7, establece que el personal de establecimientos asistenciales o de salud, deberá realizarse exámenes preocupacionales y médicos periódicos, como mínimo una vez al año, debiendo incluir placa de tórax, PPD (6), análisis de sangre, orina y examen clínico, a cargo y/o supervisados por el área de Promoción y Protección de la Salud o Medicina del Trabajo.

Además, deberá contar con las vacunas doble adultos (tétanos-difteria) y para hepatitis B, según lo indica la ley 24.151; ambas con esquemas completos y chequeo posterior de seroconversión (7).

En su artículo 11, estableció que la Autoridad de Aplicación, debía elaborar un *Manual de Gestión de Residuos Patogénicos*, estipulando su cumplimiento estricto, el cual debería contener los siguientes principios básicos:

- a) Programa de manejo de los residuos.
- b) Grado de peligrosidad de los residuos patogénicos.
- c) Separación de los residuos patogénicos de los de otro tipo.
- d) Procedimientos de seguridad para su manipuleo.
- e) Rutas de transporte interno hospitalario, estableciendo vías sucias y limpias.
- f) Recintos de acumulación y limpieza de los mismos.
- g) Envases para la recolección, transporte y tiempo de permanencia en el establecimiento.
- h) Normas de bioseguridad, vestuarios y elementos de protección para quienes manipulan residuos.
- i) Programas de contingencia, acciones y notificaciones en caso de accidentes.

Los residuos líquidos no pueden ser vertidos a la red de desagües sin previo tratamiento que asegure su descontaminación y la eliminación de su condición patogénica (ley 154, art. 27).

El manejo de los residuos patogénicos debe quedar documentado en un instrumento que se denomina *Manifiesto* (ley 154, arts. 39-40).

(6) Prueba Cutánea para Tuberculosis.

(7) Momento en el que el estado de anticuerpos de una persona cambia de negativo a positivo.

El Manifiesto debe contener:

- a) Número serial del documento;
- b) Datos identificatorios de quienes intervienen en el manejo de los residuos patogénicos y su número de inscripción en el registro respectivo;
- c) Descripción y características de los residuos patogénicos a ser transportados;
- d) Cantidad total, en unidades de peso, de los residuos patogénicos a ser transportados, tipo y número de contenedores que se carguen en el vehículo de transporte y número de dominio del vehículo;
- e) Firmas del generador, del transportista y del responsable de la planta de tratamiento;
- f) Fecha y hora de intervención de los diversos sujetos.

Asimismo, el Decreto 706/GCABA/2005, en su art. 6º, hace mención al Certificado de Aptitud Ambiental, y su renovación según correspondiera, deberá ser expedida por la autoridad de aplicación dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles de la presentación de la totalidad de los requisitos del artículo 13 de la ley 154 y la presente reglamentación. La renovación según las distintas categorías de sujetos incluidos en la ley, se realizará dentro de los treinta (30) días hábiles anteriores a su vencimiento mediante la presentación de una Declaración Jurada donde se indique si continúa realizando su actividad en las mismas condiciones y datos anteriormente declarados.

Los efectores de salud, deberán contar con dicho certificado atento a que se consideran como generadores, dado que dicha actividad se presume como con relevante efecto Ambiental, según el Decreto 1352/GCABA/2002, anexo VI (Decreto Reglamentario de la ley 123 - Evaluación Impacto Medio Ambiental).

El documento antes mencionado, es expedido por la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente del GCABA.

Existen también regulaciones en materia de manipulación de mercurio, residuos ionizantes, campos electromagnéticos, óxido de etileno.

III. DERECHO A LA SALUD

1. Salud ambiental

El concepto de salud ambiental ha ido evolucionando con el tiempo, la OMS en 1972 lo vinculaba con el control de los procesos químicos, físicos y biológicos, influencias o factores que ejercían efecto directo o indirecto significativo en la persona y la sociedad. En 1989 realizó una revisión del concepto y lo separó en dos: una parte sustantiva, relativa a los aspectos de salud determinados por el medio ambiente, y otra parte activa, ampliada con el concepto de evaluación y control.

Según la Organización Panamericana de la Salud: “La salud ambiental refiere a un concepto general que incorpora aquellos planeamientos o actividades que tienen que ver con los problemas de salud asociados con el ambiente, teniendo en cuenta que el ambiente humano abarca un contexto complejo de factores y elementos de variada naturaleza que actúan favorable o desfavorablemente sobre el individuo”.

En este marco, tal como lo expresa la Carta Panamericana sobre Salud y Ambiente en el Desarrollo Humano Sustentable, “la participación comunitaria debe plasmarse en estrategias para el desarrollo sostenible, incluyendo la atención primaria del ambiente y la salud y la educación de los niños y adultos”.

Nosotros, preferimos adoptar el criterio que actualmente impone la OMS, “la salud ambiental está relacionada con todos los factores físicos, químicos y biológicos externos de una persona. Es decir, que engloba factores ambientales que podrían incidir en la salud y se basa en la prevención de las enfermedades y en la creación de ambientes propicios para la salud. Por consiguiente, queda excluido de esta definición cualquier comportamiento no relacionado con el medio ambiente, así como cualquier comportamiento relacionado con el entorno social y económico y con la genética”.

IV. LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES EN MATERIA AMBIENTAL RELATIVA A LA SALUD

El derecho ambiental, es una disciplina jurídica de formación reciente, toda vez que la preocupación ambiental se ha corporizado en los ordenamientos normativos en las últimas décadas.

Las decisiones más recientes de los tribunales, han reubicado en la última década los derechos sociales —especialmente el derecho a la salud—, los que en la actualidad han abandonado la zona de lo meramente programático, para situarse en el plexo de lo operativo, tornándose de esa manera, plenamente exigibles, son prueba más que fehaciente de lo apuntado.

Existe un área de la disciplina jurídica en la cual el *derecho ambiental* y el *derecho a la salud*, convergen en franca intersección. Esta idea se resume de dos maneras diferentes.

La primera de ellas, se alinea en que los déficit en materia ambiental, suelen derivar en menoscabos directos o indirectos en dos derechos sociales, esto es, afectación de vivienda digna y salud.

La segunda es de carácter más sutil: si alguna lógica establece ambas disciplinas —derecho ambiental y derecho a la salud—, es aquella que estudiada frecuentemente por el análisis económico del derecho, surge del fenómeno que denominaremos *escasez*.

Y es que, en más de una oportunidad se ha supeditado la exigibilidad de los derechos, a su factibilidad relativa, en razón de la escasez de recursos postulada por todo análisis económico como premisa.

Sucede entonces, que en este entorno de escasez, a la hora de dictar sentencias en muchas de las controversias suscitadas en torno a estas cuestiones, no se podrá dejar de tener en cuenta, que los recursos que se destinan a quienes ofician de reclamantes, se les estarán restando a otros ciudadanos.

De lo antedicho, se desprende que hay un ámbito general en el cual el derecho ambiental y el derecho a la salud toman partido en forma conjunta. Este es el de los problemas de contaminación ambiental y deterioro de las condiciones de medio. Asimismo, existe un segundo ámbito el cual es preferentemente abordado por la disciplina ambiental con cierta prescindencia de la sanitaria: éste es el orientado a lo que sería la conservación de los recursos naturales para que se asegure el aprovechamiento sostenible de los recursos.

Ambos son sustancialmente derecho público; ello es así desde que apuntan a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible como legado para las generaciones futuras. Esto desde luego, no excluye al derecho privado, ya que también está comprometido en orden a la protección de los intereses legítimos de las personas individuales, y al reconocimiento de los derechos subjetivos, a la reparación de los daños privados que la actividad humana sobre el medio ambiente puede causar de rebote a los intereses particulares de los miembros de la comunidad.

En síntesis, el derecho ambiental se encarga de asegurar que las condiciones del ambiente en el cual desarrollamos nuestra vida, cuente con las condiciones para proteger la salud de las personas y la viabilidad de los ecosistemas.

Bajo esta perspectiva, hemos de apuntar que la breve recopilación de la doctrina judicial que presentaremos, incluye fallos de tribunales federales, nacionales y provinciales, con competencia en el fuero civil y penal. Tomando como base la Ley de Residuos Peligrosos, 24.051, podemos observar la incorporación de la figura delictiva de peligro abstracto o presumido, formal o de mera actividad, que posibilita la probanza de la relación causal acción-contaminación, requiriendo sin embargo, la comprobación del vertido o emisión del residuo, a fin de generar la situación de peligro de salud pública que describe tal figura.

Avanzaremos sobre ambas áreas en los párrafos que continúan.

La Corte Suprema de la Nación se ha expedido en la última década en casos en donde el bien a proteger era la *vida*, pero de una manera muy particular: no tanto desde la perspectiva de su *existencia misma* (esto es: vida o muerte), sino atendiendo a sus *condiciones de desarrollo* (dignidad o sordidez).

Los tres primeros fallos de esta reseña apuntan a destacar la operatividad del derecho a la salud, para luego sí, abocarnos a los pronunciamientos en los cuales la justicia relaciona derecho a la salud con derecho al ambiente.

1. En algún sentido, el caso "*Verbitsky*" (CSJN Sentencia del 3 de mayo de 2005) (8), amalgama cuestiones sanitarias con ambientales, en cuanto las cárceles son el ambiente en el cual, las personas privadas de su libertad deben residir

(8) Fallos: 328:1146.

temporalmente en cumplimiento de sus condenas. La Corte hizo lugar a una acción de Hábeas Corpus colectivo por la situación de los presos alojados en cárceles de la Provincia de Buenos Aires. El Tribunal se hizo eco del grado de violación de diversos postulados constitucionales tuitivos de los Derechos Humanos de las personas privadas de su libertad (9). No obstante lo apuntado, la sentencia fue extremadamente —en el sentido valioso del término—, *prudente*, pues si bien pone en cabeza de la jurisdicción la tutela de estos derechos (10), admite la naturaleza preferentemente política de la cuestión (11). Una prueba de esa prudencia es que en la parte resolutoria, los verbos empleados por el Tribunal fueron “...deklarar...”, “...disponer...”, “...instruir...”, “...exhortar...”, “...encomendar...”; en tanto que sólo se “ordena” cuando se trata de que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, efectúe al Poder Judicial provincial, los informes relativos al estado de situación. La Corte actúa como “*Tribunal Constitucional*” en el establecimiento de *estándares jurídicos* a partir de los cuales se finque la *discusión política*. Por eso, puede afirmarse sin vacilaciones que la Corte dice mucho, pero exige relativamente poco, guardándose de invadir con su *imperium*, la esfera de la decisión social competencia tradicional del Poder Legislativo.

2. El caso “*Asociación Benghalensis*” (CSJN sentencia del 1º de junio de 2000) (12) se suscitó por el reclamo colectivo incoado por varias fundaciones con objetos sociales convergentes en la lucha contra el SIDA, a fin de que sean proveídos en establecimientos públicos, los reactivos y la medicación necesaria para el tratamiento del SIDA, disponiendo la obligatoriedad de la prestación en cabeza del Estado.

Con fundamento en la teleología de la ley 23.798 (13), la Corte reconoció en la salud, un bien *fundamental en sí mismo*. La Corte en lo fundamental hace suyos los argumentos vertidos por la Procuración. En este sentido y con respecto al fondo del asunto, en el Punto X de la pieza del Procurador se postuló que “la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo...”. Con base en esto, se argumentó también que “El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio...” impo-

(9) En los considerandos que van del 10º al 25º y del 28º al 33º, la Corte hubo de efectuar una extensa reseña del calamitoso estado en el que se encuentran las cárceles y en general todos los lugares destinados a la detención en nuestro país.

(10) El considerando 27º postula que corresponde al Poder Judicial de la Nación “*garantizar la eficiencia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados*”.

(11) Por ello, en el considerando 26º admitiendo “*que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema*” recordando que en lo posible “*una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión*”. Asimismo destaca que “*las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso*”.

(12) Fallos 323:1358.

(13) Existe una obligación de presupuestar a fin de generar la estructura sanitaria necesaria para cumplir con los requerimientos provenientes de la población afectada por el SIDA, ya que “*la responsabilidad del Estado, en su condición de Autoridad de Aplicación que diseña el plan de distribución de los medicamentos, no se agota con las entregas, sino que debe velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento médico...*” (Fallos 323:1358).

niendo no solo la obligación de conceder las prestaciones, sino la de gestionar los recursos para su financiación y ejecución.

3. En el caso *“Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”* (CSJN sentencia del 24 de octubre de 2000) (14), se abordó la temática de si el Estado debía o no suministrar los medicamentos —muy costosos por cierto—, a un niño que padecía la enfermedad de Kostman. Se recordará que el niño Adelqui Santiago Beviacqua, nacido el 26 de junio de 1996, padecía una grave enfermedad en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas (enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita). El tratamiento requería de una medicación especial (de nombre comercial *“Neutromax 300”*) que le fue suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, hasta el 2 de diciembre de 1998, fecha en que ese organismo puso de manifiesto a sus padres que entregaba el fármaco *“por última vez”*. En esta sentencia, nuestro Máximo Tribunal, no hizo ninguna alusión directa a la materia presupuestaria limitándose a manifestar que en razón de la protección que la salud, y máxime la salud de un niño, tiene en nuestra Constitución Nacional, era obligación del Estado proveer la medicación (15).

Los precedentes antes comentados, dan cuenta de la manera en la cual, nuestro Poder Judicial, ha instalado la tutela de la salud, en la órbita de los derechos operativos y concretamente exigibles. Ello, en cuanto se relacionara con la tutela ambiental, ya había sido objeto de tempranos y trabajosos pronunciamientos, por parte de tribunales de segunda instancia.

4. El caso *“Pinini de Pérez v. Copetro S.A.”* (Cámara Civil y Comercial, La Plata, Sala II, sentencia del 27 de abril de 1993), si bien el tribunal del cual emana el fallo que soluciona esta controversia, no cuenta con la misma jerarquía en la pirámide institucional del poder judicial, que una sentencia de Corte, el valor del pronunciamiento reside en la anticipación del mismo, pues con 17 años de su dictado precede al fallo de Corte analizado precedentemente.

El hecho hubo de originarse a raíz de que la promueve una persona en nombre de sus hijos menores de edad, por daños y perjuicios y cesación de perturbación ambiental, contra Copetro S.A.

El tribunal de la segunda instancia hizo lugar a la acción promovida revocando el pronunciamiento apelado, y condena a Copetro S.A. a pagar una suma de dinero (por aquel entonces \$ 36.000 más intereses). También se dispuso que Copetro cesara de inmediato y para siempre, en su actividad de liberar al medio

(14) Fallos 323:3234.

(15) Sólo el considerando 35° alude a la cuestión presupuestaria de manera tangencial, desde el prisma del *“federalismo”*, al sostener que *“...la apelante no ha demostrado que la decisión de mantener el tratamiento afecte el principio de federalismo o ponga en crisis las facultades reservadas por los gobiernos locales en la organización de su sistema de salud. No obstante ello, este pronunciamiento ha dejado establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales...”*.

exterior, todo elemento contaminante en sentido amplio, aún cuando fuere en períodos días, horas y minutos aislados, bajo apercibimiento de lo que hubiere a lugar por derecho.

Así, al analizar el pronunciamiento, el profesor Goldenberg entiende que para el Tribunal, “Copetro reviste la calidad de actividad riesgosa para la salud; es decir, califica de riesgosa la actividad de la empresa dada la naturaleza de la industria, las materias empleadas, las temperaturas, su relación con el exterior y el mecanismo de su gestión”. Agregando que “toda contaminación atmosférica puede implicar, de por sí, un riesgo al menos potencial para la salud de la población, por vía de inhalación, independientemente de que pueda haber desprendimiento de componentes volátiles a partir de cuerpos de agua...”. Así, “el daño físico resarcible está representado, en el caso, por disminución de la aptitud vital genérica de la víctima, existente o potencial; dicha afectación consiste en la incidencia del daño ambiental, en la salud de los niños, aunque no haya incapacidad. El daño ambiental se produce y debe ser resarcido aunque se manifieste actuando sobre personas sensibilizadas por alguna enfermedad que poseen desde antes o si se trata de organismos débiles o debilitados; existe un derecho primordial a la vida y a la salud, cuya violación abre el derecho resarcitorio”.

5. El caso “A.N. y otros p/av. Infr. Art. 55 ley 24.051” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2, Mendoza, Sentencia del 30 de Septiembre de 1999).

Este fallo es de suma importancia dado que sienta antecedente de condena en causa penal por delito de contaminación mediante utilización de residuos peligrosos —ley 24.051, art. 55— del tipo doloso.

El caso narra una mejora estética de la chimenea de una planta industrial, con motivo de la visita de un funcionario de gobierno. El hecho ocurre con una maniobra de traslado o desvío de gases altamente contaminante de una chimenea a otra, provocando una salida a la atmósfera, de una nube toxica sin combustionar, compuesta de anhídrido sulfuroso y ácido sulfhídrico, que producen afecciones nocivas sobre la salud de la población. Del análisis que realiza el tribunal se desprende, “*al autorizarse la maniobra, se violó el deber de control que debía ejercerse en el manejo de los gases peligrosos*”. Es decir, del proceder del personal de la empresa se deriva la ejecución de la maniobra, y de la autorización, la protección de la salud y la vida de los habitantes en general y el resguardo del equilibrio ambiental.

6. La contaminación del Riachuelo no es novedad de este siglo, dado que la contaminación del mismo, la Corte lo analizó por primera vez en el caso de los Saladeristas de Barracas en 1887 (16).

En el caso “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros*”, (CSJN sentencia de fecha 20 de junio de 2006), quienes eran actores perseguían el dictado de una medida cautelar innovativa y autónoma invocando la condición de

(16) Fallos, 31:273 “Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 14 de mayo de 1887. En el caso los saladeristas demandan a la provincia de Buenos Aires por daños y perjuicios producidos por la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo.

afectados en forma directa por el daño a la salud que padecían con motivo de la contaminación ambiental imperante en la zona que habitan. Se trató de una acción por la cual se procura recomponer el ambiente ante la existencia de contaminación de la cuenca *Matanza-Riachuelo*, una asociación de derechos humanos solicitó ser tenida por tercero, mientras que varias personas que son actoras en otra causa en la cual solicitaron una medida cautelar innovativa y autónoma debido a la contaminación que padecen, se presentaron persiguiendo la tutela del medio ambiente como bien de incidencia colectiva. La Corte Suprema, por mayoría, admite la participación de la asociación y deniega el pedido restante. Asimismo, dispone que en lo sucesivo sean rechazadas todas las presentaciones por las cuales pretendan incorporarse terceros al proceso. La Sentencia del Caso Mendoza establece un estándar con la descripción detallada de un plan de recuperación del Riachuelo. El, estándar en este caso es la determinación de una política pública basada en normas constitucionales. Este plan requiere que organismos competentes se reorganicen y cumplan con los estándares establecidos. Al mismo tiempo requiere de una conexión con los intereses específicos de las partes, para su consulta y eventualmente para establecer las bases de un acuerdo que podrá resolver el problema. En casos tan complejos como el de la contaminación interjurisdiccional masiva la existencia de un acuerdo entre las partes facilita el pronóstico de la situación y el control efectivo de la solución establecida. Podríamos describir este procedimiento diciendo que la Corte Suprema establece el estándar que se debe cumplir, pero para su observancia, la eventual homologación de un acuerdo y verificación de cumplimiento se ordena la actuación del juez federal de sección.

Diría Sola que en lo fundamental, la Corte Suprema considera a este caso como una acción de clase normativa y así lo señala en el párrafo 19 de los considerandos cuando dispone la acumulación de todos los procesos afectados por la determinación de la clase. La clase incluye a los damnificados por la contaminación ambiental causada por la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, según se expresa en el primer párrafo de la sentencia. Pero la Corte postergó la decisión sobre la indemnización de los daños causados y se concentró en la solución del conflicto hacia el futuro señalando que: El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración (Sola, 2008:117).

La sentencia constituye ciertamente un hito en nuestra historia toda vez que la Corte se declara competente para reconocer la pretensión relativa al bien colectivo. Dijo que “la segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente”. Los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional arts. 41, 43 y 30 de la ley 25.675) la tutela de un bien colectivo. Asimismo, se dispuso “el reconocimiento de status constitucional de derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental, no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales y provinciales, sino la precisa y positiva

decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas por el art. 116 de esta ley fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la carta magna...”

Así se comprende que nuestro tribunal supremo haya desdoblado la competencia para la decisión del caso. Pues en lo atinente a los reclamos por daños y perjuicios padecidos por los ribereños a causa de la contaminación, dispone que los reclamos deban ser orientados a través de la justicia federal del lugar de residencia propio de cada reclamante. Por el contrario la Corte se reserva la aptitud para entender en la cuestión toda vez que lo planteado se concentre en la cuestión relativa al deterioro de los recursos ambientales y la correspondiente obligación de los estados, nacional, provinciales y municipales, de articular los medios tendientes al saneamiento de la cuenca acuífera contaminada.

Expresamente, nuestro tribunal entendió que, *la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera*. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

La complejidad de toda la cuestión obligó a que nuestra Corte diseñara una estructura procesal que estuviera a la altura de las exigencias. Esto fue así ya que los viejos odres del derecho adjetivo, no alcanzaban a dar debida contención, al trámite de estos autos. Con fundamento en la esencial complejidad ya puesto de manifiesto la Corte dispuso la celebración de audiencias públicas, y ordenó que los interesados produjeran informes acerca del grado de contaminación de la cuenca, dando cuenta de la participación causal que se estimara, que cada actor social tenía en el deterioro del recurso. Asimismo, exigía de los implicados la elaboración de un plan tendiente a revertir la producción de actividades contaminantes como así también a operar el concreto saneamiento de lo ya contaminado.

En este sentido, la intervención de la Corte va mucho más allá de las funciones que suelen ser propiamente reconocidas al Poder Judicial. Esto es así, pues en este complejo proceso el cual requiere una participación coordinada de los tres niveles de la administración de nuestro estado (nacional, provincial y municipal), la que además debe ser llevada a cabo en forma permanente y sostenida en el tiempo, las exigencias emanadas de la sentencia judicial terminan por constituir la concreta demarcación de una *agenda social*, a la cual los estamentos políticos deben abocarse. De la misma manera, la manda judicial pone en cabeza

de la administración la obligación de llevar a cabo actividades muy costosas, y si esto es cierto —y entendemos que lo es—, el Poder Judicial estará concretamente incidiendo de manera directa en el reparto de la renta, a través de la reasignación de recursos que habrá de operarse por medio de las necesarias modificaciones de las partidas presupuestarias.

Si como lo hemos dicho, la escasez es la materia que sobrevuela todos estos análisis, no puede menos que concederse, que los recursos que sean destinados al cumplimiento de esta sentencia habrán de ser retirados de aquellas cuentas con las que el estado tuviese en mente financiar alguna otra actividad. Por eso es que consideramos que la sentencia prudentemente declara la violación del derecho que los actores tienen a la salud y al ambiente sano, y a partir de ahí exhorta a los poderes políticos para que con base en el estándar declarado dicte los actos necesarios para la solución del problema.

V. PALABRAS FINALES

La tutela ambiental, articula sus menesteres tuitivos sobre la generalidad de las condiciones que rodean al individuo en su vida cotidiana. Así el derecho ambiental y el derecho a la salud se hallan vinculados por su mismo objeto. Las soluciones a problemáticas complejas imponen análisis conjuntos, de lo holístico.

Una vez sentado esto, es necesario preguntarse cuáles habrán de ser los efectos de la escasez sobre las decisiones judiciales que pretendan conceder o denegar acciones en ambas áreas.

Y es que, de alguna manera muy concreta, tomarse los *derechos en serio*, debería entrañar el tomarse en forma no menos sería a la *escasez*, como dato relevante de la existencia. En este orden, es bueno recordar que no son los jueces precisamente, quienes se hallan en mejores condiciones de *disponer directamente por medio de una sentencia* que se destinen recursos para enjugar necesidades sociales diversas, y si de *derecho de vida y de muerte* se trata, por imperio de la separación de poderes, la jurisdicción judicial no está preparada para la toma de decisiones.

Esto lo sabe muy bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en casos en los cuales sus sentencias pueden tener incidencia social, por modificación de la asignación presupuestaria (ejemplo de esto son “Verbitsky” y “Mendoza”), exhorta a los otros poderes a hallar la solución, sin ejercer el *imperium* y ordenar por medio de sus sentencias.

Las sentencias judiciales que deciden la materia ambiental en cuanto se hallan relacionadas con la salud, exigen de los tribunales argentinos, firmeza, a la par de un ejercicio de sana prudencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALTERINI, ATILIO y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, “Los daños al medio ambiente en la realidad económica”, *Revista Jurídica La Ley*, 1992-C, p. 1026.

- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible", *Revista Jurídica La Ley*, 1998-A, p. 1033.
- GHERSI, CARLOS, "Responsabilidad por Daño ecológico, comentario al Fallo, Cámara Civil y Comercial", La Plata, Sala 2da., 27/4/1993, "Panini de Pérez v. Copetro SA", *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III, p. 368.
- GOLDENBERG, ISIDORO y CAFFERATTA NORES, NESTOR, *Daño ambiental. Problemática de la determinación causal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- HIGHTON, ELENA, "Reparación y prevención del daño al medio ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", en *Derechos de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1993.
- LORENZETTI, RICARDO, "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial", *Jurisprudencia Argentina*, 1997-III, p. 237.
- Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010.
- MORELLO, AUGUSTO, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Platense, Buenos Aires, 1999.
- Organización Mundial de la Salud, "Nuestro planeta, nuestra salud: informe de la Comisión de Salud y Medio Ambiente de la OMS", Publicación científica 544, Washington DC, OPS, 1993.
- Organización Mundial de la Salud, "Salud ambiental", en *Temas de Salud*, [en línea] <http://www.oms.org.ar>, página consultada el 8/8/2010.
- Organización Panamericana de la Salud, *Programa Marco de Atención al Medio*, Washington D.C., 1992.
- ROSENKRANTZ, CARLOS, "El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación", *Revista Jurídica*, año 3, t. III, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 1999.
- SCHAFER, HANS y OTT, CLAUS, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 3.
- SOLA, JUAN, "La Corte Suprema y el Riachuelo", *Revista Jurídica La Ley*, 2008-E, p. 117, Buenos Aires.
- STIGLITZ, GABRIEL, "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", en *Responsabilidad por daño en el tercer milenio*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- VALLS, MARIO, *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

INFORMAR ES PREVENIR: PROYECTO DE LEY EN PROMOCIÓN PARA LA SALUD BUCAL

Diana Israelevich (1)

INTRODUCCIÓN

Derecho a la salud

Los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible, garantizar servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vestimenta y vivienda adecuada, así como, alimentos nutritivos. Sin embargo, estos conceptos no son sinónimos ni garantía de tener un país con una población sana.

Bajo la óptica de una mirada integral e integrada hacia la salud, la incorporación de **información** referente al cuidado del cuerpo, resulta una herramienta imprescindible para la preservación, promoción para la salud y prevención de las enfermedades.

En materia de salud bucal, el derecho a la *información* sobre contenidos referidos a hábitos de auto cuidado (como el uso correcto del cepillado dental y control de una dieta rica en azúcares) generaría una esperanza a nivel nacional en revertir la alta prevalencia de enfermedades bucales.

Epidemiológicamente, la Argentina se encuentra en estado emergente en cuanto a su estado de salud bucal, con un registro de más de 5 en el índice CPO (piezas dentarias c/caries, perdidas y obturadas *per cápita*), por lo que estamos en condiciones de afirmar, que: *informar* oportunamente en forma masiva sugeriría una estrategia a tener en cuenta para revertir el panorama crítico del estado de enfermedades bucales en la actualidad.

Se intenta proponer en forma creativa vías de comunicación evitando la info-exclusión, a través de mensajes absolutamente preventivos sobre el efecto de protección específica como el uso correcto del cepillado dental. De esta manera,

(1) Odontóloga por la UBA. Fue Coordinadora General de Odontología en el Ministerio de Salud, GCABA. Máster en Administración Hospitalaria. Magíster en Políticas y Gestión en Salud en Europa, América Latina y del Caribe por la Universidad de Bologna (Italia). Autora del Programa de Promoción para la Salud Bucal "Boca a Boca". Recibió numerosos premios y reconocimientos por su labor en pos de la salud bucal.

se empezaría a pensar en políticas públicas bajo una óptica preventiva con la prioridad y urgencia que amerita el tema.

Considerar a la información como una herramienta básica en educación para la salud bucal, resultaría un modelo disparador a través de su efecto positivo en difusión aplicable para otras disciplinas, A modo de ejemplo: lavado de manos a fin de disminuir los riesgos a contraer gripe H1 N1, informar acerca de incorporar una dieta sana que disminuya los riesgos a contraer enfermedades crónicas como la diabetes, hipertensión, obesidad etc. Tiene como población objeto a: niños, jóvenes y adultos consumidores de golosinas de diferentes estructura física (sólida-gel) y bebidas azucaradas líquidas/polvo ricos en carbohidratos.

Se intenta poner énfasis en la promoción para la salud bucal con una visión integral de salud, promoviendo la participación comunitaria.

La salud odontológica como una disciplina médica, aborda una problemática extensa que hoy complica a diario vivir de una población con serios problemas de enfermar (caries y enfermedad periodontal), el pronóstico de ambas es el mismo: *pérdida o caída de las piezas dentarias con sus respectivas complicaciones:*

- a) *Salud:* Infecciones, trastornos en la digestión, mala trituración de los alimentos, dificultades en la oclusión, contracturas, etc.
- b) *Estética:* Mala imagen.
- c) *Laboral:* Dificultades para la inserción laboral. (en el momento de la admisión) Ausentismo frecuente.
- d) *Económicas:* Resulta significativamente menor el costo de trabajar en la gestión estratégica de la atención primaria en promoción para la salud bucal y prevención de enfermedades bucales que si orientamos el trabajo una vez ya instalada la enfermedad.
- e) *Social:* dificultades en la socialización por mal aliento (halitos) mal posición dentaria etc.

No es menor la importancia que cobra el mantenimiento de la salud bucal en el momento de decidir un tratamiento quirúrgico de alta complejidad como ejemplo: *trasplantes*, donde la boca libre de infección es requisito imprescindible para su realización.

El proyecto propone a través de la difusión gráfica masiva, comunicar mensajes de promoción para la salud bucal, con la finalidad de informar y sugerir a toda la población consumidora de insumos ricos en carbohidratos, hábitos de auto cuidado, como es el uso del cepillo dental, mecanismo de protección específica para prevenir la aparición de enfermedades bucales.

MARCO TEÓRICO

El concepto moderno de promoción para la salud, así como su práctica, surge y se desarrolla en los últimos 20 años, particularmente en Canadá, en Estados

Unidos y en los países de Europa Occidental. Tres importantes conferencias internacionales sobre el tema, realizadas entre 1986 y 1991, en Ottawa (1986), Adelaide (1988) y Sundsvall (1991), establecieron las bases conceptuales y políticas contemporáneas de la promoción de la salud. Las conferencias posteriores se realizaron en Jakarta, en 1997, y en México, en el año 2000. En Latinoamérica se realizó, en 1992, la Conferencia Internacional de Promoción de la Salud (Brasil, 2002).

Más allá de las motivaciones ideológicas y políticas de sus principales exponentes, presentes en las referidas conferencias, la promoción de la salud surge, ciertamente, como reacción a la acentuada medicalización de la salud en la sociedad y al interior del sistema de salud, tal como veremos a continuación.

Aunque el término *promoción para la salud*, inicialmente haya sido usado para caracterizar un “nivel de atención” en la medicina preventiva (Leavell & Clark, 1965), su significado se modificó a lo largo del tiempo, pasando a representar, recientemente, un “enfoque” político y técnico en torno al proceso salud-enfermedad-cuidado. Hoy en día, transcurridos más de quince años desde la divulgación de la Carta de Ottawa, en 1986 (Brasil, 2002), uno de los documentos fundadores del movimiento actual de la promoción de la salud, se asocia con un ‘conjunto de valores’: como solidaridad, participación ciudadana y donde la odontología, como parte de una disciplina médica, también se incluye en cuanto a modificar las estrategias para su atención. Así también como una ‘combinación de acciones del Estado (políticas públicas saludables), de la comunidad (refuerzo de la acción comunitaria), de individuos (desarrollo de habilidades personales), del sistema de salud (reorientación del sistema de salud) y de colaboración entre sectores; es decir, trabaja con la idea de “responsabilidad múltiple”, ya sea por los problemas o por las soluciones propuestas para éstos.

La crisis socio-económica de 2001 tuvo un impacto negativo evidente en el sector de la salud. La falta de acceso y la deteriorada calidad de los servicios prestados son dos problemáticas que aumentaron en los últimos años. Si bien la estructura de atención pública de la salud incluye a todos los habitantes del país, atiende principalmente a quienes no tienen cobertura formal. Las personas carentes de cobertura asistencial ingresan al sistema de atención de la salud a través de los centros de atención primaria o centros de salud, y los hospitales públicos. Cabe destacar que las ofertas de servicios anteriormente enunciadas no todas tienen servicios de odontología.

Los centros de atención primaria son la puerta de entrada natural de los usuarios al sistema. Si bien ellos debieran ser el primer eslabón en la cadena de acceso a la salud, la falta de adaptación a las demandas y necesidades de su población limita su efectividad, afectando, principalmente a los sectores menos favorecidos económicamente. En la medida que estos centros se encuentran en condiciones de responder a las demandas de los vecinos, disminuiría la demanda en los hospitales, los cuales se focalizarían en brindar cuidado a diagnósticos de mayor complejidad.

Por esto, la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y el trabajo en el fortalecimiento institucional y de la participación comunitaria constituyen líneas de acción prioritarias.

La atención primaria para la salud, implica no sólo un modelo de atención sino también una construcción social de la comunidad en su conjunto para dar respuesta a sus problemas.

La participación comunitaria cumple un rol de vital importancia, estimulando el diseño, implementación y seguimiento de una agenda local de salud.

El estado nutricional de una población determina en gran medida su desarrollo y bienestar. La inseguridad alimentaria condiciona el potencial desarrollo de una sociedad y, en la medida en que el poder político pueda responsabilizarse que: los desnutridos y otras patologías (edentulismo) vean recortadas sus oportunidades en el mañana en términos de trabajo, desarrollo social y crecimiento económico, tendremos una chance para mejorar el futuro de nuestro país. Tales implicancias superan el nivel individual, y tienen impacto, por un lado, en el sistema de salud en particular y, por el otro, en la sociedad en su conjunto.

El análisis de las problemáticas en materia de salud bucal está íntimamente relacionado con el tipo y calidad de dieta y hábitos para el buen comer (como hacerlo en tiempo y forma). Promocionar información referente a estos hábitos de consumo contribuye a la construcción de una visión más comprehensiva del sistema de salud, donde el acceso a la difusión de contenidos en educación para la salud bucal juega un rol protagónico en el momento de hablar sobre políticas públicas.

A medida que la reducción de las brechas de acceso a la información se acorta, resulta un eje fundamental en la construcción de una sociedad más justa y con una mejor salud.

HIPÓTESIS DE TRABAJO

Se plantea un análisis situacional epidemiológico de la realidad odontológica y se muestra una alternativa de proyecto de ley que permita a través de la difusión grafica masiva (en envoltorios de insumos ricos en carbohidratos), una leyenda que sugiera promover la incorporación de hábitos de auto cuidado:

PROPUESTA

Se sugiere una vía de acción rápida en materia de difusión masiva, eje clave para la promoción para la salud bucal.

Implica estrategias en materia de atención primaria, a fin de promover la toma de decisiones en carácter de urgencia, respecto la formulación de políticas públicas saludables en relación a la prevención de enfermedades y promoción para la salud bucal.

Reviste especial importancia el compromiso del estado, para mejorar la equidad, e igualdad en lo que concierne a la salud bucal de la población.

Resulta una demanda postergada, desde las políticas públicas sociales, donde la salud en materia de atención odontológica, cobra importancia en relación a la alta prevalencia de enfermedades tales como: caries y enfermedad periodontal (ambas terminan con la pérdida de las piezas dentarias) y sus consecuencias.

Se propone instrumentos que hagan posible disminuir los altos índices de enfermedades bucales a nivel de la comunidad con amplio sentido de responsabilidad social.

El único medio viable, accesible, no cruento ni agresivo para evitar la aparición de caries y otras enfermedades bucales es el uso del cepillo dental. Es imprescindible generar un incremento en el impacto para su uso y la concientización de jóvenes, adultos, mujeres embarazadas, sobre la importancia del mismo. En conclusión y basándome a lo anteriormente expuesto se propone que: Los insumos comestibles que en su composición química posean azúcares refinados comercializados en todo el ámbito de la República Argentina, deban incluir en sus empaquetados el siguiente mensaje sanitario:

“CEPILLAR LOS DIENTES LUEGO DE INGERIR ESTE PRODUCTO”



(Texto que estará impreso en forma legible, prominente y proporcional al envoltorio).

La propuesta del documento pretende la presentación de esta ley como un hecho inédito en materia de políticas públicas para la prevención de enfermedades bucales, poniendo énfasis en la promoción para la salud bucal, lejos de los modelos de atención tradicionales extraccionistas de las piezas dentarias. Esta

ley regularía la publicidad y promoción del uso del cepillo dental previendo la formación de la placa bacteriana responsable de enfermedades bucales.

Ecuación costo beneficio positivo:

A mayor promoción, menor riesgo de patologías bucales.

Se propone informar y difundir, en tiempo y forma.

El objetivo final pretende; promover el acceso a la información a través de estrategias de difusión diferentes, como un proyecto de ley que, permita la sustentabilidad en el tiempo de las acciones propuestas, pudiendo ser un eslabón importante en acciones preventivas que garanticen la disminución de la prevalencia de enfermedades bucales actuales.

La sociedad civil está convocada y se propone un trabajo **junto y para** la comunidad como partícipe necesario para cuidarnos y cuidar. La necesidad existe, la población lo demanda, la implementación es factible, con este proyecto la desigualdad en materia de salud bucal puede reducirse significativamente. Las variables para su implementación no son obstáculos, considerando la importancia y beneficios que conlleva su ejecución.

OBJETIVO GENERAL

Generar un proyecto de ley en promoción para la salud bucal, que permita difundir en forma gráfica (Empaquetados de insumos comestibles), contenidos preventivos a través, de una inscripción que sugiera el cepillado dental luego de ingerir productos ricos en azúcares.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Son objetivos de la presente ley:

- a) Reducir la aparición de enfermedades bucales a través de la sugerencia del uso del cepillado dental luego de la ingesta de comestibles ricos en azúcares.
- b) Generar en la población hábitos de vida de auto-cuidado, aumentando la concientización acerca del uso del cepillo dental.
- c) Dirigir la campaña especialmente a la población de niños, adolescentes, jóvenes, adultos y mujeres embarazadas.
- d) Fomentar el hábito de protección bucal concientizando así, a las generaciones presentes y venideras de las consecuencias producidas por la no incorporación de hábitos saludables como el cepillado dental, luego de la ingesta de productos ricos en azúcares.

Quedarían comprendidos en los alcances de esta ley todos los envases de origen nacional e importado.

JUSTIFICACIÓN

El consumo de azúcar aumenta la actividad cariogénica.

- La permanencia de azúcares en la cavidad bucal es proporcional al desarrollo de nuevas lesiones bucales.
- Los azúcares que quedan retenidos sobre las superficies dentarias (golosinas) son más cariogénicos que aquellos que tienen un rápido tránsito en boca (líquidos azucarados).
- La caries y enfermedades periodontales disminuye cuando los alimentos ricos en azúcares son retirados de la dieta.
- El consumo de azúcar es más cariogénico entre las comidas que durante ellas.
- La forma y frecuencia del consumo es más importante que la cantidad de azúcar consumida.

Se entiende por:

- a) Cepillado dental: Limpieza mecánica de alimentos y microorganismos sobre la superficie dentaria y encías con el fin de eliminar la placa bacteriana, responsable de la formación de patologías bucales frecuentes como: Caries y enfermedad periodontal.
- b) Publicidad y promoción de productos: Es toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial gráfica con el fin de promover directa o indirectamente su utilización a modo de persuadir al consumidor.
- c) Empaquetado de productos: Se aplica cualquier elemento que envuelva o contenga golosinas, bebidas, galletas etc. destinado al consumidor final.
- d) Placa bacteriana: película imperceptibles de gérmenes perjudiciales que se adhieren a los dientes /encías donde: crecen, se desarrollan y tienen una actividad metabólica activa que permite generar ácidos, dañando a las piezas dentarias hasta su pérdida.

EN RESUMEN

La sugerencia del uso del cepillo dental en tiempo y forma, elimina las posibilidades de que se desencadene los procesos de enfermedad en la boca. Resulta una verdadera comparación considerar al insumo cepillo dental como una vacuna dentro de la protección específica en atención primaria para la salud bucal.

A pesar del reconocimiento de la envergadura de esta problemática que no se refiere a la sola afectación de la salud bucal, sino que involucra a la salud general de un individuo, hoy tenemos la oportunidad de confrontarla a través de una acción de difusión masiva que involucre a toda la población.

¿CÓMO HACERLO?

a. Empaquetado

Los empaquetados y envases de productos contenedores de insumos ricos en azúcares refinados, llevarán insertos una imagen y un mensaje conciso y concreto que indique la sugerencia de cepillarse los dientes luego de ingerir el producto empaquetado. La imagen será actualizada por la autoridad de aplicación con una periodicidad no superior a dos años.

Cada mensaje y su correspondiente imagen serán consignados en el paquete y envase individual de venta al público. El mensaje sanitario estará escrito en un espacio blanco, con letras negras, y ocupará el treinta por ciento (30%) del envoltorio. (Como sugerencia) Las empresas industrializadoras garantizarán la distribución homogénea y simultánea de las diferentes imágenes y mensajes sanitarios, en la variedad que hubiere dispuesto la autoridad de aplicación para cada período.

b. Venta y distribución

En los puntos de venta como: kioscos, almacenes, mercados, supermercados, hipermercados, farmacias etc., como en centros de distribución y entrega, deberá exhibirse en lugar visible un cartel con una leyenda de prevención sanitaria bucal seleccionada por el organismo de aplicación.

c. Autoridad de aplicación

Se considerará como autoridad de aplicación de la presente ley, al Ministerio de Salud de Nación. La autoridad de aplicación ejercerá su función sin perjuicio e independientemente de la competencia de otros organismos en sus áreas específicas, ejercerá la supervisión y control sobre el empaquetado específico de venta de dichos insumos a través de programas de promoción para la salud bucal dependientes del mismo de referencia nacional.

En lo atinente a sanciones para el cumplimiento de la presente ley y las normas que la reglamenten lo ejecutará a través de la autoridad de aplicación advirtiendo a las empresas, distribuidoras y puntos de venta que se encuentren en falta.

d. Educación para la prevención

La autoridad de aplicación deberá controlar y vigilar como materia accesoria a sus funciones la correcta ejecución de las reglamentaciones y leyes que dispongan una política activa en la educación para la salud bucal con una mirada integral de la población.

El documento pretende

- a) Instar al Gobierno a realizar a través de su legislación una ley, para asegurar una vía directa de información como estrategia para la promoción de la salud bucal.

- b) Dar a conocer a la población la magnitud de enfermedades bucales que pueden prevenirse. Ej. Caries y enfermedad gingival (ambas terminan con la caída de las piezas dentarias).
- c) Orientar a la población hacia tratamientos con una mirada hacia la salud de una manera integral haciendo partícipe a la comunidad de la información necesaria para trabajar de manera conjunta para cuidarnos y cuidar.
- d) La inscripción sumara beneficios múltiples indirectos para la prevención de otras enfermedades de origen multifactorial, resulta una estrategia principal en atención primaria que conlleva a la adopción de hábitos saludables.
- e) Disminuir el gasto en la atención odontológica, (Gestionar la enfermedad bucal conlleva un gasto diez veces mayor *per cápita* que trabajar con estrategias de atención primaria para la salud bucal).

PANORAMA ODONTOLÓGICO

El sistema de salud argentino se conformó en el transcurso de nuestra historia sobre la base de la atención de las enfermedades, la expansión temprana de los hospitales públicos, el desarrollo del sector médico privado, la ayuda mutua entre connacionales, la incorporación de servicios de salud por parte de los sindicatos y la expansión de las obras sociales.

Las posibilidades de desarrollo de un modelo más universalista o más fragmentado dependieron de determinadas coyunturas históricas y correlación de fuerzas sociales, de opciones y compromisos entre unos u otros actores involucrados y de la particular forma de resolución de los conflictos y tensiones en cada momento histórico. Las reiteradas rupturas institucionales con su impacto sobre la continuidad de las políticas estatales, el peso de intereses corporativos, la sumatoria de decisiones instrumentales que buscaron favorecer tanto a unos y a otros actores del sistema de salud, sumado a las incompetencias recurrentes no dejando de mencionar políticas acertadas, que en muchos casos persistieron en el tiempo y que contribuyeron a cristalizar el sistema actual.

En términos de gestión, el resultado fue la multiplicidad de jurisdicciones, la superposición de prestaciones, la sub y sobre utilización de recursos, la estratificación en el acceso a los servicios y las dificultades para definir prioridades, entre otros aspectos. No obstante la amplia cobertura territorial alcanzada, la calidad de sus profesionales/según distribución, la fragmentación del sistema de servicios de salud trajo aparejado, inevitablemente un nivel apreciable de inequidad social.

La Federación Internacional Dental (FDI), La Organización Mundial de la Salud (OMS), La Asociación Internacional para la Investigación Dental (IADR) como expertos en la materia expresaron su preocupación por el crecimiento exponencial de las enfermedades bucales y el tratamiento insuficiente que cobran

los países en materia de políticas públicas para su control y /o erradicación. Es grave la situación por el escaso progreso en materia de prevención y promoción para enfrentar la problemática de la caries dental y enfermedades bucales, particularmente en poblaciones vulnerables.

Según estudios realizados por el propio Departamento Odontológico del Ministerio de Salud del GCBA, 2012/13 el costo en el tratamiento por persona asistiendo la enfermedad bucal resulta diez veces mayor al costo de trabajar en promoción para la salud bucal y prevención de enfermedades estomatológicas. La ecuación solo contemplaría algunas patologías ya instaladas, y no resolvería el volumen de pacientes sobre todo de una población infantil con alto potencial a enfermar.

El objetivo final es un trabajo *preventivo* anticipándonos a la enfermedad: Se intenta retrasar la llegada del sujeto al sillón odontológico, descomprimir a los centros odontológicos asistenciales con largas listas de espera, saturadas por su demanda.

DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

A pesar de los enormes progresos científicos y tecnológicos de la profesión odontológica y del nivel académico que posee Argentina, lamentablemente cada vez es mayor la grave situación de enfermedad bucal. La población infantil no reconoce actividades programadas en promoción para la salud bucal, que persistan en el tiempo a modo de generar resultados favorables a partir de la incorporación de hábitos higiénico-dietéticos con el claro objeto de prevenir enfermedades bucales.

La atención odontológica tradicional hasta la fecha, a pesar de los intentos de cambios de modelos ortodoxos y hegemónicos resulta difícil modificar. En el sistema público de atención las prácticas resultan netamente intervencionista y poco conservadoras de los tejidos biológicos como son las piezas dentarias. Los recursos disponibles tanto en materia de infraestructura y tecnología así como en profesionales odontólogos y auxiliares son insuficientes para resolver la problemática en materia de enfermedades bucales.

No alcanzaría ni duplicar el recurso humano existente para resolver el problema.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con una amplia oferta de servicios en materia de atención odontológica, en comparación con otras jurisdicciones, nacional, municipales etc., sin embargo, la estrategia para el tratamiento del tema debería incluir y comprometer a la sociedad civil para acompañar en el proceso de su tratamiento.

Más del 80% de la población padece de patologías bucales, solo el 33% de niños han recibido atención odontológica (Este dato incluye prestaciones realizadas por única vez Ej. urgencias por dolor, traumatismos etc.). Están excluidos en estos datos todos los sujetos de una población infantil con riesgo a enfermar en

un porcentaje del 67%. El problema requiere una inmediata resolución. (Datos epidemiológicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

REALIDAD ACTUAL

La Odontología atraviesa una profunda ceguera en lo que respecta a la definición de Odontología social; Crisis invisible a los ojos de las autoridades sanitarias de turno y de una comunidad de profesionales —odontólogos— mayoría producto de la herencia de una Odontología hegemónica que en raras oportunidades ha recibido formación de trabajo en terreno a través de acciones comunitarias.

Desde años atrás los odontólogos y su formación académica ha desarrollado su hacer poniendo distancia con la gente a través de un sillón odontológico y ejerciendo su práctica mayoritariamente dentro del sector privado, postergando a la población de una información y promoción para la salud bucal generando una atención resolutive, invasiva con acciones lejos de ser preventivas.

El concepto de invisible se impone, ya que solo se evidencia la cuantificación de las enfermedades bucales sin poner la mirada en cómo prevenirla o limitar su efecto.

Se estimula la práctica intervencionista y en algunos casos es incluso causa de sobre tratamiento, entendiéndose por tal, la realización de tratamientos innecesarios o más complicados y costosos de lo que la enfermedad del paciente requiere. Además, como el profesional no es adecuadamente compensado por los tratamientos preventivos y de promoción para la Salud, es también comprensible que no los realice o los haga de forma rápida y esporádica, con lo cual los pacientes continúan presentando nueva patología, con el consiguiente aumento del gasto para la compañía aseguradora que repercutirá en un aumento del precio de las pólizas o lo tendrá que asumir la compañía.

Según la (OMS-World Health Report, 2003) 5 billones de personas padecen de caries dental, lo que equivale, aproximadamente, al 80% de la población mundial. La solución a la problemática no pertenece ni es responsabilidad de la comunidad profesional odontólogos, ni al ámbito de la salud, sino recrea un tema de origen socio-histórico superador a la pieza dentaria *in situ*.

Hoy, el panorama desde la odontología social se va desarrollando en forma lenta con replanteos en materia de gerenciamientos innovadores con planificaciones estratégicas con propuestas en el área de la salud pública a través de la atención primaria donde la promoción para la salud bucal, es un eje clave de acción junto a otras disciplinas como las ciencias sociales, políticas, antropológicas que suman e incorporan la idea de administrar la salud y su preservación junto a la participación de la población informándola y haciéndola partícipe de trabajar no bajo la premisa de; *para* sino; *junto* a ella.

En resumen: es un grave error seguir creyendo en el binomio *Práctica y especialización* odontológica, sin tomar en cuenta las prioridades y necesidades

de la gente. La estrategia de promoción para la salud destaca la importancia de generar estilos de vida saludables, reconociendo su base cultural, política, social y económica. Subraya la importancia de los procesos de construcción social de la salud y la necesidad de la participación social para alcanzar objetivos vinculados al cambio de conductas individuales y colectivas y de las condiciones necesarias para mejorar la salud.

Observamos las dificultades que se están presentando frente a las necesidades de la gente en materia de servicio de atención pública odontológica y gratuita. El problema está instalado no solo en el niño, joven y adulto mayor. El trabajo específico en promoción y prevención bucal es el mejor modelo de ejercer estrategias innovadoras para cambios de conducta higiénico-dietéticas, lo cual se relaciona con el estilo de vida y la adopción de hábitos saludables.

La escasez de recurso humano (profesionales odontólogos) que trabajen para la asistencia pública, comparada con la alta prevalencia de enfermedades bucales es un claro ejemplo de una realidad que en materia de políticas públicas se viene postergando. La realidad está a la vista, los programas preventivos existen, muchos de ellos no se continúan por diferentes causas; (cambios de gestión, falta de presupuesto, resultados a largo plazo) en fin, las patologías están instaladas, el costo de trabajar gestionando la enfermedad resulta diez veces más alto que trabajar orientando la gestión hacia la promoción de la salud bucal y prevención de enfermedades, por lo que resulta más complicada la situación a resolver.

ETIOPATOGENIA DE LAS ENFERMEDADES BUCALES

Entre las enfermedades bucales más frecuentes se encuentran la caries y enfermedad periodontal. Resultan un conjunto de entidades clínicas infectocontagiosas producidas por microorganismos que en forma organizada y agrupada en una película o placa bacteriana incolora, que se adhiere y asienta en los dientes y encías. Resulta ella la única responsable de provocar como producto de la ingesta de azúcares y como consecuencia de su metabolismo, ácidos que lesionan, a los tejidos duros como: dientes y muelas, además de afectar a los tejidos blandos como: encías y tejidos de sostén de las piezas dentarias, lesionando, enfermando y terminando con la caída/pérdida de las piezas dentarias. El control de la dieta y su eliminación a través del barrido mecánico —cepillado dental— resulta una estrategia muy efectiva en la prevención de las enfermedades bucales enunciadas. Los azúcares son los principales elementos de la dieta que inciden en la prevalencia y avance de lesiones cariosas. Los patrones de consumo de azúcar se establecen desde edades muy tempranas y con el tiempo se vuelven resistentes al cambio. En la actualidad, la dieta diaria ha mostrado un incremento en la ingesta de carbohidratos que incluyen los sintéticos y los almidones procesados.

Se conoce como dieta cariogénica al consumo de azúcares solos o combinados, ingeridos casi diariamente con una frecuencia de 3 o más veces al día. Generalmente las personas adictas a dietas cariogénicas no consumen con frecuencia vegetales y frutas, lo cual puede generar alteraciones en salud respecto a factores de índole nutricional.

Respecto a la formación de caries, la consistencia de estos alimentos garantizan un pésimo pronóstico, cuanto, más blanda y de textura adhesiva/pegajosa posean, sumado al tiempo de permanencia en la boca, complica al cuadro cuando existe una *deficiente higiene bucal*.

POLÍTICAS PÚBLICAS POSTERGADAS

Las frecuentes crisis económicas y sociales en la República Argentina han impactado negativamente en las condiciones de vida de amplios sectores de la sociedad más postergados, aumentando las necesidades y demandas en salud hacia el sistema público. Pese a esta realidad, la República Argentina se encuentra a la vanguardia de la *Universalidad*; quien necesite de atención urgente o programada, con o sin cobertura social, con o sin poder adquisitivo, nativo o no, recibirá atención *pública y gratuita*.

Una política pública social universal de gestión en salud que requiere de los Ministerios de Salud, Nacionales / Provinciales muestren el rol de un estado presente a través de sus efectores, hospitales, Centros de salud, y otras ofertas sanitarias.

Sin embargo generar políticas y gestión en salud con carácter preventivo, amerita un trabajo fuera de los muros sanitarios, por lo que la propuesta de difusión masiva plantea un mecanismo de promoción para la salud bucal donde la comunidad se vería beneficiada con la información preventiva a contraer enfermedad antes del ingreso del sistema asistencial público. Resulta aun una asignatura pendiente en las agendas políticas, cuesta concientizar que: un país con ciudadanos enfermos no podría tener una actividad económica activa y productiva.

El sistema de atención público en salud argentino (incluida la odontología como parte de una disciplina médica) tiene una mirada individualista donde se prioriza la atención del sujeto ya enfermo, así las ofertas de servicio de atención, nacionales, provinciales o dependientes de municipios pueden no satisfacer sus propias demandas teniendo que trabajar en red de servicios, una modalidad no del todo instrumentada, ya que el trabajo interinstitucional en un sistema horizontal en red de atención asistencial, todavía no reconoce una ágil gestión.

Las patologías bucales están instaladas en la población sin distinción, como una enfermedad crónica más dentro de otras de origen multifactorial que resultan epidemias no resueltas, donde el estado, la salud como políticas públicas y la participación comunitaria no pueden estar ausentes ni ajenas a esta realidad.

El cuadro situacional referido a la problemática en salud bucal es compleja.

Se entiende que el trabajo en promoción para la salud bucal y prevención a la enfermedades relacionadas al aparato estomatognático, debería considerarse prioritario en el momento de toma de decisiones en políticas y gestión de salud con programas que prioricen: *un carácter preventivo (adecuada a las necesidades de la gente), que sean viables, que se mantengan en el tiempo, ambientalmente saludables y económicamente sustentables*.

Las frecuentes crisis económicas y sociales han impactado negativamente en las condiciones de vida de amplios sectores de la sociedad más postergados, aumentando las necesidades y demandas hacia el sistema público.

La falta de una programación estratégica que apunte decididamente a la atención primaria, sumado al colapso del sistema sanitario público, constituye un cóctel peligroso para la sustentabilidad del mismo.

En este documento se intenta poner énfasis en considerar a la salud bucal desde un concepto integral de atención, con una mirada orientada hacia el individuo/sujeto *sano*, priorizando a la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad bucal, como ejes claves para el análisis con una propuesta clara de difusión para la información y en ámbitos no sanitarios.

La salud pública tiene el deber de observar y poner en práctica, acciones sobre la relación existente entre los diversos estilos de vida y las patologías, instrumentar e indicar normativas para orientar correctamente, respecto en lo que refiere a hábitos y costumbres saludables.

El enfoque actual en Salud está orientado hacia un modelo teórico de atención integral donde participan diferentes factores, muchos de ellos no se circunscriben a la medicina específicamente, se basa en el concepto de equilibrio psicofísico y social, donde el modelo médico hegemónico no es el único responsable del bienestar de una población. Es por ello que el término conceptual de “estilo de vida” compromete hábitos, costumbres y condiciones que favorecen o no a la instalación de los procesos de enfermedad.

Los equipos de salud cuentan con la experiencia y el conocimiento, para considerar a los procesos de *salud-enfermedad* como parte de un problema en el cual participan varios factores 1) hábitos nocivos para el organismo, 2) predisposición genética y 3) medio ambiente entre otros.

Los hábitos nocivos, la falta de educación para la salud y de información acorde a las verdaderas demandas de la gente, sumado a la ausencia de políticas en relación a la eficiencia no solo de la atención de la salud sino para el saneamiento del medio ambiente, de la necesidad de una vivienda digna, de una buena alimentación genera un cuadro confuso en el devenir del tiempo.

En este marco la odontología no está ajena a la problemática situacional, las enfermedades bucales más frecuentes como la caries dental y aquellas que afectan a los tejidos blandos como la encía y el periodonto poseen un origen multifactorial, donde interviene, a) el sujeto y su predisposición a contraer enfermedades bucales, b) la dieta, y c) la presencia de microorganismos en boca. El tratamiento de estas patologías de origen multifactorial, requieren estrategias de atención primaria para la salud donde la promoción y difusión en conceptos referidos a educación para la salud deberían ser tomadas como modelos disparadores para la aplicación en otras disciplinas.

Sugerir a través de mecanismos de difusión, adquirir hábitos voluntariamente beneficiosos para evitar la aparición de enfermedades bucales, solo requiere

de voluntades, compartir responsabilidades, relevamiento y tiempo para evaluar resultados.

ENFERMEDADES MÁS FRECUENTES QUE PRESENTA LA CAVIDAD BUCAL

A) Aquellas que afectan a tejidos duros dentarios Ej. caries dental.

B) Aquellas que afectan a los tejidos blandos como encías y periodonto Ej. Gingivitis y enfermedad periodontal.

Ambas A) y B) las padece más del 80% de la población sin distinción de edad: niños, adolescentes, adultos jóvenes, mayores y mujeres embarazadas.

Se intenta instalar desde la atención odontológica y de la salud pública en general, un eje de trabajo preventivo e integral en salud bucal, poniendo énfasis en una mirada hacia el sujeto *sano*, antes de enfermar. De esta manera a través de la promoción para la salud y prevención de las enfermedades bucales garantizaríamos el retraso del paciente *enfermo* al sillón odontológico.

Sin embargo no es suficiente. En materia de educación para la salud bucal se necesita implementar un trabajo participativo junto a la comunidad, para afrontar la situación, no se resolvería el problema aun triplicando la cantidad de recurso humano (profesionales odontólogos), participar a la población con mecanismos masivos de información resulta una asignatura pendiente.

Se fundamenta este proyecto en poder tener acceso a la información a través de medios gráficos masivos con consignas referentes a la educación para la salud bucal. La finalidad y objeto principal es lograr en la población hábitos de vida de auto cuidado, donde la higiene dental (cepillado) resulta una protección específica para evitar la aparición de enfermedades bucales.

Es grave la situación por el escaso progreso en materia de prevención y promoción para enfrentar la problemática de la caries dental, particularmente en poblaciones vulnerables.

La presente ley regula la publicidad y promoción del uso del cepillado dental en el ámbito nacional, a los fines de la prevención y asistencia de la población ante los riesgos que genera la no utilización de los mismos y con el claro objeto de: *compartir con la comunidad la responsabilidad de cuidarnos*.

Se pueda conciliar la accesibilidad a la información, a través de esta estrategia de difusión masiva, reforzar el criterio de equidad y poner énfasis en una mirada integral para la salud hacia los individuos antes de enfermar.

Hoy día no existe una conciencia colectiva asentada acerca de la importancia y necesidad de utilizar el cepillo dental, como una herramienta imprescindible para evitar la aparición de patologías bucales. Se trivializa su utilidad y el resultado son crecientes consultas y colapso de los servicios de atención odontológica que podrían ser evitadas a través de promociones enfocadas hacia la educación para la salud bucal de carácter masivo.

DESIGUALDADES EN SALUD

El concepto “desigualdad en salud” alude al impacto que tienen sobre la distribución de la salud y la enfermedad en la población los factores como la riqueza, la educación, la ocupación, el grupo racial o étnico, la residencia urbana o rural y las condiciones sociales del lugar en el que se vive o trabaja. La reducción de las desigualdades constituye un objetivo central en la estrategia de la OMS. La medición de las desigualdades en el campo de la salud es una condición indispensable para avanzar en la mejoría de la situación de la misma.

Existen desigualdades sociales inaceptables en el campo de la salud que pueden ocurrir entre grupos geopolíticos, socioeconómicos, étnicos, de sexo, edad u otros. La Asamblea Mundial de la Salud de 1977 decidió que la principal meta de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de los gobiernos de los países miembros en las próximas décadas sería lograr Salud para todos en el año 2000. Hoy en día, sigue existiendo una gran disparidad en la situación de salud de diferentes grupos sociales y países.

Los grupos con peores condiciones socioeconómicas no solo sufren una mayor carga de enfermedad, sino que, además, presentan enfermedades crónicas e incapacidades a edades más tempranas, tienen menos acceso a los servicios de salud y éstos son de peor calidad.

La importancia de la desigualdad en Salud es tal que la meta para el año 2020 es reducir en por lo menos 25% las diferencias entre los grupos socioeconómicos de cada uno de los países mediante el incremento de los niveles de salud de los más pobres.

Aunque la Argentina presenta un grado importante de inequidad en la distribución de los ingresos, la situación general de la salud ha mejorado de manera continua. Esto es una consecuencia de numerosos factores sociales, ambientales, culturales, tecnológicos favorables, y de la mayor disponibilidad de servicios de salud.

En general, los sistemas de información y los análisis de la situación de salud no toman en cuenta la evaluación de las desigualdades. Medir la desigualdad en un país según las condiciones de vida, constituye el primer paso hacia la identificación de inequidades en el campo de la salud y resulta también un imperativo para el desarrollo económico regional.

Sin embargo, a nivel odontológico esta mejoría se ha percibido en términos favorables en el ámbito de las grandes urbanizaciones, por ej.: Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Rosario, Mendoza y otras capitales de provincias, no siendo suficiente los mecanismos y estrategias de atención en el área de la salud odontológica en todas las provincias ni en todos los grupos poblacionales del mismo país.

En las sociedades desarrolladas la salud bucal ocupa, sin excepción, un lugar de particular preferencia, y esto se manifiesta en la madurez de los ordenamientos organizativos alcanzados. Las configuraciones que adopta el sector salud son resultado del juego interactivo entre la Sociedad Civil y el Estado.

No se trata de una estructura rígida, sino cambiante con los tiempos y los contextos históricos.

Los presupuestos en salud son un elemento clave sobre la importancia política, social y económica de una población saludable, para un modelo de estado proteccionista.

Un país con ciudadanos enfermos no produce, un país no productivo, no crece ni progresa más aun cuando, es parte de la competencia que genera integrar comunidades para el desarrollo. La promoción para la salud solo representa un 5% del presupuesto total, un claro ejemplo de una política donde solo se prioriza la atención de los enfermos y poco a la educación para la salud del resto de la ciudadanía.

RESULTADOS ESPERABLES

- a) Alto impacto en la comunidad, una ecuación *costo /beneficio significativa* en materia de economía para la salud bucal y general.
- b) Un servicio de alta calidad en información para el cuidado preventivo hacia las enfermedades dentales en post de un mayor beneficio para el bienestar de la gente.

Pensar en el proyecto de ley expuesto, como eje clave para erradicar la desigualdad en materia de informar o sobre cómo proteger nuestra salud bucal, nos permitiría dar el primer paso hacia la erradicación de las enfermedades bucales. Se propone crear un impacto visual, como uno de los más eficaces mecanismos de información masiva para el cuidado y prevención de patologías dentales para los ciudadanos.

Los medios principales para hacerlo resulta de la aplicación de políticas públicas saludables, cuyo objetivo en igualdad de condiciones proponga: *mejorar la información para promover hábitos de vida de auto cuidado.*

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, CARLOS H., "Problemas político-institucionales que obstaculizan mejores políticas públicas en la Argentina de hoy" en *Revista del CLAD Reforma y Democracia* N° 19, Caracas, 2001.
- BERCOWITZ, R., *Causes, treatment and prevention of early childhood caries: a microbiological perspective* *J. of Can, Dent Educ*, 2003:69 (5), 304-308.
- BIOCCA FRANCOANGELI, MARIO, "Cittadini competente costruiscono azioni per la salute. I Piani per la salute" in *Emilia-Romagna 2000-2004*.
- BUSTAMANTE, ALBERTO, *Calidad de Vida y la relación bio-psíquica social del sujeto*, Lugar Editorial, 1ª edición, Buenos Aires, 2005, capítulo 7.
- BELLAGAMBA; BORDONI; DOÑO; FALIK; PRELIASCOA: PRELIASCO V., "Odontología integral para niños," PRECONC, curso II, módulo, 1 OMS/OPS 1992.

- CARNEVALE, FRANCO, GEDDES, MARCO, MACIOCCO, GAVINO, "La nuova Italia Scientifica", 1993, *Trattato di Sanità Pubblica di Eva Buiatti*.
- CAO, HORACIO y VACA, J., *Desarrollo regional en la Argentina: la centenaria vigencia de un patrón de asimetría territorial*, Santiago de Chile.
- CAO, HORACIO (coordinador); BLUTMAN, G.; ESTÉVEZ, A.; ITURBURU, M., *Introducción a la Administración Pública Argentina: Nación, Provincias y Municipios*, Biblos, 1ª ed., Buenos Aires, 2007.
- FASSIO, ADRIANA, "Exclusión, edad y género: Trabajo voluntario como estrategia de inclusión social de mujeres adultas mayores" en *XXVII Congreso ALAS*, Asociación Latinoamericana de Sociología "Latinoamérica Interrogada", 2009.
- GRAGLIA, J. EMILIO, *En la búsqueda del bien común: Manual de políticas públicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, ps. 19, 22, 29, 30 y 34.
- ISRAELEVICH, DIANA, "Un trabajo para, junto y con la comunidad", cúspide publicación certificada odontológica. Año 15, n° 25, ps. 25-26, Córdoba, Argentina, 2012.
- "Programa boca a boca", Resolución Ministerial 0544/SS/2006 Ministerio de Salud, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005.
- MACEIRA, DANIEL, *Experiencia de gestión en salud. Segundo ciclo*. Compilado por 1ª edición, Buenos Aires. Fundación Cippec, 2010, capítulo 2, p. 23.

LA FORMACIÓN EN LA PERSPECTIVA DE DERECHOS EN LA RESIDENCIA INTERDISCIPLINARIA DE EDUCACIÓN PARA LA SALUD (RIEPS) EN EL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Carla Bañuelos (1); Claudia Cernadas Fonsalías (2); María Andrea Dakessian (3); Mariana Kielmanovich (4); Carla Pierri (5).

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la siguiente ponencia es presentar a la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud y la formación en la perspectiva de derechos que esta propone. Para ello, se realizará una aproximación teórico-conceptual de los derechos humanos y del derecho a la salud en particular; así como también se describirán diferentes instancias de formación/producción de conocimiento y se analizarán algunas tensiones existentes entre el marco legislativo vigente, el enfoque de derechos, las experiencias de formación y las prácticas que la Residencia realiza en tres de sus áreas temáticas de trabajo: juego, lectura y salud; salud sexual y reproductiva; y salud ambiental y zoonosis.

Se considerará para tal análisis, el concepto de campo de P. Bourdieu (1999) en tanto campo de fuerzas e intereses, donde distintos actores juegan y ocupan

(1) Licenciada en Sociología por la UBA. Especialista en Planificación Urbana y Regional (FADU-UBA). Jefa de Residentes de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud, Ministerio de Salud, GCABA.

(2) Licenciada y profesora en Ciencias Antropológicas de la UBA. Doctoranda de la UBA. Docente del Ciclo Básico Común (UBA) e Instructora de Residentes del Ministerio de Salud, GCABA.

(3) Licenciada y profesora en Psicopedagogía por la USAL. Especializada en educación y promoción de la salud (GCABA). Especialista en Gestión en Salud (UNLa). Coordinadora general de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud e integrante del equipo técnico del Departamento de Salud Ambiental GACBA. Docente-investigadora del Departamento de Ciencias de la Salud de la UNLaM.

(4) Licenciada en Psicología por la UBA. Egresada de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud, Ministerio de Salud, GCABA. Becaria de capacitación del Ministerio de Salud, GCABA y Consultora UNICEF. Docente de la Especialización en Educación Sexual Integral (Ministerio de Educación, GCABA).

(5) Licenciada en Psicología por la UBA. Maestranda en Epidemiología Gestión y Políticas de salud (UNLa). Integrante del Equipo de gestión de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud, Ministerio de Salud, GCABA. Docente de la Facultad de Psicología (UBA).

posiciones en torno al campo de la salud y al subcampo de la prevención, la promoción y educación para la salud.

LA RESIDENCIA INTERDISCIPLINARIA DE EDUCACIÓN PARA LA SALUD

La Residencia Interdisciplinaria de Educación para la salud (RIEpS) es un postgrado de capacitación en servicio de dedicación exclusiva que desde 1987 integra el Sistema de Residencias del Equipo de Salud de la actual Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) (Ordenanza 40.997/85 y modificatorias) y la Unidad de Capacitación en Prevención, Promoción y Educación para la Salud (UniCaPPES). Con el objetivo de formar trabajadoras/es de la salud capacitadas/os en beneficio de la comunidad, las residencias del equipo de salud se desempeñan en el ámbito hospitalario, áreas programáticas en salud y sus centros de salud y acción comunitarias del subsistema público de salud, desarrollando prácticas asistenciales, preventivas, de promoción y educación para la salud.

La RIEpS capacita en servicio a profesionales de diferentes disciplinas del campo de la salud y de las ciencias sociales (medicina, enfermería, odontología, antropología, psicología, sociología, trabajo social, psicopedagogía, ciencias de la comunicación y de la educación) (6). Se propone optimizar las capacidades de los residentes a los fines de que puedan identificar los problemas de salud prioritarios de las comunidades de la ciudad; utilizar la planificación local participativa como herramienta de trabajo; producir estrategias socio-sanitarias, comunicacionales, educativas y organizacionales con los equipos de salud y motorizar e integrarse en una gestión interdisciplinaria e intersectorial de la salud.

La RIEpS propone como eje estructurador “los abordajes integrales de problemáticas complejas de salud-enfermedad bajo dos lógicas de trabajo-aprendizaje: la de trabajar en equipos, generalmente interdisciplinarios y la de proyectos locales de acción con personas, familias y grupos sociales en contextos comunitarios e institucionales” (Dakessian, 2011). Las áreas problemáticas sobre las cuales actualmente se interviene son: enfermedades prevalentes y prevenibles —eventos de salud emergentes y estacionales— enfermedades crónicas no transmisibles, salud sexual y reproductiva, VIH-SIDA y otras infecciones de transmisión sexual, salud ambiental y zoonosis, alimentación y crianza, salud bucal, violencia familiar y de género, juego, lectura y salud (Programa Formación RIEpS; 2003).

Conforme a la estrategia de Atención Primaria de la Salud (7) la propuesta de la RIEpS se basa en el despliegue de acciones en salud con eje en la prevención de la enfermedad, la promoción y la educación para la salud, atendiendo los con-

(6) Actualmente la RIEpS trabaja con equipos que se distribuyen en siete sedes formadoras: Área Programática del Hospital General de Agudos Dr. E. Tornú; Área Programática Hospital General de Agudos Dr. J. M. Penna; CeSAC N° 7, Área Programática Hospital General de Agudos D. F. Santojanni; CeSAC N° 12, Área Programática Hospital General de Agudos Dr. I. Pirovano; CeSAC N° 38, Área Programática Hospital General de Agudos Dr. C. Durand; Instituto de Zoonosis Luis Pasteur; y el Área Programática Hospital General de Agudos Dr. C. Argerich.

(7) La Atención Primaria de la Salud es una estrategia consensuada a nivel mundial en Alma Ata en 1978, que propone una reorganización del sistema de salud de manera de alcanzar la meta Salud para Todos. Para ello propone acercar la salud a los lugares donde la gente vive y trabaja, reorien-

textos sociales diversos, así como los ámbitos locales y de gestión centralizada de la organización sanitaria de la CABA.

Desde esta perspectiva, se concibe a la educación para la salud como la entiende E. Menéndez (2003), es decir como una “estrategia de saberes que conduzca a un proceso creciente de autonomía sobre los procesos de salud-enfermedad”. En este sentido la perspectiva de derechos resulta neurálgica a la formación y al trabajo en salud en la Residencia, junto a otras dos perspectivas, la de género e interculturalidad, que no se desarrollarán en esta oportunidad (8).

La perspectiva de derechos implica superar la identificación y satisfacción de las necesidades básicas de la/s persona/s y optar por el reconocimiento de que toda persona es titular de derechos. Concebir las políticas públicas desde los derechos humanos sirve a garantizarlos: protegerlos, prevenir violaciones, y restablecerlos cuando fuese necesario. De tal manera, las políticas públicas se orientan acordes con los principios de universalidad, igualdad y progresividad; afín con el acceso a la justicia y a la salud, e incluyendo la participación de los propios involucrados.

En este sentido la RIEpS toma la definición de “ciudadanía” de J. Moro en tanto considera que la ciudadanía no es un atributo que las personas tengan, sino que la misma resulta de un proceso de construcción social y aprendizaje que cobra entidad cuando se ejercen diferentes derechos, es decir que “es una relación dialógica frente a la autoridad y un aprendizaje colectivo (...) es el derecho a tener derechos” (RIEpS, 2002).

APROXIMACIÓN AL MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO A LA SALUD

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos define los derechos humanos como condiciones inherentes del ser humano, necesarias al desarrollo pleno de las personas y a la posibilidad de vivir en igualdad y libertad. En tanto derechos positivos, los derechos humanos se adquieren al momento de nacer y obligan a todo Estado a garantizarlos y a instrumentar acciones con el objetivo de satisfacer su completa vigencia y realización.

Los derechos humanos son jurídicamente protegidos e integran las declaraciones, convenios y tratados internacionales. Mientras la consagración de los derechos humanos en el siglo XX se relaciona con la aparición legal de la figura del ser humano, sin distinción de nacionalidad, clase, etnia, religión, sexo o cualquier otro clivaje, el Derecho Internacional de los derechos humanos se inaugura con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y con los Pactos In-

tar los recursos según necesidades de la población, promover abordajes integrales e intersectoriales en el abordaje de la salud, entre otras.

(8) La perspectiva de género provee herramientas para visibilizar y desnaturalizar los estereotipos binarios y las desigualdades de las formas socio-históricas de ser varón y mujer. La perspectiva de interculturalidad promueve la problematización de las relaciones de poder que se esgrimen entre las culturas y según el reconocimiento de un modelo occidental, blanco, masculino y heterosexual impuesto como criterio de normalidad y humanidad.

ternacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de 1966. Estos pactos luego serán especificados en convenciones sucesivas (Convención de los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer —CEDAW—, entre otras), algunas de las cuales poseen en Argentina rango constitucional (art. 75, inc. 22).

Universales e irrenunciables, los derechos humanos se proclaman constitutivos de una integralidad única e indivisible. Estas características fueron reafirmadas por los Principios y Plan de Acción de Viena de Naciones Unidas de 1993. Sin embargo, no es realista aceptar que la sola enunciación de estos atributos les otorgue realidad, por el contrario, los hechos históricos muestran que la vigencia de los derechos humanos requiere una activa defensa. Por ello, los derechos humanos sólo pueden comprenderse como conquistas sociales.

En otras palabras, los derechos humanos surgen como argumento de transformaciones sociales progresivas y ésta es su máxima potencialidad. Frente a las inconsistencias entre la igualdad formal y la desigualdad real de las sociedades modernas, la exigibilidad de los derechos abarca y a la vez, excede la judicabilidad. Por un lado, no todos los sujetos ni grupos sociales tienen la misma capacidad de acceder al disfrute de derechos; siendo así, la lucha es una apuesta por colocar aquéllos en la agenda pública, de manera de investirlos de reconocimiento y de atención pública. Por otro lado, la garantía de derechos depende de la decisión política para habilitar recursos a tales fines. Son las políticas públicas las que serán capaces, o no, de generar bienestar y efectivizar los derechos a contingentes más o menos amplios de la población.

A pesar de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, los límites en el ejercicio de derechos se relacionan con la disponibilidad y movilización de recursos públicos. Además, los llamados derechos económicos, sociales y culturales —dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud— tienen dificultades de orden jurídico para tipificarse en umbrales de cumplimiento y no cumplimiento.

En 1946, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud consagró el derecho a la salud como el derecho al máximo grado de salud que se pueda lograr. El derecho a la salud es un derecho positivo, inalienable e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Este reconocimiento, relativamente reciente, fue parte de la movilización social que siguió a la II Guerra Mundial, cuando la conmoción ante los crímenes del nazismo precipitó una doctrina de inviolabilidad de la condición humana (RIEpS, 2011).

El derecho a la salud comprende no sólo la atención oportuna y apropiada, sino también el acceso a condiciones de vida y trabajo salubres. Es un derecho inclusivo que demanda una conceptualización y marcos legales adecuados, así como la consolidación de actores sociales que los hagan cumplir y defiendan. Desde esta perspectiva, los diferenciales en salud se interpretan estrechamente vinculados con la distribución de la riqueza social y con la transformación de ésta en un sentido equitativo.

Sin una equitativa distribución del ingreso, los valores de la democracia y el ejercicio de los derechos se relativizan en grado extremo. La mera existencia de la legislación no es suficiente para la satisfacción a las necesidades humanas básicas y la liberación de las miserias. La propia noción de ciudadanía hoy se ha extendido más allá de los derechos y deberes políticos, para incluir en su construcción un mínimo de bienestar y seguridad económica, avalando en su aceptación el debate sobre las relaciones de poder y dominación entre los individuos y/o los grupos sociales.

Al profundizar en las formas de expresión ciudadana que tienen lugar en el campo de la salud, M. Rovere (1998) propone tres dimensiones que configuran un trípode orientado a la concreción del derecho a la salud. En primer lugar, la equidad en la atención supone el acceso igualitario a unos servicios y recursos de salud de calidad homologable. En segundo lugar, la equidad en los riesgos de enfermar, sufrir una discapacidad o morir por causas evitables, supone la superación de la exposición a riesgos ambientales, económicos o políticos inaceptables. En tercer lugar, la equidad en la distribución de la información plantea la circulación de información, pertinente y comprensible, como una herramienta para los procesos de toma de decisiones informada, el empoderamiento y la autonomía de la población.

En la década de 1990, casi la totalidad de los procesos de reforma del sector salud asumidos por los países de la región se orientaron, al menos en sus enunciados, a garantizar la equidad en la atención de la salud. Sin embargo, la preocupación por el autofinanciamiento, o la procura de mecanismos de competencia y la instalación de nuevos agentes económicos produjo tensiones que pocas veces se dirimieron a favor de la equidad (RIEpS, 2011). El eje sustantivo de la reforma fue un viraje desde la salud como derecho garantizado por el Estado, hacia la salud como mercancía.

En Argentina, las propuestas de reforma se cumplieron parcialmente, pero los niveles de equidad no se mejoraron ni siquiera en el acceso a los servicios. Por el contrario, la fragmentación y la heterogeneidad preexistentes se profundizaron en función de criterios de accesibilidad económica, entre los subsectores (público, privado, de seguridad social) y al interior de cada subsector (RIEpS, 2011).

En la CABA, el art. 20 de su Constitución reconoce el derecho a la salud integral y la Ley Básica de Salud, Ley 153/99, regula la garantía de dicho derecho, no obstante, las personas sin capacidad adquisitiva ni cobertura de seguridad social acceden a los servicios públicos, deteriorados por décadas de desfinanciamiento y crecientemente exigidos por la demanda.

INSTANCIAS FORMATIVAS Y PRODUCCIÓN DE CONOCIMIENTO EN RELACIÓN A LA PERSPECTIVA DE DERECHOS EN LA RIEpS

La RIEpS considera que, a través del fortalecimiento de la ciudadanía y el fomento de la participación social, la educación para la salud a nivel local, puede

operar como una estrategia de garantía del derecho a la salud en tanto ponga a disposición de los sujetos información, conocimientos y herramientas útiles para la exigibilidad de aquel (Bañuelos, Castellaro, Fazzini, et al, 2011).

Como actor dentro del campo de la salud y del subcampo de la prevención, promoción y educación para la salud, la apuesta de la RIEpS, es la de construir espacios de promoción del ejercicio de derechos y de reflexión en relación a los particulares procesos salud-enfermedad/cuidado que transitan las poblaciones con las que trabaja.

Considerar a la salud como un campo de fuerzas implica reconocer que no hay posiciones ingenuas y que la existencia de una normativa de por sí no garantiza su efectivización, sino que habrá disputas, tensiones y matices existentes entre paradigmas de garantía de derechos y perspectivas tutelares. En este sentido y alejándose de una perspectiva tutelar la RIEpS se ha tomado a sí misma también como “destinataria” de sus acciones logrando así poner en escena los derechos de los trabajadores en salud y particularmente los de los profesionales en formación.

Desde una particular posición en el campo de la salud, la RIEpS ha propuesto y sostiene diferentes instancias de formación y de producción de conocimientos.

La bibliografía del concurso público anual de ingreso al sistema incluye un nutrido compendio de leyes que configuran parte del núcleo del marco normativo en salud de la CABA (ley 153, ley 1777, ley 114, ley 448, entre muchas otras).

A su vez, a los ingresantes de la RIEpS en sus primeros meses se les destinan horas de lectura de material bibliográfico seleccionado por el equipo de gestión de la formación. En esa “caja de inserción”, pensada para presentar el sistema y explicitar cierta metodología de trabajo y perspectivas de la residencia, los profesionales ingresantes encuentran nuevamente núcleos temáticos referidos al enfoque de derechos y el marco normativo específico necesario según las problemáticas abordadas en su sede formadora. Por otro lado, en las instancias de rotaciones programadas (9) los residentes rastrean la legislación vigente asociada al programa de salud por el que rotan y los derechos específicos garantizados por los mismos, como así también, las líneas prioritarias que se desarrollan para alcanzarlos.

En materia de derechos resultó un hito en la historia de la CABA la sanción de la Ley Básica de Salud. A partir de entonces la RIEpS, realizó una experiencia de discusión, difusión y socialización de tal normativa asociada a la Defensoría del Pueblo de la CABA, siendo el Dr. Carlos Niccolini coordinador del área mo-

(9) El Programa General de Formación de la RIEpS contempla formas específicas en que los residentes pueden complementar y/o profundizar —fuera de la sede formadora donde realizan la residencia— sus conocimientos y habilidades adquiridos en torno a áreas temáticas sustantivas. Entre ellas, la rotación programada, tiene carácter obligatorio y durante un período de tiempo acotado prevé el desempeño en programas de nivel central, o en estructuras que pueden constituirse en sedes receptoras.

torizadora, como el CoMO (Consejo Multisectorial de Organizaciones). De este modo la perspectiva de derechos fue explicitándose dentro de las prácticas de prevención, educación para la salud, y promoción.

La RIEpS fue convocada a formar parte del CoMO e incorporó activamente la responsabilidad de gestionar dispositivos institucionales de educación para la salud, como el de sala de espera de todas sus sedes, para difundir la ley, sus principios generales y los recursos de la Defensoría. A su vez, éste y otros dispositivos de educación para la salud desarrollados desde este enfoque se constituyeron de alguna manera en formas de disputa de poder institucional, debido a la tensión que generaba al interior del sistema plantear el derecho a la salud, accesibilidad y gratuidad cuando acciones concretas vulneraban estos derechos. Los dispositivos iban acompañados de la entrega de materiales comunicacionales (folletos) elaborados en el marco del acuerdo institucional.

Específicamente en materia de salud y derechos humanos desde la UniCaPPES se diseñó un curso de postgrado (que reeditó uno anterior autogestionado), abierto a trabajadores del sistema de salud y denominado “Salud y Derechos humanos”, éste tuvo dos ediciones (2010 y 2011). Las clases del curso fueron sistematizadas, reescritas por sus docentes (referentes reconocidos en la temática) y compiladas en un documento de trabajo llamado “Apuntes acerca de una experiencia formativa en Salud y Derechos Humanos. Curso sobre Salud y Derechos Humanos”.

En relación con la producción de conocimientos, los residentes realizan, a partir del proceso de aprendizaje-trabajo, producciones de carácter reflexivo sobre sus prácticas. Algunas de estas producciones aparecen como artículos en la Revista Salud y Población, publicación periódica que configura uno de los proyectos institucionales consolidados de la RIEpS y que nació como Cuadernos de Capacitación durante la coordinación general de la Lic. Haydée Lorusso. Esta publicación cristaliza los esfuerzos por sistematizar los procesos de trabajo, en función de enriquecer y aportar nuevos saberes al campo de la salud. En una revisión de sus siete números editados, se registraron más de 18 artículos referidos al enfoque de derechos, lo que demuestra la importancia que se le ha dado a esta temática en la historia de la Residencia. Todos ellos visibilizan la preocupación de la RIEpS sobre sus prácticas y en relación con el enfoque de derechos; a la vez que permanentemente ha tematizado sus interrogantes y aprendizajes del hacer. Estos artículos se encuentran listados en el anexo de este documento y es posible acceder a ellos vía el portal web del Gobierno de la Ciudad, el blog de la Residencia (blogspot.rieps.com.ar), o a través del Centro de Documentación en Salud (CeDoS).

En cuanto al enfoque de derechos en los proyectos locales de acción, a continuación se describe el trabajo en tres áreas temáticas a los fines de plantear los desarrollos y las tensiones que se suscitan en la práctica profesional. Dichas áreas son: juego, lectura y salud; salud sexual y reproductiva; y salud ambiental y zoonosis.

EL ENFOQUE DE DERECHOS EN LAS PRÁCTICAS COTIDIANAS: TENSIONES EN EL CAMPO

Juego, lectura y salud

Una de las áreas temáticas escogidas para el presente trabajo, en la que la RIEpS desarrolla actividades en la mayor parte de sus sedes formadoras, es el área temática referida a la promoción del juego y la lectura en función del aporte de estas intervenciones en la salud. En efecto, desde la Ley Básica de Salud, se define a la salud a partir de una concepción integral que refiere a que ésta no puede ser entendida meramente como ausencia de enfermedad, sino como un recurso para la vida diaria, que se vincula, por un lado, “con la satisfacción de necesidades de alimentación, ambiente, cultura, educación, trabajo, vestido y vivienda” y por el otro, “con la participación de la población como medio para fortalecer sus capacidades con respecto a su vida y su desarrollo”.

En consonancia con este marco jurídico, la RIEpS entiende que la promoción del juego y la lectura contribuye a promover salud, en tanto apunta a mejorar la calidad de vida de todas las personas y a fortalecer su autonomía. Al decir de la antropóloga M. Petit (1998), la lectura contiene una dimensión reparadora y subjetivante, puesto que permite no sólo entretenerse sino también darle sentido a las propias experiencias, recomponer las representaciones de la propia historia así como el vínculo con el mundo exterior. Asimismo, el juego resulta esencial para el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social de niños y niñas y de las personas en general, al tiempo que favorece la expresión creadora y la capacidad de elegir: “Somos libres de jugar o no jugar, la elección es siempre nuestra. El juego por mandato o delegación es una parodia o simulacro. No es juego”, dice G. Scheines (1998) al respecto de esto último.

No obstante, y a pesar del comprobado aporte de la lectura y juego en la salud, existen grupos poblacionales que por diferentes motivos no gozan del acceso a estos bienes culturales. Esto suele no ser tenido en cuenta por el sistema de salud, ni constituye una problemática por la cual el mismo se sienta interpelado a intervenir, en tanto prima en él una lógica biomédica que considera al individuo como mera biología, invisibilizando los determinantes sociales, culturales e históricos que inciden en la salud, y desatendiendo el derecho a la salud integral de las personas. En este punto resultan evidentes las contradicciones que se dan en el campo de la salud y las tensiones que se suscitan a la hora de trabajar desde una mirada de salud integral con enfoque de derechos, a pesar de estar formalmente reconocidos en diferentes legislaciones.

En el caso particular de los niños, niñas y adolescentes, el acceso a la lectura y al juego constituye un derecho reconocido por la ley 114 de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes de la CABA, en su art. 27 sobre el Derecho a la Educación —dentro del que se garantiza el disfrute por parte de los niños de los valores culturales— y en su art. 30 en donde se afirma el derecho de niños, niñas y adolescentes a la recreación, juego, deporte y descanso. A pesar de esto, la RIEpS ha relevado en las diferentes áreas programáticas de los hospi-

tales públicos de la CABA, en donde se ubican sus sedes formadoras, grandes subgrupos poblacionales de niños, niñas y adolescentes que no acceden a este derecho, ya sea por cuestiones materiales o por no sentirse destinatarios de estos bienes culturales, condiciones todas referidas a la pobreza y a la marginación. Así, se ha observado la falta de espacios lúdicos y de lectura en asentamientos, hoteles, inquilinatos y casas tomadas, debido a cuestiones ligadas a las condiciones de vida y vivienda de dicha población, pero también a barreras simbólicas que responden a una lógica de exclusión y marginación social, por la cual determinada porción de la población, generalmente el sector más vulnerable, no se siente destinataria de estos bienes culturales ni titulares de los derechos consagrados por ley. Por tal motivo, y con el objetivo de reducir las diferencias entre grupos poblacionales, la RIEpS lleva a cabo a lo largo de los años una serie de proyectos vinculados a la promoción del juego y la lectura que se vieron plasmados en la implementación de juegotecas y bibliotecas comunitarias en villas, comedores e incluso dentro de los mismos efectores de salud, a partir de los cuales se difunden los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se realizan actividades de animación al juego y la lectura y se prestan libros y juguetes para que puedan llevarse a sus hogares, en un intento del sector salud en conjunto con la comunidad, por garantizar el ejercicio de estos derechos.

En el caso de los adultos, también la lectura y el juego resultan herramientas fundamentales para alcanzar el derecho a la salud integral. Especialmente en contextos de internación por enfermedad, los cuales producen una ruptura de la vida cotidiana y una progresiva pérdida de autonomía, juego y lectura permiten no sólo mejorar la calidad de vida y favorecer la tramitación de lo traumático, sino restituir al paciente en su posición de sujeto. Según palabras de M. Petit (2002), quien padece una enfermedad es “asignado a una categoría de cuerpo-objeto, obligado a someterse ‘por su bien’ a las decisiones de otros, reduciendo a la persona a un estado de pasividad, a una pérdida de autonomía”. Frente a ello, la lectura y el juego permiten recrear un espacio subjetivo en donde se reconstruye el cuerpo fragmentado y objetualizado por las intervenciones hospitalarias, favoreciendo la posibilidad de elegir, decidir, sobre la propia salud y el propio cuerpo. En función de estas premisas, la RIEpS también desarrolla actividades de promoción del juego y de la lectura en salas de internación de adultos, que si bien no cuentan con una legislación específica que garantice el acceso a estos bienes culturales, sí cuentan con una Ley Básica de Salud que desde una mirada de salud integral, contempla a la cultura como una necesidad a ser satisfecha para alcanzarla.

Salud sexual y reproductiva

Otra de las áreas temáticas en la que la RIEpS ha desarrollado acciones desde sus inicios, es la de salud sexual y reproductiva. Desde una lógica de trabajo por proyectos, los equipos promueven y propician espacios de información, apoyo y orientación en materia de salud sexual y reproductiva. Los dispositivos adoptados son diversos y su implementación se enmarca en una estrategia de promoción y prevención respecto de la salud sexual y reproductiva, que incluye necesariamente la perspectiva de derechos y género. Entre los mismos se pue-

den mencionar las consultorías y talleres en escuelas medias, los grupos de información sobre salud sexual y reproductiva desarrollados en los centros de salud, talleres en sala de espera de hospitales y centros de salud, el asesoramiento cara a cara en temáticas como VIH-Sida y otras infecciones de transmisión sexual (ITS). Las acciones desarrolladas desde estos dispositivos adoptan la perspectiva relacional de género, que concibe a los cuerpos en una red de relaciones sociales que les dan sentido a partir de la diferencia asignada social, histórica y culturalmente a “lo masculino” y a “lo femenino”, configurando modos de ser, de pensar y de actuar diversos, donde muchas veces esas diferencias se transforman en desigualdades. En este sentido, este enfoque le presta especial atención al trabajo educativo que promueve el ejercicio de desnaturalizar las prácticas sociales, particularmente aquellas que promueven las inequidades. Este trabajo resulta imprescindible para propiciar la igualdad de derechos para todas las personas independientemente de su género u orientación sexual. Por lo tanto, un aspecto importante es abordar cómo operan los prejuicios y estereotipos en relación a lo considerado exclusivamente masculino o exclusivamente femenino.

A través de este tipo de intervenciones desarrolladas desde el campo de la educación para la salud se promueve el acceso universal al sistema de salud público y gratuito por parte de la población. Las mismas se enmarcan en los Programas de Salud Sexual y Reproductiva, a nivel Nacional y en el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable de la CABA. La ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la CABA, en su art. 7º contempla entre sus acciones la provisión de información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, la prescripción de métodos anticonceptivos, la provisión de los recursos necesarios y la información acerca de que el preservativo es por el momento el único método anticonceptivo que al mismo tiempo previene de la infección por VIH y del resto de las ITS. Además, existen tratados internacionales, leyes y normativas nacionales y de la CABA que ofician como marco de referencia para la tarea que desarrolla la RIEpS desde los distintos efectores. En efecto, los equipos de salud tienen la obligación de ofrecer información y recursos para que todas las personas puedan elegir libre y responsablemente si tendrán hijos o no, cuántos hijos desean tener y cuándo eligen tenerlos, entendiendo a la sexualidad desde una perspectiva integral en tanto proceso inherente y constitutivo del ser humano, más vinculada a la salud que a la enfermedad. Ahora bien, en el campo de la salud el modelo médico logró a partir de múltiples enfrentamientos, controversias y disputas con otras formas de construcción y ejercicio de los saberes, constituirse como conocimiento científico experto a partir de un capital cultural específico y de un saber asumido con rigor de verdad (Bourdieu, 1999). La configuración particular de dicho campo, entendido como lugar de relaciones de fuerzas, marcó los modos de entender los cuerpos, la intimidad y las identidades sexuales de los sujetos, estableciendo pautas definidas como “adecuadas” o “inadecuadas”, entendiendo que sobre estas últimas el “saber experto” debe intervenir. Desde la RIEpS se plantea que las acciones de prevención, promoción y educación para la salud propician la problematización de dicho campo y sus intervenciones a partir de los dispositivos señalados, aportando a la comprensión de una sexualidad entendida de manera integral. La búsqueda de una mirada abierta y múltiple representa un

desafío permanente para el trabajo de los equipos de salud que adoptan esta perspectiva, la cual presenta logros y dificultades que deben asumirse en el trabajo cotidiano de los equipos.

Para el caso específico de la población adolescente la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, del año 1989), ratifica que los adolescentes de ambos sexos son reconocidos explícitamente como titulares de derechos humanos. Son sujetos con derecho a opinar y ser oídos en todas las esferas que transitan (incluso las jurídico-administrativas), y a buscar y difundir informaciones e ideas por sí mismos (CDN, arts. 12 y 13). En lo que atañe específicamente al VIH-SIDA, la Ley Nacional de SIDA (Ley 23.798) de 1990 y su decreto reglamentario 1244 de 1991, señalan la obligación de incorporar la prevención del VIH en los programas de enseñanza de los niveles primario, secundario y terciario y delegan en el Ministerio de Educación la competencia por su realización. La Ley 114 de la CABA, en su art. 23, expresa que el gobierno debe adoptar medidas para desarrollar la atención sanitaria preventiva, la educación en materia de salud sexual y reproductiva, tendientes a prevenir el embarazo no deseado y las enfermedades de transmisión sexual. En el año 2003 se legisla una modificación a esta ley, a fin de eliminar cualquier obstáculo legal para la atención de menores de 18 años que soliciten servicios de salud. La argumentación de esta disposición se fundamenta en los “derechos personalísimos” de los niños, niñas y adolescentes que requieran información o atención en aspectos relacionados con su sexualidad y su reproducción. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello, para cumplir con derechos tales como requerir información, solicitar el test del VIH, solicitar la provisión de anticonceptivos, etc.

Salud ambiental y zoonosis

La Ley Suprema reconoce el derecho a un ambiente sano (art. 41), la Constitución de la Ciudad incluye el derecho a la calidad medioambiental (art. 26) y la Ley Básica de Salud concibe el ambiente como un elemento de la salud integral. El concepto de ambiente, o medio ambiente, alude a la articulación entre sociedad y naturaleza. El término naturaleza abarca los soportes de dominante natural (tierra, aire, luz, agua, flora, fauna), como los construidos y/o antropizados; el término sociedad refiere a los grupos humanos que, en formaciones sociales históricamente determinadas, constituyen una racionalidad particular de apropiación del territorio que ocupan. Pero en rigor, el medio ambiente no es naturaleza ni sociedad, sino su interacción dialéctica (Fernández, 2000).

De acuerdo con las formas predominantes de producción, distribución y consumo de bienes y servicios de cada período sociohistórico, los desajustes entre sociedad/naturaleza, o cuestión ambiental, pueden desagregarse en: a) problemas relacionados con la apropiación de los recursos naturales, las condiciones técnicas de dicha apropiación, o con la generación de efectos residuales durante el proceso de producción; b) problemas relativos a la satisfacción de las necesidades humanas y al acceso diferencial a los estándares de calidad de vida,

el cual puede variar desde el hiperconsumo hasta el subconsumo o la pobreza estructural (Fernández, 2000).

El ambiente se considera uno de los determinantes sociales de la salud. Desde este enfoque la salud ambiental emerge como campo interdisciplinario, cuyo objeto circunscribe los riesgos y efectos que para la salud humana conllevan los lugares donde se habita o trabaja, como asimismo, la teoría y práctica de las acciones tendientes a controlar, impedir o revertir, los factores ambientales adversos para la salud de las generaciones presentes y futuras (Cuéllar, 2008; Ordoñez, 2000).

En los entornos urbanos conocidos por los equipos de la RIEpS, las problemáticas de salud ambiental se vinculan principalmente con la pobreza y el desarrollo local no-sustentable. Los factores de riesgo ambiental más extendidos son saneamiento básico insatisfecho (falta de acceso a agua segura para consumo humano, inadecuada disposición de excretas y deficiente gestión de la basura y del control de plagas); contaminación (suelo, aire, agua); zoonosis; equipamiento urbano ausente o inseguro (iluminación, alcantarillado, asfalto/empedrado); vivienda insalubre; vulneración del derecho a una vivienda adecuada.

En estos contextos, los equipos de la RIEpS, fundamentan sus intervenciones en la Atención Primaria Ambiental (APA), la cual, en el marco de la Atención Primaria de la Salud, consiste en una estrategia de acción formulada por la Organización Panamericana de la Salud. Con un carácter eminentemente preventivo y participativo, la APA se basa en el derecho humano a vivir en un ambiente saludable y agradable, como en el derecho a la información sobre los riesgos del ambiente para la salud (Benítez, Álvarez y Rivero, 2005).

La APA fomenta: 1) el crecimiento y la modernización económica para el control y la disminución de los riesgos ambientales; 2) la capacidad comunitaria para la gestión de los riesgos ambientales; 3) la autosostenibilidad en el manejo del ambiente mediante la colaboración local institucional e intersectorial (Rev. Panam. Salud Pública, 2008).

Con el apoyo del Departamento de Salud Ambiental del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad y articulando con el Instituto de Zoonosis Luis Pasteur (CABA) el accionar de los equipos de la RIEpS plantea: identificar, junto con la población, las situaciones críticas de calidad ambiental; incrementar la gestión colectiva e intersectorial del ambiente; prevenir las zoonosis y enfermedades transmitidas por los alimentos; desarrollar estrategias para el abastecimiento de agua segura y el control de plagas. Además los equipos trabajan en la prevención de las infecciones respiratorias agudas y la tuberculosis; la producción de materiales de educación para la salud ambiental destinados a los profesionales del equipo de salud; la difusión de recursos legales y comunitarios contra los desalojos forzosos y el maltrato de los locadores hacia los inquilinos.

En los hábitats urbanos precarios (asentamientos, villas miseria, etc.), donde por definición múltiples derechos humanos se vulneran, los pobladores pueden naturalizar sus condiciones de vida. En tal caso, las enfermedades asociadas con el saneamiento básico insatisfecho se invisibilizan y las intervenciones médicas

oportunas disminuyen (Adissi, Arena, Matusevicius et al, 2008). Los procesos de identificación de necesidades comunes se limitan y la acción colectiva de exigibilidad de derechos se desalienta (Almaleck, Burkman, Silvestri et al, 2011).

Frente a la percepción individualista de la reproducción social (Repetto y Andrada, Trunzo, y Zarowsky, 2011), el concepto de "hábitat" facilita un recorte socioespacial de la vida de las personas en el que los valores comunitarios giran en torno al interés colectivo. El hábitat incluye la vivienda; el peridomicilio; el paisaje; entre otros. Al ligar los procesos de salud-enfermedad-atención/cuidado con la mejora del hábitat, las intervenciones en salud ambiental promueven la identificación de los recursos de la reproducción social más allá de la esfera de la vivienda individual/familiar y, de este modo, la conquista social de derechos.

Dado que el acceso efectivo a una vivienda adecuada influye en la situación de salud, el derecho a la vivienda se considera uno de los derechos humanos fundamentales. El derecho a la vivienda tiene jerarquía constitucional y a escala internacional está convalidado por organismos supranacionales, como la Organización de Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y la Organización de Estados Americanos. Según el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, una vivienda adecuada provee seguridad en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales e infraestructura para el cuidado sanitario, la seguridad, la nutrición y la comodidad; gastos soportables; habitabilidad; accesibilidad física y cercanía a recursos laborales, servicios de salud, escuelas, etc.; y adecuación cultural.

La vivienda es un conjunto de circunstancias, bienes y servicios que se van construyendo, modificando y agotando (Rojas, 2004). En tanto la problemática sociosanitaria de no-acceso a una vivienda adecuada cuestiona el sesgo culturalista que en ocasiones domina la interpretación de las estrategias de vida en situaciones de vulnerabilidad social, a contrapelo de la individualización de las fuentes de desigualdad (la pobreza como variable dependiente de elecciones racionales y de decisiones de inversión en capital humano), la promoción de la salud integral relativiza los planteos de superación de las desigualdades sociales en salud que no consideran la transformación de las estructuras y de los procesos que determinan las inequidades (González Guzmán, 2009).

Con sus acciones los equipos de la RIEpS contribuyen a la organización comunitaria; la exigibilidad de derechos; el reconocimiento de los procesos de salud-enfermedad-atención/cuidado; y al empoderamiento de la población. Sin embargo, la salud ambiental como escenario para la realización de las personas en condiciones de igualdad de oportunidades, requiere también de la coordinación de políticas públicas de largo alcance entre los sectores y niveles de gobierno. La salud ambiental se relaciona con los marcos políticos, económicos, culturales, científicos y sociales, del desarrollo sustentable.

CONCLUSIONES

Como todo campo (Bourdieu, 1999), el de la salud tiene reglas de juego, normativas, actores, intereses en pugna, capitales. Desde las RIEpS, el trabajo en

educación para la salud que se desarrolla considera la perspectiva de derechos como un valor que motoriza y guía las intervenciones. Sin embargo, ésta es una perspectiva que presenta tensiones en la cotidianeidad de las prácticas.

En las tres áreas problemáticas de trabajo presentadas, se explicitó el marco normativo que sustenta y nutre los dispositivos de intervención. En estos últimos, la promoción de derechos encuentra un anclaje material en tanto desencadena procesos de apropiación por parte de la población, de exigibilidad al Estado (principal garante), de desarrollo de estrategias colectivas de organización en el marco de la configuración de sujetos autónomos y de transformación de las prácticas de los profesionales de la salud como instancia fundamental en la concreción efectiva de los derechos.

Si bien la RIEpS ha acumulado experiencia y conocimiento en la formación en la perspectiva de derechos en salud, resulta un desafío y una necesidad la profundización de instancias formadoras que incluyan dicho aspecto. En este sentido, es vital que en los sistemas de formación en servicio se contemple la particularidad que presupone el desarrollo de competencias que tensionan prácticas instituidas dentro del sistema sanitario. En este contexto, la RIEpS, asumiendo un posicionamiento ético-político-técnico, ha tomado para sí el compromiso de formar trabajadores de la salud desde la perspectiva de derechos y, a la vez, de sostener y acompañar prácticas que tiendan a garantizar el derecho a la salud.

BIBLIOGRAFÍA

- ADISSI, GRISEL; ARENA, MIRTA; MATUSEVICIUS, JORGELINA, *et al.*, "Asentamiento Luján: el proceso de salud-enfermedad-atención en una población con condiciones ambientales desfavorables", en *Revista Salud y Población*, 2008, nro. 6, ps. 26-32.
- ALMALECK, ANALÍA; BURKMAN, BETINA; SILVESTRI, JULIETA, *et al.*, "Viviendas multifamiliares: interrogantes en el contexto de la intervención", en *Revista Salud y Población*, 2011, nro. 7, ps. 39-44.
- BAÑUELOS, CARLA; CASTELLARO, LETICIA, FAZZINI, JULIETA, *et al.*, "Educación para la Salud y Derechos Humanos", ponencia presentada en las *1eras. Jornadas Internacionales de Sociedad, Estado y Universidad*, Mar del Plata, 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre 2011.
- BENITEZ, RICARDO, ALVAREZ, JORGE y RIVERO, SILVIA, "Salud Ambiental", en BORRELL BENTZ, ROSA MARÍA (Comp.), *Municipios Saludables. Portafolio Educativo*, Buenos Aires, Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación, 2005.
- BERRA, ANDREA; CROSTA, ANALÍA; DAKESSIAN, MARÍA ANDREA, *et al.*, "La promoción de los derechos: una propuesta de trabajo en salud", en *Revista Salud y Población*, 2002, nro. 3, ps. 18-23.
- BERRA, ANDREA; BILDER, PAULA, BRANDT, LAURA, *et al.*, "Con fuerza de ley: aproximación a la reorganización del sistema de salud", en *Revista Salud y Población*, 2002, nro. 3, ps. 8-13.

- BOURDIEU, PIERRE, *Intelectuales, política y poder*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.
- CUÉLLAR, HUGO, "Conceptualización de la salud ambiental: teoría y práctica (parte 1)", en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 2008, año 25, nro. 4, ps. 403-409.
- FERNÁNDEZ, ROBERTO, *La Ciudad Verde. Teoría de la Gestión Ambiental Urbana*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2000.
- GONZALEZ GUZMAN, RAFAEL, "La medicina social ante el reporte de la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud", en *Revista Medicina Social*, 2009, año 4, nro. 2, ps. 135-143.
- MENÉNDEZ, EDUARDO, "Modelos de atención de los padecimientos: de exclusiones teóricas y articulaciones prácticas", en *Revista Ciencia e Saude*, 2003, año 8, nro. 1, ps. 185-207.
- ORDÓÑEZ, GONZALO, "Salud ambiental: conceptos y actividades", en *Revista Panamericana de Salud Pública/Journal of Public Health*, 2000, año 7, nro. 3, ps. 137-147.
- Organización Mundial de la Salud, "Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud", 1986.
- Organización Mundial de la Salud, "Declaración de Alma Ata sobre Atención Primaria de la Salud", 1978.
- PETIT, MICHÈLE, "Entrevista" en *Revista Educación y Biblioteca*, 1998, año 10, nro. 96, ps. 7-12.
- "La lectura reparadora", en *Lecturas: del espacio íntimo al espacio público*, México, Fondo de Cultura, 2001.
- Proyecto "Consultoría Móvil en Salud Sexual y Reproductiva", Área Programática Hospital Pirovano, CeSAC N° 12, Programa de Salud Sexual y Reproductiva, 2012.
- REPETTO y ANDRADA, ROBERTO, TRUNZO, GABRIELA y ZAROWSKY, DANIELA, "Trabajo en terreno en el asentamiento Los Pinos", en *Revista Salud y Población*, 2011, nro. 7, ps. 58-62.
- Residencia interdisciplinaria de educación para la salud, "Apuntes acerca de una experiencia formativa en Salud y Derechos Humanos Curso sobre Salud y Derechos Humanos", Documento de Trabajo, [en línea] <rieips.blogspot.com.ar>[2011].
- Residencia interdisciplinaria de educación para la salud, *Programa de Formación General de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud*, 2003.
- Revista Panamericana de Salud Pública, "Atención primaria ambiental para el siglo XXI", [en línea], http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_

arttext&pid=^S1020-49891998001000020&lng=en&tlng=es [Consulta: 28 de Agosto de 2013].

ROJAS, MARÍA DEL CARMEN, “La vulnerabilidad y el riesgo de la vivienda para la salud humana desde una perspectiva holística. Una revisión necesaria para la gestión de la vivienda saludable”, en *Revista Cuaderno Urbano*, nro. 4, ps. 145-174.

ROVERE, MARIO, “Atención Primaria resignificada en la red de servicios”, en *Redes: hacia la construcción de redes en salud*, Rosario, Municipio de Rosario, 1998.

SCHEINES, GRACIELA, *Juegos Inocentes, juegos terribles*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1998.

VALADEZ, ISABEL; VILLASEÑOR FARIAS, MARTHA y ALFARO, NOÉ, “Educación para la Salud: la importancia del concepto”, en *Revista Educación y Desarrollo*, 2004, nro. 1. ps. 43-48.

Legislación consultada

Ley Básica de Salud 153/1999. GCBA

Ley Nacional de SIDA 23.798/1990 y su decreto reglamentario 1244.

Ley de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes 114/1998. GCBA.

Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable 418/2000. GCBA.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1996.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1976.

Convención sobre los Derechos del Niño. 1989.

ANEXO

La revista Salud y Población, nacida como cuadernos de capacitación de la Residencia Interdisciplinaria de Educación para la Salud, forma parte del proceso de formación de los residentes de educación para la salud en tanto sus producciones se relacionan con:

- Conceptualizaciones y reflexión sobre las prácticas de trabajo.
- Actualización y reflexión sobre el campo de la salud, sus normativas, discusiones, perspectivas.
- Entrevistas a personalidades de la Salud Pública.

El siguiente cuadro lista los artículos de la revista que consideramos que más explícitamente toman a la perspectiva de derechos como eje de desarrollo y reflexión teórico-práctico.

Nota: Los nros. 4, 5, 6 y 7 de la revista "Salud y Población" están disponibles en la página Web de la Ciudad: http://www.buenosaires.gov.ar/areas/salud/dircap/res/revisrarieps.php?menu_id=19151.

**Artículos de la Revista Salud y Población referidos
a salud y derechos, nros. 1 a 7.**

Nº Rev.	Título del Artículo	Autor/a
1	Política y organización del sistema de salud	Clase del Dr. Bonazzola
1	Políticas de Salud	Clase del Dr. Niccolini
3	La promoción de los derechos: una propuesta de trabajo en salud	Lic. Andrea Berra, Lic. Analía Crosta, Lic. Andrea Jait, Lic. M Dakessian, Lic. Lockett, Lic. Otsubo
3	Con fuerza de ley: aproximación a la reorganización del sistema de salud	Lic. Berra, Lic. Bilder, Dra. Drandt, Lic. Casas, Lic. Loggia, Lic. Palazzo, Lic. Vacis
4	APS una reflexión desde las ciencias sociales	Lic. Jorge Bianco y Lic. Laura Grigaitis
5	Salud y ciudadanía: la importancia de la promoción de los derechos	Lic. María Julia Rosas
5	Cómo se juega la inclusión-exclusión en juegoteca	Lic. Virginia Isola, Lic. Gabriela Guimarey, Lic. Laura Bidart, Lic. María Soledad
5	El embarazo y los adolescentes: una experiencia de abordaje local desde un efector del primer nivel de atención	Lic. Franca Amoruso y Lic. Andrea Berra
5	Los grupos de información sobre sexualidad y anticoncepción: una estrategia de promoción de la salud	Lic. Milca Cuberli, Lic. Ivana Mihal, Lic. Melisa Paolino y Lic. Laura Thouyaret
6	¿Qué dicen los adolescentes sobre el VIH-SIDA? Aproximaciones a sus representaciones a partir del análisis de producciones comunicacionales realizadas en el contexto de un concurso	Lic. Graciela Giogetti, Lic. Ana María Campan, Lic. Roxana Panessa, Lic. Carolina Slicolli, Lic. Paula Estrella, Lic. Nadia Acevey, Lic. Silvia Blaiotta, Lic. Betina Burkman y Lic. Flavia Demonte
6	Asentamiento Luján. El proceso de salud-enfermedad-atención en una población con condiciones ambientales desfavorables	Lic. Grisel Adissi, Dra. Mirta Arena, Lic. Jorgelina Matusevicius y Lic. Victoria Soler
6	CePAD en un contexto hospitalario: tensiones y posibilidades en una práctica de salud	Dra. Adriana Cagnoni, Lic. María Inés Casal, Lic. Claudia Cernadas Fonsalías, Dra. Lilita González, Lic. Fernanda Maiola, Lic. Lucía Pomares, Lic. Claudia Pugliese, Lic. Paula Retamal y Lic. Ana María Rico
6	La complejidad en el abordaje del VIH/SIDA y sus implicancias para la práctica preventiva. Reflexiones a partir de la experiencia del CePAD en el CeSAC No. 22	Dra. Lía Goldenberg, Lic. Claudia López Mosteiro, Dr. Federico Pettinicchio, Dra. María Laura Martínez, Lic. María Soledad Seijas Cabrera, Lic. Silvia Alejandra Tapia y Lic. Noemí Vallejos

Nº Rev.	Título del Artículo	Autor/a
7	Lo (in)visible de la violencia: una mirada desde la promoción de la salud	Lic. Karina Angeleri, Lic. Lorena Bande, Lic. Adriana Cacace, Lic. Agustina Ortiz, Lic. Silvia Tapia, Lic Silvana Treviño
7	Viviendas multifamiliares: interrogantes en el contexto de la intervención	Lic. Analía Almaleck, Lic. Betina Burkman, Lic. Julieta Silvestri, Lic. Carolina Sticotti
7	Trabajo en terreno en el asentamiento los pinos	Lic. Carolina Deguer, Enf. Roberto Repetto y Andrada, Lic. Gabriela Trunzo, Lic. Daniela Zarowsky
7	Espacio Joven: Adolescentes y equipos de salud: construcción de una trama en la promoción de la salud	Lic. Andrea Berra, Lic. Silvia Kargieman, Lic. Mariela La Salvia, Med. Cecilia Martínez Calejman, Med. Viviana Mazur, Med. Marisa Menestrina
7	Promoción de las lecturas, una apuesta a la salud	Lic. María José Bórquez, Med. Liliana González, Lic. Mariana Kielmanovich, Lic. Analía Martínez, Lic. Claudia Salinas, Lic. Daniela Varela

CAPÍTULO 5
SALUD MENTAL

¿VULNERA EL DERECHO A LA SALUD LA NUEVA LEY DE SALUD MENTAL (26.657)?

Roy Gonzalo Camacho (1)

INTRODUCCIÓN

Si bien uno de los objetivos de la nueva ley 26.657, es garantizar la protección de la salud mental de todas las persona, como así también el goce de los derechos humanos de quienes padecen patologías mentales, cuando éstos se encuentren reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, conforme el art. 75, inc. 22 de la C.N. Al igual que todas las regulaciones que contemplen estos derechos establecidas por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

No es posible dejar de mencionar, que el dictado de la ley 26.657, parte de un análisis parcial y poco objetivo de la normativa de referencia internacional vigente en nuestro país. El art. 2 de la ley bajo análisis establece que se consideraran parte de la misma los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990.

La ley omite mencionar a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Naciones Unidas y ratificada en nuestro país por ley 26.378. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad también integra el derecho argentino (ley 25.280) pero tampoco fue tenida en consideración por la ley de salud mental.

Asimismo es importante destacar que los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de

(1) Alumno de la Facultad de Derecho (UBA).

Salud Mental no prohíben la existencia de neuropsiquiátricos ni la internación en los mismos. En efecto, del Principio nro. 7 surge que todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive y cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, el paciente tendrá derecho a ser tratado siempre que sea posible cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y tendrá derecho a regresar a la comunidad lo antes posible. A su vez, el Principio nro. 13 informa sobre los derechos y condiciones en las instituciones neuropsiquiátricas y el Principio nro. 14 acerca de los recursos de los que deben disponer estas instituciones. Ello revela cierta incongruencia entre la ley local y los principios internacionales que invoca como sustento de la misma.

La desmanicomialización planteada a futuro en el plazo del año 2020, junto al presupuesto de salud, la marcada fragmentación del sistema sanitario, las modificaciones a nivel edilicio necesarias para suplir los hospitales monovalentes de salud mental, y dentro de éstos los recursos materiales con que deben contar para brindar una atención asistencial adecuada, hace dudar que realmente sea posible. Considerando la realidad sanitaria que vivimos, en la cual un número no poco despreciable de profesionales no cuenta con nombramiento aún, o todavía los mismos se encuentran en trámite, la falta de insumos y desabastecimiento que se vive tanto en los hospitales generales como en la mayoría de los centros de atención médica, lo que incita en muchas oportunidades a la violencia en todos sus espectros, por parte de los pacientes y familiares, para con los profesionales médicos y auxiliares, al no poder hacer frente a las constantes demandas de los pacientes; pone en jaque el hecho de que las personas que sufran trastornos mentales puedan llegar a ejercer su derecho a la salud, considerando la ambiciosa modificación del sistema de salud a la que aspira la nueva ley de salud mental.

Desde el punto de vista de los usuarios de los establecimientos de salud mental, es posible considerar la vulneración del derecho a la salud. La normativa presenta una paradoja: en virtud de proteger a quienes padecen afecciones mentales se sanciona una ley cuyos efectos pueden conducir al desamparo de numerosos pacientes del sistema de salud mental. De esta forma el estado cede en su rol de garante del bienestar general.

DESARROLLO

Derecho a la salud, éste es un derecho que se encuentra en un proceso constante de construcción, es decir debe ser dinámico considerando la esencia del mismo, el avance tecnológico, la biomedicina, y el acceso junto a la demanda de las personas condiciona a que el derecho deba ajustarse de forma permanente a los factores que hacen al mismo.

El derecho a la salud significa que el gobierno debe crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El de-

recho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. El derecho a la salud abarca básicamente cuatro elementos:

- *Disponibilidad.* Se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.
- *Accesibilidad.* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
 - no discriminación;
 - accesibilidad física;
 - accesibilidad económica (asequibilidad);
 - acceso a la información.
- *Aceptabilidad.* Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida.
- *Calidad.* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados Partes tres tipos de obligaciones:

- *Respetar.* Significa simplemente no ingerir en el disfrute del derecho a la salud (“no perjudicar”).
- *Proteger.* Significa adoptar medidas para impedir que terceros (actores no estatales) interfieran en el disfrute del derecho a la salud (por ejemplo regulando la actividad de los actores no estatales).
- *Cumplir.* Significa adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud (por ejemplo, adoptando leyes, políticas o medidas presupuestarias apropiadas).

ARTÍCULOS 27 Y 28 DE LA LEY 26.657 Y SU DECRETO 603/13

Art. 27.— *La Autoridad de aplicación en conjunto con los responsables de las jurisdicciones, en particular aquellas que tengan en su territorio dispositivos monovalentes, deberán desarrollar para cada uno de ellos proyectos de adecuación y sustitución por dispositivos comunitarios con plazos y metas establecidas. La sustitución definitiva deberá cumplir el plazo del año 2020, de acuerdo al Consenso de Panamá adoptado por la Conferencia Regional de Salud Mental convocada por la Organización Panamericana de la Salud (OPS)–Organización Mundial de la Salud (OMS) “20 años después de la Declaración de Caracas” en la Ciudad de Panamá el 8 de octubre de 2010. La presentación de tales proyectos y el cumplimiento*

efectivo de las metas en los plazos establecidos, será requisito indispensable para acceder a la asistencia técnica y financiera que la Autoridad de Aplicación nacional disponga. El personal deberá ser capacitado y destinado a los dispositivos sustitutivos en funciones acordes a su capacidad e idoneidad.

La Autoridad de Aplicación en conjunto con las jurisdicciones, establecerá cuales son las pautas de adaptación de los manicomios, hospitales neuropsiquiátricos o cualquier otro tipo de instituciones de internación monovalente que se encuentren en funcionamiento, congruentes con el objetivo de su sustitución definitiva en el plazo establecido.

También establecerá las pautas de habilitación de nuevos servicios de salud mental, públicos y privados, a los efectos de poder cumplir con el presente artículo.

La adaptación prevista deberá contemplar la desconcentración gradual de los recursos materiales, humanos y de insumos y fármacos, hasta la redistribución total de los mismos en la red de servicios con base en la comunidad.

La implementación de este lineamiento no irá en detrimento de las personas internadas, las cuales deberán recibir una atención acorde a los máximos estándares éticos, técnicos y humanitarios en salud mental vigentes.

Este artículo hace mención a la desaparición gradual, paulatina de los hospitales monovalentes de salud mental y la adecuación y sustitución por dispositivos comunitarios.

La sustitución definitiva deberá cumplir el plazo del año 2020.

Por otro lado el art. 28 reza: *Deberá entenderse que la expresión "hospitales generales" incluye tanto a los establecimientos públicos como privados.*

Las adaptaciones necesarias para brindar una atención adecuada e integrada sean estructurales y/o funcionales de los hospitales generales a efectos de incluir la posibilidad de internación en salud mental es responsabilidad de cada jurisdicción. Aquéllas deberán respetar las recomendaciones que la Autoridad de Aplicación realizará a tales fines.

A los efectos de contar con los recursos necesarios para poder efectuar internaciones de salud mental en hospitales generales del sector público, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y el Ministerio de Salud deberán contemplar en la construcción de nuevos hospitales, áreas destinadas específicamente a la atención de la salud mental, promoviendo que igual criterio adopten todas las jurisdicciones.

Asimismo, establecerán planes de apoyo para el reacondicionamiento o ampliación de los Hospitales Generales, con el mismo objetivo.

La Autoridad de Aplicación condicionará la participación de las jurisdicciones en programas que incluyan financiamiento, a la presentación de proyectos de creación de servicios de salud mental en los hospitales generales, con plazos determinados.

De la lectura de estos artículos de la ley 26.657 se podría llegar a pensar que en cierta forma se vulneraría el derecho a la salud de los pacientes que padecen trastornos mentales. En primer lugar porque considero que debe preservarse la existencia de servicios psiquiátricos de hospitalización especializados para la atención de alta complejidad de los trastornos mentales que así lo requieran; ya que los dispositivos alternativos no podrían sustituir a las instituciones especializadas.

Los servicios que deberían existir, brindarse en los hospitales generales, los hospitales de día y de noche, las casas a medio camino, los centros de salud mental ambulatorio, los talleres protegidos, etc., no pueden reemplazar el tipo de cuidados que requieren ciertas patologías y momentos evolutivos de las mismas. No darse cuenta de esto es reconocer un desconocimiento raso de la realidad clínica y terapéutica aceptada y recomendada por los consensos internacionales en la especialidad. Considero oportuno en este momento recordar la declaración de la senadora Di Perna, durante el debate parlamentario, textualmente la diputada expresó: “En cuanto al art. 28, que plantea la obligatoriedad de internar en hospitales generales, quiero manifestar la dificultad que implicaría su aplicación inmediata, toda vez que no creo que hospital alguno cuente con la estructura necesaria para cumplir con esta medida, tanto más que el financiamiento progresivo previsto en el artículo 32 recién tendrá su plena efectividad en 3 años”.

Por otro lado la internación u hospitalización por motivos de trastornos mentales no puede ser entendida como último recurso sino como un recurso más dentro de los existentes para la atención de dichos trastornos y es por esto que la indicación de su oportunidad debe estar sujeta a las reglas del arte médico. La internación debe interpretarse como una herramienta que debe ser utilizada en forma terapéutica, no solo para prevenir riesgos sino también para ofrecer estrategias más intensivas, que las que podrían brindarse ambulatoriamente, pudiendo decidirse de manera dinámica y sin perder celeridad en trámites burocráticos con el fin de evitar fallas en la atención. Lo que esta ley manifiesta con respecto a la internación es harto conocido por los profesionales de la especialidad, teniendo en claro que la base de la psiquiatría y su terapéutica no es la intención indiscriminada, al igual que la medicación estandarizada, ya que su formación les permite tener el criterio suficiente como para discernir cual es el tratamiento más adecuado para el paciente al cual asistan.

En fin, coincido plenamente con los que sostienen que no hay que “asimilar la internación a una detención”.

CRÍTICA A ALGUNOS DE LOS PRECEPTOS DE LA PRESENTE LEY (26.657)

Se acelera el proceso de des hospitalización antes de tener las estructuras extra hospitalarias necesarias.

Se dificulta el proceso de hospitalización del enfermo mental.

Se deja de lado el objetivo fundamental de mejorar la situación del enfermo mental: al generalizar la asistencia y sacarla fuera de la institución, el enfermo

mental está peor; cada vez hay más de ellos en la calle o en prisión y están a veces peor atendidos en sus domicilios que antes en los hospitales.

La prohibición legal de crear nuevos neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes reconoce su fundamento en los modelos de desinstitucionalización de las provincias de Río Negro, Tierra del Fuego y San Luis. Por ello, cabe destacar la opinión del Senador Pérsico (San Luis) sobre la mencionada prohibición, vertida durante el debate legislativo:

“Para nosotros la solución no es cerrar los institutos, los hospicios, sino internar lo menos posible. No hay que ser extremistas en nada. En San Luis, haber cerrado los hogares escuela y los hospicios significó dejar abandonada a mucha gente que tenía problemas de salud y no tenía a su psiquiatra o un lugar público donde tratarse. La norma en consideración expresa otra cosa. Expresa que la internación es la medida más extrema, pero no se descarta. Hay muchos casos donde se necesita un tiempo mínimo de atención médica, de tratamientos y de cuidados. No nos equivoquemos con lo de San Luis porque fue gravísimo haber cerrado de un día para el otro todos los hospicios y dejar a toda esta gente en la calle. Conozco el caso de muerte por abandono y por no ser tratados”.

Considero que la declaración antes mencionada es muy clara y la misma advierte sobre la peligrosidad del cierre de los institutos, indicando casos de extrema gravedad como abandono y muerte.

ENCUESTA

Se interrogó a 30 médicos psiquiatras, de guardia y de planta de los hospitales Braulio Moyano y José Tiburcio Borda, básicamente consultándolos sobre el conocimiento de la ley 26.657, si creen viable la aplicación de la misma, en cuanto al plazo de realización de la desmanicomialización, que consideran que tendría que reverse, que tiene de positivo para los pacientes.

Como conclusión de la misma, podríamos determinar que todos los entrevistados tenían conocimiento de la nueva ley de salud mental y su reglamentación.

El 70% (21 profesionales), sostienen que no creen posible se pueda implementar lo que dicta la ley, ya que la realidad sanitaria que experimentan impacta de forma muy frontal con el sistema de salud mental el cual tendrá que adaptarse a lo impuesto por la nueva ley.

Entre los factores más controvertidos que mencionaron los profesionales en la práctica diaria, fue el consentimiento informado, considerando las patologías de los pacientes, y las disputas que muchas veces tienen que sostener con los abogados asignados a los mismos, con escasa a ninguna instrucción en temas de estirpe netamente médicas como lo son las medidas terapéuticas, las internaciones, temas de medicación, por las que en ciertas oportunidades presentan cuestionamientos por parte de estos últimos (abogados), lo que les dificulta la dinámica habitual de trabajo, generando que los profesionales del equipo de salud

mental deban destinar más tiempo al cumplimiento de tareas administrativas, en detrimento de la actividad meramente asistencial.

El 30% (9 profesionales) se manifestaron a favor de la ley, sin presentar objeciones, solo sosteniendo que el sistema de salud mental debe adaptarse, a las directivas impuestas por la nueva ley de salud mental, ya que el esfuerzo conjunto repercutirá de forma positiva a favor del paciente.

La totalidad de los profesionales coincidieron en cuanto a intentar revertir las internaciones prolongadas, y más aun los casos con motivos sociales, pacientes abandonados, en los cuales se consideren seguimientos en otro tipo de instituciones.

CONCLUSIÓN

En síntesis, la constitucionalización del derecho a la salud a partir de la reforma de 1994 es indiscutible, sumado al interés por parte del Estado al asumir compromisos internacionales con la aprobación de los tratados internacionales que versan, entre otros temas, sobre la materia a que se refiere este trabajo, hacen que el derecho a la salud junto a los derechos humanos no tengan lugar a discusión en cuanto al valor que representan para las personas y la sociedad en sí.

El Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a alcanzar el más alto nivel posible en materia de salud. Esto está estrictamente relacionado con el principio de progresividad, debe tenderse a la plena realización de este derecho. Por otra parte, debemos tener en cuenta en este análisis que la obligación del Estado de dar cumplimiento a estas normas queda supeditada a la real asignación de presupuesto en materia de salud. La situación que atraviesa nuestro país tanto en materia económica como social, hace que se frustre el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas. Pero a pesar de ello, aunque los recursos asignados sean escasos o insuficientes, el Estado debe garantizar que ha adoptado todas las medidas tendientes a garantizar el derecho a la salud.

La práctica y la legislación positiva, desde milenios, prevén la necesidad de regímenes de internación transitoria o permanente según la forma evolutiva y las secuelas que produzcan la enfermedad. Los importantes avances de las neurociencias y, especialmente, de la farmacología permiten actualmente mejorar el pronóstico y la calidad de vida de muchos de los afectados, así como de la eficacia de tratamientos de apoyo y rehabilitación psicológicos, labores terapéuticas, resocializadores, etc.

Persisten, sin embargo, muchas enfermedades que limitan la salud mental y producen deterioros irreversibles. La discapacidad resultante exige cuidados especiales que, a veces, no pueden prestarse en el ámbito familiar o en la comunidad general. Para ello hay que seguir generando y garantizando los servicios especializados a los que tienen derecho los enfermos. Negárselos sería negarles sus derechos humanos.

La abolición de centros especializados en el cuidado de la salud mental para ser reemplazados por hospitales generales, que en la mayoría de los casos se encuentran colapsados, no parece una solución adecuada para favorecer a las personas que sufren enfermedades mentales. En efecto, existe una importante contradicción entre lo que determina la ley y los derechos humanos que sostiene defender.

Indudablemente la libertad es uno de los dones más sagrados y debe ser protegida celosamente por el derecho. Considero que lo ideal sería que ninguna persona sea objeto de internación y pueda por ende recuperarse de su afección mental dentro de su comunidad, de su ámbito familiar y para el caso de ser internada, que dicha internación fuese breve. La ley no hace distinciones entre diferentes grados de discapacidad mental y los recursos terapéuticos adecuados a efectos de paliar las diferentes circunstancias. Por ello, confunde conceptualmente internación con discriminación y pone en pie de igualdad absoluta a todos los enfermos de salud mental. De esta manera el nuevo paradigma jurídico se contrapone con la normativa internacional integrada a nuestro derecho. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) en su art. 12.4 establece que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica serán adaptadas a las circunstancias de las personas.

En el ámbito de la medicina existen centros especializados en oncología, obstetricia, cardiología, entre otras especialidades. Parecería absurdo que en virtud de una ley se prohibiera que personas que sufren una patología específica sean internadas en institutos que se caracterizan por el tratamiento de determinada enfermedad y se vean obligados a internarse en hospitales generales. Por ello, resulta difícil comprender el criterio seguido por los legisladores al sancionar los arts. 27 y 28. Cabe interrogarse acerca de si dichos preceptos normativos no adoptan una posición discriminatoria hacia las instituciones de salud mental.

El principio de razonabilidad exige que exista una proporcionalidad entre medios y fines que permitan alcanzar a estos últimos. Este principio implica que el medio elegido para alcanzar un fin determinado debe guardar proporción y aptitud suficientes con ese fin y que por ende no lo deberá contradecir en ninguna circunstancia, pues en tal caso estaría alterando la esencia del derecho que se pretende proteger. En efecto, se debe velar para que exista "razón" valedera para fundar tal o cual acto de poder.

Así surge del art. 28 de la Constitución Nacional donde dice que "los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", donde la alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad, como así también la ausencia del valor justicia que debe actuar como guía en el establecimiento de este vínculo de proporcionalidad.

Es importante destacar que en la confección de la ley es posible encontrar algunos preceptos legales en armonía con el principio de razonabilidad así como también otros que evidencian una desproporcionalidad entre medios y fines que los convierte en arbitrarios e irrazonables.

La mejor manera de dejar en claro esta cuestión radica en brindar ejemplos sobre artículos concretos. Al respecto, el art. 14 de la ley, en función de evitar internaciones abusivas, establece que la internación como recurso terapéutico tendrá carácter restrictivo. De esta manera mediante un criterio legal se avanza sobre la esfera de decisión de la medicina psiquiátrica.

Es positiva la intención de brindar un mayor espacio de libertad a los usuarios del sistema de salud mental pero cabe preguntarse si la restricción de un recurso terapéutico es el medio adecuado para ello. Los legisladores pierden de vista el equilibrio que debe existir entre libertad y salud, en perjuicio de los pacientes y las circunstancias particulares de las enfermedades que presente cada uno de ellos. Limitar el criterio médico en el sentido que lo hace la ley podría significar el desamparo de aquellos a quienes la misma ley pretende proteger.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Argentina de Psiquiatras (AAP), críticas a la ley 26.657.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar, 1998, p. 517.
- Constitución de la Nación Argentina (1994).
- DALLA VIA, ALBERTO RICARDO, *Manual de Derecho Constitucional*.
- Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud (14/11/1990).
- Ley 17.132 (Sancionada: 24/01/1967; Promulgada: 24/01/1967; Publicada: 31/01/1967).
- Ley 22.914 (Sanción: 15/09/1983; Promulgación: 15/09/1983; Boletín Oficial 20/09/1983).
- Ley 23.277 de Ejercicio Profesional de la Psicología (Registrada bajo el nro. 23.277 - Boletín Oficial N° 28.294 - 1a. Sección 19/12/95).
- Ley 25.675.
- Ley 26.378, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- Ley 26.657 (Sanción: 25/11/2010; Promulgación: 02/12/2010; Boletín Oficial 29/05/2013).
- Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas (09/11/1990).
- Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (17/12/1991).
- Revista Derecho al Día, año X, nro. 180, 25/08/2011.
- Revista Mundo Hospitalario, año XXII, nro. 183, junio/julio 2013.

SABSAY, DANIEL A., *La Constitución de los argentinos.*

SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional.*

SAGÜÉS, NÉSTOR P., *La reforma constitucional.*

Sesión del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina UBA, del día 25/08/2013.

Exp: 0037042/2011.

LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL. DERECHOS HUMANOS: SENTIDO Y SIGNIFICADO

Gloria Galdamez (1)

INTRODUCCIÓN

¿En qué momento nace un nuevo paradigma?

Tal vez en una noche, en medio del silencio y la oscuridad, en la mente de un hombre surge una idea y esa simiente trae tal fuerza que se abre camino contra todos los obstáculos, hasta producir un cambio paradigmático.

Así se refiere Thomas Kuhn a la génesis de las transformaciones que impactan en todas las dimensiones de lo humano: “El nuevo paradigma o un indicio suficiente para permitir una articulación posterior, surge de repente, a veces en medio de la noche, en el pensamiento de un hombre profundamente inmerso en la crisis” (2).

Para que se fertilice en el campo social ese pensamiento debe tener anclaje en el entramado comunitario. (Freire, Paulo, 2010) (3).

¿Cuáles fueron los procesos que confluyeron para dar nacimiento a una nueva concepción sobre la salud mental y con ella una nueva representación social que promueve una praxis sustentada en los derechos humanos?

Los procesos que van tallando nuevos horizontes en la existencia de hombres y mujeres son materia de la complejidad, no admiten una lectura lineal sobre causa y efecto. Se refieren a un texto y contexto hecho de luces y sombras, de incertidumbres y búsquedas inacabadas.

En este trabajo se hará una breve referencia a tres áreas de la multiplicidad de campos que conducen a comprensiones superadoras. Ellos son: la trayectoria de la medicina, las transformaciones en lo jurídico y la participación de las ins-

(1) Licenciada en Enfermería por la UNR. Periodista (ISER). Auditoría de Servicios de Salud (OSSIMRA), Doctoranda en el Doctorado en Salud Mental Comunitaria (UNLa). Enfermera asistencial en el Cuidados Intensivos del Hospital Marie Curie, GCABA.

(2) KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000.

(3) FREIRE, PAULO, *La pedagogía de la esperanza*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

tituciones con su responsabilidad de visibilizar lo oculto, u omitido en el debate nacional.

En la trayectoria de estas tres vertientes subyace el espíritu de los derechos humanos. Se considera que la convergencia de las voces de estos campos, sumados a otras variables en consonancia con la defensa de los derechos, propició la promulgación de la ley 26.657-Ley Nacional de Salud Mental.

Para completar la elaboración se reflexionará sobre los Derechos Humanos de las personas con sufrimiento mental, presentados en la ley, a la luz de la filosofía y la epistemología en un intento de vislumbrar su sentido y significado.

Al final del recorrido se intenta dilucidar un interrogante que nos lleva a indagar sobre la cualidad que se debería desplegar en el encuentro con el otro. Porque de eso se trata esencialmente, saber, al menos intuir, de qué modo protagonizar un encuentro transformador con la persona que sufre.

LA MEDICINA Y LA CONSIDERACIÓN DE LA ÉTICA Y LOS DERECHOS DEL HOMBRE

El Juramento hipocrático reza: “Iré en beneficio del paciente para liberarlo de toda injusticia y todo agravio”. Desde el significado de este juramento se comprende que los preceptos de la beneficencia fueron los principios rectores de la medicina desde su nacimiento hasta mediados del siglo XX. El saber pertenecía al dominio del médico y la persona enferma era la que debía someterse. Sin apelación, a las prácticas que dictaba la hegemonía.

A partir de 1950 el avance de la tecnología y la evolución de la industria farmacéutica profundizaron el debate sobre temas inherentes a la Ética: La salud como derecho humano y no como moneda de intercambio mercantilista; el protagonismo de la persona enferma capaz de intervenir y decidir sobre la atención de su salud y la reflexión necesaria sobre la práctica médica.

Concomitantemente en el ámbito de la atención de la Salud Mental, en la década de los años 60 y 70 tienen lugar los procesos de “desmanicomialización” o reforma en la atención psiquiátrica que tuvieron como referentes a Franco Basaglia en Gorizia y Turín (Italia); a los movimientos de la Anti-Psiquiatría de Cooper y Laing que propiciaron la creación de comunidades terapéuticas.

En la Argentina “Se da una de las experiencias más innovadoras y profundas en el campo de la Salud Mental. En el Servicio de Psicopatología del Policlínico Lanús bajo la dirección del Dr. Mauricio Goldemberg se abre una experiencia que incorpora toda la tradición histórica en el campo de la Salud Mental” (Efrón, Rubén, 2012) (4).

(4) EFRON, RUBÉN, *Niños, niñas, adolescentes y jóvenes, del malestar al protagonismo, seminario: Niñez, adolescencia en Salud Mental*, doctorado en Salud mental comunitaria, Universidad Nacional de Lanús, (UNLA), Buenos Aires 2010.

Esta experiencia en “el Lanús”, se destaca por jerarquizar a los abordajes comunitarios y enfatizar la importancia de la atención primaria de la salud.

Los primeros años de la década del 70 se constituyen en una época propicia para profundizar los planteos que interpelan el ejercicio de la medicina. La Bio-ética en tanto ética aplicada a la vida surge como un instrumento para mejorar la calidad de la existencia, promoviendo y defendiendo los derechos humanos fundamentados en la dignidad de las personas (Maglio, Francisco, 2011).

El 24 de marzo de 1976, el golpe cívico-militar truncó todo debate, toda aproximación, todo intento de trasponer las fronteras hacia el ejercicio de los derechos humanos, por el contrario, éstos fueron negados brutalmente. La diáspora de los científicos y profesionales, la persecución y la desaparición de las personas sumió al país en una densa oscuridad y en ella la psiquiatría silenció o desestimó en gran medida los aportes para una reforma que considerara la dignidad de los enfermos.

En la década del 90, el campo de la Salud Mental comienza a difumar la opacidad en la que se encontraba, vuelve a emerger la posibilidad de desarrollar una estrategia para la atención de la Salud Mental con énfasis en la consideración de los Derechos Humanos. Esta estrategia reconoce ciertos hitos entre los que se distinguen:

- a. *La Declaración de Caracas* (1990-OPS/OMS). Establece que la asistencia y atención de las personas con discapacidad mental debe salvaguardar su dignidad y sus derechos humanos. Sobre este precepto impulsa la reforma de los hospitales psiquiátricos y el desarrollo de los servicios centrados en la comunidad.
- b. *El Informe Mundial de la Salud* (2001-OMS), que de acuerdo con la Declaración de Caracas, aboga por la desinstitucionalización; el desarrollo de los servicios comunitarios; la integración de la atención de la Salud Mental en los servicios de salud generales; además recomienda proveer de atención primaria con el que introducen el componente de la promoción de la salud y la prevención del sufrimiento mental. en el mismo sentido recomienda organizar la disponibilidad de los psicotrópicos, promover los cuidados comunitarios, implicar a la comunidad, a la familia y los usuarios y establecer políticas, programas y legislaciones nacionales.
- c. *Declaración de Brasilia: Nuevos desafíos técnicos y culturales* (2005-OPS/OMS). En este documento se subraya la prevalencia e incidencia de problemáticas sociales, entre ellas destaca el aumento de la vulnerabilidad de las poblaciones específicas, como las comunidades de Pueblos Originarios; el incremento de la magnitud de los problemas psicosociales de morbilidad de la población infanto-juvenil; la prevención de conductas suicidas por el uso nocivo de alcohol y otras sustancias; el aumento de la violencia y la implicación de los servicios de salud mental.
- d. *Consenso de Panamá* (OPS/OMS). El 08 de octubre de 2010 se reúnen en Panamá líderes comprometidos con las reformas en el campo de la

Salud Mental. En ese encuentro conforman un documento en el que después de 20 años de la celebración de la Conferencia Regional para la reestructuración de la Salud Mental en Caracas, consideran necesario efectuar un llamamiento a los gobiernos y demás actores nacionales a impulsar la implementación de la estrategia y plan de acción de la Salud mental. Actualizan los componentes de las Declaraciones y Consensos anteriores y solicitan incremento en la inversión en Salud Mental: “Entendiendo que la inversión en Salud mental significa una contribución a la salud y el bienestar general así como el desarrollo social y económico. Abogan por un continente sin manicomios en el 2020.

En las declaraciones y consensos se observa la firme voluntad de impulsar los cambios hacia reformas, en el campo de la salud mental, congruentes con una visión humana y ética.

REFORMAS EN EL CAMPO JURÍDICO

Estos aportes provenientes del campo de la Salud confluyeron con los aportes provenientes del campo jurídico: específicamente en la Argentina en el año 1994 se instaura la reforma constitucional que incorpora el denominado derecho internacional de los Derechos Humanos.

El propósito es asegurar la protección integral de las personas en lo que se refiere a igualdad real de oportunidades y de trato. Así se expresa en la Constitución Nacional:

“Art. 7.— Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia goza de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán”.

“Inc. 23.— Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Esta incorporación inscribe un estado de igualdad de todas y todos los ciudadanos sin distinciones y se resguarda a la persona ante el poder del estado.

El ordenamiento jurídico adopta de este modo una visión epistemológica que le permite trascender de la concepción de sujeto de tutela al de ciudadano portador de derechos. El Estado encauza sus políticas hacia la voluntad de garantizar derechos fundamentales y universales, amparando el interés común. En este contexto el Dr. Alfredo Kraut afirma que en el área de la salud: “El propósito centrado en los derechos humanos exige la transformación de la figura reducida del paciente, entendido como padeciente bajo la atención de un médico o sistema sanitario —débil jurídico y sumiso— en la más amplia como ciudadano beneficiado por plenas protecciones legales” (5).

(5) KRAUT, ALFREDO, “El paciente es, antes, ciudadano”, en diario *Clarín* 03 de setiembre, 2003, p. 21.

En el mismo sentido Ilva Miriam Hoyos afirma: “Si los derechos humanos existen y tal como aparecen las declaraciones y pactos están fundados en la dignidad de la persona ha de aceptarse que el ser humano es portador de un núcleo de juricidad propio” (6).

LA SEGREGACIÓN DE LAS PERSONAS EN LOS ASILOS PSIQUIÁTRICOS ARGENTINOS

La incorporación de la normativa internacional sobre derechos humanos en 1994, no tuvo un correlato inmediato en las transformaciones de las prácticas en el campo de la salud mental. En el libro “Vidas arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos” se devela la realidad intramuros de las prácticas que se ejercen en los hospitales psiquiátricos argentinos. Este estudio realizado desde junio del 2004 hasta agosto 2007, pone al descubierto la ineficacia terapéutica, la no contemplación de dignidad humana y la violación sistemática de los derechos humanos.

Así lo relatan los autores: “(Este libro) Documenta violaciones a los derechos humanos perpetradas contra las aproximadamente, 25.000 personas que están detenidas en las instituciones psiquiátricas argentinas. Más de un 80% son encerradas durante más de un año, y muchas lo son de por vida (...) A pesar de que en muchas partes del mundo se han clausurado los grandes asilos psiquiátricos, el 75% de las personas en el sistema de salud mental público se encuentran detenidas en instalaciones de 1000 camas o más” (7).

El informe registra hechos contrarios al respeto de la dignidad humana como el abuso y negligencia y documenta, incluso, el caso de personas que han muerto incineradas en celdas de aislamiento, que han sido sometidas a la privación sensorial y que han sufrido actos de violencia física y sexual. El informe también detalla condiciones de vida peligrosas e insalubres tales como la carencia de saneamiento básico, falta de agua en los baños, ausencia de cloacas, amenazas a la seguridad, y riesgos de incendio en las instituciones.

Los antecedentes que se describen, entre otros, originaron debates, replanteos y alcanzaron acuerdos que propiciaron la conformación de una matriz capaz de promover las transformaciones en el campo de la salud mental.

Representantes de la comunidad y del colectivo profesional de las áreas de la salud y la justicia que impulsaron y acompañaron la promulgación de la ley 26.657 - Ley Nacional de Salud Mental. Instrumento que otorga un marco jurídico que sustentará, apoyará y protegerá la deconstrucción de las prácticas que hasta el momento de la promulgación de la ley estaban alejadas de la consideración de la alteridad.

(6) HOYOS, ILVA MIRIAM, *De la dignidad y los derechos*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis S.A., 2005.

(7) CELS, MDRI, *Vidas arrasadas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

En esta ley se reconocen tres ejes: respeto por los derechos humanos, la inclusión y la democratización de los equipos de salud” (Dinella, Yago, 2011) (8). El respeto por los derechos humanos instala a la persona que padece sufrimiento mental en el centro de la atención, como sujeto activo, investido de dignidad; la inclusión convoca a la igualdad y la equidad en todas las dimensiones que atraviese la persona padeciente y la democratización de los equipos de salud irrumpe deconstruyendo hegemonías profesionales.

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON PADECIMIENTO MENTAL EN LA LEY 26.657. REFLEXIONES

“Perdí mi itinerario en el desierto.
Se ha sentado el dolor
como un cacique
en el banquillo de mi corazón”.

JACOBO FIJMAN (9) (10)

Si bien todos los derechos enunciados en la ley conforman una entramado con hilos sinérgicos que discurren de un derecho a otro, fortaleciéndolos, a los efectos de este análisis se los ha agrupado en un orden diferente del publicado en la ley con el propósito de analizarlos desde la filosofía y la epistemología. Se mantienen las letras originales con las que se los identifica en el cuerpo de la ley.

Las personas con padecimiento mental tienen derecho a:

A. Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada

La enunciación de este derecho entraña el concepto de no-exclusión y promueve la accesibilidad material y simbólica a los bienes y servicios que le permitirán recuperar y preservar su salud mental.

El ser sostenido por dispositivos sociales permite re-asumirse como ser de-seante en el lazo con otros, a partir de lo cual todos aquellos que hayan permanecido por largos períodos en condición de internados podrán iniciar procesos de reparación de la des-subjetivación y la rehabilitación de las habilidades sociales deterioradas y en muchos casos pérdidas.

Gadamer reflexiona sobre algunas prácticas signadas por el positivismo: “El aislamiento de las relaciones causa-efecto, permite al quehacer humano disponer de intervenciones exactas y precisas; al margen de lo que cada uno de los involucrados en el proceso piense o sienta; el cuerpo se reduce a un campo de intervención farmacológica y aparato-instrumental (...).

(8) DINELLA, YAGO, “La nueva Ley de Salud Mental”, *Seminario Doctorado en Salud Mental Comunitaria*, UNLA Buenos Aires, 20 de agosto de 2011.

(9) FIJMAN, JACOBO, http://sites.google/site/escritores_malditos/ [Consulta 14 de febrero 2013].

(10) FIJMAN, JACOBO (1898-1970). Poeta. Durante los últimos 28 años de su vida permaneció internado en el Hospital Neuropsiquiátrico Borda.

La persona desaparece y con ella el mundo simbólico que la constituye y la enferma. (...) Desmiente a todas luces, en todas partes el ser de la persona” (11).

El derecho a recibir una atención integral que contemple la complejidad del ser humano inmerso en el proceso salud-enfermedad-atención implica afirmar, convocar, nombrar el ser de la persona.

En la presencia de inequidad, discriminación, ante un estado de vulnerabilidad de derechos es el estado el que debe interponer su voz en defensa de la persona afectada:

“Si los derechos han sido conculcados el estado debe restituirlos. Éste es el principio de la asistencia” (Castronovo, Raquel, 2006) (12).

No soy enfermo,
Me han recluso,
Me consideran incapaz:
De todo hice poesía.

JACOBO FIJMAN

D. Derecho a conocer y preservar su identidad, su grupo de pertenencia, su genealogía y su historia.

E. Derecho a ser acompañado antes, durante y después del tratamiento y/u otros afectos a quienes la persona con padecimiento designe.

F. Derecho a ser asistido por su abogado, un familiar, o allegado que éste designe a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historia clínicas.

La intervención desde una perspectiva iluminada por los derechos humanos implica considerar a la alteridad. “Se observa que siempre es una relación sobre la alteridad lo que precede y permite toda definición de identidad, se llega a la conclusión de que toda antropología es tripolar (pluralidad, alteridad, identidad)” Marc Augé (13).

La enunciación de derechos precedentes obliga a situar al Ser en relación con otros. El reconocimiento de ¿Quién es esta persona que sufre? ¿Por qué sufre? ¿De dónde proviene? ¿De qué cultura emerge? ¿Cuál es su historia? ¿Qué determinantes y qué condicionantes lo atraviesan?, estos interrogantes sólo pueden ser respondidos en un espacio de intersubjetividad.

“En primer lugar el espacio de conocimiento psicopatológico es un espacio de intersubjetividad, esta consideración restituye al paciente al orden de la subjetividad es en ella que debe interrogarse sobre las razones, el origen y la causa de la perturbación patológica” (Galende Emiliano, 2008) (14).

(11) GADAMER, H., *El estado oculto de la salud*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1996.

(12) CASTRONOVO, RAQUEL, “La ciudadanía, los derechos y las instituciones,” en TEUBALL, R. (comp.), *Violencia familiar, trabajo social e instituciones*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

(13) AUGÉ, MARC, *Hacia una antropología de los mundos contemporáneos*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1995.

(14) GALENDE, EMILIANO y KRAUT, E., *El sufrimiento Mental*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2006.

La constitución del sujeto y su identidad en una pluralidad, están atravesados por la historicidad en las que intervienen las variables que lo contextualizan: socioculturales, políticas, económicas y psicológicas.

Desde la identidad y su historia la persona con sufrimiento mental podrá construir desde sus elecciones genuinas su vida e identificar al “otro” significativo para él.

“Hoy la demencia es mi estado natural.
Todas las palabras son esenciales
Lo difícil es dar con ellas”

JACOBO FIJMAN

H. Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de las mismas sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión.

“La barrera que las instituciones levantan entre el interno y el exterior marca la primera mutilación del yo” Las instituciones pueden considerarse invernaderos donde se deteriora la identidad, cada uno de los internos es un experimento sobre lo que puede ejercerse sobre el yo. (Goffman Erving, 2009) (15).

Las instituciones de secuestro cuya finalidad es fijar a las personas a los aparatos de normalización y disciplinamiento para garantizar la producción ejercen violencia simbólica. Estas prácticas responden a una intencionalidad política: “Considerar a las prácticas penales menos como una consecuencia de las teorías jurídicas que como un capítulo de la anatomía política” (Foucault, 2002) (16).

Augé, nos aproxima a la consideración del hospital o asilo como un no-lugar, en tanto espacios de anonimatos, donde se puede llegar a La locura de la soledad, locura, más locura (17).

La institución no es el establecimiento es la constructora de subjetividad, es todo el dispositivo, la ideología, los modos de entender y ejercer las prácticas. (Galende, Emiliano, 2011) (18).

La expresión de este derecho y la identificación de un órgano de revisión como garantía, responde a la necesidad de que se cumpla con el debido proceso y de proteger a las personas con discapacidad mental del abandono por años en instituciones asilares. En numerosas biografías de personas con padecimiento mental la institucionalización está presente y vinculada al no-ser.

(15) GOFFMAN, ERVING, *Internados*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 2009.

(16) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

(17) AUGÉ, MARC, *Los no-lugares*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1995.

(18) GALENDE, EMILIANO, “Fundamentos de Salud Mental Comunitaria”, *seminario del Doctorado en Salud Mental Comunitaria*, UNLA, julio 2011.

“En el tono menor de la tristeza
la hermana luz, la hermana forma
Canta, canta.
Anuncia cual buena nueva santa
una resurrección de la belleza”

JACOBO FIJMAN

I. Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento actual ni pasado.

N. Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable.

O. Derecho a no ser sometido a trabajos forzados.

P. Derecho a recibir una justa compensación en caso de participar en tareas encuadradas en labor terapia o trabajos comunitarios que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.

Las personas con padecimientos mentales sufren la atribución por parte de otros de peligrosidad e incapacidad entre otras denominaciones descalificadoras. Estas cualidades que surgen de creencias se comportan como decretos que se instalan con carácter de representaciones sociales.

Nominaciones que se convierten en estigmas en el sentido utilizado por Goffman: “Atributo incongruente con nuestro estereotipo acerca de cómo debe ser determinada especie de individuos (...) atributo profundamente desacreditador” (19).

La persona estigmatizada se siente excluida, con sentimientos de inseguridad relacionados al status inferior que se le atribuye, a esto se le suma la fragilidad en los aspectos referidos a la interrelación con otros, a asumir sus derechos y la accesibilidad al campo laboral. Estado que de persistir lleva al deterioro de la identidad.

Basaglia afirma: “El hombre tiene derecho a conservar también en la delincuencia y en la locura las otras caras de su ser hombres. Necesidad de una existencia que no sea enferma ni delincuente” (20).

“Tu alma canta, mi alma reza
Salta tu canto, vuela mi rezo
En Cristo unidos
en la fragancia preciosa
de los ángeles de la muerte”

JACOBO FIJMAN

(19) GOFFMAN, ERVING, *Estigmas*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 2009.

(20) BASAGLIA, A., *La criminalización de la necesidad en los crímenes de la paz*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

J. Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten

K. Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades.

L. Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación.

M. Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin consentimiento fehaciente.

El Dr. Emiliano Galende afirma que la premisa ontológica es considerar a toda persona con sufrimiento mental, ante todo, un ser humano y como tal, poseedora de dignidad.

La dignidad humana es el fundamento de todos los derechos humanos: es la no instrumentalización de la persona por ser persona.

“Si me pregunta qué es la ética, yo respondo: la ética es el otro” (Maglio Francisco, 2011) (21).

“La libertad no es una filosofía y ni siquiera es una idea: es un movimiento de la conciencia que nos lleva, en ciertos momentos, a pronunciar dos monosílabos: Sí o No. En su brevedad instantánea, como a la luz del relámpago, se dibuja el signo contradictorio de la naturaleza humana” (Octavio Paz, La otra voz) (22).

INTERROGÁNDONOS SOBRE LO ESENCIAL

“Así pues, si la dignidad evoca la excelencia del ser humano, la expresión jurídica de esa dignidad ha de constituir la sublime modalidad de lo justo: Ser titular de derechos y deberes” (Hoyos, Ilva- 2005) (23).

Este acto de focalizar los derechos humanos contemplados en la ley de Salud Mental ha tenido como propósito llegar a un interrogante, necesario, para todos aquellos que debemos encontrarnos en múltiples espacios de gestión con el Otro, el que carga su sufrimiento psíquico y con su presencia nos interpela.

El interrogante que se fue engarzando en los conceptos sobre derechos, dignidad, alteridad, identidad, pluralidad, nos sitúa en el encuentro:

¿Cuál es la calidad de las relaciones que hace posible, que los que intervenimos brindando atención en salud mental, podamos protagonizar con el otro un encuentro transformador?

(21) MAGLIO, FRANCISCO, *La dignidad del otro*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2011.

(22) PAZ, OCTAVIO, citado por SAVATER, F., en *Ética para Amador*, Buenos Aires, ed. Ariel, 2000.

(23) HOYOS, I., *ibíd.*

El encuentro se enraíza en la cualidad de la sutileza humana, alejada de toda cuantificación, sostenida en una comprensión no fragmentada, reconstruida a partir de los saberes de todos los involucrados, sin hegemonías; intervención que se desplegará para contemplar al otro y a uno mismo fluyendo hacia la pluralidad.

CONCLUSIÓN

¿Cuál será la cualidad singular que una vez esgrimida nos anunciará que hemos aprehendido el espíritu de la ley?

El desarrollo del campo de la salud mental nos permitirá intervenciones iluminadas por concepciones epistemológicas: “Se interviene según se comprende, cuando no se comprende, se castiga” (Galende, E. 2012) (24).

Es desde el SER, sobre todo, que se abre al espíritu, la consideración de la dignidad de la persona, que amalgamada al calor de lo humano producirá la alquimia del encuentro. Este saber no se aprende en la letra sin vida, no se percibe en las aulas sin pasión.

“Si el hombre va a convertirse en buen hombre no solo desde el punto de vista legal sino desde el moral... eso no puede lograrse por medio de la reforma gradual mientras las bases de las máximas sigan siendo impuras, sino que debe llevarse a cabo mediante una revolución en la disposición del hombre... Puede convertirse en hombre nuevo mediante una suerte de renacimiento, como si fuera una nueva creación” (Kant, Citado por Zupancic, 2010) (25).

La revelación que puede experimentarse del encuentro identidad, alteridad, pluralidad engendra una conciencia que deviene lenguaje y praxis sincrónica, simétrica y recíproca, no es un mero conocimiento, no es una simple práctica, es fuente de transformación que permite trascender la intemperie de nuestra humanidad, hilar en la trama existencial iluminados por otro. Así lo expresa Borges:

“Sabía que otro —un Dios— es el que hierne
de brusca luz nuestra labor oscura” (26).

BIBLIOGRAFÍA

AUGÉ, MARC, *Hacia una antropología de los mundos contemporáneos*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1995.

Los no-lugares. Espacios de anonimatos, Barcelona, Ed. Gedisa, 1995.

(24) GALENDE, EMILIANO, “Fundamentos de la Salud Mental comunitaria”, *seminario del Doctorado en Salud Mental Comunitaria*, UNLA, Buenos Aires, Julio, 2011.

(25) ZUPANIC, ALENKA, *Ética de lo real*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2010.

(26) BORGES, J. L., “El otro”, en *Poesías completas*, Barcelona, Alianza Editorial, 1971.

- BASAGLIA, A., *La criminalización de la necesidad en los crímenes de la paz*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 1998.
- BLEJER, JOSÉ, *Psicología de la conducta*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1998.
- BOVIN, M., ROSATO, A. y ARRIBAS, V., *Constructores de otredad. Una introducción a la Antropología Social y Cultural*, Buenos Aires, Ed. EA, 2010.
- BORDIEU, P. y WACQUANT, L. J. D., *Respuestas para una antropología reflexiva*, México, Ed. Grijalbo, 1995.
- BORGES, JORGE, *Poesías completas*, Barcelona, Alianza Editorial, 1971.
- CARBALLEDA, ALFREDO, *Los cuerpos fragmentados. Intervención en lo social en los escenarios de la exclusión y el desencanto*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2008.
- CELS, MDRI, *Vidas arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2006.
- CASTRONOVO, RAQUEL, "La ciudadanía, los derechos y las instituciones. Valores y significados para el trabajo social", en TEUBAL, RUTH (comp.), *Violencia Familiar, trabajo social e instituciones*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2006.
- CHALMERS, A., *Qué es esa cosa llamada ciencia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- CHALMERS, DAVID, *La mente consciente. En busca de una teoría fundamental*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.
- DE ALMEIDA, FILHO, *La ciencia Tímida. Ensayos de deconstrucción de la epidemiología*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2000.
- DURKHEIM, EMILY, *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2008.
- EFROM, RUBÉN, "Niños, Niñas, adolescentes y jóvenes del malestar al protagonismo", *Material del seminario: Niñez, adolescencia en Salud Mental*, Doctorado en Salud Mental, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2012.
- FERNÁNDEZ, ANA, *Instituciones estalladas*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1999.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas Jurídicas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.
- Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.
- FREIRE, PAULO, *Pedagogía del oprimido*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- Pedagogía de la esperanza*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- GADAMER, H., *El estado oculto de la salud*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1996.
- GALENDE, E. y KRAUT, A., *El sufrimiento mental. El poder, la ley y los derechos*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2006.
- GALENDE, E., *Psicofármacos y salud mental*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2006.

- GARLAND, DAVID, *Castigo y sociedad moderna*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.
- GOFFMAN, ERVING, *Internados*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 2009.
- Estigmas*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 2009.
- La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009.
- HOYOS, ILVA M., *De la dignidad y los derechos humanos*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, Universidad La Sabana, 2005.
- HUXLEY, ALDOUS, *La situación humana*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1979.
- IGLESIAS, GRACIELA, *Aspectos éticos y Jurídicos*, seminario, Doctorado en Salud Mental Comunitaria. UNLA, Buenos Aires, 2010
- KAMINSKY, GREGORIO, *Dispositivos Institucionales I. Democracia y autoritarismo de los problemas institucionales*, Buenos Aires, Ed. Lugar, 2010.
- KRAUT, ALFREDO, "El paciente es, antes, ciudadano", diario *Clarín*, miércoles 03/09/2003, p. 21.
- KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000.
- MAGLIO, FRANCISCO, *La dignidad del otro. Puentes entre la biología y la biografía*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2011.
- MORIN, EDGAR, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.
- La cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el Pensamiento*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2001.
- OPS, *Salud Mental en el mundo. Problemas y prioridades en poblaciones de bajo ingreso*, Washington DC, Serie Paltex, 1997.
- OPS, *Análisis de las organizaciones de salud*, Washington DC, Serie Paltex, 1989.
- ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *El contrato social*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2008.
- SAMAJA, JUAN, *Epistemología de la Salud*, Buenos Aires, Ed. Lugar, 2009.
- SARTRE, JEAN PAUL, *El existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires, Ed. Sur, 1975.
- SAVATER, FERNANDO, *Ética para Amador*, Buenos Aires, Ed. Ariel, 2000.
- Ética como amor propio*, Buenos Aires, Ed. Ariel, 2001.
- SCHVARSTEIN, LEONARDO, *Psicología social de las organizaciones*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1991.
- TESTA, MARIO, *Pensamiento estratégico y lógica de programación*, OPS, Washington DC, 1989.

TESTA, MARIO, *Pensar en Salud*, Washington DC, OPS, 1989.

VARELA, O., et al., *Psicología Jurídica*, Buenos Aires, JCE ediciones, 2005.

ZUPANI, ALENKA, *Ética de lo real*, Buenos Aires, Ed. Prometeo Libros, 2010.

Bliografía Web

Código Civil de la República Argentina, www.codigocivilonline.com.ar, [Consulta 10 de agosto de 2013].

Constitución Nacional, www.infojus.gov.ar/legislación/constitución-nacional [Consulta 12 de agosto de 2013].

Ley Nacional 26.657, Ley de Salud mental, www.msal.gov.ar [Consulta 07 enero 2013].

Jacobo Fijman, http://sites.google/site/escritores_malditos/ [Consulta 14 de febrero 2013].

Jacobo Fijman, www.youtube.com/watch?v=Al_Sur-de_la_garganta_Nº_12 [Consulta el 17 de mayo 2013].

GERLERO, SANDRA, AUGSBURGER, A., DUARTE, M., et al., "Evaluación, de políticas, planes y servicios de salud mental. Diagnóstico para el fortalecimiento de estrategias de intervención en salud", 2007, www.saludinvestiga.org.ar/rasp/articulos/volumen2/diagnóstico-evaluativo.pdf. [Consulta 05 de junio de 2013].

CAPÍTULO 6
MEDICAMENTOS

CATEGORÍAS JURÍDICO-FARMACÉUTICAS DE LAS ESPECIALIDADES MEDICINALES EN ARGENTINA: SU REGISTRO, AUTORIZACIÓN DE COMERCIALIZACIÓN Y FISCALIZACIÓN

Andrés Brandolini (1)

Con los remedios el Señor sana y salva;
y el farmacéutico los mezcla.
Ecl., cap. 38, v. 7.

I. INTRODUCCIÓN

Los medicamentos constituyen, en la actualidad, una de las principales herramientas preventivas, diagnósticas y terapéuticas comprendidas en los modernos sistemas de salud. La importancia económica y financiera de estos productos en el mercado mundial es de una enorme trascendencia. En efecto, las ventas anuales de medicamentos en el mundo fueron de alrededor de 962.000 millones de dólares durante 2012, con un crecimiento porcentual anual promedio desde el año 2004 de 6,2% (2). Se prevé, además, que dicho mercado se eleve cerca de 1,2 billones de dólares en 2016 como resultado del aumento en el volumen de ventas de los mercados farmacéuticos emergentes y la recuperación del gasto en los países desarrollados (3). Los medicamentos representan, además, entre un 20 y un 30% del gasto sanitario mundial (4). En el ámbito nacional, el impacto económico de los medicamentos no es menos relevante. En Argentina, el gasto

(1) Farmacéutico por la UBA. Ex Jefe de Residentes en Control de Calidad de Medicamentos (INAME). Magister en Salud Pública (UBA). Estudiante de la carrera de Abogacía (UBA). Agente en ANMAT.

(2) IMS Health, "Total unaudited and audited pharmaceutical global market 2003-2012" [en línea], 2013, <http://www.imshealth.com/deployedfiles/imshealth/Global/Content/Corporate/Press%20Room/Total_World_Pharma_Market_Topline_metrics_2012.pdf>. [Consulta: 27 de agosto de 2013].

(3) IMS Institute, "The Global Use of Medicines: Outlook Through 2016" [en línea], 2012, <http://www.imshealth.com/deployedfiles/ims/Global/Content/Insights/IMS%20Institute%20for%20Healthcare%20Informatics/Global%20Use%20of%20Meds%202011/Medicines_Outlook_Through_2016_Report.pdf>. [Consulta: 27 de agosto de 2013].

(4) World Health Organization, "The World Medicines Situation 2011", [en línea], 3º ed., Ginebra, 2011, <http://www.who.int/nha/docs/world_medicines_situation.pdf> [Consulta: 25 de agosto de 2013].

total en el sector salud en 2010 fue de 8,3% del PBI, correspondiendo un 64,4% al subsector público y siendo el gasto del gobierno general en salud del 17,7% respecto de las erogaciones generales gubernamentales (5).

En este marco, y desde la perspectiva de los diferentes saberes científicos involucrados, poner un nuevo medicamento a disposición de los pacientes implica no sólo la intervención interdisciplinaria desde ámbitos tan variados como son la Química, la Farmacología, la Biología molecular, la Fisiopatología, la Farmacia, la Medicina, la Biotecnología, etc., sino también desde la Economía, la Política y, fundamentalmente, desde el Derecho.

Es por ello que los procesos de regulación y fiscalización de medicamentos se deben desarrollar dentro de un marco normativo de ordenamiento y observación de los requerimientos legales y técnicos que conlleven a la existencia de medicamentos seguros, eficaces y de calidad, promoviendo la Salud Pública y protegiendo a la población de los potenciales efectos dañinos de una droga. Dicho marco normativo debe cubrir, por lo tanto, todos los productos y actividades asociadas a la producción, importación, distribución, dispensa y promoción de los medicamentos. Se hace necesario, entonces, una correcta caracterización y calificación de estos productos para la salud, tanto desde el punto de vista del derecho positivo nacional como desde la perspectiva técnica farmacéutica vinculada a los procesos productivos y al uso extendido de los mismos en la población. El marco normativo precedentemente aludido conforma el conjunto de normas jurídicas que regulan, directa o indirectamente, la actividad farmacéutica y las cuestiones vinculadas a los medicamentos y que algunos autores denominan Derecho Farmacéutico como una rama del Derecho de la Salud con pretensiones de autonomía (6).

II. DEFINICIONES

1. Medicamento

Según lo define el Decreto 150/1992 (Adla, LII-A, 363), referido al registro de especialidades medicinales, un medicamento es “toda preparación o producto farmacéutico empleado para la prevención, diagnóstico y/o tratamiento de una enfermedad o estado patológico, o para modificar sistemas fisiológicos en beneficio de la persona a quien se le administra”. Esta definición, con sus connotaciones preventivas, diagnósticas y beneficiosas para el paciente, se encuentra en plena concordancia con la concepción actual de una situación saludable para el desarrollo humano. Tal como sugiere la Organización Mundial de la Salud, el

(5) Organización Mundial de la Salud, “Estadísticas sanitarias mundiales 2013”, 1ª ed., Ginebra, 2013, <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586_spa.pdf>. [Consulta: 27 de agosto de 2013].

(6) DEL CASTILLO, CARLOS, “¿Legislación Farmacéutica o Derecho Farmacéutico? Análisis”, en VITAE, *Revista de la Facultad de Química Farmacéutica de la Universidad de Antioquia*, Medellín, Colombia, vol. 18, nro. 1, pp. 83-87 [en línea], (2011), <<http://www.redalyc.org/pdf/1698/169822667012.pdf>>. [Consulta: 28 de agosto de 2013].

concepto actual de salud no se refiere, simplemente, a la ausencia de enfermedad, sino a un estado completo de bienestar físico, mental y social.

El término “fármaco” (7) suele ser ampliamente utilizado como sinónimo de medicamento.

2. Especialidad medicinal

La norma anteriormente citada define a la especialidad medicinal como “todo medicamento, designado por un nombre convencional, sea o no una marca de fábrica o comercial, o por el nombre genérico que corresponda a su composición y expendio, de composición cuantitativa definida declarada y verificable, de forma farmacéutica estable y de acción terapéutica comprobable”. Es importante destacar la diferencia, en nuestro ordenamiento normativo, entre un medicamento y una especialidad medicinal. Existiría entre ambas entidades farmacéuticas una relación de género a especie. Es decir, mientras que toda especialidad medicinal es un medicamento, no todo medicamento es necesariamente una especialidad medicinal. Para serlo, debe reunir las características arriba señaladas en cuanto a su nombre convencional, composición cuali-cuantitativa, forma farmacéutica y acción terapéutica.

La ley 25.649 (Adla LX-E, 5085) de promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico agrega además el requisito de “debida aprobación por la autoridad sanitaria”.

3. Ingrediente farmacéutico activo

Todas las especialidades medicinales contienen uno o varios principios activos (preferentemente denominados en la actualidad ingredientes farmacéuticos activos o IFAs, en concordancia con la terminología internacionalmente aceptada de *active pharmaceutical ingredients* o APIs). Los mismos son, según la letra del mencionado Decreto 150/1992, “toda sustancia química o mezcla de sustancias relacionadas, de origen natural o sintético, que poseyendo un efecto farmacológico específico, se emplea en medicina humana”.

La Disposición ANMAT 5260/2008 refuerza esta definición al afirmar que un ingrediente farmacéutico activo es “cualquier sustancia o mezcla de sustancias destinada a ser utilizada en la fabricación de un medicamento o especialidad medicinal que de tal manera se constituye en un ingrediente activo de tal producto, aun los calificados como psicotrópicos en virtud de la ley 19.303 y sus listados anexos o como estupefacientes en virtud de la ley 17.818 y sus listados anexos. Estas sustancias poseen actividad farmacológica u otro efecto directo en

(7) Es generalmente aceptado que un medicamento debe reunir ciertos atributos esenciales: calidad, seguridad, eficacia y acceso. En lo que a seguridad se refiere, es interesante resaltar la etimología del término fármaco. Este vocablo, que proviene del griego *phármakon*, era utilizado en su doble significado de remedio y veneno. En efecto, todos los medicamentos poseen efectos tóxicos (e incluso mortales) si no se utilizan en las dosis adecuadas. Tal como enseñaba Paracelso: *dosis sola facit venenum* (la sola dosis hace al veneno). El término medicamento proviene del latín *medicamentum*, y este, a su vez, del griego, *medeo*, que designa la acción de curar o poner remedio.

el diagnóstico, cura, alivio, tratamiento o prevención de enfermedades, o influyen sobre la estructura y función del cuerpo humano”.

Dichos principios activos (o “drogas”, en el sentido farmacéutico), son los responsables de la acción farmacológica de los medicamentos. Los excipientes, sustancias que generalmente no poseen efecto farmacológico, vehiculizan los principios activos en una determinada forma farmacéutica (comprimidos, soluciones, cremas, polvos, etc.) diseñada en función de la vía de administración del producto (oral, inyectable, tópica, etc.).

4. Nombre genérico, nombre químico y nombre comercial

Por otro lado, el modo en que se denominan los ingredientes farmacéuticos activos corresponde a su nombre genérico. Para el Decreto 150/1992 el nombre genérico consiste en la “denominación de un principio activo o droga farmacéutica o, cuando corresponda, de una asociación o combinación de principios activos a dosis fijas, adoptada por la autoridad sanitaria nacional o, en su defecto, la Denominación Común Internacional de un principio activo recomendada por la Organización Mundial de la Salud”. Actualmente, la ANMAT (autoridad de contralor en materia de medicamentos) ha implementado la Denominación Común Argentina (8) con el objetivo de estandarizar la nomenclatura, a fin de que sea unívoca (es decir, que un nombre invoque a un solo ingrediente farmacéutico activo), conformando un listado unívoco de los IFAs, concordantes en un todo con las Denominaciones Comunes Internacionales en español.

Otra forma de identificar a los ingredientes farmacéuticos activos es a través de un nombre químico. Por ejemplo, a la sustancia diclofenaco (nombre genérico) le corresponde la denominación química “ácido 2-(2-((2,6-diclorofenil)-amino)-fenil)-acético” (nombre químico). A su vez, este principio activo puede formar parte de una especialidad medicinal con un nombre comercial. Dicho nombre comercial puede ser una marca de fantasía (por ejemplo, Nodol®) o puede formarse por el nombre genérico del principio activo seguido del nombre del laboratorio titular de la autorización del registro (Diclofenaco Laboratorio X).

Para ejemplificar el juego armónico y técnico de estos conceptos jurídico-farmacéuticos, podríamos señalar que una especialidad medicinal cuyo ingrediente farmacéutico activo sea el diclofenaco, podría comercializarse en la forma farmacéutica de comprimidos para ser administrados por vía oral bajo el nombre comercial de Diclofenaco Laboratorio X.

Cabe destacar, finalmente, lo normado por la ley 25.649 de promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico, reglamentada por Decreto 987/2003. Dicha norma estableció en su art. 2º que “toda receta o prescripción médica deberá efectuarse en forma obligatoria expresando el nombre genérico del medicamento o denominación común internacional”.

(8) Disposición ANMAT 4990/2012.

III. MARCO JURÍDICO GENERAL

1. La ley 16.463 y el decreto 150/1992

Analizados ya los conceptos básicos a tener en cuenta para el posterior desarrollo de este trabajo, pasamos ahora describir el marco jurídico general en el que se desenvuelven las actividades vinculadas con los medicamentos.

Tanto para la jurisdicción federal como en el tránsito interprovincial, la ley 16.463 (Adla, XXI-B, 968) (9) establece los criterios científicos, sanitarios y administrativos para el registro y la comercialización de medicamentos. Entre esas condiciones se encuentran: habilitación previa de establecimientos y presencia de responsable técnico (art. 2º), calidad, pureza y legitimidad de los productos (art. 3º), identidad y condición de expendio (art. 5º), ventajas científicas, terapéuticas, técnicas o económica (art. 7º), validez quinquenal (art. 7º), cancelación de autorizaciones (art. 8º), régimen sancionatorio (arts. 19 a 23) y prescripción (art. 24).

La norma mencionada en el párrafo anterior, en su artículo segundo, pone en cabeza del ex-Ministerio de Salud y Acción Social (actual Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación) el contralor de todas las actividades vinculadas con la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito de drogas, medicamentos y todo otro producto de uso y aplicación en medicina humana. Con el dictado del Decreto 1490/1992 (Adla LII-C, 3109) se crea el actual órgano competente fiscalizador en la materia, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT). La ANMAT es un organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional, dependiente técnica y científicamente de las normas y directivas que le imparte la Secretaría de Salud, con un régimen de autarquía económica y financiera, con jurisdicción en todo el territorio de la Nación, y con competencia, entre otras facultades, en todo lo referido a el control y fiscalización sobre la sanidad y calidad de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico, materiales y tecnología biomédicos y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana y en la vigilancia sobre la eficacia y la detección de los efectos adversos que resulten del consumo y utilización de dichos productos.

Complementan el entramado normativo precedentemente citado la ley 25.649 (Adla LX-E, 5085) de promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico y, en lo referido a la práctica profesional, deben considerarse la ley 17.565 (ejercicio profesional farmacéutico, Adla, XXVII-C, 2859) y ley 17.732 (ejercicio profesional médico, Adla, XXVIII-B, 1848), entre muchas otras normas de menor jerarquía.

(9) Comúnmente denominada Ley de Medicamentos o también Ley Oñativia. Dicha norma se encuentra reglamentada a través del Decreto 9763/1964 (Adla, XXIV-C, 2317).

2. Desarrollo de medicamentos, investigación y ensayos clínicos

Cuando los laboratorios farmacéuticos, futuros titulares de las autorizaciones de registro y comercialización de las especialidades medicinales, realizan la correspondiente solicitud ante la ANMAT para la inscripción de una nueva especialidad medicinal en el Registro de Especialidades Medicinales (REM) deben presentar evidencia científica que avale que el producto que se pretende comercializar es eficaz (10) (produce el efecto farmacológico tendiente a cumplir una determinada acción terapéutica), seguro (11) (sus efectos adversos y potencial toxicidad se hallan razonablemente descriptos) y de la calidad adecuada. Dicha evidencia científica puede ser recolectada, entre otras fuentes, a través de Estudios de Farmacología Clínica (12) (EFC). Para ello la ANMAT emitió la Disposición 6677/2010 (complementaria de la Resolución MS 1480/2011) que posee las directivas para la solicitud de aprobación de Estudios de Farmacología Clínica con fines de registro. Dicha norma establece los requisitos de información y documentación, definiciones, formularios, una guía con criterios de Buenas Prácticas Clínicas y consideraciones sobre las respectivas inspecciones.

Existen distintos tipos (o fases) de estudios clínicos. Así, según lo establece la Disposición ANMAT 6677/2010, cuando se introduce inicialmente un nuevo medicamento de investigación en humanos para determinar su metabolismo, acciones farmacológicas, efectos secundarios y, si fuera posible, evidencia sobre la eficacia estamos en presencia de un estudio de fase I. Dichos estudios pueden ser conducidos en sujetos voluntarios sanos o, a veces, en pacientes. En los estudios de fase II se determinan la eficacia y seguridad de los rangos de dosis. De ser posible, también se establecen relaciones dosis-respuesta con el objeto de obtener información para el diseño de estudios de mayor amplitud (fase III). Los estudios de fase III se realizan en grandes y variados grupos de participantes con el objetivo de determinar tanto el balance riesgo-beneficio a corto y largo plazo como el valor terapéutico relativo. Se investigan las reacciones adversas más frecuentes, las interacciones y otros factores que puedan modificar el efecto del medicamento, como por ejemplo, la edad.

(10) Eficacia: aptitud de un medicamento para producir los efectos propuestos. La eficacia del medicamento se determina por métodos científicos y a partir de la Fase II de los estudios clínicos. Requiere comparar tratamientos que emplean el medicamento problema con un grupo control (grupo que no recibe tratamiento o recibe placebo). ARIAS, TOMÁS, "Glosario de Medicamentos: desarrollo, evaluación y uso", 1ª ed., Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1999, p. 91.

(11) Seguridad: característica de un medicamento que puede usarse con una probabilidad muy pequeña de causar efectos tóxicos injustificables. ARIAS, TOMÁS, op. cit. p. 203. El principio del *primum non nocere* (de mayor especificidad que el supuesto genérico del *alterum non laedere*) es un principio rector en la determinación del perfil de seguridad de los productos farmacéuticos.

(12) Un Estudio de Farmacología Clínica es un estudio sistemático científico realizado con medicamentos o productos biológicos sobre seres humanos voluntarios, sanos o enfermos, con el fin de descubrir o verificar sus efectos terapéuticos y/o identificar reacciones adversas y/o estudiar la absorción, distribución, metabolismo (biotransformación) y excreción de los principios activos con el objeto de establecer su eficacia y seguridad.

3. Bioequivalencia

Debido al riesgo sanitario (13) que presenta el uso de ciertos productos, a veces se hace necesario, ya sea para su registro o para su continuidad en el mercado, la realización de estudios de bioequivalencia. En estos estudios, se compara la biodisponibilidad de un producto test, respecto de un producto de referencia (producto para el cual la eficacia y seguridad han sido establecidas). La biodisponibilidad es la cantidad y velocidad con las que el principio activo contenido en una forma farmacéutica alcanza la circulación sistémica. Dos productos serán bioequivalentes si sus biodisponibilidades, al ser administrados bajo las mismas condiciones, son similares a tal grado de que pueda esperarse que sus efectos sean esencialmente los mismos. Es decir, es de esperarse que la *performance* terapéutica del producto de prueba sea equivalente al producto innovador. En esta materia, la regulación viene dada por la Disposición ANMAT 3185/1999 y sus modificatorias y complementarias. Dicha norma aprueba las recomendaciones técnicas contenidas en un cronograma para exigencias de estudios de equivalencia entre medicamentos de riesgo sanitario significativo (carbamazepina, fenitoína, litio, warfarina, digoxina, entre otros). Este listado fue posteriormente ampliado por, entre otras, las Disposiciones ANMAT 3311/2001 (antirretrovirales), 2807/2002 (isotretinoína), 2446/2007 (inmunomoduladores), 3113/2010 (lamotrigina, topiramato) y 4788/2012 (antipsicóticos y otros IFAs). Los estudios de biodisponibilidad/bioequivalencia deben realizarse bajo los lineamientos de las Buenas Prácticas que para los mismos establece la Disposición ANMAT 5040/2006.

4. Buenas Prácticas de Manufactura

Con carácter previo a la solicitud de registro y autorización sanitaria para la comercialización de una especialidad medicinal, es necesario asegurar que la elaboración del mismo se realizará en un establecimiento habilitado que cumpla con los estándares requeridos por las Buenas Prácticas de Manufactura. Dichas prácticas se encuentran reguladas a través de la Disposición ANMAT 2819/2004 y consisten en asegurar que los productos se fabriquen en forma uniforme y controlada, de acuerdo con las normas de calidad adecuadas al uso que se pretende darles, y conforme a las condiciones exigidas para su comercialización. Su objeto principal consiste en disminuir los riesgos inherentes a toda producción farmacéutica. Dichos riesgos son esencialmente de dos tipos: contaminación (en particular de contaminantes inesperados) y mezclas (confusión), causada, por ejemplo, por rótulos falsos colocados en envases. El cumplimiento de dichas prácticas se fiscaliza a través de inspecciones de periodicidad bianual por parte de los inspectores de la ANMAT.

La norma arriba mencionada es complementada por la Disposición ANMAT 2372/2008, en la que se aprueba la "Guía para Inspectores sobre Buenas Prácticas de Manufactura".

(13) El riesgo sanitario es la probabilidad de aparición de complicaciones de enfermedades amenazantes para la vida o para la integridad psicofísica de las personas y/o de reacciones adversas graves, determinadas por características propias de los ingredientes farmacéuticos activos. Los criterios para decidir cuándo dicho riesgo es alto fueron actualizados por la Disposición ANMAT 4326/2012.

ticas de Fabricación de Medicamentos” y la “Clasificación de Deficiencias de Cumplimiento de las Buenas Prácticas de Fabricación”, brindando a la industria farmacéutica regulada parámetros claros e información precisa acerca de los criterios a utilizar durante las inspecciones y el tipo de incumplimientos que se le pueden objetar a su desempeño.

Finalmente, la Disposición ANMAT 1402/2008 establece los procedimientos para los retiros de mercado (*recalls*) de productos farmacéuticos, es decir, para la remoción en forma definitiva de un producto farmacéutico presente en el mercado, cuando éste se encuentre en una situación de infracción respecto de las normas vigentes o exista sospecha de ello, lo cual dará lugar al inicio por parte de la A.N.M.A.T. de las actuaciones administrativas y/o judiciales que correspondan.

IV. AUTORIZACIÓN SANITARIA

En el instituto administrativo de la autorización existe el reconocimiento de un derecho preexistente (en la cuestión *sub examine*, el derecho constitucional a ejercer el comercio de medicamentos y toda industria lícita relacionada) pero que no puede ejercerse sin previa conformidad de la Administración. Es decir, se permite el ejercicio de dicho derecho bajo el cumplimiento de ciertas condiciones preventivas impuestas a través del poder de policía sanitario estatal. Dichas condiciones preexistentes, que se describen a continuación, son particularmente exigentes en productos tan críticos como los medicamentos. En ese sentido, la autorización sanitaria en materia de medicamentos consta en nuestro país de dos etapas bien diferenciadas: el registro y la autorización de comercialización propiamente dicha. A ello se suma una fiscalización permanente que se realiza sobre los productos una vez que los mismos fueron autorizados para su uso masivo en la población. A continuación se describen brevemente dichas instancias.

1. Registro: medicamentos innovadores y similares

La primera de esas etapas, el registro, se encuentra actualmente regulada a través del Decreto 150/1992 (con las modificaciones realizadas por el Decreto 1890/92, Adla LII-D). Dicha norma (junto con su decreto modificatorio: Decreto 177/1993, Adla, LIII-A, 179) trajo aparejado un gran cambio en el registro de medicamentos y el mercado farmacéutico en Argentina. El art. 1º (14) establece el ámbito de aplicación y las principales definiciones. El art. 2º hace lo propio respecto de la obligatoriedad de la inscripción de las especialidades medicinales en un registro especial en el Ministerio de Salud (Registro de Especialidades Medicinales o REM). Los artículos 3º, 4º y 5º establecen las diferentes modalidades bajo las cuales se puede solicitar el registro, basadas en un criterio de clasificación de países por su vigilancia sanitaria. En efecto, el decreto posee un anexo I conteniendo el listado de países de alta vigilancia sanitaria (países de Europa, Estados Unidos y Japón) y un anexo II con otros países (Brasil, México, Cuba, Chile, Australia, China, entre otros), cuya vigilancia sanitaria si bien es acepta-

(14) Decreto 150/1992, art 1º: El presente Decreto se aplicará el registro, elaboración, fraccionamiento, prescripción, expendio, comercialización, exportación e importación de medicamentos.

ble, no alcanza los estándares de los países de la Unión Europea (a través de su Agencia Europea de Medicamentos (EMA) o de la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) en Estados Unidos de América.

El artículo 3º establece la información (15) que debe aportarse (en carácter de declaración jurada) con régimen comprensivo para:

- I) las solicitudes de registro de especialidades medicinales a elaborarse en nuestro país y aquellas a importarse de Países incluidos en el anexo II que resulten similares a otras ya inscritas en el Registro; y
- II) las solicitudes de registro de especialidades medicinales a elaborarse en nuestro país, autorizadas para su consumo público en al menos uno de los países que integran el anexo I del Decreto N° 150/1992 aun cuando se tratara de una novedad dentro del registro de la autoridad sanitaria.

El art. 3º del Decreto 150/1992 se sustenta en el concepto de “similaridad”. Dicho concepto se encuentra definido por la Disposición ANMAT 5755/1996 (16). En su art. 5º se lee: “defínese como especialidad medicinal o farmacéutica similar, a aquella que contiene el (los) mismo(s) principio(s) activo(s), la(s) misma(s) concentración(es), la misma(s) forma(s) farmacéutica(s), la misma vía de admi-

(15) Dicha información incluye:

a) del producto: nombre propuesto para el mismo; fórmula (definida y verificable); forma o formas farmacéuticas en que se presentará; clasificación farmacológica, haciendo referencia al código ATC —si existiere— Organización Mundial de la Salud (OMS); condición de expendio;

b) información técnica: método de control; período de vida útil; método de elaboración en conformidad con las prácticas adecuadas de fabricación vigentes; datos sobre la biodisponibilidad del producto;

c) proyectos de rótulos y etiquetas que deberán contener las siguientes inscripciones: nombre del laboratorio, dirección del mismo, nombre del Director Técnico, nombre del producto y nombre genérico en igual tamaño y realce, fórmula por unidad de forma farmacéutica o porcentual, contenido por unidad de venta; fecha de vencimiento, forma de conservación y condición de venta, número de partida y serie de fabricación; y leyenda “MEDICAMENTO AUTORIZADO POR EL MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL, CERTIFICADO N°;

d) proyectos de prospectos que reproducirán: las inscripciones no variables de los rótulos y etiquetas; la acción o acciones farmacológicas y terapéuticas que se atribuyen al producto con indicaciones clínicas precisas y con advertencias, precauciones y, cuando corresponda, de antagonismos, antidotismos e interacciones medicamentosas y de los efectos adversos que puedan llegar a desenca- denar, posología habitual y dosis máximas y mínimas, forma de administración, presentaciones;

e) en el caso de especialidades medicinales o farmacéuticas importadas de los Países incluidos en el Anexo II que forma parte integrante del presente, además de la información requerida en los incisos precedentes, deberá acompañarse un certificado de la autoridad sanitaria del país de origen, emitido de conformidad a la resolución W.H.A.41.18.1988 de la Asamblea Mundial de la Salud, o la que la sustituya.

Asimismo la elaboración de dichas especialidades medicinales o farmacéuticas deberán ser realizadas en laboratorios farmacéuticos cuyas plantas resulten aprobadas por Entidades Gubernamentales de Países consignados en el Anexo I del Decreto N° 150/92 o por la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social y que cumplan los requisitos de normas de elaboración y control de calidad, exigidos por la autoridad sanitaria nacional. La verificación de las plantas elaboradoras será efectuada por la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social dentro de los sesenta (60) días de presentada la solicitud de inscripción respectiva.

(16) Disposición ANMAT 5755/1996. Norma de aplicación a la gestión de las tramitaciones de solicitudes de inscripción en el Registro de Especialidades Medicinales encuadradas en los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 150/1992.

nistración, la misma indicación terapéutica, la misma posología, y que es equivalente al producto de referencia, pudiendo diferir en características tales como tamaño y forma, excipientes, período de vida útil, envase primario”. La norma no aclara a qué tipo de equivalencia se refiere este artículo. En la práctica, dicha equivalencia se interpreta como equivalencia farmacéutica (17) (una equivalencia que puede demostrarse a través de ensayos fisicoquímicos y farmacotécnicos *in vitro*).

Se debe presentar evidencia de comercialización de la especialidad medicinal que se presente como similar en el país que se invoque (el art. 8° (18) define el tipo de documentación que puede presentarse para este fin cuando se somete una solicitud de registro a través del art. 3° del Decreto 150/1992).

El art. 4° (19) del Decreto 150/1992 regula las inscripciones para las importaciones de especialidades medicinales autorizadas para su consumo público en alguno los países del anexo I (países de alta vigilancia sanitaria) aportando la evidencia de comercialización correspondiente y dándose por cumplidas las condiciones de eficacia, seguridad y calidad. Bajo esta modalidad de registro se suelen inscribir en el REM aquellos productos que poseen nuevas entidades químicas como ingredientes farmacéuticos activos, es decir, aquellos medicamentos que resultan “innovadores” (también denominados “pioneros”) en el mercado farmacéutico y fueron los que se comercializaron por primera vez con una marca de fábrica.

(17) Dos especialidades medicinales son equivalentes farmacéuticos si contienen la misma cantidad de principio activo, en la misma forma farmacéutica, están destinados a ser administrados por la misma vía y cumplen con estándares de calidad idénticos o comparables. Sin embargo, la equivalencia farmacéutica no necesariamente implica equivalencia terapéutica ya que diferencias en los excipientes, en el proceso de elaboración, u otras pueden determinar disparidades en el comportamiento de los productos. World Health Organization, “WHO Technical Report Series 937. Fortieth Report. Annex 7. Multisource (generic) pharmaceutical products: guidelines on registration requirements to establish interchangeability”, [en línea], Ginebra, 2006, p. 351, <http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_937_eng.pdf>. [Consulta: 29 de agosto de 2013].

(18) Disposición ANMAT 5755/1996, art. 8°: Defínese como evidencia de comercialización a la documentación probatoria del consumo de una especialidad medicinal o farmacéutica en el mercado interno del país que se invoque. A los efectos del cumplimiento de la presente Disposición serán aceptados los siguientes documentos: a) Certificado de libre venta del producto expedido por la autoridad sanitaria del país involucrado; b) Envase y/o estuche del producto, indicativo del consumo en el país invocado y de los datos de su formulación; c) Copia de la inclusión del producto en un Formulario Terapéutico (Vademécum de productos farmacéuticos) de reconocido valor informativo a nivel internacional; d) Número de Certificado de Inscripción en el REM cuando se invoque el consumo en la Argentina.

(19) Las especialidades medicinales autorizadas para su consumo público en el mercado interno en al menos uno de los países que se indican en el Anexo I del presente decreto, podrán inscribirse para su importación en el Registro de la autoridad sanitaria nacional. Dicha inscripción tendrá carácter automático, debiendo el interesado presentar la certificación oficial vigente de dicha autorización, la documentación indicada en los inciso c) y d) del artículo precedente, los datos referido a la biodisponibilidad.

Los registros efectuados bajo el régimen de este artículo, se otorgaran solo para la importación y comercialización en el país, de dichas especialidades medicinales.

El registro de las especialidades medicinales similares o bioequivalentes a las que se importen por el presente artículo y que quieran elaborarse localmente y comercializarse en el país, deberá efectuarse conforme al régimen establecido en el artículo 3 del presente decreto. (*Artículo sustituido por art. 2° del Decreto N° 1890/92 B.O. 20/10/1992*).

El art. 5º (20) rige el registro de productos que constituyan novedades terapéuticas o especialidades medicinales importadas de países de anexo II del Decreto 150/1992, sin similar inscripto en nuestro país.

2. Autorización de comercialización de primer lote

La inscripción de una especialidad medicinal en el Registro de Especialidades Medicinales) no autoriza al Laboratorio Titular de dicho registro a comercializarlo inmediatamente. Previamente, debe comunicar a la ANMAT el momento en que se dispone a elaborar el primer lote del producto para que la Administración, a través del INAME (Instituto Nacional de Medicamentos), verifique técnicamente la información presentada en la solicitud de registro (21). La verificación realizada por la ANMAT comprende la evaluación de la información relacionada con los métodos de control, elaboración, ensayos farmacotécnicos, estudios de estabilidad, capacidad operativa para elaborar y/o de control incluida en las solicitudes de inscripción en el Registro de Especialidades Medicinales y el lote no podrá ser liberado al mercado hasta tanto el laboratorio titular haya tenido dictamen favorable por parte del área competente de esa Administración Nacional.

Lo establecido anteriormente, prosigue la norma, resulta de aplicación para los siguientes supuestos:

- a. Productos con certificado de inscripción nuevo.
- b. Nuevas concentraciones de productos biológicos registrados y ya comercializados.
- c. Nuevas concentraciones de formas farmacéuticas aprobadas, para ingredientes farmacéuticos activos de estrecha ventana terapéutica.

(20) Tratándose de solicitudes de inscripción de especialidades medicinales que se presenten al Registro, para:

a) elaborarse por la industria local y que fueran una novedad en nuestro país, salvo la excepción prevista en el artículo 3º para aquellas especialidades autorizadas en algún/os de los Países del Decreto N° 150/92;

b) importarse de un País del Anexo II al presente y cuando la especialidad, si bien autorizada y consumida en el país de origen, no tuviera similares inscriptos en el Registro de la autoridad sanitaria nacional;

c) importarse siendo productos manufacturados en países no incluidos en el Anexo I del Decreto N° 150/92 ni en el Anexo II del presente y no estuviesen autorizados para ser consumidos en alguno de los países del Anexo I del Decreto N° 150/92;

Deberán acompañar para su tramitación la información requerida por el Artículo 3º y la documentación que acredite la eficacia y la inocuidad del producto para el uso propuesto. (*Artículo sustituido por art. 2º del Decreto N° 177/93 B.O. 17/02/1993*).

(21) Disposición ANMAT 5743/2009, art. 1º: La evaluación de la información relacionada con los métodos de control, elaboración, ensayos farmacotécnicos, estudios de estabilidad, capacidad operativa para elaborar y/o de control incluida en las solicitudes de inscripción en el registro de especialidades medicinales, se realizará mediante la verificación técnica de dicha información, debiendo cumplimentarse los requisitos establecidos en la Disposición ANMAT 2819/2004 o la que en el futuro la reemplace y las especificaciones de calidad establecidas en la Farmacopea Argentina, Farmacopea Brasileña y/u otra Farmacopea Internacionalmente reconocida.

- d. Nuevas formas farmacéuticas de productos registrados y ya comercializados.
- e. Transferencias de certificados de inscripción de productos comercializados y no comercializados.

V. VIGILANCIA POST-AUTORIZACIÓN

1. Farmacovigilancia

Una vez que las especialidades medicinales son registradas y es autorizada su comercialización, comienza otra etapa de actividad policíaca sanitaria por parte de la Administración: la de la vigilancia de post-autorización o Farmacovigilancia. Dicha actividad consiste en la recolección, evaluación, comprensión y prevención de reacciones adversas o cualquier otro problema relacionado con los medicamentos. Esta vigilancia permite la rápida implementación de medidas preventivas tales como las modificaciones de los prospectos, la emisión de comunicados y advertencias para pacientes y profesionales de la salud, cambios en las condiciones de expendio e inclusive, la suspensión de la comercialización de algún ingrediente farmacéutico activo o el *recall* (retiro de mercado) de algún lote de productos con problemas de calidad. El Sistema Nacional de Farmacovigilancia, creado por Resolución ex MS y AS 706/1993 centraliza estas actividades. Cabe agregar que, recientemente, con la emisión de la Disposición ANMAT 5358/2012 sobre Buenas Prácticas de Farmacovigilancia para la Industria Farmacéutica se incorporan numerosas obligaciones en cabeza de los laboratorios titulares de las autorizaciones de registro y comercialización de los productos.

2. Publicidad

La ANMAT también controla y fiscaliza, a través del Programa de Monitoreo y Fiscalización de Publicidad y Promoción de Productos Sujetos a Vigilancia Sanitaria (22), el contenido de la publicidad de las especialidades medicinales y de otros productos para la salud sujetos a su fiscalización. Cabe recordar que, según lo establecido por la ley 16.463, solamente es posible la realización de publicidad dirigida al público en general para aquellos medicamentos cuya condición de expendio sea la de venta libre (23). La fiscalización de la publicidad, como un aspecto del derecho a la información en términos adecuados y veraces y como una cuestión que se extiende más allá del Derecho Sanitario, al amparo del artículo 42 CN, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (Adla, LIII-D, 4125) y sus complementarias, abarca todos los medios de comunicación, ya sean los clásicos como la televisión, la radio, gráfica y vía pública, u otros como Internet y la llama-

(22) Disposición ANMAT 2845/2011.

(23) Ley 16.463, art. 19: Queda prohibido: c) Inducir en los anuncios de los productos de expendio libre a la automedicación; d) Toda forma de anuncio al público, de los productos cuyo expendio sólo haya sido autorizado "bajo receta"; e) Vulnerar, en los anuncios, los intereses de la salud pública o la moral profesional; f) Violar, en los anuncios, cualquier otro requisito exigido por la reglamentación.

da publicidad no tradicional. La publicidad debe fundarse en las características propias del producto, no inducir su uso indiscriminado ni modificar las indicaciones y usos aprobados, entre otros requisitos. Dicha fiscalización, posterior a la difusión de la publicidad según lo determinado por la Resolución del Ministerio de Salud y Ambiente 20/2005, debe seguir las pautas establecidas en la Disposición ANMAT 4980/2005 y sus modificatorias. Cabe agregar que, en lo que se refiere a los medicamentos de venta bajo receta, por Resolución del Ministerio de Salud y Ambiente 627/2007 se aprobaron las “Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos de Venta Bajo Receta” por parte de los laboratorios productores, aplicables en materia de promoción destinada a los profesionales facultados para prescribir o dispensar medicamentos con esa condición de expendio.

3. Medicamentos ilegítimos

La ANMAT también realiza la vigilancia del mercado en cuanto a la eventual existencia de medicamentos ilegítimos. A este efecto, ha creado el Programa Nacional de Control de Mercado de Medicamentos y Productos Médicos, cuyo objetivo principal es contrarrestar el comercio, distribución y entrega de medicamentos y productos médicos ilegítimos con el propósito de garantizar la calidad, eficacia y seguridad de los productos que llegan a la población (24). Pueden considerarse medicamentos ilegítimos:

- i. Productos falsificados.
- ii. Productos adulterados.
- iii. Productos robados en etapa de comercialización.
- iv. Productos ingresados de contrabando.
- v. Productos no registrados ante la autoridad sanitaria.
- vi. Muestras médicas/obsequios médicos en etapa de comercialización.
- vii. Productos vencidos.

VI. CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS MEDICAMENTOS EN ARGENTINA

Dentro del marco regulatorio general establecido por la ley 16.463 y los lineamientos para el registro de los productos farmacéuticos de acuerdo a las posibilidades consideradas en los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 150/1992, nuestro ordenamiento normativo se fue completando con regulaciones de mayor grado de especificidad en atención a la complejidad inherente a este tipo de productos. En efecto, a partir de las normas que rigen el instituto de la autorización sanitaria de medicamentos y de la utilización de criterios farmacéuticos que tengan en cuenta tanto el origen, los procesos de fabricación, el ámbito de su utilización, la prevalencia o gravedad de las patologías a los que se destinan, entre otros fac-

(24) Disposición ANMAT 2124/2011.

tores, se pueden distinguir ciertas categorías jurídicas de especialidades medicinales, entre las que se destacan las que se enumerarán a continuación. Cabe resaltar que la mencionada clasificación no es exhaustiva ni tampoco excluyente, ya que algunos productos pueden reunir características pertenecientes a más de una de las categorías propuestas.

1. Productos biológicos

Los productos biológicos (o medicamentos de origen biológico) son productos obtenidos a partir de organismos vivos o de sus tejidos. Incluyen a los virus, sueros terapéuticos, toxinas, antitoxinas, vacunas, sangre, componentes o derivados de la sangre, productos alérgicos, hormonas, factores estimulantes de colonias, citoquinas, anticuerpos, heparinas, entre otros. Las fuentes y métodos de producción comprenden pero no se limitan al cultivo de células, microorganismos, extracción a partir de tejidos o fluidos biológicos, técnicas del ADN recombinante, transgénesis, técnicas de hibridoma, propagación de microorganismos en embriones o animales, etc. Son productos utilizados para fines de la prevención, del tratamiento, o del diagnóstico *in vivo* de ciertas enfermedades (25). Esta categoría de especialidades medicinales ha sido una de las que más auge ha tenido en los últimos años de desarrollo farmacéutico y la que aparentemente mayores perspectivas posee, sobre todo con la aplicación de procesos productivos que involucran técnicas de ADN recombinante y anticuerpos monoclonales. Estos productos, a su vez, disponen de normas y formularios específicos para su registro, como la Disposición 7075/2011, que establece los requisitos y exigencias para el registro de especialidades medicinales de origen biológico tales como hemoderivados, productos obtenidos por la vía del ADN recombinante, anticuerpos monoclonales y medicamentos biológicos obtenidos a partir de fluidos biológicos o de tejidos de origen animal. Se excluyen las vacunas. Posteriormente la ANMAT emitió la Disposición 7729/2011 estableciendo los requisitos y lineamientos para el registro de especialidades medicinales de origen biológico cuya composición cualicuantitativa, indicación terapéutica y vía de administración propuestas, tienen antecedentes en otras especialidades medicinales de origen biológico autorizadas y registradas ante esta Administración u otra Autoridad Sanitaria Reguladora (medicamento biológico de referencia o comparador). Estos “productos biológicos con antecedentes” son los que comúnmente se denominan “biosimilares”. Finalmente, con la Disposición 3397/2012 se establecieron requisitos específicos para la presentación de solicitudes de autorización e inscripción de medicamentos biológicos y/o anticuerpos monoclonales obtenidos por métodos de ADN recombinante.

2. Productos hemoderivados

Los productos hemoderivados son especialidades medicinales de origen biológico, derivados de la sangre o plasma humano, que presentan características especiales como consecuencia de la naturaleza biológica del material del que proceden. Son producidos a partir de mezclas de plasma, mediante diferentes

(25) Disposición ANMAT 7075/2011.

procedimientos de fabricación incluyendo entre otros la albúmina y soluciones de proteínas plasmáticas, inmunoglobulinas, factores de la coagulación y otras fracciones del plasma aisladas o combinaciones de ellas. Respecto de estos productos y los Bancos de Sangre, la ANMAT ha establecido recientemente normativas para su regulación. Nos referimos a las Disposiciones 1582/2012 y 1682/2012. La primera de ellas regula las actividades realizadas por los Bancos de Sangre en su carácter de proveedores de ingredientes farmacéuticos activos para la fabricación de especialidades medicinales hemoderivadas. Además, establece que el plasma humano utilizado en la producción de estas especialidades medicinales a nivel industrial debe ser provisto por establecimientos autorizados por la ANMAT, previamente habilitados como Bancos de Sangre por la Autoridad Sanitaria Jurisdiccional competente, los que deberán cumplir con la legislación nacional vigente y con los requerimientos establecidos por esta ANMAT sobre Buenas Prácticas de Fabricación aplicables a Bancos de Sangre proveedores de plasma para la industria de hemoderivados. Por su parte, la Disposición 1682/2012 establece los requisitos y lineamientos sobre Aseguramiento de Calidad y Buenas Prácticas de Fabricación aplicables a Bancos de Sangre en su carácter de Establecimientos Proveedores de Plasma Humano como Material de Partida para la Producción de Hemoderivados, ya sea éste obtenido a partir de sangre total o mediante plasmaféresis automatizada, así como a las plantas de fraccionamiento del plasma en cuanto a la calidad del material que reciben.

3. Vacunas

Son preparaciones que contienen sustancias antigénicas capaces de inducir en el hombre una inmunidad activa y específica contra un agente infeccioso, sus toxinas o los antígenos elaborados por éste (26). Las vacunas, al igual que el resto de los productos mencionados en los apartados precedentes, son consideradas especialidades medicinales y los requisitos para su inscripción al Registro de Especialidades Medicinales están contenidos en la Disposición ANMAT 705/2005.

4. Gases medicinales

Los gases medicinales son productos farmacéuticos constituidos por uno o más componentes gaseosos destinados a entrar en contacto directo con el organismo humano, de concentración y tenor de impurezas conocido y acotado de acuerdo a especificaciones. Los gases medicinales, actuando principalmente por medios farmacológicos, inmunológicos, o metabólicos, presentan propiedades de prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias (27). La Disposición ANMAT 1130/2000 contiene el Reglamento para la fabricación, importación, comercialización de estos productos.

5. Medicamentos fitoterápicos

Según la Resolución ex-MS y AS 144/1998, estos productos son medicamentos definidos de acuerdo con el art. 1º, inciso a) del Decreto 150/1992, pero que

(26) Disposición ANMAT 705/2005.

(27) Resolución MS y AS 1130/2000.

no reúnen los requisitos establecidos para las especialidades medicinales o farmacéuticas definidas en el inciso d) del artículo 1º de dicha norma, y que contienen como principio activo drogas vegetales puras y/o mezclas definidas de estas y/o preparados de drogas vegetales, tradicionalmente usadas con fines medicinales, y que no contengan sustancias activas químicamente definidas o sus mezclas aun cuando fuesen constituyentes aislados de plantas, salvo los casos que así se justifiquen (28). Para estos productos, la Disposición ANMAT 2671/1999 establece los requisitos y lineamientos para la habilitación de establecimientos elaboradores, envasadores/fraccionadores e importadores de medicamentos fitoterápicos, mientras que a través de la Disposición ANMAT 2673/1999 se aprueban las normas para la implementación del registro de estas especialidades medicinales.

6. Medicamentos huérfanos

La Disposición ANMAT 4622/2012 ha introducido recientemente una nueva categoría jurídica al regular el registro de medicamentos destinados a prevenir, diagnosticar o tratar enfermedades poco frecuentes (29) o enfermedades serias con riesgo de muerte y/o invalidez grave (medicamentos comúnmente denominados huérfanos, debido al escaso interés que la industria farmacéutica tiene en su desarrollo). Dichas especialidades medicinales son inscriptas al REM "bajo condiciones especiales". Entre los requisitos y la documentación necesaria para que se admita la autorización bajo condiciones especiales se encuentra la información completa al menos de las fases tempranas (Fase Preclínica y Fases I y/o II de la Farmacología Clínica) de investigación, un plan de monitoreo de la eficacia, efectividad y seguridad, inclusión en un plan de Farmacovigilancia Intensiva (una modalidad activa de Farmacovigilancia), obligación de comunicar informes periódicos, necesidad de consentimiento informado por parte del paciente y cualquier otro requisito que la autoridad sanitaria considere pertinente según la evaluación caso por caso que se haga de estos productos.

7. Medicamentos de uso compasivo

Los medicamentos de uso compasivo son aquellos que se utilizan en situaciones clínicas que comprometen la vida (cáncer, S.I.D.A.) o enfermedades que evolucionan hacia la invalidez (demencia) o que incapacitan o deterioran la calidad de vida (dolor, epilepsia, etc.), cuando no es efectiva la terapéutica convencional. También, en situaciones en donde no existe tratamiento específico, hay intolerancia a todo tratamiento existente o incompatibilidad con drogas disponibles, o en pacientes tratados en el exterior, los que podrían perjudicarse con el cambio de una medicación autorizada en nuestro país. Se encuentran regulados por la Disposición ANMAT 840/1995.

(28) Resolución MS y AS 144/1998.

(29) Según el art. 2º de la ley 26.689 de Promoción del cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes, estas últimas son aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil (1 en 2000) personas, referida a la situación epidemiológica nacional.

VII. PALABRAS FINALES

Tal como se mencionó al inicio del presente trabajo, los medicamentos han venido desempeñando un rol fundamental al promover la calidad de vida de las sociedades actuales. La complejidad técnica y jurídica asociada a estos productos tan particulares obliga a todos los actores sociales involucrados en las actividades vinculadas a ellos a un conocimiento y análisis profundo del cada vez más extenso y específico marco normativo, en el que van surgiendo, ante la necesidad de un adecuado registro y fiscalización, nuevas categorías jurídicas de especialidades medicinales. El presente trabajo intentó, de manera introductoria, echar un poco de luz ante tan complejo, vasto e interesante panorama.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, TOMÁS, “Glosario de Medicamentos: desarrollo, evaluación y uso”, 1ª ed., Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1999.
- DEL CASTILLO, CARLOS, “¿Legislación Farmacéutica o Derecho Farmacéutico? Análisis”, en VITAE, *Revista de la Facultad de Química Farmacéutica de la Universidad de Antioquia*, Medellín, Colombia, vol. 18, nro. 1, ps. 83-87 [en línea], (2011), <<http://www.redalyc.org/pdf/1698/169822667012.pdf>>. [Consulta: 28 de agosto de 2013].
- IMS Health, “Total unaudited and audited pharmaceutical global market 2003-2012” [en línea], 2013, <http://www.imshealth.com/deployedfiles/imshealth/Global/Content/Corporate/Press%20Room/Total_World_Pharma_Market_Topline_metrics_2012.pdf>. [Consulta: 27 de agosto de 2013].
- IMS Institute, “The Global Use of Medicines: Outlook Through 2016” [en línea], 2012, <http://www.imshealth.com/deployedfiles/ims/Global/Content/Insights/IMS%20Institute%20for%20Healthcare%20Informatics/Global%20Use%20of%20Meds%202011/Medicines_Outlook_Through_2016_Report.pdf>. [Consulta: 27 de agosto de 2013].
- Organización Mundial de la Salud, “Estadísticas sanitarias mundiales 2013”, 1º ed., Ginebra, 2013, <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586_spa.pdf>. [Consulta: 27 de agosto de 2013].
- World Health Organization, “The World Medicines Situation 2011”, [en línea], 3º ed., Ginebra, 2011, <http://www.who.int/nha/docs/world_medicine_situation.pdf>. [Consulta: 25 de agosto de 2013].
- World Health Organization, WHO, “Technical Report Series 937”, Fortieth Report. Annex 7. Multisource (generic) pharmaceutical products: guidelines on registration requirements to establish interchangeability, [en línea], Ginebra, 2006, p. 351, <http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_937_eng.pdf>. [Consulta: 29 de agosto de 2013].

EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL Y EL ACCESO A LOS NUEVOS TRATAMIENTOS

Fabio Fidel Cantafio (1)

RESUMEN

El presente aborda distintos aspectos del derecho a la salud que se relacionan con el acceso de las personas a los nuevos tratamientos, con especial atención a las que padecen de enfermedades poco frecuentes y serias. Se expone una nueva visión de los derechos humanos en la cual cada uno de ellos guarda una íntima relación con la persona. Ello plantea el encuadre del uso compasivo y su deslinde de otras figuras como la investigación clínica, la indicación *off label* y la práctica médica. Seguidamente se responde críticamente al interrogante: ¿Cuál es el estándar judicial de aceptación de una nueva terapia? Como final se analiza el principio constitucional de prohibición de retrogradar los derechos humanos.

I. UN NUEVO ENFOQUE. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLIEGUE EXISTENCIAL DE LAS INFINITAS POTENCIALIDADES HUMANAS

A través de su evolución, el Derecho ha captado progresivamente diversos aspectos de la persona que se han convertido en objeto de su protección. ¿En qué consisten esos aspectos o facetas?

Tomada como una herramienta conceptual destinada a la explicación de ciertos derechos vinculados estrechamente a la persona, se puede recurrir al "Derecho Natural". Desde esta concepción, derechos como a la vida, a la integridad física, etc., constituyen, como atributos, los derechos "inherentes a la persona", absolutos, inmutables (2), propios de la "naturaleza humana"; esto presupone que esos derechos están dados de una vez y para siempre. Así, para la mencionada corriente jusfilosófica del pensamiento, la vida, como un derecho, es considerada un atributo de la persona, quedando así sintetizado en toda su riqueza y formando parte de una "naturaleza" o esencia eternas.

(1) Abogado por la Facultad de Derecho de la UBA. Asesor Legal en la Dirección de Evaluación de Medicamentos (ANMAT).

(2) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., "Evolución conceptual de la interpretación constitucional", cap. II, en *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 1998.

Esta vertiente ha sido adoptada por la jurisprudencia para resolver problemas vinculados a las fuentes y la jerarquía de los derechos. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó una posición axiológica, ubicando al derecho a la vida fuera de toda creación jurídica y como el valor más alto, expresada con las siguientes palabras: “(..) el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (advirtiéndose que en la nota al art. 16 del Cód. Civil, que remite a los principios generales del derecho, el codificador expresa: “Conforme al art. 7º del Cód. de Austria”, y éste se refiere a ‘los principios del Derecho Natural’” (3) (4).

La evolución de esta doctrina engarza el derecho a la vida con el derecho a la salud, siendo considerado el primero de ellos —en la interpretación de la Corte Suprema— “una prerrogativa implícita”, que constituye un prerrequisito de los demás derechos, “ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal (...) (5).

En estos pasajes transcriptos, se hace necesaria la conexión entre la faz particular de la persona tomada en consideración y los derechos que se derivan de ella, sin confundirse.

Por lo tanto, si la vida es entonces “una prerrogativa implícita” y ella es, más que evidente, inseparable del ser humano, no hay inconsistencia lógica si predicamos que, es el ser (humano) el fundamento, fuente y razón de ese derecho y de todos los derechos humanos como momento jurídico del despliegue existencial de las potencialidades de la persona (6).

No obstante, como alternativa a la teoría del Derecho Natural, considero que teóricamente es más ajustado a la realidad recurrir a una visión filosófica que, tomando como punto de partida al ser humano, permita captarlo dentro de un movimiento en continuo desenvolvimiento o *processus* en el cual éste se constituye, transforma y proyecta a la realidad.

Desde esta perspectiva se puede definir a la persona como ser humano en desarrollo, captado por un continuo despliegue existencial, como manifestación, desarrollo, desenvolvimiento, mutación y generación, de todas las facetas y atributos que expresan y constituyen las infinitas potencialidades humanas (vg. el

(3) CS, 6/11/1980, Saguir y Dib, Claudia Graciela. Fallos 302:1284.

(4) Y continúa la cita: “No es menos exacto, ciertamente, que la integridad corporal es también un derecho de la misma naturaleza, aunque relativamente secundario con respecto al primero, por lo cual la ley de la materia se ocupa de las condiciones que debe reunir el dador (art. 13)”.

(5) CSJ, 16/05/2006, Reynoso, Nilda Noemí c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. La Ley, 2006-D, 638 - DJ, 05/07/2006, 715. Fallos: 329:1638. Del dictamen del Procurador Gral.

(6) CANTAFIO, FABIO FIDEL, “El derecho a la salud desde un nuevo enfoque de los derechos humanos”, en *Revista de derecho de familia y de las personas*, Buenos Aires, La Ley, año 3, nro. 4, mayo, 2011, ps. 209-220.

nombre, la imagen, la salud, la identidad, la identidad sexual), tanto las emanadas de sí mismo (reflejado en la frase que alude a la persona como “fin en sí mismo”), como las correspondientes a su relación con los otros y con la sociedad (vg. relaciones de familia).

De tal modo, cada una de las infinitas facetas o potencias del ser ahora son parte de una realidad compleja y sólo pueden separarse, mediadas en el momento ideal, por el Derecho. En el Derecho pueden “reflejarse” o captarse estas cualidades del ser a través de la categoría de derecho personal.

Como aclaración, el término “despliegue existencial” coincide con el empleado por Sartre; no obstante en su pensamiento filosófico su función es otra. En este trabajo oficia de mediación entre la realidad de la persona y el Derecho.

Este despliegue existencial, como movimiento, puede representarse para su entendimiento a modo de esferas o planos que emanan del sujeto y se proyectan en su vida como un todo. Con esta visión es posible brindar una explicación más humanista a la doctrina que considera a la vida, a la salud, dignidad, etc., como “atributos de la persona” (como facetas). Este último término ha estado vinculado con la noción clásica de “persona” o la filosófica de “ser humano” (u hombre).

Hasta el momento la categoría doctrinaria más afín a la visión expuesta es la que corresponde a los derechos personalísimos o de la personalidad. No es una coincidencia que, sobre estos derechos se haya dicho que “*constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral*” (7).

Así desde la visión propuesta, queda puesta de cabeza una de las doctrinas justificadora de los derechos humanos, dado que entonces son las potencias humanas, como sustrato, las que le infunden su razón a ellos. Resulta entonces que el concepto de “reconocimiento” de derechos se torna inadecuada o artificial.

Cabe señalar que las esferas del despliegue de las potencias son virtualmente inagotables. Comenzando por el derecho a la vida ya comentado; siguiendo con el derecho a la integridad física, la salud, con sus diversas manifestaciones y compenetraciones vitales con otras facetas; a la privacidad e intimidad, considerada en congruencia con este enfoque como “*esfera de reserva protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional*” cuyo alcance se halla en expansión, a modo de “*esfera de espacio que no está destinado al uso o control públicos*”; “*(...) espacio que un hombre puede llevar consigo, a su cuarto o a la calle (...)*” (8). Es decir, frente a nuevos problemas y desafíos, se necesita una concepción que adopte una visión de conjunto de un *continuum* de los derechos de la personalidad, apropiada para captar y reflejar los aspectos multifacéticos de la persona,

(7) RIVERA, JULIO C., “Derechos Personalísimos”, en *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, cap. XVIII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, § 704.

(8) CSJN 11/12/1984. Ponzetti de Balbín. JA 1985-I, 513. Del voto del Juez Petracchi. Referencia hecha en “El derecho a la salud desde un nuevo enfoque de los derechos humanos”, op. cit.

de modo de correlacionarlos con los derechos que los expresan en el momento ideal del ser.

Como he señalado anteriormente, el derecho a la salud tiene un carácter complejo. Éste nutre con especiales matices en circunstancias urgentes al derecho a la vida digna de la persona humana, el cual está condicionado por el momento histórico social que lo llena de contenidos y determina las obligaciones concretas del Estado y de los efectores de salud frente a los pacientes.

¿Cuál es la explicación que atañe al Derecho de que, en la actualidad, los reclamos de cobertura de nuevas terapias cobren tanta importancia?

De tal modo, empleando el prisma que se propone en relación con la fuente y resignificación de los derechos humanos, la centralidad de la persona en su despliegue existencial de sus potencias (como hecho histórico y humano) confiere un nuevo y fecundo sustrato a la doctrina de los derechos personalísimos —derechos humanos que ahora adquieren un movimiento dialéctico, cuyas consecuencias están en pleno desarrollo—. Este cristal ofrece también un cauce al desenvolvimiento de nuevos problemas en la dimensión humana y social.

En el acápite siguiente se expondrá la aplicación particular de estas ideas para estudiar distintos problemas relacionados con la salud.

II. LAS SITUACIONES DE URGENCIA QUE AFECTAN A LA SALUD Y LAS OTRAS POTENCIALIDADES DE LAS PERSONAS. EL ENCUADRE DEL USO COMPASIVO

Desde la perspectiva de los derechos humanos antes expuesta, el desarrollo de las potencialidades del ser humano, a veces, se ve frustrado por circunstancias que cambian el curso de la salud física y mental. La gradualidad de la dolencia desemboca, en ocasiones, en situaciones que amenazan la vida misma o truncan progresivamente las potencias de la persona, reduciendo dramáticamente su despliegue (a causa de cuadros de gravedad como los invalidantes, de discapacidad, etc.).

Las situaciones aludidas conforman los cuadros clínicos en los cuales la interrelación entre la vida —salud— dignidad y proyecto de vida propio, confluyen y se realiza su interdependencia, a un punto tal que la falta o limitación sustancial de una de estas esferas compromete la viabilidad de las demás.

Por otra parte, el progreso en la medicina ha logrado mejorar el tratamiento de las enfermedades y prolongar la vida. A pesar de ello siguen existiendo límites al “poder medical” y consecuentemente, no siempre consigue mantener la vida en condiciones de plena capacidad y dignidad para el sujeto. De modo que cuando ello es así entran en juego los correspondientes derechos de contenidos complejos y otros que dimanen de las situaciones antes descriptas (vg. derecho a oponerse a todo tratamiento, plasmado por la ley de derechos del paciente hace poco).

Cuando se presenta una situación de deterioro progresivo de la salud del sujeto que además amenaza la vida, la capacidad, etc., se configura una *situación de urgencia*. Comparten esta calificación las llamadas enfermedades poco frecuentes (EPF) y serias —que se tratarán específicamente más adelante— las enfermedades en estadios terminales, entre otros.

En los padecimientos de tanta gravedad la inexistencia o el agotamiento de los recursos de la medicina exalta, exacerba, la búsqueda de opciones, de nuevas terapias a modo de una “última esperanza”.

O también abordarlo, como dice la jurisprudencia de esta opción del paciente cuando se refiere a “su legítimo derecho a salvaguardar su vida y calidad de sobrevivida, intentando implementar a su favor todos los medios científicos a su alcance que representen una expectativa de solución esperanzadora para su dolencia” (doctrina del caso de BAJ) (9).

¿Considerando la estrecha relación e interdependencia del binomio de las esferas de la vida-salud vinculadas a la medicina, se puede hablar de un *derecho de acceso a la “última esperanza” médica*?

Desde otro ángulo, puede concebirse a esta búsqueda como *el ejercicio del derecho complejo a la salud expresado como el derecho al acceso a las nuevas tecnologías (que aún no cuentan con la comprobación científica definitiva) que se presentan como la última esperanza médica disponible para preservar la vida del paciente y su dignidad existencial* (10).

Una pregunta indispensable que surge de esta mirada es la siguiente: ¿En qué estadio de la aceptación científica o evidencia debe hallarse esta clase de terapias para considerarse éticamente admisible su aplicación al paciente concreto? ¿Cuál es la condición en estos casos para no transformar al sujeto en un objeto de investigaciones inescrupulosas? Dicho en palabras de la jurisprudencia, es de imperiosa necesidad contar con una doctrina que permita determinar los requisitos de admisibilidad *sine qua non* tendientes a “evitar que el hombre pueda tornarse en el sufriente receptor de múltiples manipuleos sólo basados en la conjetura, la doxa o la improvisación; esto es, impedir que el sujeto se “cosifique” como objeto de una mera investigación” (11).

Desarrollaré seguidamente las diferencias entre una terapia investigada en un estudio clínico y el régimen del uso compasivo.

Entre el cruce de las coordenadas de deterioro progresivo de la calidad de vida del sujeto y la del agotamiento de los recursos terapéuticos aceptados, es

(9) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata. 30/11/2010. B. A. J. c. Provincia de Buenos Aires LLBA 2011 (febrero), p. 82, LLBA 2011 (junio), 499 con nota de Cantafio, Fabio Fidel.

(10) CANTAFIO, FABIO FIDEL, *El derecho a la salud desde un nuevo enfoque de los derechos humanos*, op. cit.

(11) CSJN, 27/01/1987. Baricalla de Cisolotto, María del Carmen c. Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social. Fallos Corte: 310:112. La Ley 1987-B, 311.

decir, entre la urgencia y la “última esperanza terapéutica”, podemos ubicar al uso compasivo de medicamentos o “terapia compasiva”.

El uso compasivo de medicamentos se inscribe como la prescripción por un facultativo de una terapia aún no comprobada científicamente en general, es decir, que se halla en estado experimental y temprano, del que, sin embargo, se infiere (base racional) que puede ser beneficiosa para el paciente individual en su cuadro clínico concreto.

Como se advierte, el uso compasivo de medicamentos (en inglés, *compassionate use of experimental drugs*) por ser prescrito por un médico a un paciente concreto conforma una clase del acto medical. Sin embargo por la nota de falta de aceptación definitiva de parte de la comunidad científica o de la autorización estatal, la aplicación de una nueva terapia, como caso atípico, confluye con la prescripción de una terapéutica estándar y con la incorporación del sujeto a un protocolo de investigación clínica en el cual la droga o terapia están en proceso experimental de acuerdo a la metodología científica (12).

Si bien constituye actividad médica el prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas (art. 1, ley 17.132), aquella está restringida o modalizada por los actos prohibidos previstos en el art. 20. Estos últimos son:

“6°) anunciar o aplicar agentes terapéuticos inocuos atribuyéndoles acción efectiva”;

“7°) aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país”;

“8°) practicar tratamientos personales utilizando productos especiales de preparación exclusiva y/o secreta y/o no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública”.

Mientras el primero de los incisos atañe al uso de un “placebo” en forma fraudulenta, el inciso 7° alude al consenso de la “comunidad científica” o “académica”, como elemento que define el grado de evidencia.

Finalmente en el inc. 8° la mención a los *productos especiales de preparación exclusiva y/o secreta* ciertamente apuntan al engaño que se funda en una práctica oscurantista reñida con la medicina.

Mayor complejidad ofrece la interpretación de la situación contemplada en la utilización de productos *no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública*. A tal fin queda comprendido en el ámbito de la ley 17.132 “todo lo concerniente a los alcances de la libertad de elección del tratamiento terapéutico, por el médico (con el consentimiento del paciente). Sin perjuicio de las com-

(12) CANTAFIO, FABIO FIDEL, *El derecho a la salud desde un nuevo enfoque de los derechos humanos*, op. cit.

petencias científicas para ejercer la actividad médica (ley 17.132), cuando ésta entra en el terreno de la experimentación sobre el paciente (devenido sujeto de la experimentación), comienzan a gravitar principios y normas bioéticas y legales que regulan las condiciones y los requisitos para realizar investigación clínica en seres humanos” (13).

Desde esta perspectiva analítica, como principio de la práctica médica experimental el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (COMRA) prescribe: “El avance en Medicina está fundado en la investigación y por ello no puede prescindir, en muchos casos, de la experimentación sobre seres humanos, que sólo podrá realizarse cuando lo que se quiere experimentar haya sido satisfactoriamente estudiado y de acuerdo con los criterios, reglas o principios fijados en la ley” (art. 146).

El mismo código también preceptúa: “La investigación médica en seres humanos cumplirá las garantías exigidas al respecto con las declaraciones de la Asociación Médica Mundial (Declaración de Helsinki)” y también: “El médico, está obligado a utilizar prácticas validadas. No es deontológico usar procedimientos no autorizados, a no ser que formen parte de un proyecto de investigación debidamente formalizado”.

La inteligencia de las normas y preceptos éticos indica que si bien la “experiencia médica” presupone un conocimiento adquirido, en parte, no escrito, *cuando la finalidad del actuar médico consiste en la experimentación para obtener un conocimiento generalizable o con “la intención de generar nuevo conocimiento” (14) se hace forzoso adoptar un protocolo médico. En mi opinión, en estos casos, además, la intervención y evaluación de un comité de ética en investigación constituye un requisito indispensable.*

Cabe agregar, el uso compasivo tiene puntos de contacto con la práctica médica ilegal (prohibida) por aplicación al paciente de drogas no comprobadas ni autorizadas, figura que debe descartarse cuando existe una base racional suficiente.

Deslindadas las figuras, la característica en lo regulatorio del uso compasivo consiste en un proceso especial de autorización y contralor por parte de alguna autoridad sanitaria. En efecto, esta utilización compasiva, en muchas legislaciones, está sujeta a un procedimiento de autorización con intervención de un organismo estatal especializado, circunstancia relevante que aproxima la figura a la investigación clínica.

En resumidas cuentas, constituyen las notas características del uso compasivo:

- 1) Agotamiento de las terapias estándares;

(13) CARDOSO, PATRICIA CECILIA y CANTAFIO, FABIO FIDEL, “Terapias en etapa de experimentación y derecho a la salud” en Diario *La Ley*, 10/11/2010, p. 8; *La Ley*, 2010-F, p. 212.

(14) Resolución 1480/2011 Ministerio de Salud. Guía para Investigaciones con seres Humanos.

- 2) Terapia en etapa experimental temprana;
- 3) El control y la autorización de un órgano sanitario del Estado del uso compasivo de dicha terapia; autorización del director del hospital;
- 4) La indicación médica para un paciente individual en su cuadro clínico particular;
- 5) El consentimiento informado del sujeto;
- 6) Las circunstancias que configuran la “urgencia”.

A nivel nacional la situación se encuentra regulada para “uso compasivo”, sólo y específicamente para medicamentos, por la Disposición 840/95 ANMAT —Uso Compasivo de Medicamentos (15)— habilitado para enfermedades que comprometan la vida del paciente, o evolucionen hacia la invalidez o que deterioren la calidad de vida del mismo y cuando no exista en nuestro país un tratamiento convencional, o de existir el mismo, el paciente presentara intolerancia, o no hubiera respondido al mismo.

Las situaciones clínicas que lo justifican se hallan expresadas en la norma y son las que se enumeran a continuación:

- Enfermedades para las que no exista en nuestro país un tratamiento convencional siempre que exista un balance riesgo / beneficio razonable para el paciente.
- Cuando existiera un tratamiento convencional en el país pero el paciente presentara intolerancia al mismo.
- Cuando existiera un tratamiento convencional pero el paciente no hubiera presentado respuesta al mismo.
- Cuando existiera incompatibilidad para el uso de las drogas existentes en nuestro país.
- Cuando el paciente hubiera recibido en el exterior una medicación cuyo cambio por un producto comercializado en nuestro país, podría resultar perjudicial.
- En el caso de que una droga, aprobada en nuestro país, haya sido discontinuada en su comercialización sin que para ello mediaran razones en relación con cuestiones de seguridad.

III. ¿CUÁL ES EL ESTÁNDAR JUDICIAL DE ACEPTACIÓN DE UNA NUEVA TERAPIA?

El estudio sistemático de las acciones judiciales que reclaman a las prestadoras médicas obligadas y al Estado (con carácter subsidiario o principal) la cobertura de nuevos tratamientos, o de terapias o medicamentos no incluidos en

(15) CANTAFIO, FABIO FIDEL, “Uso compasivo de Medicamentos” en *La Ley*, 2007-C, p. 1384.

el programa médico obligatorio (PMO) me ha sugerido la necesidad de clasificar los diferentes casos que he identificado y merecen un tratamiento diferenciado.

La clasificación intentada se basa en las distintas situaciones clínicas que se pueden presentar y en el grado de evidencia que respalda a la terapéutica propiciada. En ella se contempla también la incidencia del control estatal correspondiente y la relación con el régimen legal de la actividad médica, según cada situación.

Seguidamente se desarrolla, en base a un primer esquema intentado (16), la clasificación de las terapias arriba comentada.

Desde un principio hay que diferenciar entre las terapias que emplean medicamentos y otras terapias (celulares, etc.). Luego:

A) Una primera clasificación binaria de los tratamientos es:

- 1) tratamiento estándar incluido en una guía o protocolo de tratamiento médico (adoptado por una asociación médica reconocida, etc.);
- 2) tratamiento en etapa experimental;

Este último puede subclasificarse en:

- a) Con control estatal previo;
- b) Sin dicho control.

B) Por su parte, los tratamientos que emplean nuevos productos, moléculas o entidades químicas (NEQ) (*medicamentos nuevos*) pueden encuadrarse en:

- 1) En etapa de experimentación en un protocolo de un estudio de farmacología clínica (EFC) (desarrollado en las fases I, II o III de la investigación) encaminado a la autorización sanitaria. En relación con la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) se rige por la Disposición 6677/10 y la Resolución MS 1480/11.
- 2) Su empleo, cuando se dispone de los datos de eficacia y seguridad, culminada la fase II, de un EFC (en algún país): se trata del “uso compasivo” de la droga, destinado al paciente individual y prescripta por el médico tratante (vg. Disposición 840/1995 ANMAT), ya estudiado.
- 3) Aplicada o investigada fuera de un estudio clínico.

C) Cuando la droga ya ha sido autorizada como medicamento (se dispone de datos de eficacia y seguridad del principio activo del medicamento), su uso experimental puede encuadrarse:

(16) CANTAFIO, FABIO FIDEL, “Amparos por nuevos tratamientos” [en línea] <<http://fabiofantafio.wordpress.com/category/salud>> [Consulta: 8 de octubre de 2013].

- 1) Dentro de un protocolo de un estudio de farmacología clínica para probar una nueva indicación o concentración o vía de administración, etc.
 - 2) Uso bajo prescripción médica para una indicación no autorizada (indicación *off label* o no incluida o fuera del prospecto del producto), con o sin un protocolo médico (en el último caso, ámbito de la práctica médica, cuyo deslinde fue discutido en el anterior acápite).
- D) Por su parte, cuando la terapia ha sido aprobada o se ha establecido como estándar, se pueden presentar diversas situaciones:
- 1) Hallarse incluida o fuera de una guía o protocolo médico (o de tratamiento) o del programa médico obligatorio (PMO);
 - 2) La terapia no se practica en el país, pero está catalogada como estándar en el exterior.

Como ejemplo del último supuesto (D.2) cabe incluir a la terapia de *trasplante de médula ósea con donante histocompatible (relacionado o no) uso de regímenes de intensidad reducida de quimioterapia con el agregado de N-acetil cisteína en el tratamiento soporte* reclamada en los autos “Bello, Fernando Sebastián y otra c/ OSECAC y otros s. Amparo” (17).

Allí se destacó como hecho relevante que “el grupo médico de la Universidad de Minessota, en su publicación del 18 de agosto de 2011 —luego de haber publicado en el año 2007 su experiencia preliminar con el uso de N-acetilcisteína—, ha adoptado como tratamiento coadyuvante el uso de N-acetilcisteína por haber comprobado su efecto beneficioso en los pacientes con enfermedad avanzada, mientras que en el Hospital Garrahan nunca se ha empleado esa droga hasta ahora”.

Téngase en cuenta que el mismo Estado Nacional (a través del Director del Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas del INCUCAI) se pronunció sobre la calificación de “estándar” en el extranjero de la terapia reclamada. La parte pertinente del fallo dice: “...la N-acetilcisteína puede considerarse como parte del tratamiento estándar en el trasplante hematopoyético alogénico de pacientes con Adrenoleucodistrofia y criterios clínicos y de imágenes compatibles con el trasplante...” (fs. 197/198, autos “Bello, Fernando Sebastián”).

Otro de los supuestos (caso C.2) resueltos por la justicia recayó sobre la prescripción médica *off label* de una especialidad medicinal en los autos C. A. A. c/ Mapfre Salud S.A. (18).

(17) Sala “A” de la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial, fallo del 21/10/11.

(18) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III del 24/11/2011, autos: C. A. A. c/ Mapfre Salud S.A. s/ recurso de queja.

Se trataba de la inyección intra vítrea de la especialidad medicinal Avastin/bevacizumab (que es un anticuerpo monoclonal humanizado) indicada en combinación con quimioterapia para el tratamiento de diferentes cánceres. En el caso, la aplicación prescrita por el médico tratante al paciente es la ocular, para el edema macular por degradación macular (indicación no autorizada por la ANMAT —en ese momento— ni incluida en el prospecto de la especialidad medicinal en Argentina).

Apoyado en el dictamen del Cuerpo Médico Forense que refería que el tratamiento indicado “era adecuado a su patología y constituía una chance para mejorar su visión (ver dictamen de fs. 32/36 y pronunciamiento de fs. 39/40)”, el juez de grado dio por probada la bondad del derecho para otorgar la medida cautelar.

El tribunal de alzada, confirma la medida decretada. Para así proceder resultó relevante la acreditación en autos de la *situación de urgencia* del cuadro cuyos caracteres generales tipificantes son: “cuando no existe otra posibilidad terapéutica y la evolución natural del padecimiento es desfavorable”. En estas circunstancias toma preponderancia otorgar una “chance de mejoría” al paciente, recomendada por la prescripción de su médico tratante (y refrendada por el dictamen pericial) (19).

A estas condiciones se suma la relevancia jurídica del consentimiento informado del paciente en su relación con el médico tratante, ejerciendo su autonomía “para decidir sobre la conveniencia de utilizar o no un determinado medicamento, teniendo el médico la obligación de brindarle toda la información necesaria” (del fallo citado).

Merece un apartado la consideración de la indicación no incluida en el prospecto del medicamento. Según la opinión de Denk y Cortesi (20) a esta práctica médica la asimilan al régimen del uso compasivo (Disposición 840/95 ANAMT) por analogía (art. 16, Cód. Civil).

Para la conformidad legal del uso *off label*, en mi opinión, resulta determinante verificar la inexistencia de una opción junto con el hecho de confirmarse un pronóstico desfavorable para el paciente.

Comparto con las autoras mencionadas la necesidad de que el profesional cuente con una base racional suficiente (información publicada en revistas médicas de prestigio, etc.).

En nuestro régimen jurídico de autorización de medicamentos (ley 16.463) las “indicaciones autorizadas” forman parte de los “datos identificatorios autorizados” que se incorporan al certificado de autorización de la especialidad medicinal. Las indicaciones volcadas en los prospectos del medicamento deben estar en correspondencia con dicho certificado de autorización. No obstante, a dife-

(19) Fallo C. A. A.

(20) DENK, VIVIANA y CORTESI, MARÍA CRISTINA, “Uso *off label* y contraindicado de medicamentos. Cuestiones éticas y de responsabilidad profesional”, en *Derecho Sanitario y régimen jurídico del medicamento*, Buenos Aires, editorial Visión Jurídica, 2013, parte III, acápite 4.

rencia de España que ha regulado específicamente la figura calificándola como “acceso a medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas” (art. 13, Real Decreto 1015 del 19/6/2009) (21), nuestro régimen no lo prevé.

Desde un panorama más general divisado luego de que la Corte Suprema de Justicia estableciera el estándar de evidencia requerido para admitir la cobertura de una terapia solicitada (autos “Sureda” y “Buñes”) los tribunales inferiores comenzaron a aplicar el precedente “Buñes” a los reclamos judiciales: algunas veces para rechazarlos; otras para admitirlos. En este último supuesto una de las posibles interpretaciones judiciales, si bien tiene en consideración dicho precedente, efectúa un *distingo* cuando con el empleo de la terapia no “se procura adoptar medidas terapéuticas directas sobre el paciente”, relativo al tratamiento que consiste en la aplicación de “un protocolo científico” (como el propiciado en la Causa B., A.J.) (22).

Por consiguiente, es de suma importancia precisar y analizar críticamente esta jurisprudencia del Más Alto Tribunal con el fin de comprender los criterios de aceptabilidad de una terapia dada.

CRITERIOS DE ACEPTABILIDAD DE UNA TERAPIA EXPERIMENTAL: LA DOCTRINA DEL CASO “SUREDA” Y “BUÑES”

A continuación se extraen los criterios de interpretación que surgen de los precedentes mencionados vinculados a la doctrina precedente sentada por la misma Corte.

A) La Corte Suprema reitera el estándar del derecho a la salud como un derecho humano fundamental, doctrina “que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552, entre otros)” (“Buñes”).

B) Circunstancia de ser un “tratamiento” “en etapa de experimentación”: “Empero, no es menos cierto que ha quedado demostrado, y así también lo reconoce la propia actora, que el tratamiento que ésta reclama se encuentra, en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación” sin contarse, incluso, “con resultados de ensayos clínicos fase III”. (“Buñes”).

C) Holding (de no aceptabilidad): “Que, en tales condiciones, esta Corte no advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconsti-

(21) Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. (BOE, 20/7/2009). Boletín Oficial del Estado [en línea] <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/07/20/pdfs/BOE-A-2009-12002.pdf>> [Consulta: 8 de octubre de 2013]. Ver también su exégesis en MONTERO, DOLORES, VARGAS, EMILIO, DE LA CRUZ, CARMEN, *et. al.*, en “Nuevo real decreto de acceso a medicamentos en situaciones especiales” en *Medicina Clínica*, vol. 133, nro. 11, 26/09/2009. Elsevier España [en línea] <<http://zl.elsevier.es/es/revista/medicina-clinica-2>> [Consulta: 8 de octubre de 2013].

(22) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata. 30/11/2010. B. A. J. c. Provincia de Buenos Aires LLBA 2011 (febrero), 82, LLBA 2011 (junio), 499, con nota de Cantafio, Fabio Fidel.

tucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado”. (“Buñes”).

D) Standard del contralor del INCUCAI cuando el tratamiento involucra al trasplante autólogo de células progenitoras hematopoyéticas: “Asimismo, supuesto que la pretensión incluyera el trasplante autólogo de células progenitoras hematopoyéticas, tampoco la recurrente se ha hecho cargo de la Resolución 276/2008 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante, por la cual el mencionado trasplante, en casos de esclerosis múltiple, fue clasificado como de ‘técnica experimental’”. (“Buñes”) En mi opinión, esta doctrina no es definitiva debido a que están involucradas distintas situaciones con empleo de células humanas que exigen una regulación apropiada.

Los diferentes problemas generados por el uso de las terapias celulares fueron abordados en el trabajo en colaboración: “Terapias en etapa de experimentación y derecho a la salud”.

Analizando en particular el estándar considerado más arriba, en el punto B), además de consistir en una terapia o procedimiento “en etapa de experimentación” (condición (1), el estándar se completa con el carácter negativo señalado por la Corte (al aludir a los “tratamientos del carácter indicado”) constituido por la falta de datos e información sobre la eficacia y seguridad de la droga o terapia, es decir, “*sin resultados de ensayos clínicos fase III*” (23) (condición [2]; y respecto de la falta de autorización sanitaria en el país, sin que se “registre protocolo de investigación alguno” (condición [3]).

Estas serían, en grado de probabilidad, las condiciones que no cumplen el estándar de aceptabilidad para exigir la cobertura a los obligados de un tratamiento en investigación o un medicamento aún no autorizado para la comercialización en el país, sentado en el caso “Buñes”.

Es de observar que este estándar delineado por la Corte Suprema parece dar preeminencia al requisito de contralor de la experimentación reservado a la autoridad sanitaria competente, en vistas a asegurar la eficacia del tratamiento y el resguardo de los intereses de los pacientes. Sin perjuicio de ello no hay razones para considerarlo como la única condición. En “Baricalla de Cisilotto” (24) aparecen mencionadas otras condiciones necesarias para el ejercicio, en las particulares situaciones de urgencia, del derecho a la vida, tal como la gravedad de la situación, la necesidad e insustituibilidad del tratamiento, existencia o no de otros medios de procurar el derecho y consideraciones de orden de políticas públicas.

Tal como se ha hecho notar al comentar el fallo Buñes (25), se presenta como problemática la interpretación de una de las circunstancias fijadas por la Corte

(23) Es de hacer notar que en el dictamen de la procuradora fiscal, acáp. IV, se menciona que la actora no demostró la superación de la fase II mencionada en una disposición (probablemente en alusión a la 840/95 de ANMAT).

(24) CSJN, Baricalla de Cisilotto, María del Carmen c. Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social 27/01/1987 Fallos Corte: 310:112. La Ley, 1987-B, p. 311.

(25) CARDOSO, PATRICIA CECILIA y CANTAFIO, FABIO FIDEL, “Terapias en etapa de experimentación y derecho a la salud” en Diario *La Ley*, 10/11/2010, p. 8; *La Ley*, 2010-F, p. 212.

(“sin resultados de ensayos clínicos fase III”). Esta frase podría entenderse como aludiendo al requisito de acreditar la finalización de dicha fase, que es la última de las etapas de desarrollo de la farmacología clínica. En dicho caso supuesto, además, de ser favorables los resultados obtenidos de la fase III con la droga en experimentación, el requisito indicado por la Corte se aproxima al momento de la aprobación del nuevo medicamento por la autoridad sanitaria correspondiente (otorgamiento de la autorización de comercialización), momento a partir del cual el laboratorio podría lanzarlo al mercado.

Esta circunstancia destacada por la Corte contrasta, en los casos clínicos en que sería aplicable, con el uso compasivo del mismo producto (en Argentina) el cual se satisface con los datos resultantes de la fase II terminada (Disposición 840/95, art. 1, c.1.1 que exige “haber completado la fase II de investigación”).

Una de las consecuencias de dicha jurisprudencia, si se entiende que el corte de etapas es en la fase III terminada, es que, en ciertos casos podría privar al paciente de la cobertura de *un acceso temprano* a un tratamiento que médicamente podría ser beneficioso para él.

Adicionalmente se advierte que esta jurisprudencia puede requerir una revisión en razón a lo dispuesto por la ley 26.689 de *Enfermedades Poco Frecuentes*, sus normas reglamentarias y las disposiciones dictadas en su consecuencia por ANMAT.

Científicamente los objetivos de un Estudio Terapéutico Piloto (Fase II) son demostrar la actividad y establecer la seguridad a corto plazo del principio activo en pacientes afectados de una determinada enfermedad o condición patológica. Los estudios se realizan en un número limitado (pequeño) de personas y frecuentemente, son seguidos de un estudio comparativo. En esta fase también se determinan los rangos de dosis apropiados y los regímenes de administración. De ser posible, también, se establecen las relaciones dosis-respuesta, con el objeto de obtener sólidos antecedentes para el diseño estudios terapéuticos ampliados (Fase III). (Definición de fase II dada por la Disposición 4854/96 ANMAT predecesora de la 5330/97, derogadas).

Por su parte, los estudios de fase II allanan el camino para la realización de un estudio confirmatorio de fase III. En líneas generales la fase II, es la primera instancia que se ensayará la droga en pacientes afectados de la enfermedad para la cual se espera que la droga sea efectiva.

Entiendo que, sin embargo, es posible reinterpretar el estándar fijado por la Corte considerando que *se precisan de los resultados de los ensayos clínicos de la fase II (terminada) necesarios y favorables para continuar con la fase III de la investigación de la terapia dada*. Esto significa que se continúa con la investigación del producto al pasar de la fase II a la III y no hay motivos para abandonar el uso de la droga por razones de seguridad o falta de respuesta.

Seguidamente volveremos a analizar la doctrina histórica de la Corte en materia de contralor de medicamentos. A partir del precedente “Baricalla de Cisolotto” mencionado, es doctrina de la Corte que las actividades contempladas

en la ley 16.463 están sometidas a su imperio y “sólo pueden realizarse previa autorización y bajo control del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública” (actualmente, del Ministerio de Salud, a través de la ANMAT, Decreto 1490/92), quien “ejerce el poder de policía sanitaria referente a dichas actividades y se halla facultado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias para el cumplimiento de la finalidad” que inspira a la ley de medicamentos.

Por esta doctrina, la finalidad de la intervención del Estado según la ley 16.463 y los Decretos 9763/64 y 150/92, en lo que interesa, es “determinar la peligrosidad de éstos, su comprobada y comprobable acción y finalidades terapéuticas y sus ventajas científicas, técnicas o económicas, de acuerdo con los adelantos científicos” (26).

Esta actividad de fiscalización estatal de las actividades de investigación farmacológica-clínica, como parte de las facultades reconocidas por la Corte Suprema a la Administración en materia de salud pública, conforma un estándar del Alto Tribunal, entendido como condición que tiende a asegurar el derecho a la salud. En tal sentido dijo la Corte: “(Que) está fuera de discusión que la actividad de la administración en materia de drogas y productos medicinales así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan”.

De tal modo, la intervención de la autoridad sanitaria reviste una doble función, científica y bioética, tendiente a la protección de la salud pública y el resguardo de los derechos fundamentales de los pacientes. En efecto, la actividad de la administración —prosigue la Corte en “Baricalla de Cisilotto”— no sólo “tiende a la preservación de esos valores, ante los eventuales efectos nocivos de alguno de los aludidos productos, sino que también se halla enderezada a evitar que el hombre pueda tornarse en el sufriente receptor de múltiples manipuleos sólo basados en la conjetura, la doxa o la improvisación; esto es, impedir que el sujeto se “cosifique” como objeto de una mera investigación”, basado en “el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines”. En lo que respecta a la fiscalización estricta de los ensayos clínicos, por parte de la autoridad sanitaria, dicha función ineludible persigue la conjura de los posibles daños a la salud.

Conforme con esta doctrina, la falta de acreditación de la aprobación del protocolo por el órgano de fiscalización sanitaria (nacional, provincial) veda toda presunción de eficacia y seguridad del tratamiento experimental.

En congruencia con el requisito anterior, la carencia de aval científico (informes científicos, dictamen de peritos, etc.) referente a la efectividad y seguridad de la terapia propuesta (es decir, una situación de orfandad de evidencias médicas favorables aportadas al proceso), le quitan todo respaldo objetivo a la terapia y enerva la circunstancia que habilitaría la revisión de los jueces de las mencio-

(26) Fallo, considerando 6°.

nadas pruebas. En este mismo sentido en el precedente “Baricalla de Cisilotto” la Corte señaló que “ningún elemento de convicción obra en el expediente que pueda originar el excepcional supuesto que autorizaría a revisar la validez de la causa de ese acto administrativo”.

En tal sentido, conforme la jurisprudencia uniforme de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la intervención del Cuerpo Médico Forense “adquiere un valor significativo habida cuenta de que la seriedad, peso científico y objetividad del Cuerpo Médico Forense están garantizados por normas específicas” (27).

Prosiguiendo con la interpretación del fallo “Buñes”, al parecer, se hace referencia implícita a otra decisión sobre el suministro del complejo crotoxina donde se dijo: “no puede sostenerse que el ordenamiento jurídico argentino imponga al Estado Nacional (...) el deber jurídico de cumplir con la prestación pretendida por la actora, ni aun cuando el requerido fuere un medicamento o tratamiento autorizado por la autoridad sanitaria competente” (28).

El fundamento transcrito para desestimar la pretensión del paciente —en mi opinión crítica— no puede ser comprendida con justicia y rigor sustraída de su contexto histórico. Al respecto no puede dejar de considerarse que en aquella oportunidad la prestación reclamada consistía en la producción de la sustancia biológica por el Estado (a través de sus organismos y entidades), o su suministro a la amparista. Además, el producto carecía de aprobación de la autoridad sanitaria, cuya elaboración posterior era para continuar la administración, exclusivamente, a los pacientes enrolados en la investigación. Ésta, a la postre, fue dada por finalizada por el Ministerio de Salud, situación que lo dejó sin autorización.

Esta doctrina restrictiva sentada por el *a quo* en “A.U.G.S.” está subordinada a una norma jurídica que imponga una obligación dada al Estado; doctrina que ha sido decididamente superada.

El cambio gradual hacia la obligatoriedad del Estado de adoptar medidas y acciones para satisfacer las demandas de salud se inicia con la enmienda constitucional del año 1994 y se hace patente en los autos “Viceconte, Mariela c. Estado Nacional” (1998, producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina), “Asociación Benghalensis” (6/2000, provisión de la medicación antirretroviral) y “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social” (10/2000, provisión de Filgrastim, medicación empleada en el tratamiento oncológico).

En esta nueva dirección, en la primera de las sentencias se señala que más allá de la clasificación de los derechos en subjetivos / intereses, se parte de la concepción de que el derecho a la salud es de los llamados “derechos sociales”,

(27) Y sus citas: “confr. esta Sala, causa 6130/91 del 14-12-04 y sus citas; esta Cámara, Sala 2, causas 1361/97 del 7/7/98 y sus citas, 7487/92 del 10/8/99; Sala 3, causas 6177/91 24/11/95, 4698/93 del 15/7/99 y sus citas, 5560/91 del 21/3/05, y 6881/99 del 6/12/05, entre otras; en análogo sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 299:265; 319:103”.

(28) Del fallo de primera instancia (Juez Néstor Bujan) confirmado por la Alzada. CNFed. Cont. Adm. 12/08/86. A.U.G.S. c. Ministerio de Salud y Acción Social. ED, 120-475.

los que “no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado —cuando éste hubiera organizado el servicio— (...)” (doctrina aún restringida).

También se establece que el derecho a la salud y el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental tienen sustento en el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que tienen jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema).

Conforme lo dispuesto en los tratados internacionales la Corte ha impuesto “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” (29).

Sin embargo, la jurisprudencia que obliga a la provisión de las terapias no exime de la intervención del Estado en su faz de fiscalización sanitaria, tal como lo advierten los magistrados en la sentencia dictada en Viceconte, al mencionar que “no se trata de eludir los procedimientos legales y reglamentarios vigentes a efectos de obtener la autorización de la vacuna por parte del organismo estatal competente, circunstancia que sí se encontraría excluida de la jurisdicción de los tribunales”.

A modo de pautas destinadas a evaluar la aceptabilidad de una terapia en experimentación, se ha propuesto un cuestionario-guía (30) de la información que debe disponerse preliminarmente:

- * ¿Cuál es la gravedad y el pronóstico de la enfermedad, qué grado de efectividad presentan los tratamientos aprobados y si se han agotado dichos tratamientos?
- * ¿En el supuesto anterior existe un informe médico que aconseje, a partir de dicha información, la aplicación de la terapia en el paciente concreto?
- * ¿En qué fase clínica (I, II o III) se halla el desarrollo de la investigación?
- * ¿Está el protocolo autorizado por la autoridad sanitaria nacional? ¿En algún país de referencia?
- * ¿Está registrado el ensayo clínico en alguna base pública de protocolos de investigación? (Base de datos de EFCA de ANMAT, etc.).
- * ¿Qué información científica sustenta el protocolo solicitado? ¿Hay publicaciones de alguna revista de prestigio científico que respalde los resulta-

(29) Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado nacional s/ amparo ley 16.986” del 1º de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del procurador general de la Nación a cuyos fundamentos se remiten.

(30) CARDOSO, PATRICIA CECILIA y CANTAFIO, FABIO FIDEL, op. cit.

dos provisionales acerca de la efectividad y el grado de seguridad relativa de la terapia?

* ¿Existe alguna opinión favorable de alguna sociedad médica?

Actualmente, el Ministerio de Salud de la Nación, ha fijado un marco normativo, guías y protocolos que sistematizan la incorporación a la cobertura de los nuevos medicamentos y terapias consideradas como “Tecnologías Sanitarias Emergentes” y que se relacionan, debidamente, a las patologías indicadas según la evidencia científica disponible.

El aludido marco legal reglamentario se compone de:

La Resolución 1862/2011 del Ministerio de Salud que regula el funcionamiento del Programa Federal de Salud “Incluir Salud” (Anexo I) y al que deberá ajustarse en su accionar la Dirección Nacional de Prestaciones Médicas de la Subsecretaría de Salud Comunitaria de la Secretaría de Promoción y Programas Sanitarios de dicho ministerio. El Programa tiene como objetivo, gestionar y transferir recursos financieros para la asistencia médica de los beneficiarios de pensiones no contributivas otorgadas y a otorgarse por la Comisión Nacional de Prestaciones Asistenciales.

La mencionada resolución define a las Prestaciones Alto Costo y Baja Incidencia (PACBI); “entendiendo por éstas desde el punto de vista clínico aquellas que corresponden a cualquier patología que, además de una dificultad técnica en su resolución, implican un alto riesgo en la recuperación y alguna probabilidad de muerte y que, desde lo económico involucran un desembolso monetario significativo, que excede algún umbral considerado normal, ya sea por episodio, por período de tiempo, o en relación con el ingreso familiar”.

Por consiguiente, las PACBI “son aquellas de muy alto costo económico o cuya resolución implica una alta complejidad para la articulación de su resolución y que hace que sea necesaria una coordinación de diferentes sectores del Programa, tanto jurisdicciones provinciales como el nivel central”. Dentro de las prestaciones PACBI se encuentran las quirúrgicas de alta complejidad que se realizan una única vez así como también los medicamentos biológicos y otros nuevos medicamentos de administración crónica.

La Resolución 1862/2011 establece el régimen de Cobertura de Patologías de Alto Costo y Baja Incidencia.

Mediante Resolución 621/2006 de la Superintendencia de Seguros de Salud (SSSalud) se establece un Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes.

A su vez, por Resolución 1200/2012-SSSalud (modificada por Resolución 1561/2012 SSSalud) se crea el Sistema Único de Reintegro (S.U.R.), que ha determinado el mecanismo para el reconocimiento de las prestaciones médicas de baja incidencia y alto impacto económico y las de tratamiento prolongado y establecido el listado de patologías incorporadas a los anexos III y IV y de los medicamentos comprendidos (anexo V).

Por Resolución 1561/2012 del 30/11/2012 —SSSalud— (31) que modifica a la anterior, se establece un Procedimiento para la Autorización de Reintegros del Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes (conforme Resolución 621/2006 SSSalud). El sistema está constituido por prácticas y medicamentos que se detallan en el Anexo I de la res. y que se incorporan al anexo VI a la Resolución 1200/2012 SSSalud) (32) y fue dictada con el objeto de velar por una adecuada utilización de las innovaciones tecnológicas en medicamentos y prácticas médicas.

Finalmente, la Resolución 2206/2013 completa la Primera Etapa del mecanismo (de presentación de propuestas) dirigido a establecer los fundamentos terapéuticos e informes sobre seguridad y efectividad de las Tecnologías del Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes.

A mi modo de ver, el Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes complementada por el procedimiento de la Resolución 2206/2013, constituye un instrumento adecuado para evaluar, de conformidad con las pautas de la medicina basada en la evidencia científica, a las nuevas terapias para su inclusión al elenco prestacional.

Tal como se mostrará seguidamente, toda esta normativa constituye una referencia largamente reclamada por algunos jueces y sus auxiliares para la toma de decisiones en salud.

En tal sentido, el fallo G. V. M. M. (33) es uno de los primeros que contempla que la dolencia del reclamante está incluida entre las Enfermedades Poco Frecuentes (EPF) amparadas en la ley 26.689 (del año 2011), que garantiza la protección integral de las personas que las padecen.

Los hechos relevantes del caso son los siguientes. En el amparo se solicitó la provisión del medicamento Naglazyme / Galsulfasa, 1 mg/ml, indicada para tratar a la Mucopolisacaridosis tipo VI-deficiencia de N-acetilgalactosamina 4-sulfatasa-síndrome de Maroteaux-Lamy. Respecto del medicamento, es importante señalar que, al momento del reclamo, el mismo no se encontraba autorizado por la ANMAT. En contraste, la agencia europea (EMA) el 24 de enero de 2006 había otorgado al medicamento la primera autorización en el territorio de la Unión Europea (registro EU/1/05/324/001), concedido bajo “circunstancias excepcionales”.

Conforman las circunstancias del caso: la menor (de 6 años de edad) que padece *una rarísima enfermedad genética* denominada Síndrome de Maroteaux Lamy, que es *progresiva, discapacitante, multiorgánica y potencialmente mortal*

(31) Paralelamente, por Resolución 1511/2012-SSSalud se crea el Sistema Único de Reintegro por Prestaciones Otorgadas a Personas con Discapacidad, con carácter independiente.

(32) Sustituyéndose los Anexos II, III, IV y V previstos en los artículos 2º, 3º, 4º, y 5º de la Resolución 1200/2012 SSSALUD, por sus similares contenidos en la Resolución 1561/2012.

(33) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal 18-dic-2012 G. V. M. M. c/ CS SALUD S.A. s/ incidente de apelación de medida cautelar. Amparo según la Ley 26.689 - Enfermedades Poco Frecuentes (<http://fabiofantafio.wordpress.com/2013/05/23/amparo-segun-la-ley-26-689-enfermedades-poco-frecuentes/>).

si no se la trata (situación de urgencia). Además se produce un Informe positivo del Cuerpo Médico Forense, siendo la terapia, además, prescrita por el médico tratante y el especialista.

Es de destacar que en el fallo de la alzada se menciona que “si bien la medicación solicitada no se encuentra aprobada por el ANMAT —a la fecha del informe—, no obstante ello, en el Programa Federal de Salud se contempla el tratamiento de la MPS tipo VI con Terapia de Reemplazo Enzimático —Galsulfasa (Naglazyme)—, en el contexto de patologías de alto costo y baja incidencia —enfermedades huérfanas— como en el caso de autos”.

En efecto, en la Resolución 1561/2012 SSSalud —*Tutela de Tecnologías Sanitarias Emergentes*— que incorpora a las prácticas médicas y los medicamentos nuevos que se detallan en el anexo I, estaba contemplado el tratamiento reclamado y que se reproduce en la parte pertinente a modo de ilustración:

Resolución 1561/2012: *Anexo I - Comprendidos en el Sistema de Tutela de Tecnologías Sanitarias Emergentes Patología/Tecnología: “Mucopolisacaridosis tipo VI”/“Galsulfasa”.*

Con este ejemplo queda demostrada la utilidad de estos protocolos.

IV. LA AUTORIZACIÓN TEMPRANA DE MEDICAMENTOS COMO ALTERNATIVA AL TRATAMIENTO DE SITUACIONES CLÍNICAS DE URGENCIA

Seguidamente abordaré una cuestión aún no tratada por la doctrina nacional especializada sobre la *autorización temprana de medicamentos* que no puede ser omitida en este trabajo. Como uno de los problemas actuales atinentes a la llamada —en la terminología de la ANMAT— Ciencia Regulatoria o al Derecho Sanitario, se observa que los distintos regímenes de autorización de medicamentos vienen experimentando profundas transformaciones. En lo que aquí interesa, son relativamente recientes algunos procedimientos regulatorios (y por ello, fiscalizados por el Estado) adecuados a la autorización de uso y administración a los pacientes de productos medicinales en etapas tempranas de la investigación farmacológicas (v.gr., fase II); o bien, al empleo de medicamentos investigados con diseños que utilizan una población reducida (caso de las patologías denominadas raras o poco frecuentes en las cuales el número de pacientes es muy bajo).

El correlato de disponer de la evidencia limitada de la eficacia y seguridad del medicamento, es que las distintas legislaciones les pueden otorgar a estas autorizaciones el carácter de condicional o bajo condiciones especiales o “circunstancias excepcionales”, según el caso.

En este marco conceptual, estos regímenes “excepcionales” (que dicho sea, son cada vez más frecuentes) brindan una nueva opción terapéutica y satisfacen las necesidades de grupos de pacientes cuyas patologías graves se inscriben en las “situaciones de urgencia” a las que se ha aludido en todo este trabajo.

En el país, el régimen especial de registro de medicamentos (fuera del Decreto 150/92, reglamentario de la ley 16.463 del año 1964), destinados a tratar las enfermedades poco frecuentes y serias con riesgo de muerte y/o invalidez grave fue establecido por la ANMAT por Disposición 4622 del 7/8/2012 (34). Esta norma está en una necesaria consonancia con las disposiciones de la Ley 26.689 *de Enfermedades Poco Frecuentes*, si bien su finalidad es la autorización de nuevos arsenales terapéuticos. En contraste, la ley ha delegado en el Ministerio de Salud de la Nación la determinación y el listado de las EPF de acuerdo a la situación epidemiológica del país.

Las situaciones comprendidas por la reglamentación de ANMAT son aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil (1 en 2000) (igual a 5/10.000 como en la UE) personas, referida a la situación epidemiológica nacional (prevalencia: art. 1º - anexo I).

Además están previstas las patologías que califican el régimen:

- a) *Enfermedades crónicas, debilitantes para las cuales no existan tratamientos disponibles efectivos o que sean de alguna manera inadecuados.*
- b) *Enfermedades severas o con riesgo de muerte para las cuales no existan tratamientos disponibles efectivos o que sean de alguna manera inadecuados.*
- c) *La aparición durante el tratamiento de una enfermedad de una resistencia ampliada (refratariedad) a los tratamientos con los agentes actualmente disponibles.*
- d) *La aparición de una nueva enfermedad que posea efectos severos o riesgo de muerte y para la cual no existan tratamientos disponibles efectivos o que sean de alguna manera inadecuados.*

En esta materia la disposición ha seguido el criterio del Reglamento (CE) 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos (35).

Considero que no hay una perfecta correspondencia entre los medicamentos huérfanos (MH) (falta de un medicamento) con las enfermedades poco frecuentes u olvidadas o desatendidas (*neglected diseases*). Dado que al hablar de los MH, si bien se trata de un concepto conocido, estos poseen una regulación diferente en los distintos países y cubren situaciones diferentes.

Visto desde la patología, las situaciones que caracterizan a las enfermedades poco frecuentes/*"Rare diseases"* además de la baja prevalencia, comprenden: condiciones de gran heterogeneidad entre las distintas fisiopatologías, el

(34) Proyecto ANMAT-MED-REG-003-00 sometido al procedimiento de consulta pública, basado en el elaborado en el ámbito de la ex Dirección de Evaluación de Medicamentos, por las Dras. Saidman y Argenti y Fabio Cantaffio.

(35) Reglamento (CE) 141/2000, modificado por el Reglamento (CE) 596/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 [en línea]. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000R0141:ES:NOT>) [Consulta: 10 de noviembre de 2013].

escaso entendimiento de la historia de la progresión natural de la enfermedad, limitada disponibilidad de pacientes para incorporar a un ensayo clínico, gran heterogeneidad en los efectos del tratamiento, falta de biomarcadores para la predicción de resultados, falta de certeza para determinar los objetivos del estudio (*end points*) y la duración del tratamiento y una típica falta de “precedentes” regulatorios y de armonización de los procesos de aprobación entre las diferentes autoridades de los países (36).

Respecto de los requisitos sustanciales del régimen, conforme la disposición se “deberá presentar toda la información completa al menos de las fases tempranas (Fase Preclínica y Fases I y/o II de la Farmacología Clínica) de investigación y/o de los resultados de los ensayos clínicos realizados con diseños adaptativos cuando correspondiere”. Es decir, la referencia a las fases I y II *implícitamente involucran a etapas tempranas del desarrollo farmacéutico, información preliminar que sustenta la autorización.*

Cuando la especialidad medicinal es importada, conforma un requisito la presentación de la evidencia de autorización del medicamento como *orphan drug* o similar en el país de origen (certificado de producto farmacéutico, modelo OMS) (conf. anexo II - Requisitos y Documentación para la Autorización).

Como innovación de esta reglamentación respecto al régimen del Decreto 150/92, se prevé que “el registro podrá ser concedido ‘Bajo Condiciones Especiales’” (art. 1º). Dicha condición está en función de “(...) entre otros, las características particulares de la droga involucrada, la complejidad de la enfermedad a tratar y la información presentada sobre las fases de su desarrollo” (art. 3º). Aquí la norma ANMAT incluye en la ponderación sobre el mantenimiento de la autorización de uso a la nueva información que el titular de la licencia debe presentar (anualmente o en el plazo que fije la ANMAT) sobre los resultados parciales obtenidos en las fases subsiguientes de investigación clínica del fármaco.

Es necesario considerar, al respecto, que la concepción moderna de la fiscalización de la industria farmacéutica tiene como vértice a la obligación que se atribuye a los laboratorios titulares de los registros de medicamentos de *vigilar sus productos en función de sus características y del riesgo durante toda la vida útil de ellos.*

“En forma correlativa, la autorización de comercialización de los medicamentos (y su registro) presupone, como base racional, un balance favorable para el paciente entre el beneficio (terapéutico, etc.) y el riesgo que posee cada producto. Este balance (como una fotografía) se efectúa de acuerdo a la información disponible en cada momento, en un proceso dinámico. Las autoridades sanitarias en el mundo vigilan el cumplimiento de esta condición esencial que respalda la autorización otorgada, a través de sus respectivos sistemas de farmacovigilancia

(36) FIELD, MARILYN J. and BOAT, THOMAS F. (Editors), “Regulatory Framework for Drugs for Rare Diseases”, en *Rare Diseases and Orphan Products: Accelerating Research and Development*, Committee on Accelerating Rare Diseases Research and Orphan Product Development; Institute of Medicine. National Academy of Sciences. National Academy Press, Washington, D.C., 2011 [en línea] (http://www.nap.edu/catalog.php?record_id=12953) [Consulta: 10 de noviembre de 2013].

(FV). La FV se alimenta de datos e informes provenientes de distintas fuentes y partes del mundo” (37).

La racionalidad de esta aprobación “provisoria” se asienta en el mantenimiento de los beneficios del producto para el grupo de pacientes, por encima de los riesgos (efectos adversos, carácter invasivo, etc.) asociados a éste.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, la Disposición 4622 incorpora el concepto del beneficio considerable, entendido como una “*ventaja significativa clínicamente o contribución importante a la atención del paciente*” (38). La condición a la que remite la norma fue precisamente establecida por el Reglamento (CE) 847/2000 de la Comisión, de 27 de abril de 2000, por el que se establecen las disposiciones de aplicación de los criterios de declaración de los medicamentos huérfanos y la definición de los conceptos de “medicamento similar” y “superioridad clínica”.

Va de suyo que el concepto especial de “beneficio” conforma un requisito a evaluar dentro del “valor terapéutico” del medicamento destinado a las EPF.

V. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROHIBICIÓN DE RETROGRADAR LOS DERECHOS HUMANOS

Todo el desarrollo de los distintos tópicos vinculados al acceso de la población a las nuevas terapias, expresión del derecho a la salud, demuestra la tendencia clara a la progresividad de este derecho humano fundamental.

Por retroceso de las conquistas-derechos sociales se entiende a la actividad legislativa reservada al Congreso que, a través de la sanción de las leyes, derogan arbitrariamente, en forma parcial o en su totalidad, a dichos derechos (39).

En consecuencia, la nueva legislación regresiva vuelve al ordenamiento jurídico a un estado en el cual un derecho constitucional (como el atinente a la salud) carece del debido grado de concreción o de la reglamentación suficiente; o bien, por dicha ley se vuelve a ese derecho a un nivel inferior de protección, ya superado.

Como señalan los autores citados el dictado de una legislación retrógrada puede caracterizarse por su finalidad negativa por cuanto hace volver al Dere-

(37) CANTAFIO, FABIO FIDEL, “La responsabilidad civil por productos farmacéuticos defectuosos”, en *Revista de derecho comercial del consumidor y de la empresa*, Buenos Aires, La Ley, año III, nro. 6, diciembre 2012, ps. 95-120.

(38) Reglamento (CE) 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos. Conforme art. 3º- Criterios de declaración, b del Reglamento (CE) 141/2000: “b) que no existe ningún método satisfactorio autorizado en la Comunidad, de diagnóstico, prevención o tratamiento de dicha afección, o que, de existir, *el medicamento aportará un beneficio considerable a quienes padecen dicha afección*”. EUR-Lex, op. cit.

(39) ALMEIDA CUNHA, JARBAS RICARDO; DELGADO BIEBER, LUIS BERNARDO; SÁNCHEZ GARRIDO, ALEJANDRO, “El principio de la prohibición del retroceso social y el derecho a la salud: reflexiones para América Latina”, en *El Derecho desde la calle: Introducción crítica al Derecho a la salud*, Brasilia, vol. 6, 2012, ps. 363-372.

cho a un estado que había sido superado, produciendo la desprotección de las personas.

Esta tendencia negativa de las políticas del Estado ya se ha verificado en el país en los años noventa del siglo pasado, que, entre otros, marcó el retroceso del Derecho Laboral y de la capacidad de las herramientas de regulación e intervención del Estado.

Es por toda esta historia que la instalación del debate sobre las fuentes y la operatividad del principio de prohibición del retroceso de los derechos humanos es —mirando a la salud— a todas luces indispensable.

Como pauta de interpretación, el mandato de prohibición de retrogradar va dirigida al legislador y también, a la Administración que tiene las funciones de proveer al acceso igualitario del derecho a la salud, bajo las prestaciones adecuadas.

En su máxima generalidad el principio se deriva de la noción de progreso social, del avance en las condiciones materiales, culturales y del sistema jurídico de una sociedad determinada.

Difiere sustancialmente de la “petrificación” o inmutabilidad de la legislación sanitaria que está reñida con los cambios legislativos producidos para adecuarse a las modificaciones de las circunstancias, cuando está en juego la protección de la salud pública (vg. Doctrina de la CSJN en “Los Saladeristas Podestá”, si bien restringida a las autorizaciones administrativas).

El principio de prohibición de retrogradar los derechos humanos se desprende del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en tanto plasma la doctrina de la progresividad en la realización y efectivización de los derechos que ha consagrado.

La doctrina comparada (brasileña) (40), partiendo de la disciplina del Derecho Sanitario considera que el mencionado principio surge de la letra y espíritu del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (ONU, 1966), arts. 2º, 11 y 12. En dicho instrumento la salud adquiere su dimensión social, adoptada como estándar por la jurisprudencia nacional como se ha mostrado más arriba.

El art. 2.1 del PIDESC, coherente con la naturaleza de los derechos sociales, establece de modo universal la progresividad de los derechos humanos “reconocidos” en el instrumento, para cuya satisfacción se requiere adoptar acciones positivas de los estados entre las que se incluye la sanción de las leyes necesarias.

La dimensión multifacética, íntima y compleja de los derechos a la vida y salud están plasmados en los arts. 11 (41) y 12 del Pacto. En el segundo de los

(40) ALMEIDA CUNHA, JARBAS, RICARDO y TORRONTÉGUY, MARCO AURÉLIO ANTAS, “Um desenho do direito á saúde em face do princípio da proibição do retrocesso e dos compromissos internacionais do Brasil”, en *Estudos de Direito Sanitário*, Brasília, Senado Federal, 2011, ps. 197-209.

(41) Artículo 11.1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecua-

nombrados se establece “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.

De todas las posibles interpretaciones históricas del art. 12, la que más se compadece con el grado de conciencia de los derechos humanos alcanzada por la comunidad internacional es aquella que lo consustancia con la progresividad de los derechos (art. 2º). Desde esta pauta hermenéutica, la palabra “posible” alude a la limitación determinada por los avances científicos y tecnológicos, habidas en cada momento. Con esta latitud este derecho comprende al acceso pleno a la tecnología existente y contacta con “*el derecho de acceso a la última tecnología existente*” del que he formulado el interrogante al tratar el uso compasivo de los medicamentos.

No podemos descartar otras pautas que postulan la armonización de los preceptos, la igualdad, el bien común, entre otros, que modelan este complejo derecho con otros intereses individuales y sociales.

Todas estas consideraciones que se han efectuado son en un todo aplicables al ordenamiento argentino. Esto es así debido a que lo dispuesto en los tratados internacionales incorporados tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema y la doctrina más reciente de la Corte Suprema en “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva” del 13/3/12).

Entre las disposiciones constitucionales en las que se afina el principio de prohibición del retroceso de los derechos humanos se halla el inc. 19 del art. 75 de la Constitución Nacional que dispone: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social (...)”. Este inciso nuevo complementa a la “cláusula de prosperidad” (inc. 17) en cuyo texto se identifica la directiva del “progreso” y del “desarrollo humano” concebidas en su integralidad. La protección de la salud, a través del acceso igualitario a las prestaciones asistenciales “*determinará, en cada situación concreta, particular o colectiva, el grado de adecuación de la respuesta estatal*” (42).

Por su parte, frente a los grupos vulnerables o desprotegidos, el inc. 23 del art. 75 de la Constitución incorpora a su texto la “acción afirmativa” con justicia social. El precepto se dirige directamente al legislador, imponiendo la obligación (positiva, de un hacer) de sancionar *medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos* que dimanen de la Constitución y los tratados.

Al respecto para Cayuso (o.c.) estos mandatos constitucionales son una directriz de mayor intensidad obligacional en cuanto se refiere al goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

dos, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

(42) CAYUSO, SUSANA, “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación” en La Ley, 2004-C, p. 303.

Queda expuesto entonces todo un plexo normativo constitucional y convencional dotado de la solidez jurídica suficiente para invalidar cualquier legislación, rémora del pasado, que cercene la concreción alcanzada del derecho a la salud.

BIBLIOGRAFÍA

- CANTAFIO, FABIO FIDEL, “La responsabilidad civil por productos farmacéuticos defectuosos”, en *Revista de derecho comercial del consumidor y de la empresa*, Buenos Aires, año III, nro. 6, diciembre 2012, ps. 95-120.
- “El derecho a la salud desde un nuevo enfoque de los derechos humanos”, en *Revista de derecho de familia y de las personas*, *La Ley*, Buenos Aires, año 3, nro. 4, mayo, 2011, ps. 209-220.
- “Uso compasivo de medicamentos” en *Diario La Ley*, 2007-C, p. 1384.
- CARDOSO, PATRICIA CECILIA y CANTAFIO, FABIO FIDEL, “Terapias en etapa de experimentación y derecho a la salud” en *Diario La Ley*, Buenos Aires, 10/11/2010, p. 8, 2010-F, p. 212.
- CAYUSO, SUSANA, “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación” en *Diario La Ley*, t. 2004-C, p. 303.
- DELDUQUE, MARÍA CELIA; SOUSA JUNIOR, JOSÉ GERALDO DE; COSTA, ALEXANDRE BERNARDINO, et. al. (coord.), “El Derecho desde la calle Introducción crítica al Derecho a la salud”, FUB, CEAD, Brasilia, 2012, vol. 6, [en línea] (http://www.cead.unb.br/images/biblioteca_digital/El_Derecho_desde_la_calle.pdf).
- DENK, VIVIANA y CORTESI, MARÍA CRISTINA, *Derecho Sanitario y régimen jurídico del medicamento*, Buenos Aires, Editorial Visión Jurídica, 2013.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. IV, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 1998.
- RIVERA, JULIO C., “Derechos Personalísimos” en *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, cap. XVIII, § 704.
- ROMERO, CARLOS LUIS y DELDUQUE, MARÍA CELIA (Coord.), *Estudos de Direito Sanitário*, Brasilia, Edição do Senado Federal, 2011.

CAPÍTULO 7

ESTUDIOS SOBRE DERECHO DE LA SALUD

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LA OPINIÓN DE MIEMBROS DE LA JUSTICIA NACIONAL EN LO PENAL Y CIVIL (FAMILIA), EN SITUACIONES DE LIMITACIÓN DE SOPORTE VITAL EN PEDIATRÍA (1)

*Ma. Susana Ciruzzi (2); Jorge O. Selandari (3); Fernanda Ledesma (4);
Célica Menéndez (5); Hernán O. García (6) (7)*

RESUMEN

El presente trabajo de investigación fue realizado con el apoyo de una Beca “Ramón Carrillo-Arturo Oñativia” (8), categoría perfeccionamiento, otorgada por el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Comisión Nacional Salud Investiga. Año 2011.

(1) Una versión abreviada del presente ha sido presentada para su publicación en Archivos Argentinos de Pediatría. La versión completa ha sido previamente publicada en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. N° 9. Editorial Abeledo Perrot. Septiembre 2013.

(2) Abogada (UBA). Posgraduada y con Doctorado en Derecho Penal (UBA), diplomada en Bioética (FLACSO), especialista en Bioética (FLACSO). Docente de grado, posgrado y doctorado (UBA). Miembro del Comité de Ética del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Responsable de las Áreas de Bioética y de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Observatorio de Salud, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Instituto Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Brasil. Vocal Titular Primera de la Asociación Argentina de Bioética. Miembro del *Committee of International Affairs of the American Academy of Forensic Sciences*. Posdoctorada en Derecho, con la investigación “La criminalización de la Medicina al final de la vida: una mirada crítica, una propuesta superadora”, Facultad de Derecho (UBA).

(3) Médico pediatra terapeuta intensivo. Médico Principal del Servicio de Terapia Intensiva del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Miembro del Comité de Ética del mismo hospital. Jefe del Servicio de Pediatría del Sanatorio Güemes y miembro de la Sociedad Argentina de Pediatría.

(4) Médica pediatra. Coordinadora del Área de Bioética del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Coordinadora del Comité de Ética del mismo hospital.

(5) Médica psiquiatra. Jefe del Servicio de Salud Mental del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Miembro del Comité de Ética del mismo hospital.

(6) Médico pediatra especialista en Cuidados Paliativos. Médico del Servicio de Cuidados Paliativos del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Secretario del Comité de Ética del mismo hospital.

(7) Comité Hospitalario de Ética. Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan.

(8) Becario fue el Dr. Adriél Rojzman, por la Facultad de Derecho UBA, Observatorio de Salud.

Ha sido distinguido con el Premio Bioética en Salud 2012, Segunda Mención, otorgado por la Fundación Jaime Roca.

El desarrollo de las ciencias médicas, en su faz tecnológica, ha determinado la aparición de técnicas que permiten mantener la vida biológica hasta extremos impensados no hace mucho tiempo atrás. La necesidad de establecer un límite a esta práctica frente al ejercicio de determinados derechos (autonomía, dignidad, calidad de vida), la obligación de evitar caer en extremos perniciosos (encarnizamiento terapéutico o abandono del paciente) y el rol, cada vez más activo, que asume el paciente y/o sus familiares en la relación médica, llevan a plantearse cómo resolver aquellos conflictos sin que el paciente se vea perjudicado. Podemos afirmar que en Bioética prevalece la noción de que no todo aquello que es tecnológicamente posible de ser realizado es éticamente correcto, pero la toma de decisiones en estas situaciones enfrenta diversos tipos de barreras que atentan contra el fin de lograr el mejor interés del paciente. Entre ellas, se conoce que los temores legales reforzados por la falta de precisiones jurídicas, son un factor muy importante. ¿En qué medida esos temores están justificados? Debido a la falta de legislación específica y jurisprudencia nacional sobre este problema se consideró relevante intentar conocer la interpretación jurídica-forense sobre estas cuestiones. Encaminados hacia ese objetivo general nos propusimos explorar la opinión, a través de una encuesta semiestructurada a miembros del Poder Judicial de la Nación, pertenecientes al ámbito penal, civil (familia) y médico forense, respecto al enfoque que desde el Derecho se da a estas situaciones.

A MODO DE PRÓLOGO

Cuando en su construcción interdisciplinaria el horizonte o universo del saber penal se roza con otros, es correcto referirse a saberes tangentes; y cuando se superpone con otros, a saberes secantes. Estos tocamientos y superposiciones con otros saberes no son meros pedidos de auxilio a otras disciplinas sino verdaderas hipótesis de trabajo interdisciplinarias de las que ningún saber puede prescindir, so pena de caer en autismo o en prejuicio. Eso obedece a que el cultor de cualquier saber se maneja en la vida cotidiana con los conocimientos del lego respecto de otros ámbitos de la realidad ajenos a su saber y, por tanto, en cuanto a ellos es tan vulnerable al prejuicio como cualquiera de los demás humanos que participan de la sociedad y de su cultura. Si el conocimiento técnico respecto de esos ámbitos choca con los prejuicios, sufre los mismos problemas de redefinición del común de las personas, que le determinan los mismos mecanismos de defensa o de reclausura. Sólo puede evitar el autismo y el prejuicio acudiendo a las hipótesis de trabajo interdisciplinario, lo que no implica que su saber pierda su horizonte ni su función, sino que la construcción de su sistema de comprensión se vuelve interdisciplinaria: no es interdisciplinario el saber particular, sino la obra del científico (9).

Entendemos que la mayor riqueza del trabajo que estamos presentando radica, justamente, en la interdisciplinarietà que lo distingue y tiñe en toda su

(9) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO W., *Derecho Penal: Parte General*, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2011.

completitud. Interdisciplinariedad que no surge primordialmente —como generalmente se entiende— de las distintas especialidades médicas, sino de las diferentes disciplinas del saber humano que acuden a entender un fenómeno tan complejo y plurifactorial como el proceso de toma de decisiones al final de la vida. Y el ámbito propio donde los distintos saberes científicos se nuclean e interrelacionan, cuando de enfermedad y enfermos hablamos, es el Comité de Ética Hospitalario.

Pero esa nota característica que lo enriquece se ve exponencialmente aumentada porque éste es también un trabajo de encuentro e interdisciplina institucional. Porque la salud y el derecho se han acercado para estudiar, analizar y evaluar la relación asistencial al final de la vida cuando de niños se trata. Y como colofón de ese encuentro, elaborar propuestas médica y jurídicamente viables. Han sido dos instituciones públicas, que se ocupan cada una de dos aspectos fundamentales de los derechos humanos, como son la salud y la educación, quienes apadrinaron y dieron sustento a esta investigación, concretada —además— a través de una beca otorgada por el Ministerio de Salud de la Nación y con la participación de miembros del Poder Judicial.

Creemos que, más allá de los hallazgos particulares que se narran en este trabajo, éste resulta ser su más significativo logro. El hospital y la universidad como ámbito de encuentro, intercambio, discusión, desarrollo y consenso de políticas públicas de salud.

En una palabra, simplemente, Bioética.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre la Medicina y el Derecho, dos saberes científicos claramente omnipotentes y que comparten el mismo objeto de estudio (el hombre), la primera desde el binomio salud/enfermedad, y la segunda, como ser en otros, con los cuales interactúa en ejercicio de sus derechos personales, han sido —históricamente— muy difíciles y controvertidas. Una y otra se reclaman e interpelean mutuamente por la falta de una adecuada respuesta frente a los problemas concretos del ser humano, pretendiendo que cada una de ellas aporte certeza a situaciones que —por su propia esencia— son inciertas y cambiantes.

Es evidente que los avances tecnológicos en las ciencias médicas van modificando constantemente los límites de lo posible, planteando un importante reto al Derecho para responder a las situaciones que generan esas modificaciones en el diagnóstico y tratamiento de las distintas patologías. A diario asistimos al corrimiento de los límites de lo viable: la tecnología de la que se sirve la Medicina avanza a pasos agigantados y velozmente, cada vez más interviniendo en la propia intimidad del sujeto, produciendo en situaciones extremas, disconfort y angustia. Frente a ello, el desafío que se impone al Derecho es arduo: por un lado, receptor, con la mayor amplitud posible los avances técnicos; por el otro intentar evitar los abusos en los cuales se podría caer si la interpretación de las normas resultara muy laxa, con el consiguiente desconocimiento de los derechos individuales más inalienables.

Este desafío es aún mayor cuando nos adentramos en el campo del Derecho Penal, terreno de lo ilícito, de lo prohibido, que supone el ejercicio del poder punitivo del Estado en pos de la defensa de bienes jurídicos cuya conculcación es de tal magnitud que solo la sanción penal resulta la adecuada para reparar esa violación. O frente al Derecho Civil, cuando nos planteamos el rol que juega la autonomía del paciente, cuando éste es menor de edad, y el papel que ejercen sus padres y/o representante legal en la toma de decisiones.

Uno de los paradigmas más destacados en las arenas movedizas del encuentro entre Medicina y Derecho, se da en las situaciones de limitación de soporte vital (LSV). La LSV en Pediatría resulta ser uno de los capítulos más controvertidos y moralmente desafiantes para el profesional asistente. A ello debe sumarse el temor legal que se encuentra presente en toda conducta cuyas precisiones jurídicas se desconocen. Sabemos que desde el punto de vista bioético se acepta que no todo aquello que resulta tecnológicamente posible es éticamente razonable ni jurídicamente obligatorio. A su vez, la obstinación terapéutica es considerada altamente perjudicial y violatoria de los principios de autonomía y no maleficencia. Sin embargo, a la luz de la experiencia actual tanto a nivel nacional como internacional, nos preguntamos si tal certeza es absorbida sin más por el Derecho (en particular el Derecho Penal). Muchas de las conductas que en la práctica diaria asistencial pueden resultar en un encarnizamiento terapéutico y que por ello mismo se tienden a evitar o limitar, pueden ser juzgadas por el lego, como encaminadas a producir la muerte del paciente. ¿Es entonces la LSV en Pediatría jurídicamente reprochable?

La amenaza penal aparece en el horizonte médico como una señal de alarma: inhibe y paraliza, impidiendo que el profesional asuma las conductas terapéuticas que su propia ciencia impone por temor a las consecuencias jurídicas de una acción médica cuyos ribetes legales parecen ser —cuanto menos— difusos. La *lex artis* que regula la buena praxis médica está ligada indisolublemente a la evolución del conocimiento científico, y su aplicación depende de las circunstancias personales de cada paciente en particular (“*no existen enfermedades, sino enfermos*”) y de la profesionalidad y experiencia del médico, quien justamente detenta ese conocimiento especial y cuya obligación consiste en prestar *los auxilios de su profesión para curar, restablecer o paliar el estado de salud de su paciente*, por lo que resulta imposible pensar en una ley escrita que contemplara todas las variables terapéuticas posibles en todas las patologías y pacientes.

Adicionalmente, todas las situaciones que se presentan en Pediatría suponen que la relación asistencial está conformada por tres sujetos: médico, paciente y sus padres, quienes asumen un rol activo convirtiéndose muchas veces en la única expresión de voluntad del niño, por lo que las decisiones médicas deben ser tomadas —en la mayoría de los casos— por un tercero que no es el paciente y muchas veces ignorando cuáles son los valores personales de ese niño.

Si a ello sumamos la posibilidad de intervención de un tercero “aún más ajeno” en la relación asistencial, como sería el juez, el defensor de menores e incapaces o el asesor tutelar, la situación impacta por su complejidad y falta de precisiones legales.

La problemática planteada se remonta, a nivel del derecho comparado, al caso “Baby Doe”, en 1982. Antecedente fue el caso de Nancy Cruzan, al que prosiguió Karen Ann Quinlan, también en Estados Unidos. En la actualidad, los casos de Terri Schiavo, en Estados Unidos, o de Eluana, en Italia, o de Inglis en Inglaterra han nuevamente traído el tema a discusión, si bien ninguno de ellos se refería a pacientes pediátricos. En nuestro país, la orfandad casuística judicial también se encuentra presente: nuestros tribunales solo se han pronunciado al respecto en el caso “S.M. d. C. s/ insania”, fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 9/2/05, si bien relativo a un adulto. Nuestra justicia tuvo oportunidad de manifestarse respecto de un niño en una situación similar, pero que involucraba la decisión de no ingreso a Terapia Intensiva, resuelto por el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 de Neuquén, el 20/3/06. Un caso anterior se produjo en 2003, “Caren B”, en el cual dos médicos del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez fueron multados por orden del titular del Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires N° 2 al desconocer la negativa paterna a la colocación de un respirador a una niña con diagnóstico irreversible. También hubo un pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Novena Nominación de Rosario (Santa Fe), en 2008, respecto de un joven de 20 años que presentaba una encefalopatía grave progresiva en estado terminal y cuyos padres requirieron que no se realizaran maniobras de resucitación cruentas, electroshock, traqueotomía ni intubación con ventilación endotraqueal. En 2011, tanto el caso de Marcelo, en Neuquén, quien lleva más de 17 años en estado vegetativo y cuyas hermanas (únicas familiares) solicitaron el retiro del respirador, para permitirle una “muerte digna”; como el caso de Camila, una beba de 3 años internada en el Centro Gallego de la Ciudad de Buenos Aires, cuyos padres realizaron el mismo pedido, son los casos más recientes de la cuestión que en el presente se aborda.

A ello debe sumarse la confusión conceptual que se registra en gran parte del ámbito académico, y que se refleja a nivel de la opinión pública, entre eutanasia pasiva y LSV; entre muerte cerebral, estados comatosos y estado vegetativo permanente, situación que impone la necesidad de definir si existe un concepto unívoco acerca de estas entidades que tenga preponderancia en la interpretación judicial.

No resulta menor la difusión mediática que estos casos tienen en la prensa nacional e internacional, lo que ha suscitado que en nuestro país se presentaran numerosos proyectos de ley autodenominados de “muerte digna” —como el recientemente sancionado por el Congreso Nacional (10)— que terminan superponiendo normas ya existentes, y tratando de aprehender bajo un único concepto situaciones médicas que —por su complejidad no solo científica sino fundamentalmente humana— no pueden ser enfocadas de manera unilateral, unidimensional ni simplista.

(10) Este trabajo fue aprobado y realizado cuando aún no había sido sancionada la reforma a la Ley de Derechos de los Pacientes, que incorporó la así llamada “Ley de Muerte Digna”, que recién fue promulgada cuando nos encontrábamos abocados a la redacción de las conclusiones de esta investigación.

¿Está legalmente permitido la LSV en Pediatría? ¿Se requiere autorización judicial? ¿Tipifica alguna conducta ilícita?

Tales son los interrogantes fundamentales que nos planteamos y que hemos tratado de contestar a través de la recolección de las opiniones de los profesionales del derecho que —de una u otra forma— intentan impartir Justicia. Paralelamente, procuramos comparar las respuestas dadas por profesionales médicos pero que desarrollan su actividad principal como auxiliares de la Justicia, con la finalidad de determinar si existen diferencias marcadas entre las visiones de médicos y abogados en esta cuestión, cuando comparten el quehacer jurídico, así como el análisis de las respuestas dadas conforme los roles asumidos en el proceso, a fin de ponderar posibles diferencias conceptuales entre las miradas de jueces, defensores, fiscales y representantes del menor (defensores y asesores de menores e incapaces).

OBJETIVOS

El objetivo general consistió en explorar la opinión jurídico-penal-civil y médico forense sobre la LSV en Pediatría.

Entre los objetivos específicos que se plantearon, podemos citar:

1. Describir las tendencias generales de opinión en este grupo de profesionales respecto de la LSV en Pediatría.
2. Comparar las opiniones de abogados y médicos integrantes de la Justicia Nacional en lo Criminal (en sus distintas instancias) y de la Justicia Nacional en lo Civil (fuero de familia, en sus distintas instancias) en orden a la concepción doctrinaria de los casos de LSV en Pediatría.
3. Comparar las opiniones de los profesionales del derecho que se desempeñan en la Justicia Nacional en lo Criminal (en sus distintas instancias) y de la Justicia Nacional en lo Civil (fuero de familia, en sus distintas instancias) en orden a la concepción doctrinaria de los casos de LSV en Pediatría, procurando analizar posibles diferencias conceptuales conforme el rol de cada uno en el proceso (juez, fiscal, defensor o asesor de menores).
4. Analizar posibles cambios conceptuales en torno a las respuestas referidas a situaciones que involucran a pacientes pediátricos y adultos.
5. Describir los perfiles de respuestas a cada tipo de caso.
6. Describir los perfiles de respuestas según cada grupo profesional.

MATERIALES Y MÉTODOS

Diseño

Estudio descriptivo prospectivo-proyectivo, método cualitativo-cuantitativo, basado en la recolección de datos obtenidos a través de encuestas semi-estructu-

radas anónimas, de exploración y análisis diagnóstico, administradas personalmente por el postulante (becario) a la población en estudio y/o autoadministradas por el propio sujeto de investigación.

La herramienta consiste en una encuesta anónima, que incluye consentimiento informado, con la siguiente estructura:

- A. Antecedentes personales y profesionales:
 - 1.- datos demográficos.
 - 2.- formación profesional.
 - 3.- datos confesionales.
- B. Antecedentes casuísticos y conceptuales.
- C. Análisis de casos:
 - 1.- Caso Uno. "Situación sin posibilidades" (*no chance situation*).
 - 2.- Caso Dos. "Situación insoportable" (*unbearable situation*).
 - 3.- Caso Tres. Estado vegetativo permanente.

En las partes identificadas como "B" y "C" se otorgó un amplio margen para que el encuestado pudiera profundizar conceptos y pareceres.

Población y muestra

La investigación se realizó en un ámbito especialmente calificado por el conocimiento científico y por la interacción subjetiva. Todos los entrevistados detentan un saber propio que fue determinante de su elección como sujetos de investigación. Tanto el discurso médico como el discurso jurídico son técnicamente especializados e —históricamente— han estado confrontados y hasta han sido mutuamente recelosos.

El universo en estudio incluyó a todos los jueces, defensores y fiscales de la Justicia Nacional en lo Criminal, tanto de primera como de segunda instancia y de tribunales orales, así como los defensores y asesores de menores e incapaces de la Justicia Nacional en lo Civil, tanto de primera como de segunda instancia y los médicos forenses de la Justicia Nacional. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil no dio su autorización para la participación de los jueces del fuero civil en la encuesta, lo que imposibilitó cumplir con uno de los objetivos propuestos, en cuanto a comparar las opiniones de los jueces penales y civiles en torno de la limitación del soporte vital en Pediatría.

La unidad de análisis fue cada individuo que contestara la encuesta, haciéndose también un análisis aglutinado según el origen profesional con el fin de detectar tendencias grupales en los perfiles de respuesta. Se incluyó solamente el personal del Poder Judicial que *a priori* pudiera entender en causas de limitación del soporte vital en pacientes pediátricos, así como de la Asesoría Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto muchas veces ha tomado interven-

ción en orden a representar el mejor interés de los niños hospitalizados en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Los criterios de inclusión fueron los siguientes:

- Jueces, defensores y fiscales de la Justicia Nacional en lo Criminal
 - Primera instancia, segunda instancia y tribunales orales
- Jueces, defensores y asesores de menores e incapaces de la Justicia Nacional en lo Civil
 - Primera y segunda instancia
- Médicos Forenses de la Justicia Nacional
- Abogados de la Asesoría Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los criterios de exclusión fueron los siguientes:

Se excluye expresamente a los profesionales del Poder Judicial pertenecientes a fueros que no tendrían competencia penal ni civil en casos de limitación de soporte vital, específicamente:

- Jueces, defensores y fiscales del fuero criminal federal
- Jueces, defensores y fiscales del fuero criminal correccional y de menores
- Jueces, fiscales y defensores de ejecución
- Jueces, fiscales y defensores de los juzgados nacionales civiles sin competencia en materia de familia.
- Jueces, fiscales y defensores de los juzgados civiles y comerciales federales
- Jueces, fiscales y defensores de los juzgados en lo contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Plan de análisis de los resultados

Para la estadística descriptiva las variables categóricas se informaron como proporciones (porcentajes) e intervalo de confianza del 95% (IC95%). La edad, número de hijos y antigüedad en la profesión son variables numéricas discretas que se transformaron a categóricas con el fin de hacer más inteligibles los resultados. El análisis univariado se realizó con la estadística de chi cuadrado. No se realizó análisis multivariado debido al n insuficiente ($n = 51$). La calificación de las respuestas fue realizada en forma independiente por los 2 investigadores principales y las diferencias resueltas por consenso. Los datos se analizaron con el paquete estadístico Stata 9.0 para Windows (StataCorp, *College Station, Texas, USA*).

Resultados

1) Se repartieron 185 encuestas: 135 PJ y 50 CMF. Hubo devolución en 68 (36,76%): 50 PJ (73,53%) y 18 CMF (26,47%). De ese total, 17 (25%) fueron devueltas sin responder las partes B y C de la encuesta en ninguna de sus preguntas (lo único que respondieron, en todo o en parte, son los antecedentes personales y profesionales, identificado como “Parte A” del instrumento). Todo ese porcentaje corresponde al PJ, dividido en 7 defensores penales y 10 jueces, lo que representa un 34% de las encuestas aceptadas por los jueces. El CMF no se negó a contestar —en su totalidad— ninguna de las encuestas aceptadas.

2) Estado Civil: la mayoría son casados (35: 67,31%). Divorciados 9:17,31%. Solteros 4: 7,69%. Viudo 2:3,85% y Separado 1:1,92%.

3) La mayoría tiene hijos (42: 82, 35%). 9 no tienen hijos (17,64%).

4) En cuanto al cargo que desempeñan: Perito: 18 (26,27%); Juez: 33 (48,53%); Defensor Penal: 12 (17,65%); Fiscal: 1 (1,47%); Defensor Menores e Incapaces (Civil): 3 (4,41%); Asesor Tutelar: 1 (1,47%).

5) En cuanto a la formación, la mayoría tiene formación de posgrado (32: 47,05%), seguida por formación de grado (27: 39,70%) y doctorado (9: 13,23%, de los cuales 7 son CMF y 2 miembros PJ).

6) Religión que profesan: la mayoría son católicos (37: 72,54%). 12 ateos y agnósticos 23,52%. 1 judío (1,96%). Estas proporciones son similares desagregadas por profesión.

7) En cuanto al ejercicio religioso, la mayoría reconoció que nunca ejerce (23:46%), seguidos por un ejercicio esporádico (18:36%); y regularmente (9:18%).

8) En cuanto al sexo: la mayoría representa al género masculino (50: 73,53%), mientras que solo 18 (26,47%) pertenecen al género femenino. Estos guarismos son similares desagregados por profesión.

9) En cuanto a la edad, la mayoría se ubica en la franja superior a los 50 años (64%). 30% tiene entre 30/50 años. Un 6% tiene más de 61 años.

10) Encuestas contestadas: 50 son abogados (73,53%), 18 son médicos (26,47%).

11) La mayoría (76%) tiene más de 20 años de antigüedad en el cargo.

En la Parte B de la encuesta, cuando se les pregunta por los antecedentes casuísticos y conceptuales, los resultados fueron los siguientes:

a) ¿Tuvo que intervenir en algún caso de LSV?

La mayoría no intervino (47: 92,15 %). Solo 3 (5,88 %) intervinieron alguna vez en un caso de LSV, ya sea como profesional o en calidad de familiar.

b) Quienes respondieron afirmativamente describieron la situación de la siguiente manera:

***Juez:** “No como operador jurídico. Sí a nivel personal, ocasión en la que dispuse (junto con familiares) condiciones que entendí colaborarían con el “buen morir” de la persona afectada”.

***Médico:** “En terapia intensiva neonatal, ante pacientes críticos (cardiopatías congénitas, sepsis, fallas ventilatorias) donde el mantenimiento de las funciones vitales y pronóstico se vuelven imposibles de sostener”.

***Médico:** “paciente con muerte encefálica con más de 78 horas; añoso de 84 años con falla multiorgánica como consecuencia de un ACV hemorrágico. Se suspendió el soporte”.

***Médico:** “autorizar ablación multiorgánica por muerte encefálica (2 casos)”.

c) ¿Considera Ud. que desde el punto de vista médico-legal, conceptualmente tiene la misma relevancia “permitir morir”, “ayudar a morir” y “causar la muerte”?

La mayoría (50: 96,15%) considera que estas tres entidades no son lo mismo. Mientras que solo 2 (3,84%) consideran que sí.

d) ¿Considera Ud. que desde el punto de vista médico-legal tiene la misma relevancia abstenerse de iniciar un tratamiento que suspender o retirar un tratamiento ya iniciado?

La mayoría considera que la relevancia legal de ambas conductas es distinta (38: 73,07 %), con un 23,07 % (12) que considera que tiene la misma relevancia la abstención que la interrupción. 2 (3,84 %) respondieron que no saben.

En la parte C se presentaron los casos hipotéticos basados en situaciones que usualmente enfrenta el equipo de salud pediátrico, clasificados en 3 categorías comúnmente tipificadas en los análisis desde una perspectiva ética de estas situaciones. El primer caso es en un escenario “sin posibilidades”. El segundo es un escenario de “situación insoportable” o de extremadamente pobre calidad de vida y por último una situación de estado vegetativo permanente. Todos los casos se presentan en una situación de buena relación, entendimiento y consenso entre el equipo médico y la familia.

***Jueza de Cámara:** como nota para toda la encuesta afirmó: “parecería contradictorio estar muy de acuerdo pero considerar la conducta como delito. Legalizar la eutanasia en todas sus formas es una deuda legislativa. Instalar el tema resulta a mi criterio necesario. Si los médicos (generalmente de hospitales públicos y de pacientes sin recursos) solicitan autorización para la realización de abortos terapéuticos (no punibles) más dificultades tendrían para proceder en casos como éstos”.

***Jueza de Cámara:** que se ha manifestado en general de acuerdo con las medidas decididas en los tres casos, como postura general afirmó: “toda decisión

médica vinculada a estos supuestos debe ir acompañada de un dictamen del comité de bioética”.

Caso 1. Situación sin posibilidades: esta categoría abarca al paciente cuyo tratamiento de sostén vital simplemente retrasa la muerte, sin producir un significativo alivio del sufrimiento causado por la enfermedad. Mariela tiene 11 años y padece una leucemia mieloide aguda. Sometida a quimioterapia, con la finalidad de poder recibir un trasplante de médula ósea, toleró muy pobremente el tratamiento, desarrollando sepsis (infección generalizada grave) y dificultad respiratoria. Fue intubada y conectada a un respirador mecánico en terapia intensiva, pero su condición continuó deteriorándose y requiriendo mayores exigencias de ventilación mecánica. A pesar de la quimioterapia la leucemia continuaba activa, lo cual en conjunto con la situación actual configuraba una situación sin posibilidades razonables de recuperación. Los médicos y los padres acordaron no escalar más en el soporte vital (por ejemplo asistencia respiratoria por medio de respirador artificial, diálisis o maniobras invasivas como colocación de drenajes, etc.) y no iniciar maniobras de reanimación en caso de paro cardíaco. Mariela desarrolla fallo múltiple de órganos y cuando ocurre el paro cardíaco fallece sin que se intente la reanimación cardiopulmonar.

a.- ¿En general, estaría de acuerdo con las decisiones tomadas?

La mayoría está de acuerdo (muy o algo): 45 (88,23%), desagregando en algo de acuerdo 12 (23,53%) y muy de acuerdo 33 (64,70%). Sólo 6 (11,76%) no están de acuerdo. No existen diferencias ni por profesión, ni por religión ni por sexo.

b.- Hipotéticamente, si usted estuviera en el lugar de un juez que debe pronunciarse en este caso, las conductas descritas en el mismo, podrían ser consideradas típicas de:

Homicidio doloso	4	8 %
Homicidio culposo	5	10 %
Abandono de persona	2	4 %
Ayuda o instigación al suicidio	0	0 %
Varios delitos	4	8 %
		(diversas combinaciones de los 4 delitos listados)
Ningún delito	35	70 %
Total	50	100%

De las encuestas respondidas (50), la mayoría considera que no existe conducta ilícita (35, 70%). Sin embargo, un 30 % (15) considera que se tipifica alguno de los ilícitos mencionados (Gráfico 1). En 12 encuestas (24%) se lo considera un homicidio —doloso o culposo, seleccionado aisladamente o con otros delitos—. No hay diferencias conforme el sexo, ni la religión, ni la profesión.

Comentarios y/o notas:

Entre los encuestados que seleccionaron “en general está de acuerdo con las decisiones tomadas” y “ningún delito”, afirmaron:

**Juez:* “Para mí el caso es claro. Comparto la decisión de los padres y el respeto del equipo médico hacia la misma. En el planteo del caso doy por supuesto que los padres respetaron también la voluntad de la menor (11 años es una edad que permite una adecuada comunicación). Reconozco el señorío sobre el propio cuerpo. El único dato importante es ¿qué deseaba Mariela? Falta en nuestro país una regulación que en el caso de mayores puede concluir en un “testamento vital”.

**Juez:* “Los padres representan la voluntad del menor. Si la decisión no estuvo viciada es absolutamente obligatoria desde el punto de vista legal, siendo irrelevante el punto de vista moral que puede alegarse a favor o en contra de la misma. Además debe estar documentado debidamente”.

**Jueza:* “El consenso de la familia y el dictamen médico fundado en la imposibilidad de sobrevida del paciente dado su estado terminal irreversible unido a que no se realice ninguna conducta activa para producir el resultado muerte, permite suponer que esa supuesta omisión (reanimación cardiopulmonar) no fue la consecuencia del resultado. Mi criterio entonces es por la última opción de esta encuesta”.

**Médica:* “Los médicos no estamos formados para “el buen morir” del paciente... tanto o más relevante, como el caso planteado, que el “buen vivir”.

**Médica:* “Considero que en el ejercicio de la medicina se debe lidiar con la omnipotencia del ser humano —el médico—, y eso incluye también considerar la opinión de la familia y trabajar en conjunto intentando siempre el consenso, cuidando la relación médico paciente, y admitir los límites de la práctica. Los padres creo que son los que finalmente deberían decidir —dentro de la razonabilidad—”.

**Médico:* “Si la situación médica que presenta el paciente es “sin posibilidades razonables de recuperación” y hay acuerdo familiar de no escalar más en el soporte vital creo que lo más correcto es dejar que el organismo “decida” cuál es el final y en qué momento. Lo otro es ensañamiento inhumano de vanidad médica y ¿económica?”

**Médico* “Imagino que si permitieran las condiciones, se presentaría al comité de ética, para tener claro (independientemente del cuadro agudo y sumamente severo de fallo multiorgánico) que no estuviese en condiciones, si hubiese superado la sepsis, de poder recibir un trasplante”.

**Médico:* “En estos casos, es también función del médico que el enfermo tenga un “digno morir”. El límite del ensañamiento terapéutico es el llegar a aliviar el dolor físico. Tengo mis dudas de que la familia deba participar de esta decisión. La he tomado en soledad varias veces”.

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas” y “algún delito”, afirmaron:

***Juez:** “Si el tratamiento omitido es el exigido como obligatorio para el caso según las reglas del arte de curar (según el protocolo médico), la omisión podría configurar una infracción al deber de cuidado médico que aumentara el riesgo de muerte (homicidio culposo, podría denunciarse respecto de los médicos y padres por ser éstos también garantes respecto de su hijo)”.

c.- ¿Estaría de acuerdo con la no realización de la reanimación cardiopulmonar (RCP) en el evento del paro cardíaco (masaje cardíaco, drogas, etc.)?

39 profesionales están de acuerdo (muy o algo) con NO RCP (79,59%). De ellos, la mayoría (32: 65,31%) está muy de acuerdo. 10 (20,41%) no están de acuerdo.

Estos valores son semejantes para el PJ y para el CME, y no existen diferencias respecto de la religión o el sexo.

d.- ¿Estaría de acuerdo con retirar la asistencia respiratoria mecánica (ARM)?

39 (78%) está de acuerdo (muy o algo); distribuyéndose similarmente entre “muy de acuerdo” (21: 42%) y “algo de acuerdo” (18: 36%). 11 (22%) no están de acuerdo.

No hay diferencias ni por sexo ni por religión o profesión.

e.- ¿Modificaría su respuesta si esta paciente, menor de edad, hubiera dejado una directiva médica anticipada (DMA) solicitando el retiro/abstención de la ARM o de la hidratación y alimentación parenteral?

El 78,43% (40) no modificaría su respuesta aún cuando se hubiera dejado una DMA. El 21,57% (11) sí la modificaría. No hay diferencias ni por sexo, profesión ni religión.

Comentarios y/o notas

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “ningún delito” y “sí modificaría la decisión”, sostuvieron:

***Juez:** “Justamente tenía 11 años de edad, que supone madurez mínima frente a la defensa de un “encarnizamiento terapéutico”.

***Jueza de Cámara:** “Aunque incapaz la menor, de acuerdo con la convención y la ley 26.061, debe escucharse a la menor”.

***Juez Tribunal Oral:** “No estoy de acuerdo con retirar u omitir nutrición/hidratación artificial porque lo considero un cuidado básico y no mera terapia. El paciente menor puede adoptar sus preferencias pero los padres deben decidir teniendo en cuenta aquellas preferencias”.

Entre quienes respondieron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “ningún delito” y “no modificaría la decisión”, sostuvieron:

***Jueza:** “Al menor hay que escucharlo (Convención sobre los Derechos del Niño) pero no obstante ello, valoro el criterio de sus padres”.

***Médico** “Debe respetarse la decisión del paciente aún siendo menor”.

***Médico:** “No creo poder considerar la autonomía, sobre todo con respecto a la edad”.

***Médico:** “Menores y alienados no pueden dar consentimientos válidos. No cambiaría lo que yo pienso”.

f.- ¿Modificaría sus respuestas si en vez de un paciente menor se tratara de un paciente mayor de edad?

La mayoría 76,47% (39) no modificaría su respuesta. 12 (23,53%) sí la modificaría.

No existen diferencias significativas entre religión, sexo ni profesión.

g.- ¿Considera necesario requerir autorización judicial en este caso para determinar si procede o no LSV?

El 68,63% (35) no considera necesario solicitar autorización judicial para limitar el soporte vital. 31,37% (16), sí considera necesario solicitar autorización judicial.

Comentarios y/o notas

Entre quienes manifestaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “ningún delito” y “no se requiere autorización judicial”, destacaron:

***Juez Tribunal Oral:** “considero que los comités de ética clínica institucional deben formarse para mediar entre conflictos y ofrecer recomendaciones. No son los jueces los que deben intervenir”.

Entre quienes manifestaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “algún delito” y “no se requiere autorización judicial”, destacaron:

***Juez:** “La ciencia médica es la idónea para diagnosticar e indicar los procedimientos necesarios para atender el caso y lo aconsejable. La intervención judicial dilataría y complicaría la cuestión agudizando el dolor y angustia familiar”.

***Juez:** “Procede la autorización judicial de un juez civil únicamente si los progenitores no están de acuerdo o si hay discrepancia entre ellos, no si hay consentimiento de médicos y familiares”.

Entre quienes manifestaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “algún delito” y “se requiere autorización judicial”, destacaron:

***Juez de Instrucción:** “Requeriría autorización judicial a los fines de que el juez sea un veedor de que se respeten los derechos de todos los involucrados. Control de legalidad”.

Caso 2. La situación insoportable o de muy pobre calidad de vida. Durante el transcurso de una enfermedad progresiva, el tratamiento adicional puede

provocar solamente más sufrimiento, a pesar de la posibilidad que podría tener algún beneficio potencial sobre la condición subyacente. Una mamá primeriza comenzó con trabajo de parto a las 41 semanas de gestación y necesitó de una cesárea de urgencia. Tuvo un bebé de 2,700 kg a quien llamó Ramón, relativamente pequeño para las 41 semanas. El bebé no respiró y fue resucitado pero desarrolló convulsiones en las 4 horas posteriores. Permaneció sin respuesta y dependiendo de asistencia respiratoria mecánica (ARM) hasta los 32 días de vida. A los 45 días de vida reingresa en ARM por apneas (episodios de ausencia de respiración) y subsecuente infección respiratoria que requirieron parámetros altos de respirador. A los 65 días de vida presenta la primera crisis importante de broncoobstrucción con llanto y cianosis generalizada que requiere reanimación y sedación. Estas crisis se repetirán y se irán agravando progresivamente a lo largo de su internación a pesar de diversas estrategias terapéuticas llegando a los 9 meses de vida con requerimiento continuo de ventilación mecánica con crisis de broncoobstrucción y convulsivas que lo desestabilizaban frecuentemente, lesión neurológica extensa y grave donde toda la evidencia médica mostraba con un alto grado de certeza que el tiempo de sobrevivencia de Ramón sería con severa cuadriplejía (parálisis de los 4 miembros) y severo retraso mental. En este contexto, médicos, enfermeros y sus padres coincidían que las medidas de sostén vital (necesidad continua de accesos intravenosos, aspiración de la vía aérea, drogas sedantes e incluso a veces paralizantes) estaban en contra del mejor interés de Ramón, y solo le causaban sufrimiento adicional sin ofrecerle beneficios; que solo prolongaban el sufrimiento y una vida de extremada baja calidad, y que persistir en el soporte vital solo para evitar el dolor de la pérdida que sufrirían sus padres atentaba contra la propia dignidad de Ramón. Así, un día a la mañana, estando Ramón a upa de su mamá y acompañado por su papá, se lo desconecta del respirador, las dosis de sedación se incrementaron para controlar una posible sensación de falta de aire. A los pocos minutos, Ramón hace una apnea que desemboca en paro cardíaco, falleciendo sin intentos de reanimación.

a.- ¿En general, estaría de acuerdo con las decisiones tomadas?

76,74% (33) *está de acuerdo en general (algo 12: 27,90% o muy 21: 48,84%)*. El 23,25% (10) *no está de acuerdo*. Mismos valores se dan por religión, sexo y profesión.

b.- Hipotéticamente, si usted estuviera en el lugar de un juez que debe pronunciarse en este caso, las conductas en el mismo podrían tipificarse de:

Homicidio doloso	11	23 %
Homicidio culposo	3	6%
Abandono de persona	3	6%
Ayuda o instigación al suicidio	0	0%
Ningún delito	29	59%
Varios delitos	3	6%
Total	49	100%

59% considera que no tipifica ningún delito. Para el 41% tipifica alguno de los tipos señalados (Gráfico 2).

Comentarios y/o notas

Entre quienes respondieron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas” y “ningún delito”, afirmaron:

***Médica:** “Si la prolongación tecnológica sostiene un final ominoso (caso 1) no tendría dudas en suspender todo soporte. Si la prolongación de la ayuda asegura sobrevivencia, no sería capaz, en mi condición de médica, de suspender el apoyo tecnológico sobre el niño. Supongo que me apoyaría en el comité de ética del hospital”.

***Médica:** “No sostener parámetros vitales y no seguir con sufrimiento adicional para obtener como resultado un ser humano con paupérrimo desarrollo y pésima calidad de vida puede ser visto como un acto de eutanasia, en el buen sentido, de caridad si se quiere, en este caso. Igualmente considero que la decisión final debe ser siempre consensuada con los padres y manejarse con razonabilidad, humanidad y sentido común”.

***Médico:** “Antes de contarse con toda esta parafernalia terapéutico-instrumental improductiva (por lo menos en los casos planteados) y la muerte acontecía “naturalmente” se pensaba que el no hacer nada era un acto delictivo. El soporte vital debe quedar restringido solamente al caso que médicamente se considere favorable o de posible remisión de la causa que motiva su asistencia”.

***Médico:** “Vale aquí el mismo comentario anterior. Persistir en la terapia en estos casos, es negarse la posibilidad de un digno morir”.

***Juez:** “Igual que el primer comentario. Si el procedimiento omitido era exigible conforme el protocolo médico y necesario (habitual) para disminuir el riesgo de muerte se podría denunciar, por homicidio culposo. En caso contrario, ningún delito ya que no es exigible a los médicos —de no constar en el protocolo— conductas heroicas para salvar la vida, más allá de lo que ordinariamente correspondiera al caso”.

Entre quienes respondieron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas” y “algún delito”, afirmaron:

***Jueza:** “Las conductas pueden ser dolosas pero estar justificadas. En el caso debería pensarse en tratar el tema desde este estamento de la teoría del delito. Una conducta justificada no se realiza el análisis de culpabilidad ya que estaría permitida en nuestro ordenamiento jurídico”.

***Jueza:** “Destaco que personalmente yo haría lo mismo, tanto si fuera padre como si fuera médico. Sin embargo, si el caso se trajera a juzgamiento, no podría soslayar que se trata de un homicidio doloso”.

***Juez de Instrucción:** “Causa de justificación que elimine la antijuridicidad o una causa excluyente de la culpabilidad. Si bien el caso encuadra en homicidio doloso, siempre buscaría una causa de justificación o de exclusión de la culpa”.

bilidad: estado de necesidad fundado en las especialísimas circunstancias del caso”.

c.- ¿Estaría de acuerdo con la decisión tomada de retirar la ARM?

36 (72%) profesionales están de acuerdo (muy 24: 48% y algo 12: 24%) en el retiro de ARM. El 14 (28%) no está de acuerdo. No hay diferencias significativas por sexo, profesión ni religión.

d.- ¿Modificaría su respuesta si se tratara de un paciente pediátrico de mayor edad que hubiera dejado una DMA solicitando el retiro/abstención de la ARM o de la hidratación y alimentación parenteral?

41 (80,39%) no modificaría su respuesta aún cuando se hubiera dejado una DMA. 10 (19,61%) sí modificarían su respuesta en caso de existencia de DMA. Sin diferencias conforme sexo, profesión y religión.

Comentarios y/o notas

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “ningún delito” y “no modificaría la decisión”, afirmaron:

**Médica:* “El paciente pediátrico siempre debe ser oído y debe tener la oportunidad de expresar sus opiniones al respecto, si se encuentra en condiciones de hacerlo”.

e.- ¿Modificaría su respuesta si en vez de un paciente pediátrico se tratara de un paciente mayor de edad?

41 (82%) no modificaría su respuesta aún cuando se tratara de un paciente mayor. 9 (18%), sí modificarían su respuesta en caso de paciente mayor de edad.

Sin diferencias importantes conforme religión, sexo y profesión.

Comentarios y/o notas

Entre quienes seleccionaron “no está de acuerdo con las decisiones tomadas”, “algún delito” y “sí modificaría la respuesta”, afirmaron:

**Defensor Penal:* “cuando es mayor puede disponer de su vida”.

f.- ¿Considera necesario requerir autorización judicial en este caso para determinar si procede o no limitar el soporte vital?

Para el 60,78% (31) no sería necesario requerir autorización judicial. El 39,21% (20) considera necesario pedir autorización judicial.

Comentarios y/o notas

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “algún delito” y “no se requiere autorización judicial”, afirmaron:

***Juez:** “La ciencia médica es la idónea para diagnosticar e indicar los procedimientos necesarios para atender el caso y lo aconsejable. La intervención judicial dilataría y complicaría la cuestión agudizando el dolor y angustia familiar”.

***Jueza de Cámara:** “El médico debe saber el comportamiento a seguir”.

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “ningún delito” y “se requiere autorización judicial”, afirman:

***Juez:** “aunque el equipo médico y familiares hubieran consentido, sería conveniente solicitar autorización judicial”.

Caso 3 Estado vegetativo permanente. En esta situación el niño es completamente dependiente de otros en todos los aspectos del cuidado y no reacciona ni interacciona con el mundo circundante. Este estado es una condición médica que se caracteriza por: 1) la ausencia de interacción voluntaria con el medio externo, 2) ausencia de conciencia de su mundo interior y 3) sin posibilidades razonables de recuperación, luego de 12 meses de asistencia. El niño no experimenta dolor ni otras sensaciones concientes pero presenta estados de vigilia y sueño y es capaz de hacer gestos (sonrisas, de dolor, etc.) que son automáticos, sin una relación reconocible con los estímulos. Pedro, joven de 15 años sufrió un accidente automovilístico que le produjo un traumatismo de cráneo que lo dejó en un estado vegetativo. Lleva intubado y con respirador mecánico más de 17 meses, y jamás ha recuperado la conciencia ni expresa reacción ni interacción alguna a su mundo circundante. Sus padres solicitan se retire el tubo endotraqueal y se le permita morir en paz. Afirman que desde su conocimiento de Pedro, esta conducta es la que él hubiera querido. Los médicos retiran el tubo endotraqueal que lo mantiene conectado al respirador artificial y Pedro muere unos 30 minutos después.

a.- ¿Estaría de acuerdo con las decisiones tomadas?

36 están de acuerdo en general (72%). Este porcentaje se divide en “muy de acuerdo”: 26 (52%) y “algo de acuerdo”: 10 (20%). Quienes no están de acuerdo son 14 (28%). No hay diferencias marcadas entre sexo, profesión y religión.

b.- Hipotéticamente, si usted estuviera en el lugar de un juez que debe pronunciarse en este caso, las conductas descriptas en el mismo podrían tipificarse:

Homicidio doloso	9	19,6%
Homicidio culposo	4	8,7%
Abandono de persona	2	4,3%
Ayuda o instigación al suicidio	0	0 %
Varios delitos	3	6,5%
Ningún delito	28	61 %
Total:	46	100%

Del total de respuestas (46) para 28 (61%) no es delito, mientras que para un 39% puede tipificar alguno de los delitos descriptos (Gráfico 3). No hay diferencias sustanciales por sexo, religión ni profesión.

Comentarios y/o notas

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas” y “ningún delito”, afirmaron:

***Jueza:** “creo que las decisiones de los padres compenetrados con la situación de salud con el ser más importante de sus vidas —un hijo— y con debido asesoramiento médico y terapéutico no puede ni debe ser sometido al conocimiento de los jueces”.

***Médica:** “este caso me parece que cuenta aún más que en los otros la opinión de los padres. De todas maneras, considero que son situaciones límite que es difícil ponderar desde los códigos. El cuerpo en estas situaciones lo pone el médico y el sufrimiento principal es de los padres. Es por ello que considero que no deberían judicializarse estas situaciones, salvo que se hallen elementos de mala praxis”.

***Médico:** “se hallaría en el denominado estado vegetativo persistente, que es uno de los cuadros clínicos en que se presenta la elección del retiro del soporte. Es razonable la decisión más aún si se conocía la postura de Ramón en tal circunstancia”.

***Juez:** “igual a los casos anteriores. En el caso el riesgo de muerte era inevitable y el procedimiento solo dilataba el resultado, no se reprocharía porque no incrementó el riesgo ni lo provocó. Solo se adelantó y para algunas posturas ello no es delito”.

***Jueza:** “entiendo que es un caso previsto por la ley de ablaciones”.

Entre quienes seleccionaron “no estar de acuerdo con las decisiones tomadas” y “algún delito”, afirmaron:

***Jueza:** “antes de calificar la conducta de los padres que además de todo sería agravada por el vínculo con lo cual la condena es a prisión perpetua, trataría de establecer otra cuestión por la dramática situación familiar. Pero en este caso diferente del resto, tuve la impresión que los que no querían seguir teniendo un hijo en esas condiciones eran sus padres. Con lo cual me aparté de las soluciones anteriores en las que no dudé. De tener que juzgar un caso así la decisión no sería tan lineal”.

***Juez:** “la eutanasia representa un derecho del paciente a decidir la forma y el momento de su muerte, pero que busca como único fin el liberar a una persona de sus intensos sufrimientos, de una agonía inmisericorde que padece como resultado de una enfermedad grave e incurable. En Argentina no se encuentra permitida dicha conducta, contrariamente a Uruguay y Holanda, quienes tienen una ley al respecto. Si bien nuestro proyecto de código penal de 1937, 41 y 60 estimaban que debía diferenciarse, a los fines de la pena, el homicidio piadoso

del común, no se decretaba la justificación de la eutanasia, puesto que el hecho seguía siendo punible, aunque distinguido por su gravedad. Por lo tanto, la conducta relatada, dada la legislación vigente, resulta punible”.

***Juez de Instrucción:** “agravamiento por ser los padres y atenuación por emoción violenta”.

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas” y “algún delito”, afirmaron:

***Médico:** “es muy difícil en este caso el retiro del respirador. Tal vez por edad lo consideraría autónomo (previo al accidente) y en el caso de haber dejado una directiva anticipada, podría evitarse conectar al respirador si progresase, pero necesitándolo desde el principio me resulta muy difícil”.

***Jueza de Cámara:** “si bien estoy muy de acuerdo con la decisión, como jueza si tuviera que juzgarlo trataría de tener en cuenta diferentes situaciones que podrían eximir de pena, pero desde un punto estrictamente dogmático es un homicidio doloso por omisión”.

***Juez de Instrucción:** “causa de justificación que elimine la antijuridicidad o una causa excluyente de la culpabilidad. Si bien el caso encuadra en homicidio doloso, siempre buscaría una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad: estado de necesidad fundado en las especialísimas circunstancias del caso”.

Por su parte, el **Fiscal:** (que seleccionó “estar algo de acuerdo con las decisiones tomadas” y que no contesta acerca de la tipificación del delito). “según entiendo, ha habido casos inéditos de pacientes que habiendo estado en coma por años, han recuperado la conciencia, pudiendo rehabilitarse. Creo que en estos casos la decisión de retirar la asistencia respiratoria y otros medios artificiales de sustentación de la vida hace más al interés de la familia para evitar el sufrimiento que al propio paciente. Creo igualmente que si se retira la asistencia mecánica respiratoria y el paciente muere, no configura delito. Sí en el caso de que el paciente pudiera respirar por sus propios medios y se le retirara la alimentación e hidratación”.

c.- ¿Hubiera estado de acuerdo con el retiro realizado de ARM?

35 (71,42%) estaría de acuerdo (algo: 10 20,41% o muy; 25 51,02%) en el retiro de ARM. 14 (28,57%) no estaría de acuerdo. No existen diferencias sustanciales conforme sexo, religión o profesión.

d.- ¿En el supuesto que Pedro hubiera podido respirar por sus propios medios, hubiera estado de acuerdo con retirar la hidratación y alimentación parenteral (hidratación y alimentación a través de un catéter intravenoso)?

17 (34,69%) están de acuerdo con el retiro de la hidratación y alimentación parenteral (algo de acuerdo: 8 16,32% y muy de acuerdo: 9 18,37%). Un 32 (65,31%) está en contra. No hay diferencias importantes analizadas religión, profesión y sexo.

e.- ¿En el supuesto que Pedro hubiera podido respirar por sus propios medios y estuviera alimentado artificialmente (administración de líquidos y nutrientes por vía digestiva a través de una sonda), hubiera estado de acuerdo con retirar la hidratación y alimentación enteral?

32 (62,74%) *no estaría de acuerdo con el retiro de la hidratación o alimentación enteral. Mientras que 19 (37,25%) sí estaría de acuerdo (algo de acuerdo: 10 19,60 % o muy de acuerdo: 9 17,65%). No existen diferencias destacables analizados por sexo, religión y profesión. Se repiten valores similares que en el caso de la alimentación parenteral.*

f.- ¿Modificaría su respuesta si el paciente pediátrico hubiera dejado una DMA solicitando el retiro/abstención de la asistencia respiratoria mecánica o de la hidratación y alimentación artificial?

14 (28,57%) *modificarían su respuesta en caso de que existiera una DMA; mientras que 35 (71,43%) no modificarían la respuesta aún cuando hubiera una DMA. Los mismos valores desde la religión, sexo y profesión.*

Comentarios y/o notas

Entre quienes contestaron “no está de acuerdo con las decisiones tomadas”, “ningún delito” y “sí modificaría su respuesta”, afirmaron:

**Jueza:* “en el caso el adolescente tiene 15 años. Hubiera sido importante saber que él tampoco quería vivir en esas condiciones”.

Entre quienes contestaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “ningún delito” y “sí modificaría la respuesta”, afirmaron:

**Médica:* “en d) y e) creo que la decisión depende de los padres y que los médicos deben trabajar con ellos para llegar al mejor final que se pueda, si no hay posibilidades de recuperación”.

g.- ¿Modificaría su respuesta si en vez de un paciente pediátrico se tratara de un paciente mayor de edad?

35 (72,92%) *no modificaría su respuesta aún cuando se tratara de un paciente mayor de edad. 13 (27,08%) sí modificarían su respuesta en caso de que se tratara de un paciente mayor de edad. Sin diferencias por sexo, profesión y religión.*

h.- ¿Considera necesario requerir autorización judicial en este caso para determinar si procede o no limitar el soporte vital?

20 (39,21%) *considera necesario requerir autorización judicial. 31 (60,78%), no considera necesario solicitar autorización judicial para limitar el soporte vital. Sin diferencias significativas por sexo, profesión y religión.*

Comentarios y/o notas

Entre quienes seleccionaron “está en general de acuerdo con las decisiones tomadas”, “algún delito” y “no se requiere intervención judicial”, destacaron:

***Juez:** “la ciencia médica es la idónea para diagnosticar e indicar los procedimientos necesarios para atender el caso y lo aconsejable. La intervención judicial dilataría y complicaría la cuestión agudizando el dolor y angustia familiar”.

Entre quienes seleccionaron “no está de acuerdo con las decisiones tomadas, “algún delito” y “se requiere autorización judicial”, destacaron:

***Juez:** “resultando una conducta reprimida por la ley penal, deviene necesario solicitar autorización para el caso particular”.

En el análisis global de las respuestas de cada encuestado que respondió respecto de los casos, hallamos que 28 encuestados (55%) no tipificaron ningún delito en ninguno de los tres casos. Por el contrario, 13 encuestados (25%) interpretaron como delitos las decisiones de los tres casos. Seis (12%) rotularon como delito la decisión de alguno de los casos y 4 (8%) hallaron como delito 2 de los 3 casos (Gráfico 4).

Asimismo, hallamos una asociación significativa entre pertenecer al ámbito legal y mayor probabilidad de haber adjudicado como delito a alguno de los 3 casos, en comparación con los profesionales de la salud, que incluyen médicos, un psicólogo y un odontólogo (tabla 2).

Por el contrario, en el análisis exploratorio no se halló que la religión (agrupada por judeo-cristiana y agnosticismo-ateísmo) se asociara a diferencias en la tipificación de las decisiones como delito (tabla 3).

TABLAS Y GRÁFICOS

Tabla 1. Variables del Estudio

Variable	Tipo	Operacionalización
Edad	Cuantitativa → nominal	son variables numéricas discretas que se transformarán a categóricas con el fin de hacer más inteligibles los resultados
Hijos		
Antigüedad		
Sexo	Nominal	Masc. - fem.
Estado civil	Nominal	Soltero, casado, etc.
Profesión	Nominal	Abogado, juez, médico forense
Función o cargo	Nominal	Juez de 1ra instancia en lo penal, etc.
Formación profesional	Nominal	grado, posgrado o doctorado
Religión	Nominal	Ateo, agnóstico, católico, etc.
Ejercicio	Nominal	regularmente, esporádicamente, nunca
Intervino en caso limitación de soporte vital	Nominal	sí, no
memo1	Nominal	si, no y análisis cualitativo
Permitir, ayudar, causar	Nominal	sí, no, no sabe
Abstención o retiro	Nominal	sí, no, no sabe

Variable	Tipo	Operacionalización
Caso 1 gral.	Ordinal	0, 1, 2
Caso 1 delito típico de	Nominal	dolo, culpa, abandono, ayuda suicid., no
Caso 1 No reanimac. Cardiopulm.	Ordinal	0, 1, 2
Caso 1 sacaría ventilac. mecán.	Ordinal	0, 1, 2
Caso 1 modific. si testam vital previo	Nominal	sí, no
Caso 1 memo1	Nominal	sí, no y análisis cualitativo
Caso 1 modific. si es mayor de edad	Nominal	sí, no
Caso 1 memo2	Nominal	sí, no
Caso 2 gral.	Ordinal	0, 1, 2
Caso 2 delito típico de	Nominal	dolo, culpa, abandono, ayuda suicid., no
Caso 2 sacaría ventilac. mecán.	Ordinal	0, 1, 2
Caso 2 modific. si testam vital previo	Nominal	sí, no
Caso 2 memo1	Nominal	sí, no y análisis cualitativo
Caso 2 modific. si es mayor de edad	Nominal	sí, no
Caso 2 memo2	Nominal	sí, no y análisis cualitativo
Caso 3 gral.	Ordinal	0, 1, 2
Caso 3 delito típico de	Nominal	dolo, culpa, abandono, ayuda al suicid., no
Caso 3 sacaría ventilac. mecán.	Ordinal	0, 1, 2
Caso 3 retira intravenosa	Nominal	sí, no
Caso 3 retira enteral	Nominal	sí, no
Caso 3 modific. si testam vital previo	Nominal	sí, no
Caso 3 memo1	Nominal	sí, no y análisis cualitativo
Caso 3 modific. si es mayor de edad	Nominal	sí, no
Caso 3 memo2	Nominal	sí, no

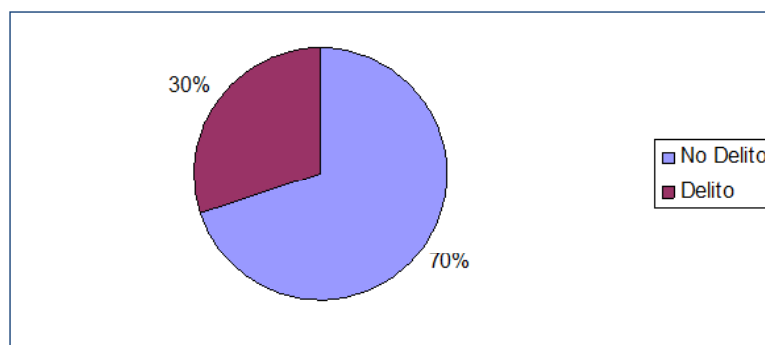


Gráfico 1. Categorización por los encuestados del Caso 1.

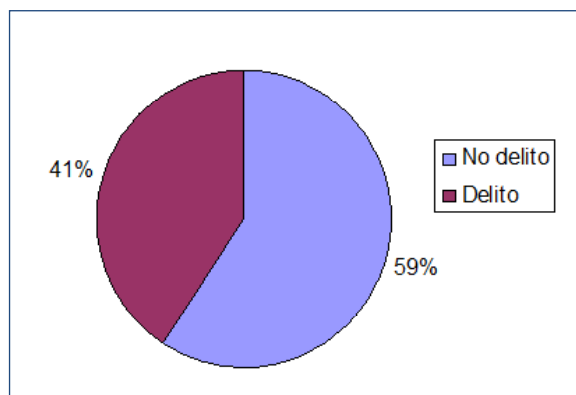


Gráfico 2. Categorización por los encuestados del Caso 2.

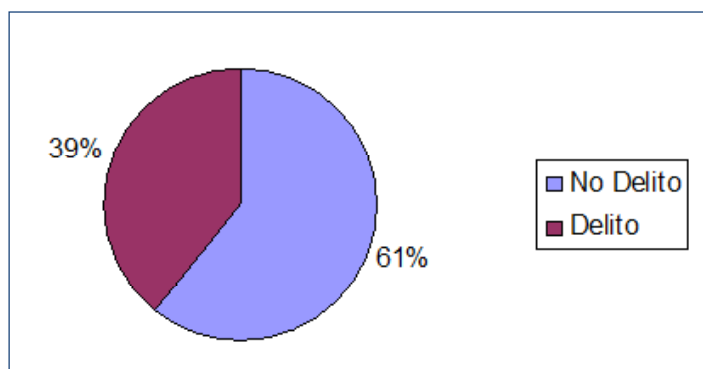


Gráfico 3. Categorización por los encuestados del Caso 3.

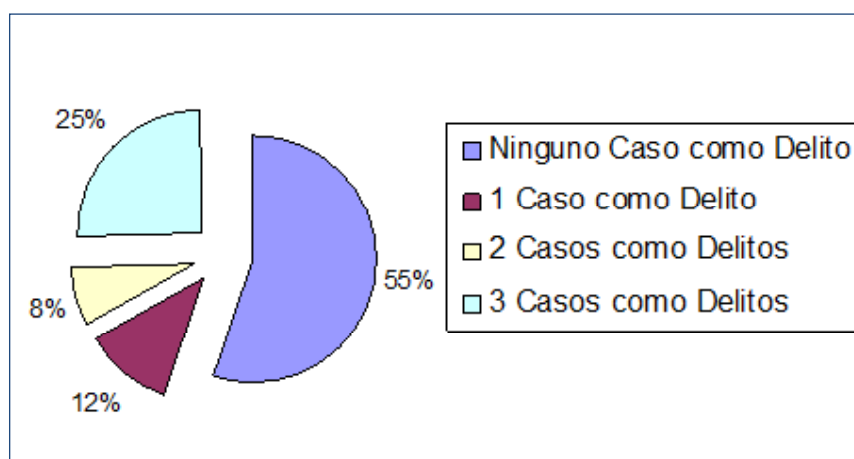


Gráfico 4. Tipificación de cada encuestado a los 3 casos.

Tabla 2.
Probabilidad de adjudicación de delito según profesión de origen

Origen de la profesión	Ningún caso como Delito	Algún caso como Delito	Total Profesión	Tasa de "Riesgo"
Legal ¹	15	20	35	57.1%
Salud ²	13	3	16	18.7%
Total Casos según Delito Sí/No	28	23	51	45.1%

¹ Abogados que incluyen Jueces, Fiscales, Defensores, un Escribiente, etc.

² Salud incluye médicos, un psicólogo y un odontólogo.

Odds Ratio 5,7 (IC95% 1.4 - 24) p = 0.024 (Test exacto de Fisher).

Tabla 3.
Probabilidad de adjudicación de delito según religión

Religión	Ningún caso como Delito	Algún caso como Delito	Total Religión	Tasa de "Riesgo"
Ateo-Agnóstica	6	5	11	45%
Judeocristiana	21	16	37	43%
Total Casos según Delito Sí/No	27	21	48 ¹	44%

¹ 2 encuestados no especificaron religión y uno marcó "otra".

p = 0,90

CONCLUSIONES

Entendemos que el temor legal que muchos profesionales de la salud experimentan al momento de la toma de decisiones en el final de la vida se encuentra validado por los resultados de este estudio. Es llamativo y preocupante que los operadores judiciales, independientemente del rol que asuman (juez, fiscal, defensor, asesor de menores) puedan percibir tan disímilmente la conducta médica en su significación jurídica tanto entre los extremos "delito-no delito", como dentro mismo de la tipificación, entre las distintas opciones presentadas: homicidio doloso, homicidio culposo, abandono de persona y ayuda o instigación al suicidio, al punto tal de plantear, en un mismo caso, la posibilidad de tipificación de homicidio (doloso o culposo) y a su vez la posibilidad de afirmar la inexistencia de delito. O que la misma conducta descrita pueda tipificar cualquiera de las 4 figuras penales propuestas, en forma indistinta.

Si bien, como ya se ha destacado en la introducción, los casos planteados en la jurisprudencia nacional han sido para reconocer el derecho del paciente al rechazo y limitación del tratamiento y aún no se ha presentado un cuestionamiento judicial a la conducta médica de LSV, lo cierto es que esta realidad se da de bruces con la percepción subjetiva del equipo médico que siente que su conducta podría ser reprochada jurídicamente, o al menos, puesta en entredicho. En este sentido, es verdaderamente ilógico para el equipo de salud que terceros ajenos a la relación asistencial puedan percibir su conducta siquiera como ilícita. Y esta

intolerancia y molestia no cede aún cuando —en el análisis de la estructura del delito— la mayoría de los funcionarios judiciales afirmen la posible existencia de un tipo atenuado, de causas de justificación o de causas de exclusión de la culpabilidad, porque lo incoherente y absurdo —desde la perspectiva médica— es que una misma conducta pueda considerarse bioética y médicamente adecuada y, a su vez, jurídicamente ilícita. En este punto resulta conveniente traer a colación la definición de soporte vital: *toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente para retrasar el momento de la muerte, esté o no dicho tratamiento dirigido hacia la enfermedad de base o proceso biológico causal* (11).

Entonces, cuando hablamos de LSV el médico no tiene intención de matar al paciente (en cuanto afirmación del tipo subjetivo, dolo en sus distintas clases —directo, indirecto, eventual—), ni tampoco supone violar el deber de cuidado —la conducta no es negligente, ni imperita ni imprudente, si realizada conforme la *lex artis*—. Inclusive, si se aplicara la teoría de la imputación objetiva, la acción del médico que limita el tratamiento (sea interrumpiendo el soporte o absteniéndose de iniciarlo) no crea ni aumenta el riesgo para el bien jurídico “vida”, ya que el “riesgo” de muerte está ínsito en la misma patología de base del paciente y el resultado “muerte”—además— le es inevitable, en tanto la misma se produce por la propia evolución de la enfermedad que aqueja al paciente y esta muerte sólo es retrasada, postergada por el soporte vital, mas no puede ser evitada. Tampoco en estos casos habría abandono del paciente: el enfermo no es colocado en una situación de desamparo privado de los auxilios necesarios, sino que se decide modificar el enfoque terapéutico, “abandonando” un tratamiento desproporcionado o no beneficioso, por otro tratamiento que respete más el mejor interés del paciente, su propia calidad de vida y su dignidad, como pueden ser los cuidados paliativos.

En este orden de ideas, el médico percibe que continuar con una conducta intervencionista e invasiva, que no le produce ningún beneficio al paciente, que sólo retrasa el momento de la muerte, aumentando paralelamente los sufrimientos —sea del paciente y/o de su familia— termina convirtiéndose en obstinación terapéutica, situación totalmente maleficente desde el punto de vista médico y bioético.

Consideramos que la decisión de LSV debe ser encuadrada en el principio, correctamente técnico y moralmente ético, de la proporcionalidad de las acciones médicas, para evitar el empecinamiento terapéutico y el tratamiento infructuoso. Es, sin dudas, un proceso complejo que supone tomar en cuenta el diagnóstico de la enfermedad, su irreversibilidad en algunos casos, su pronóstico, la calidad de vida esperable, el deseo y necesidades del paciente, todo ello enmarcado en aspectos culturales, sociales, económicos y religiosos del paciente y su familia. La LSV puede comprender, a título meramente ejemplificativo, el acuerdo de no reanimar en caso de paro cardiorrespiratorio, de no iniciar tratamientos despro-

(11) *The Hastings Center Guidelines on the termination of treatment and the care of the dying*. Briarcliff Manor, NY, 1987.

porcionados (drogas vasoactivas, ARM, nutrición parenteral o enteral) o suspender un tratamiento de soporte vital (ARM, hidratación y nutrición artificial).

De la evaluación de estos resultados despunta la necesidad de profundizar en los conceptos de intención, producción y causa, como entidades gnológicas distintas, siguiendo en este punto la doctrina de la Suprema Corte Norteamericana (12). Ese máximo tribunal procuró establecer los lineamientos que diferenciaran la LSV frente al suicidio médicamente asistido. Así, se afirmó que *cuando un paciente rechaza un tratamiento, fallece por la condición fatal de la enfermedad subyacente; pero si un paciente ingiere una medicina letal prescrita por el médico, fallece por esa medicación. En consecuencia, en el suicidio hay una causa independiente de muerte, pero en el retiro o abstención del tratamiento, el paciente muere por su condición patológica... la gente que comete suicidio actúa con el objetivo fundamental de terminar con sus vidas. Por el contrario, aquellos que rechazan un tratamiento pretenden la protección de la integridad o de su dignidad... por su parte, el profesional que suspende el tratamiento u honra la negativa del paciente, solo pretende respetar los deseos de su paciente y cesar de emplear tratamientos fútiles o inútiles o degradantes cuando el paciente ya no se beneficiará de ellos. Por el contrario, cuando el médico asiste en el suicidio su intención primordial es hacer que el paciente muera. En otras palabras, los pacientes que rechazan los tratamientos no han escogido encontrarse en esa precaria situación, mientras que los individuos que intentan el suicidio han tomado la decisión de poner voluntariamente en riesgo sus vidas.*

Tales principios son de aplicación directa al concepto de eutanasia, en tanto la misma tipifica (desde un enfoque jurídico) un "homicidio piadoso consentido". Es decir, en la eutanasia está presente la *intención* del médico de *causar* la muerte del paciente a su pedido y para evitar el sufrimiento intolerable, seleccionando el medio adecuado para obtener ese resultado. Mientras que en la LSV la *intención* del médico es limitar (sea absteniéndose, sea interrumpiendo) un tratamiento fútil o desproporcionado, *permitiendo* que la propia patología de base continúe con su evolución natural hacia la muerte, que resulta un acontecimiento sólo *postergable* mas no *evitable*, *producido* por la decisión médica pero no *causado* por el médico.

Mientras que desde el punto de vista Bioético, y siguiendo en este punto al Dr. Gherardi, la eutanasia significa la provocación de la muerte efectuada por un tercero, de un paciente portador de una enfermedad seguramente mortal, a su requerimiento y en su propio beneficio, a través de la administración de una droga tóxica o veneno en dosis mortal. Tal como afirma el Comité de Expertos de la Asociación Europea de Cuidados Paliativos, la eutanasia sólo es tal si es *activa, voluntaria y directa*. Esta definición afirma la exigencia de la voluntariedad explícita (a diferencia del homicidio), de la modalidad activa dispuesta para la producción de la muerte (crea la diferencia cierta existente entre la probable consecuencia de la enfermedad preexistente mortal y la independencia que la administración de una droga o veneno a dosis mortal asegura en la producción

(12) "Vacco vs. Quill" 521 - US. 793, 1997.

de la muerte) y excluye a las formas indirectas (en que es aplicable moralmente el *principio del doble efecto*).

Debe destacarse que la mayoría (73,81%) de los encuestados en los tres casos, estuvo de acuerdo con la interrupción de la ARM, situación que —al menos en Pediatría— resulta altamente problemática, ya que para el equipo de salud resulta moralmente más desafiante interrumpir un tratamiento que decidir abstenerse de iniciarlo. El profesional suele dotar de una significación psicológica/emocional distinta a la acción de abstención frente a la acción de interrupción. Esta última opción no suele ser aceptada fácilmente por el equipo de salud —en líneas generales— porque la proximidad de la muerte del paciente a la interrupción del soporte parecería imponer la autopercepción médica de “causa” de la muerte, aún cuando su intención NO ES causar la muerte. Se trata de un caso típico de LSV, y teniendo en cuenta el acuerdo expresado por los encuestados, surge aún más paradójica la posible “tipificación” de las conductas de LSV como ilícitas. Repetimos que resulta necesario trabajar más en los diferentes conceptos de causalidad, intención y producción, de modo de facilitar la toma de decisiones no solo en la limitación del tratamiento en general, sino más específicamente en las acciones de interrupción y abstención como entidades con la misma significación bioética y jurídica. Asimismo, debe profundizarse el entendimiento y comprensión en la toma de decisiones, en tanto proceso complejo y no meramente racional, sino también emocional, que afecta no solo al paciente y su entorno afectivo, sino al equipo asistencial mismo, requiriendo distintos “tiempos” en cada uno de los involucrados para aceptar aquello que resulta evidente y adecuadamente necesario desde el proceso natural de enfermedad, pero para lo cual ni la formación profesional ni la experiencia personal nos ha preparado.

Empero, y no siendo un dato menor, también debe resaltarse que muchos de los encuestados (63,40%) hicieron hincapié en la necesidad de que estas cuestiones sean resueltas dentro del ámbito propio de la relación asistencial y frente a la necesidad o no de intervención de un tercero distinto al equipo tratante y al paciente y sus familiares, se propone la actuación del Comité Hospitalario de Ética, cuyo rol pasa a ser preponderante a la hora de acompañar la toma de decisiones en la relación médico/paciente.

Análisis detallado de los datos relevados

La tasa de respuesta ha sido baja (36,76%) en relación a la cantidad de encuestas repartidas (185), teniendo mayor receptividad entre los abogados (73,53%) que entre los médicos (26,47%). Entre los abogados, la tasa de respuesta ha sido especialmente baja entre los fiscales. Resulta llamativo que quienes deberían sostener una acusación en estos casos hipotéticos (fiscal), solo hayan contestado una sola encuesta. Pueden tejerse muchas hipótesis explicativas: amén de la tal vez más obvia —falta de interés— también podría pensarse que el rol acusatorio en los casos en análisis podría lucir “antipático” frente a la consideración social, máxime teniendo en cuenta que la mayoría de los encuestados manifestó comprender y simpatizar con la situación de los padres y el paciente.

Preguntas Generales (Parte B)

- 1) Los profesionales, especialmente del mundo jurídico, no están familiarizados con los conceptos en análisis.
- 2) Son muy pocas las ocasiones en que alguno de los profesionales encuestados tuvo que intervenir en un caso de LSV (5,88%). Esto puede deberse fundamentalmente a dos hipótesis: a) la judicialización aún no ha llegado a la relación médico-paciente en el final de la vida, y el “temor legal” que suelen experimentar los médicos se canaliza adecuadamente en estos casos dentro de la relación asistencial. b) en cuanto a la experiencia personal, uno podría suponer que muchas de las decisiones al final de la vida aún son tomadas exclusivamente por el equipo de salud, sin la intervención del paciente y/o sus familiares.
- 3) La gran mayoría de los encuestados (96,15%) coincidió en que es distinto “permitir morir”, “ayudar a morir” y “causar la muerte”. Sin embargo, cuando se les pregunta si es lo mismo abstenerse de iniciar un tratamiento que interrumpirlo, una gran mayoría (73,07%) considera que es distinto, habiendo coincidencia en esto entre médicos y abogados, lo cual confirmaría que en este ámbito también existe la errónea creencia en que no hacer es distinto y “menos grave” que hacer, que abstenerse es distinto a interrumpir, a pesar de lo que doctrina jurídica y bioética sostiene casi por unanimidad, en cuanto a la equivalencia médico-legal de dichas conductas (13). Sin embargo, a la hora de analizar las distintas conductas de LSV (retiro de ARM, retiro de hidratación y alimentación enteral o parenteral, etc.), en los tres casos hubo una gran mayoría (73,81%) que coincidió con la indicación de interrupción de la ARM.

(13) BEAUCHAMP, T. & CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009, New York 172-190. BROCK, D., “Forgoing life-sustaining food and water: is it killing?” In: LYNN, J., *By no extraordinary means*, Expanded Ed. Bloomington, Indiana University Press; 1989:117-131. CIRUZZI, M. S., “La limitación del soporte vital frente al Derecho Penal”. En *Debates en torno al Derecho Penal*. Director: Mario C. Tarrío. Ed. Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2007. Consenso sobre recomendaciones acerca de la limitación del soporte vital en terapia intensiva. Sociedad Argentina de Pediatría. Arch.Argent.Pediatr. 1999; 97(6). HOWELL, J. H. & SALE, W. F. (Editors), *Life choices. A Hastings Center Introduction to Bioethics*. Second Edition. Georgetown University Press, 2000, Washington. KUHSE, H. & SINGER, P., *Bioethics. An Anthology*. Second Edition. Blackwell Publishing 2006, ps. 281-297. LO, B., “Resolving Ethical Dilemmas. A guide for clinicians”. Chapter 15. *Confusing Ethical Distinctions. Withdrawing and withholding interventions*. Fourth Edition. Wolters Kluwer Health - Lippincott. Williams & Wilkins, 2009. Baltimore. USA. LO, B., DORNBRAND, L., “Family decision making on trial: who decides for incompetent patients?”. *N Engl J Med* 1990; 322:1228-1231. MEISEL, A., “Legal myths about terminating life support”. *Arch intern Med*. 1991; 151:1497-1502. MESIEL, A., *The Right to Die*. 2nd Ed. New York: John Wiley & Sons; 1995. NIÑO, L. F., *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994. *President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral research*. “Deciding to Forego Life-Sustaining treatment”. Washington DC. US Government Printing Office, 1983:73-77.

Casos (Parte C)

10.1.2.a. Generalidades de las respuestas en los 3 casos

- 1) Para la mayoría de los encuestados (76,75%), la existencia o no de una DMA no parece tener influencia a la hora de determinar la corrección de la conducta médica asumida.
- 2) Cuando el encuestado encuentra delictivas las conductas, por lo general contesta que no se modificaría la respuesta si el paciente fuera mayor de edad.
- 3) 3,92% relaciona los casos analizados con otros como transplante de órganos, especialmente asimilando conceptos como muerte cerebral y estado vegetativo.
- 4) 24 encuestas (47,06%) identifican las conductas descriptas en los casos con la eutanasia. En este sentido, el Caso 2 es el que mayor porcentaje obtuvo (23%, 11 encuestas), seguido por el Caso 3 (19,6%, 9 encuestas). El Caso 1 fue el que menor porcentaje obtuvo en esta cuestión (8%, 4 encuestas).
- 5) Las mujeres encuestadas, durante las entrevistas, impresionaron como mucho más sensibilizadas que los hombres, identificando invariablemente a los sujetos hipotéticos como sus propios hijos, y tratando de encontrar alguna justificante que permitiera no responsabilizar legalmente ni a los médicos ni a los padres. Tal característica puede ser relacionada con la vigencia de los valores originados en la Ética del Cuidado: el rol de las emociones y sentimientos en la atención del paciente muriente, como una característica que aporta la visión femenina de la enfermedad.
- 6) Los valores respecto a la modificación de las respuestas si se tratara de un paciente mayor de edad, son bastante similares en los tres casos (76,47%, 82% y 72,92%, respectivamente), por lo que parecería que la mayoría o minoría de edad no tiene demasiada relevancia en cuanto a la percepción de la adecuación o no de las conductas terapéuticas asumidas.
- 7) Cuando los encuestados han manifestado modificar su decisión en tanto el paciente ya no fuera pediátrico sino un adulto, se basaron en el derecho a la autonomía del paciente, en tanto “un adulto tiene derecho a decidir por sí”.
- 8) Quienes no están de acuerdo con las decisiones tomadas, creen que una autorización judicial nada cambiaría, ya que esto equivaldría a pedir una “autorización para delinquir”.
- 9) La mayoría de los encuestados (63,40%) considera que no resulta necesaria la autorización judicial para proceder a limitar el tratamiento, en ninguno de los tres casos. Empero a mayor aumento estadístico de con-

sideración delictiva de las conductas relatadas, mayor expresión de necesidad de intervención judicial (Caso 1: relación 28,57%-31,37%; Caso 2: relación 38,78%-39,22% y Caso 3: relación 34,79%-39,22%). En este sentido, la intervención judicial se ve o bien como un “*blindaje y respaldo para la toma de decisiones*”, o bien “*como el ejercicio del contralor de la licitud de la acción*” o bien “*como una excepción a la ilicitud del acto por las especiales circunstancias del caso*”.

- 10) Informalmente, durante la entrevista, según lo conversado entre pregunta y pregunta, no solo los médicos serían imputados por el delito de que se trate, sino también los padres, incluso en el grado de coautores, resultándoles aplicable penas agravadas por el vínculo.
- 11) En el análisis de los casos, no se han podido establecer grandes diferencias entre opiniones tomadas por religión, sexo o entre las distintas funciones o roles (jueces, fiscales y defensores). En cuanto a la profesión, hallamos una asociación significativa entre pertenecer al ámbito legal y mayor probabilidad de haber tipificado como delito a alguno de los 3 casos, en comparación con los profesionales de la salud, que incluyen médicos, un psicólogo y un odontólogo (ver tabla 2). Por el contrario, en el análisis exploratorio no se halló que la religión (agrupada por judeo-cristiana y agnosticismo-atéismo) se asociara a diferencias en la tipificación de las decisiones como delito (ver Tabla 3). En cuanto a los roles, llamó la atención las respuestas dadas por un defensor penal y un fiscal: el defensor no estuvo de acuerdo con las decisiones tomadas y entendió encontrar la conducta ilícita, si bien recalcó la necesidad de considerar algún tipo de atenuante o exclusión de la culpabilidad, mientras el fiscal manifestó estar algo de acuerdo con las decisiones asumidas, no considerando que las mismas tipificaran algún delito, aparentemente contrariando en cierta medida el “rol esperado”, en cuanto se presumiría que el defensor sería más proclive a compartir la conducta analizada y el fiscal, por el contrario, a asumir una postura más crítica.
- 12) Los casos 1 (situación sin posibilidades) y 2 (pobre calidad de vida) son los que mayores acuerdos han suscitado. El que mayor controversias causó fue el caso 3 (estado vegetativo permanente). En particular las preguntas relacionadas con la limitación de la hidratación y alimentación enteral y parenteral. También, el caso 3 es el que mayores “abstenciones” de respuestas ha presentado.
- 13) Las respuestas acerca de la tipicidad son las más variables de todas. Sobre un mismo caso, algunos creyeron no encontrar ningún delito, mientras que otros consideraron posible la tipificación de homicidio doloso, culposo o abandono de persona. Inclusive, un par de casos también lo consideraron como ayuda o instigación al suicidio. Resulta también llamativa la oscilación entre “delito-no delito” y la amplitud de consideración entre quienes entendían las conductas como delictivas: en algunos casos se llegaron a señalar —al mismo tiempo en un mismo caso— los cuatros tipos propuestos en la encuesta. En otros, una misma persona

consideró delictiva y no delictiva la misma conducta analizada. La mayoría (63,33%) considera, en los tres casos, que no se tipificaría delito alguno, si bien en cuanto a la tipicidad de las conductas, los casos 2 y 3 fueron encontrados más susceptibles de ser considerados ilícitos (38,78% y 34,79% respectivamente), en comparación con el caso 1 (28,57%). Empero, un porcentaje total significativo (36,66%) tipificaría en los tres casos algunas de las conductas como delictivas, y en ese caso se reparte proporcionalmente entre homicidio doloso, homicidio culposo y abandono de persona.

En el análisis de las respuestas de cada encuestado que respondió respecto de los casos, hallamos que 28 encuestados (55%) no tipificaron ningún delito en ninguno de los tres casos. Por el contrario, 13 encuestados (25%) interpretaron como delitos las decisiones de los tres casos. Seis (12%) rotularon como delito la decisión de alguno de los casos y 4 (8%) hallaron como delito 2 de los 3 casos (ver Gráfico 4).

En este punto, desde la visión de la dogmática penal, es oportuno aclarar que hablar de tipificar una conducta como ilícita no quiere decir afirmar la existencia de un delito. El delito, definido como acción típica, antijurídica y culpable, es una estructura lógica estratificada, en la cual cada uno de los peldaños analíticos que se van atravesando supone la existencia del anterior. Así, una acción humana voluntaria (conducta), debe ser típica (ilícita, es decir, contemplada previamente como tal por una ley). La conducta típica debe ser, a su vez, antijurídica (no permitida por el orden jurídico a través de una causa de justificación). La conducta típica y antijurídica debe ser culpable, esto es, reprochable al sujeto por no haberse motivado en la norma o por no haber ajustado su conducta al mandato de la norma.

Obsérvese que, sobre todo al momento de los comentarios, una gran parte de representantes del PJ (sean jueces, defensores o fiscales) señalan —aún cuando afirman la tipicidad (ilicitud) de la conducta— la posibilidad de que se trate de un tipo privilegiado (emoción violenta), de una conducta justificada y por ende, no antijurídica (consentimiento informado del paciente o subrogado por sus padres), o de una conducta que aunque típica y antijurídica no resulta reprochable, sea por inexigibilidad de otra conducta, por error de prohibición o por estado de necesidad disculpante. Una abrumante mayoría (88,23%) precisa expresamente la necesidad de analizar la atenuación y/o exención de la pena.

También es destacable que la mayoría que se inclinó por considerar alguna de las conductas como delictivas (73,91%) afirma compartir la toma de decisiones y comprender humanamente la situación pero, desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo perciben como una conducta ilícita.

- 14) Tanto abogados como médicos han dado importancia a la intervención de un Comité de Ética en la toma de decisiones, antes que pensar en una

intervención judicial. Le asignan un rol preponderante a este tipo de organismos en la relación asistencial.

10.1.2.b. Caso 1. Situación sin posibilidades

- 1) Por lo general, este caso es el que menos dilemas plantea. Aquí parece estar más clara la incidencia de la patología en el desenlace final, en tanto no hay un retiro del soporte, sino una abstención, una decisión de no escalar más en el tratamiento.
- 2) Sin embargo, en la apreciación individual de algunos encuestados, la expresión “*situación sin posibilidades razonables de recuperación*” hace presumir que no existe la certeza suficiente para determinar la justificación de la no reanimación.
- 3) En la mayoría de los casos en que se está de acuerdo en general con la decisión (88,23%), se está de acuerdo en los puntos c y d (no reanimación cardiopulmonar 79,59% y retiro de ARM 78%, respectivamente).
- 4) Son importantes los comentarios: los jueces, en general, hacen hincapié en el respeto a la autonomía y voluntad del paciente y a la toma de decisiones subrogadas de los padres. Por su parte, los médicos reconocen que no están formados para el buen morir y para aceptar la opinión de la familia y trabajar en conjunto. Inclusive, uno de ellos expresa “sus dudas” acerca del derecho de la familia a intervenir en la toma de decisiones, reconociendo haber asumido esta responsabilidad por sí mismo, en soledad, varias veces. Otro médico, considerando el caso como eutanasia (es decir, homicidio doloso), reconoce que desde el punto de vista médico o clínico la decisión de limitar tratamiento sería lo más conveniente.
- 5) Cuando se les pregunta por la influencia de una DMA, en los comentarios, se puede apreciar que los jueces están más dispuestos a aceptar la autonomía de un menor de edad y las decisiones subrogadas de los padres. No tanto así los médicos, que consideran que “menores y alienados no pueden dar consentimientos válidos”.
- 6) La mayoría (76,47%) no modificaría la respuesta si se tratara de un paciente mayor de edad. En este punto, los jueces mantienen su opinión en cuanto a la validez de la toma de decisiones autónomas (sea un paciente menor o mayor). Los médicos consideran que un paciente mayor hábil tiene derecho a decidir en estos casos.
- 7) A la luz de estos resultados, impresiona que —en el caso de los médicos— comparten las decisiones médicas asumidas en esta primera hipótesis, las que hubieran tomado independientemente de la voluntad de los padres y de la niña (porque consideran que no puede dar un consentimiento válido). Parecería que entendieran que la propia praxis médica legitima la toma de decisiones con prescindencia de la intervención del paciente. También, en el caso de los médicos, se observa —en general—

una confusión entre el concepto de capacidad jurídica y de competencia bioética.

10.1.2.c. Caso 2. La situación insostenible o de muy pobre calidad de vida

- 1) En las opiniones vertidas por profesión, los jueces en general hacen hincapié en la estructura de la teoría del delito, considerando muchas veces la conducta ilícita (es decir prohibida) pero justificada (ya sea por el consentimiento del paciente o por la indicación médica). Un juez se centra en la no documentación del acuerdo en la abstención del soporte, entre médico y familia, lo cual —para él— constituye una presunción en contra del equipo tratante, habilitando la investigación judicial. Por su parte, los médicos acentúan la pobre calidad de vida y la escasa perspectiva de mejoramiento, considerando que el uso de la tecnología no se justifica para prolongar el sufrimiento, destacando que ello constituiría un encarnizamiento terapéutico.
- 2) Si bien la mayoría —al igual que en el Caso 1— está de acuerdo con la decisión de retirar la ARM, el porcentaje es inferior al caso 1 (72% vs. 78%, respectivamente).
- 3) También la mayoría sigue considerando no modificar sus respuestas aún cuando hubiera una DMA (78,43% y 80,39%, respectivamente).
- 4) Jueces y médicos coinciden en la importancia de escuchar al chico o en que los padres conozcan y acepten el testamento vital formulado por el niño.
- 5) La gran mayoría, al igual que en el caso anterior, no modificaría su respuesta si se tratara de un paciente mayor de edad (76,47% y 82%, respectivamente).
- 6) En muchos casos, los encuestados no estuvieron de acuerdo con las medidas tomadas (23,26%), y aún en algunos casos en que sí estaban de acuerdo (15,52%), consideraron que la conducta podría tipificar algún delito (homicidio doloso o culposo, en la mayoría de los casos). Esto se refleja en algunas notas adicionales en las cuales se consideran posibles causas de atenuación de la pena o de justificación del delito (emoción violenta, estado de necesidad, etc.).
- 7) La expresión “*solo prolongaban el sufrimiento y una vida de extremada baja calidad*” genera algunas dudas entre los encuestados. Según algunos, es difícil determinar el grado de calidad y, según otros, no es razón suficiente para “terminar” con la vida del menor.
- 8) Informalmente, algunos jueces —durante la entrevista— interpretaron el incremento de la dosis de sedación como el acto final que causa la muerte.
- 9) Si bien se reconoce a la patología de base como una condición importante en el desarrollo del curso causal, quienes no están de acuerdo con

las decisiones tomadas le asignan a la desconexión el carácter de “causa” del fallecimiento, con todas las implicancias legales que de ello se deriva.

10.1.2.d. Caso 3. Estado vegetativo permanente.

- 1) En general, están de acuerdo con las decisiones tomadas, pero en un porcentaje significativamente inferior especialmente en relación al Caso 1 (72% vs. 88,23%).
- 2) Si bien la mayoría sigue considerando que este caso 3 tampoco tipifica delito, es un porcentaje menor especialmente en comparación con el Caso 1 (65,21% vs. 71, 43%). Para quienes entienden que es delito, se dividen entre homicidio doloso, homicidio culposo y abandono de persona.
- 3) Entre las opiniones, resalta la de un juez que señala que las decisiones asistenciales deben ser tomadas dentro del marco de la relación médica y no ser sometidas al conocimiento del juez. Otro juez remarca que se apartó de las respuestas dadas en los dos anteriores casos, porque sintió que quienes no querían tener un hijo en esas condiciones eran los padres, viéndola como una conducta egoísta de los mismos. Sin embargo, destacó que —en el caso de tener que juzgarla— probablemente tendría en cuenta la situación dramática familiar. Un fiscal señaló que la LSV se debía más al interés de los padres que del propio paciente. De todas maneras, aclaró que las medidas asumidas no tipifican delito, pero sí sería delito retirar la alimentación e hidratación en el caso de que el paciente pudiera respirar por sus propios medios. Por su parte, los médicos consideran que este tipo de situaciones no debería judicializarse, salvo que se hallen elementos de mala praxis. Otro destacó que se podría evitar intubar al paciente si tal hubiera sido su decisión, pero que le resultaba muy difícil retirar el respirador si lo necesitó desde un principio.
- 4) La mayoría está de acuerdo con el retiro de ARM (71,42%). Sin embargo, cuando se les pregunta por el retiro de la hidratación y alimentación, sea ésta parenteral o enteral, cambian los acuerdos, ya que la mayoría está en contra de su retiro (65,31% para parenteral y 62,74% para enteral), apareciendo esta medida como el límite entre lo aceptable o no respecto de la limitación de tratamiento.
- 5) La mayoría tampoco hubiera modificado su postura aún cuando hubiera habido una DMA, aunque los porcentajes son inferiores a los dos casos anteriores (71,43% vs 82% caso 2 y 78,43% caso 1).
- 6) Las expresiones “*sin posibilidades razonables de curación*” y “*es capaz de hacer gestos (sonrisas, de dolor, etc.) que son automáticos, sin una relación reconocible con los estímulos*” generan algunas dudas entre los encuestados que les hace pensar que la situación no es tan irreversible porque existiría una respuesta a los estímulos de parte del paciente.

- 7) Por lo general, las respuestas a las preguntas vinculadas a este caso, resultan muy parecidas al anterior cuando no se estuvo de acuerdo con las actitudes tomadas.
- 8) No obstante, en algunos supuestos (22,22%), aún estando el encuestado muy de acuerdo con las decisiones, solo comparte la posición frente al retiro de la ARM, mas no de la alimentación e hidratación artificial (enteral o parenteral).
- 9) Ninguno de los encuestados tuvo respuestas diferentes en las preguntas sobre retiro de alimentación e hidratación parenteral y enteral (expli-cándoles aún que un caso suele ser más invasivo que el otro).
- 10) En algún supuesto, frente a la pregunta si modificaría su respuesta en caso de ser un paciente mayor de edad, se respondió que se modificaría la respuesta si existiera una DMA.

10.2. Relevancia para las políticas e intervenciones sanitarias

En base a los resultados de la encuesta, resultaría adecuado considerar a las cuestiones al final de la vida como competencia propia del campo de la salud pública, el cual debe ser regulado, primordialmente, por normas científicas que faciliten el proceso de toma de decisiones, en un marco de intimidad y respeto de los derechos de todos los involucrados.

Entendemos que la reciente sanción de la llamada “ley de muerte digna” que introduce modificaciones a la Ley de Derechos del Paciente no cambia el panorama descrito en este trabajo, en tanto asistimos a una “inflación legislativa” que vuelve a regular ámbitos de libre disponibilidad del individuo, ya contemplados en otros cuerpos normativos (desde la Constitución Nacional hasta la misma Ley de Derechos del Paciente, ahora modificada), confundiendo además —como si fueran una misma entidad— la negativa del paciente a recibir un tratamiento médico y la indicación médica de LSV; al mismo tiempo que omite contemplar algunas de las situaciones aquí descritas, además de otras alternativas terapéuticas que surgen al final de la vida, como es el caso de los distintos tipos de sedación; sin resultar menos preocupante que el paciente pediátrico se encuentra prácticamente ausente de su regulación, a excepción de la mención genérica en el texto legal a los “incapaces” y sus representantes; por lo que consideramos que donde debería ponerse, fundamentalmente, el acento es en la misma formación del recurso humano (ver *infra*) y no en la sanción de leyes que pueden provocar nuevos conflictos aún cuando su declamada finalidad sea evitarlos.

10.3. Relevancia para la formación de recursos humanos en salud

Ponderamos que los resultados obtenidos con este trabajo podrán colaborar en la formación de recursos humanos no solo en el campo de la salud sino también en el campo del Derecho. Evaluamos que este trabajo ha facilitado un acercamiento entre el mundo médico y el mundo jurídico, contribuyendo a producir un intercambio de conocimiento que puede ayudar a evitar la judicialización de

las conductas médicas, cuando la toma de decisiones se realiza en un ambiente de consenso entre equipo, paciente y familia. A partir de estos resultados, entendemos que debería considerarse a la intervención judicial como un recurso de máxima, último mecanismo al cual recurrir cuando se han agotado todas las posibilidades de acordar un curso de acción en relación a la patología que presenta un paciente. En este sentido, el rol de los Comités Hospitalarios de Ética resulta fundamental porque permite aprehender la situación de salud/enfermedad de forma multidisciplinaria, a través de distintas miradas científicas y legales. Por principio, y apoyados en los hallazgos de la encuesta, el Comité de Ética es aquél llamado a intervenir al momento de surgir discrepancias, cuestionamientos y/o dudas en torno a la adecuada toma de decisiones médicas. Sólo cuando los desacuerdos conspiran contra el mejor interés del paciente, y el Comité no haya podido establecer un consenso, podrá acudir a la intervención judicial.

Creemos que lo que más conspira contra una adecuada toma de decisiones no es sólo o simplemente el marco legal (en tanto, desde lo jurídico, “lo legal” no es solo y exclusivamente la ley escrita sancionada por el legislador, sino que abarca —además— costumbres y valores de una comunidad determinada) sino, primordialmente, la necesidad de reconocer y aceptar a la muerte como un evento más dentro de la propia experiencia vital. En este sentido, huelga decir que los médicos no han sido preparados ni formados para aceptar la muerte de un paciente, sino que —muy por el contrario— perciben la misma como *su* fracaso profesional. Por su parte, el “imperativo tecnológico” acude a fortalecer esta percepción derivando en un empecinamiento terapéutico. Asimismo, la sociedad, en el caso en estudio representada por el universo judicial, también se niega a aceptar la posibilidad cierta de que un paciente —en particular si es un niño— pueda morir y se reconozca y admita esta realidad decidiendo la limitación del tratamiento, ya como abstención ya como interrupción.

En este orden de ideas, se observa que no pueden imponerse cambios de “mentalidad” por ley: muchos médicos han expresado su dificultad a la hora de decidir interrumpir un tratamiento y no estar preparados para el “buen morir” del paciente, mientras que muchos profesionales del derecho han entendido este tipo de conductas como ilícitas o interpretado que existe una diferencia sustancial entre la abstención y la interrupción, cuando bioética y jurídicamente ambas conductas tienen la misma relevancia (14).

Resulta evidente, especialmente de los comentarios de los encuestados, que el contacto con casos reales de la práctica pediátrica de alta complejidad en pacientes gravemente enfermos y sin posibilidades razonables de curación ni mejoría, ha conmovido a los operadores judiciales, más acostumbrados —en estos casos— a fallar sobre expedientes sin contacto personal con el drama real que despierta la enfermedad en un niño. En las entrevistas se percibió la angustia que estas situaciones generaban y la necesidad de, por un lado, brindar una opinión “técnica-profesional” pero dotándola de una mirada de comprensión, empatía y compasión por el dolor ajeno, intentando “darle la vuelta” a la respuesta jurídica, de modo de garantizar —como objetivo de máxima— la prescindencia de

(14) Ver nota 5.

la justicia en torno a la toma de decisiones médicas y como objetivo de mínima, el encuadre jurídico que permitiera atenuar la pena, excluir la antijuridicidad o evitar la reprochabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASSO, D. N., *Nacer y morir con dignidad – Bioética*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.
- BEAUCHAMP, T. & CHILDRESS, J., *Principles of Biomedical Ethics*, 6th edition, New York, Oxford University Press, 2009.
- BROCK, D., “Forgoing Life-Sustaining Food and Water: is it killing” in LYNN, J. (ed.), *By No Extraordinary Means*, Expanded, Ed. Bloomington: *Indiana University Press*, 1989.
- CALÓ, E., *Il testament biologico. Tra diritto e anomia*, Wolters Kluwer Italia SRL, 2008.
- CIRUZZI, M. S., “La limitación de soporte vital frente al Derecho Penal” en *Debates en torno del Derecho Penal*. Mario Tarrío (dir.), Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007.
- Committee on Palliative and End-Of-Life Care for children and their families, Board on Health Science Policy, Institute of Medicine of the National Academies, “When Children Die. Improving Palliative and End-Of-Life Care for Children and their Families”, The national Academy Press, Washington DC, 2001.
- “Controversies on the determination of death”, a white paper by the President’s Council on Bioethics, Washington DC, Dec, 2008, www.bioethics.gov.
- DWORKIN, R., *Life’s Dominion*, First Vintage Books editor, July 1994.
- “End of life care: an ethical overview”, Center of Bioethics, University of Minnesota, 2005.
- GARAY, O. (Coord.), *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*. La Ley, Buenos Aires, 2003.
- GHERARDI, C., *Vida y Muerte en Terapia Intensiva*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2007.
- HEATH, I., *Ayudar a morir*, Katz Difusión, 2008.
- HOOFT, P., *Bioética y Derechos Humanos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.
- HOOFT, P. y MANZINI, J., “El caso Cruzan: ¿eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico?”, ED 149-947.
- JIMENEZ DE ASUA, *Libertad de amar y derecho a morir*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

- JONSEN, A., et al., *Ética Clínica*, Ariel, Barcelona, 2005.
- KUHSE, H. y SINGER, P., *Bioethics. An Anthology*, 2nd edition, Blacwell Oublishing, 2006.
- LANTOS, J. D. y MEADOW, W. L., *Bioética Neonatal. Los desafíos morales de la innovación médica*, Imprenta Universidad John Hopkins, Baltimore, 2006.
- LAWIN, P., *Cuidados intensivos*, Salvat, Barcelona, 1993.
- HOWELL, JOSEPH H. and SALE, WILLIAM FREDERICK (Eds.), *Life Choices. A Hastings Center Introduction to Bioethics*, Georgetown University Press, Washington DC, 2007.
- LO, B., *Resolving Ethical Dilemmas. A guide for clinicians*, Wolters Kluwer Health - LippincottWilliams & Wilkins, 4th edition, 2009, Baltimore, USA.
- LO, B., DORNBRAND, L., "Family decision making on trial: who decides for incompetent patients?", *N Engl J Med*, 1990; 322:1228-1231.
- LUNA, F. y SALLES, A., *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- MEISEL, A., "Legal myths about terminating Life Support", *Arch Intern Med* 1991, 151:1497-1502.
- The Right to die*, 2nd ed, New York, John Wiley % Sons, 1995.
- NIÑO, L. F., *Morir con dignidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.
- Nuffield Council on Bioethics, "Critical care decisions in fetal and neonatal medicine: ethical issues", Nov. 2006.
- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and behavioral research, "Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment", Washington DC, US Government printing Office, 1983.
- "Report of the International Bioethics Committee of UNESCO on Consent", UNESCO, 2008.
- Royal College of Paediatrics and Child Health, "Withholding and Withdrawing Life Sustaining Treatment in children: a framework for practice", May 2004.
- Save the Children, "La evolución de las facultades del niño", UNICEF, 2005.
- "Seeking Consent. Working with Children", Department of Health, Great Britain, Nov. 2001.
- SINGER, P., *Desacralizar la vida humana*, Cátedra Teorema, 2003.
- "Elective use of life sustaining treatments in internal medicine", *Ann. Intern. Med.*, 1991; 36-57-79.
- Rethinking Life and Death*, St Martin`s Griffin, New York, 1994.

TOMÁS, GLORIA MARÍA, GARRIDO & POSTIGO SOLANA, Elena (eds.), *Bioética personalista: ciencia y controversias*, Tribuna Siglo XXI, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2007.

The Hastings Center Special Report, "Improving end of life care. Why has it been so difficult?", 2000.

The Hastings Center Special Report, "Guidelines on the termination of life-sustaining treatment and the care of the dying", 1987.

The International Center for Health, Law and Ethics, "*Informed Consent*", UNESCO Chair in Bioethics, Israel National Commission for UNESCO, Faculty of Law, University of Haifa, Israel, 2003.

Abreviaturas y Acrónimos

ARM Asistencia Respiratoria Mecánica

CMF Cuerpo Médico Forense

DMA Directiva Médica Anticipada

LSV Limitación de Soporte Vital

PJ Poder Judicial

Agradecimientos

Nuestros más sinceros agradecimientos, por su colaboración y participación:

Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. Prof. Dr. Juan P. Garrahan

Dra. Marisa Aizenberg, Directora Académica del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho UBA.

Dra. Carmen Argibay. Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dr. Gustavo Bruzzone, Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

Dra. Ángela Ledesma, Presidente de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Dra. Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación.

Dr. Eduardo Righi, ex Procurador General de la Nación.

Dr. Roberto Godoy, Decano del Cuerpo Médico Forense.

Dra. Laura Musa, Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ANEXO

Encuesta de Opinión

Consentimiento informado para la participación en encuesta

Documento de consentimiento informado (CI) para los profesionales jueces; fiscales; defensores oficiales; asesores de menores y médicos forenses de la Justicia Nacional.

Nombre del Investigador Principal: Dr. Jorge Oscar Selandari, y Dra, María Susana Ciruzzi.

Nombre de la Organización: Comité Hospitalario de Ética del Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. Prof. Dr. Juan P. Garrahan.

Nombre del Becario: Dr. Adriel Jonas Roitman.

Nombre de la Institución a la que pertenece el becario: Observatorio de Salud, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires.

Nombre del Proyecto: Estudio descriptivo de la opinión de los miembros de la justicia nacional en lo penal y civil (familia), en situaciones de limitación de soporte vital en pediatría.

El objetivo de la presente encuesta es conocer la respuesta desde el ámbito forense a casos hipotéticos de limitación de soporte vital en pediatría.

Consideramos que su participación en carácter de entrevistado resulta extremadamente importante a los fines de poder explorar —desde su propia actividad— la problemática que rodea la práctica médica en las decisiones de limitación o no del soporte vital, con la finalidad de entender la realidad por la que atraviesan tanto los médicos como los pacientes y sus familias, y poder elaborar alternativas de protección y concretización de sus derechos individuales en consonancia con la buena práctica médica.

Fundamento

El desarrollo de las ciencias médicas, en su faz tecnológica, ha determinado la aparición de técnicas que permiten mantener la vida biológica hasta extremos impensados no hace mucho tiempo atrás. La necesidad de establecer un límite a esta práctica frente al ejercicio de determinados derechos (autonomía, dignidad, calidad de vida), la obligación de evitar caer en extremos perniciosos (encarnizamiento terapéutico o abandono del paciente) y el rol cada vez más activo que asume el paciente y/o sus familiares en la relación médica, llevan a plantearse cómo resolver aquellos conflictos sin que el paciente se vea perjudicado y sin que el profesional asistente vea cuestionada su responsabilidad profesional. Podemos afirmar que en Bioética prevalece la noción de que no todo aquello que es tecnológicamente posible de ser realizado es éticamente correcto, y que la vida —en su expresión meramente biológica— no resulta un bien ontológicamente

absoluto. A ello debe sumarse que la muerte es un evento más, un proceso que —inexorablemente— todos hemos de experimentar y que, también en la niñez se dan situaciones en las cuales sólo se puede retrasar ese momento, mas no evitarse. La cuestión se centra en explorar el discurso jurídico-forense respecto al enfoque que desde el Derecho Penal y Civil se da a estas cuestiones y, en su caso, poder arrimar propuestas abarcativas de la complejidad de las situaciones planteadas en Pediatría.

Método: encuesta semiestructurada anónima.

Confidencialidad: se garantiza la reserva y resguardo de sus opiniones y comentarios, los que sólo se obtendrán a los fines propios de la investigación, y no serán revelados de manera tal que puedan ser identificados con una persona en particular. Los resultados de la presente investigación podrán ser divulgados en publicaciones y/o actividades científicas, protegiéndose siempre la intimidad de los sujetos de investigación y de los terceros participantes.

Nombre y apellido del entrevistado:

Documento de Identidad:

Firma:

Nombre y apellido del investigador:

Documento de Identidad:

Firma:

Interpretación ideológica-doctrinaria de profesionales de la Justicia Nacional, en situaciones de limitación de soporte vital en pediatría.

A.- Antecedentes Personales y Profesionales

1.- Datos demográficos:

* Edad	
* Sexo	
*Estado Civil	
* Hijos/Nº	
* Profesión	
* Antigüedad	
Cargo o Función	
Antigüedad	

2.- Formación profesional

* Grado	
* Postgrado	
* Doctorado	

3.- Datos confesionales:

Religión	
* Ateo	
* Agnóstico	
* Católico	
* Evangélico	
* Judío	
* Musulmán	
* Otros	

Ejercicio: ¿concurre o participa de las actividades religiosas de su comunidad?

* Regularmente Esporádicamente Nunca

B.- Antecedentes casuísticos y conceptuales

a) ¿tuvo que intervenir en algún caso de LSV?

SI NO

b) Si su respuesta es afirmativa, agradeceremos describa brevemente cuál fue el caso y qué decisión se tomó.

c) ¿Considera Ud. que desde el punto de vista médico-legal, conceptualmente tiene la misma relevancia “permitir morir”, “ayudar a morir” y “causar la muerte”?

SI NO NO SABE

d) ¿Considera Ud. que desde el punto de vista médico-legal tiene la misma relevancia abstenerse de iniciar un tratamiento que suspender o retirar un tratamiento ya iniciado?

SI NO NO SABE

C.- Análisis de Casos Hipotéticos

A continuación le presentamos 3 casos hipotéticos pero basados en situaciones que usualmente enfrenta el equipo de salud pediátrico, clasificados en 3

categorías comúnmente tipificadas en los análisis desde una perspectiva ética de estas situaciones. El primer caso es en un escenario de “sin posibilidades” (“the no chance situation” en la literatura anglosajona). El segundo es un escenario de “situación insoportable” o de extremadamente pobre calidad de vida (*the unbearable situation*) y por último le presentaremos un paciente en una situación de estado vegetativo permanente. Note que todos los casos se presentan en una situación de buena relación, entendimiento y consenso entre el equipo médico y la familia.

Caso 1. Situación sin posibilidades: esta categoría abarca al paciente cuyo tratamiento de sostén vital simplemente retrasa la muerte, sin producir un significativo alivio del sufrimiento causado por la enfermedad. Por ejemplo: Mariela tiene 11 años y padece una leucemia mieloide aguda. Sometida a quimioterapia, con la finalidad de poder recibir un trasplante de médula ósea, toleró muy pobremente el tratamiento, desarrollando sepsis (infección generalizada grave) y dificultad respiratoria. Fue intubada y conectada a un respirador mecánico en terapia intensiva, pero su condición continuó deteriorándose y requiriendo mayores exigencias de ventilación mecánica. A pesar de la quimioterapia la leucemia continuaba activa, lo cual en conjunto con la situación actual configuraba una situación sin posibilidades razonables de recuperación. Los médicos y los padres acordaron no escalar más en el soporte vital (por ejemplo asistencia respiratoria por medio de respirador artificial, diálisis o maniobras invasivas como colocación de drenajes, etc.) y no iniciar maniobras de reanimación en caso de paro cardíaco. Mariela desarrolla fallo múltiple de órganos y cuando ocurre el paro cardíaco fallece sin que se intente la reanimación cardiopulmonar.

a.- ¿En general, estaría de acuerdo con las decisiones tomadas?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

b.- Hipotéticamente, si usted estuviera en el lugar de un juez que debe pronunciarse en este caso, las conductas descriptas en el mismo, podrían ser consideradas típicas de:

Homicidio doloso

Homicidio culposo

Abandono de persona

Ayuda o instigación al suicidio

Ningún delito

Comentarios y/o notas

c.- ¿Estaría de acuerdo con la no realización de la reanimación cardiopulmonar en el evento del paro cardíaco (masaje cardíaco, drogas, etc.)?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

d.- ¿Estaría de acuerdo con retirar la asistencia respiratoria mecánica?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

e.- ¿Modificaría su respuesta si esta paciente, menor de edad, hubiera dejado una directiva anticipada (o testamento vital) solicitando el retiro/abstención de la asistencia respiratoria mecánica o de la hidratación y alimentación parenteral?

SI NO

Comentarios y/o notas

f.- ¿Modificaría sus respuestas si en vez de un paciente menor se tratara de un paciente mayor de edad?

SI NO

Comentarios y/o notas

g.- ¿Considera necesario requerir autorización judicial en este caso para determinar si procede o no limitar el soporte vital?

SI NO

Comentarios y/o notas

Caso 2. La situación insoportable o de muy pobre calidad de vida: durante el transcurso de una enfermedad progresiva, el tratamiento adicional puede provocar solamente más sufrimiento, a pesar de la posibilidad de que podría tener algún beneficio potencial sobre la condición subyacente. Por ejemplo: una mamá primeriza comenzó con trabajo de parto a las 41 semanas de gestación y necesitó de una cesárea de urgencia. Tuvo un bebé de 2,700 kg a quien llamó Ramón, relativamente pequeño para las 41 semanas. El bebé no respiró y fue resucitado pero desarrolló convulsiones en las 4 horas posteriores. Permaneció sin respuesta y dependiendo de asistencia respiratoria mecánica (ARM) hasta los 32 días de vida. A los 45 días de vida reingresa en ARM por apneas (episodios de ausencia de respiración) y subsecuente infección respiratoria que requirieron parámetros altos de respirador. A los 65 días de vida presenta la primera crisis importante de broncostrucción con llanto y cianosis generalizada que requiere reanimación y sedación. Estas crisis se repetirán y se irán agravando progresivamente a lo largo de su internación a pesar de diversas estrategias terapéuticas llegando a los 9 meses de vida con requerimiento continuo de ventilación mecánica con crisis de broncostrucción y convulsivas que lo desestabilizaban frecuentemente, lesión neurológica extensa y grave donde toda la evidencia médica mostraba con un alto grado de certeza que el tiempo de sobrevivencia de Ramón sería con severa cuadriplegia (parálisis de los 4 miembros) y profundo déficit cognitivo. En este contexto, los médicos, enfermeros y sus padres coincidían que las medidas de sostén vital estaban en contra del mejor interés de Ramón, en el sentido que las medidas (necesidad continua de accesos intravenosos, aspiración de la vía aérea, drogas sedantes e incluso a veces paralizantes) solo causaban sufrimiento adicional sin

ofrecer beneficios desde el punto de vista del paciente; que solo prolongaban el sufrimiento y una vida de extremada baja calidad, y que persistir en el soporte vital solo para evitar el dolor de la pérdida que sufrirían sus padres atentaba contra la propia dignidad de Ramón.

Así, un día a la mañana, estando Ramón a upa de su mamá y acompañado por su papá, se lo desconecta del respirador, las dosis de sedación se incrementaron para controlar una posible sensación de falta de aire. A los pocos minutos, Ramón hace una apnea que desemboca en paro cardíaco, falleciendo sin intentos de reanimación.

a.- ¿En general, estaría de acuerdo con las decisiones tomadas?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

b.- Hipotéticamente, si usted estuviera en el lugar de un juez que debe pronunciarse en este caso, las conductas en el mismo podrían tipificarse de:

Homicidio doloso
 Homicidio culposo
 Abandono de persona
 Ayuda o instigación al suicidio
 Ningún delito

Comentarios y/o notas

c.- ¿Estaría de acuerdo con la decisión tomada de retirar la asistencia respiratoria mecánica?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

d.- ¿Modificaría su respuesta si se tratara de un paciente pediátrico de mayor edad que hubiera dejado una directiva anticipada (o testamento vital) solicitando el retiro/abstención de la asistencia respiratoria mecánica o de la hidratación y alimentación parenteral?

SI NO

Comentarios y/o notas

e.- ¿Modificaría su respuesta si en vez de un paciente pediátrico se tratara de un paciente mayor de edad?

SI NO

Comentarios y/o notas

f.- ¿Considera necesario requerir autorización judicial en este caso para determinar si procede o no limitar el soporte vital?

SI NO

Comentarios y/o notas

Caso 3. Estado vegetativo permanente: en esta situación, el niño es completamente dependiente de otros en todos los aspectos del cuidado y no reacciona ni interacciona con el mundo circundante. Este estado es una condición médica que se caracteriza por: 1) la ausencia de interacción voluntaria con el medio externo, 2) ausencia de conciencia de su mundo interior y 3) sin posibilidades razonables de recuperación, luego de 12 meses de asistencia. El niño no experimenta dolor ni otras sensaciones concientes pero presenta estados de vigilia y sueño y es capaz de hacer gestos (sonrisas, de dolor, etc.) que son automáticos, sin una relación reconocible con los estímulos. Nuestro caso hipotético es Pedro, joven de 15 años que sufrió un accidente automovilístico que le produjo un traumatismo de cráneo que lo dejó en un estado vegetativo. Lleva intubado y con respirador mecánico más de 17 meses, y jamás ha recuperado la conciencia ni expresa reacción ni interacción alguna a su mundo circundante. Sus padres solicitan se retire el tubo endotraqueal y se le permita morir en paz. Afirman que desde su conocimiento de Pedro, esta conducta es la que él hubiera querido. Los médicos retiran el tubo endotraqueal que lo mantiene conectado al respirador artificial y Pedro muere unos 30 minutos después.

a.- ¿Estaría de acuerdo con las decisiones tomadas?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

b.- Hipotéticamente, si usted estuviera en el lugar de un juez que debe pronunciarse en este caso, las conductas descritas en el mismo podrían tipificarse:

Homicidio doloso

Homicidio culposo

Abandono de persona

Ayuda o instigación al suicidio

Ningún delito

Comentarios y/o notas

c.- ¿Hubiera estado de acuerdo con el retiro realizado de la asistencia respiratoria mecánica?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

d.- ¿En el supuesto que Pedro hubiera podido respirar por sus propios medios, hubiera estado de acuerdo con retirar la hidratación y alimentación parenteral (hidratación y alimentación a través de un catéter intravenoso)?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

e.- ¿En el supuesto que Pedro hubiera podido respirar por sus propios medios y estuviera alimentado artificialmente (administración de líquidos y nutrientes

por vía digestiva a través de una sonda), hubiera estado de acuerdo con retirar la hidratación y alimentación enteral?

NO ALGO DE ACUERDO MUY DE ACUERDO

f.- ¿Modificaría su respuesta si el paciente pediátrico hubiera dejado una directiva anticipada (o testamento vital) solicitando el retiro/abstención de la asistencia respiratoria mecánica o de la hidratación y alimentación artificial?

SI NO

Comentarios y/o notas

g.- ¿Modificaría su respuesta si en vez de un paciente pediátrico se tratara de un paciente mayor de edad?

SI NO

Comentarios y/o notas

h.- ¿Considera necesario requerir autorización judicial en este caso para determinar si procede o no limitar el soporte vital?

ANÁLISIS DEL ART. 26 DEL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO

Josefina Rita Ernestina Sica (1)
(Colaboración: *Sonia Migliazzo*)

El Proyecto, continuando con la línea de nuestro actual Código, distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. Sin perjuicio de que ello no es más que lo ya sostenido y regulado en nuestro sistema jurídico a través de la Convención citada y lo dispuesto por ley 26.061.

En el Proyecto de Código unificado, se incorpora la figura del “adolescente” y se elimina al menor adulto o púber, adecuando la edad de la nueva categoría a la modificación operada en materia de mayoría de edad. Regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, “pareciera” siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la Bioética y en el derecho comparado, donde se han desarrollado en forma exhaustiva la noción de “competencia” diferenciándola de la capacidad civil tradicional (2).

(1) Abogada (UB). Docente universitaria de grado y postgrado (UAI) y otras instituciones.

(2) V., O. M. ABELEDO PERROT AP/JUR/12/2012. Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar del Plata. 17/01/2012 APCBAJD, 05/03/2012. “El concepto jurídico de capacidad no coincide con el principio bioético de ‘competencia’ ya que es necesario que para que el sujeto tenga capacidad se debe tratar de una persona que asimile la información brindada respecto del acto médico y en función de ellas, que adopte una decisión mediante una adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos. Derecho Constitucional de Familia de Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera.

Y como lo señala Aída Kemelmajer de Carlucci: “Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.

Si bien de la lectura de los fundamentos del Proyecto del Código unificado surge expresamente que se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos, ello no es lo que surge del articulado, especialmente del art. 26.

Para poder comprender esta reflexión sería bueno realizar una pequeña síntesis de algunas cuestiones fundamentales que hacen a la Bioética y que deberían ser tenidas en cuenta, cuando regulamos en su nombre.

Primeramente deberíamos comprender los contenidos de cada uno de los principios sustentadores de la bioética y que son:

1. AUTONOMÍA: Cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que lo afecta —su vida, su salud— (3).
2. BENEFICENCIA: Prevenir o eliminar el daño y promocionar el bien.
3. JUSTICIA: Tratar a cada uno como corresponda, con la finalidad de disminuir las situaciones de desigualdad, tender a la protección de los valores.
4. NO MALEFICENCIA: No se debe causar daño a otro.

Por otro lado, debemos tener claro que el centro de todo el sistema jurídico, como también de todo el análisis bioético, es el ser humano considerado como alguien único, irrepetible e insustituible. Esto hace que miremos en el hombre sus valores, sus creencias, sus principios, su cultura, su proyecto de vida.

Cabría realizar la pregunta si esto es lo que se ha tenido en cuenta al redactar el art. 26 del Proyecto del Código unificado. Si bien como dijimos al principio del trabajo pareciera que sí, esto no es tan así a medida que avanzamos en la lectura del mismo.

Recordemos el texto del art. 26: *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que los adolescentes entre trece (13) y dieciséis (16) años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

(3) ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL, *Bioética, derecho y argumentación*, Lima, Bogotá, Ed. Palestra Temis, 2004.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Se debe analizar por un lado, “la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”, si le son permitidos por ley, se encuentran habilitados para realizarlos, con lo cual el considerar la edad y grado de madurez, pareciera que actúa de manera limitativa y no habilitadora, y allí es donde no se respetan los principios que se sostienen en los fundamentos del Proyecto del Código unificado.

Por otro lado, y específicamente en relación a la madurez y edad respecto de los actos médicos, se da una supuesta habilitación parcial entre los 13 y 16 años, excluyendo de la misma los tratamientos invasivos y otros, lo cual deja *poca* claridad acerca de las *pocas* decisiones que podrá tomar el adolescente.

Tomamos otra vez la edad como paradigma de la habilitación y no la “competence”, y excluimos supuestos de tratamientos invasivos que en muchos casos resultan ser cuestiones ordinarias y menores, totalmente programadas y previsibles. Por ello entendemos que resulta ser poco feliz su redacción.

Se enuncia, como principio, que el menor debe ser escuchado cuando se decidirá sobre su salud en ámbito en el que se produce el conflicto o en un proceso judicial.

Si judicializáramos el conflicto no se pensó en los largos tiempos judiciales, que en casos de enfermedades graves, cuando lo que se discute es la aplicación de determinados tratamientos, el reloj de la justicia es demasiado lento en relación al devenir del enfermo.

Mucho se ha hablado de la trascendencia de la competencia y grande fue la discusión respecto a cuál de los dos parámetros enunciados *capacidad vs. competencia* que es el que debe tenerse en cuenta a los efectos de evaluar un consentimiento informado válido. Se ha sostenido (4) que el tratamiento médico, el suministro de medicamentos, curación o intervención quirúrgica al que debe consentirse o asentirse, no constituyen actos jurídicos, sino hechos jurídicos, o a lo sumo simples actos voluntarios lícitos, pues no tienen por fin inmediato crear, modificar, transferir o conservar derechos.

Por ello, para algunos autores, hay que referirse al asentimiento simple o mera manifestación de voluntad, previo a la comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, de la facultad para comparar las ventajas alternativas. Los valores rectores del consentimiento médico serían: la au-

(4) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª edición, editorial Ad Hoc, 2003.

tonomía y la razonabilidad de la decisión, mientras se muestre adecuado respeto a la salud del paciente.

Otros hemos hablado, en numerosas ocasiones, que no es la capacidad la que rige el acto sino la “competence”, concepto que en nuestro derecho podría ser asimilado al discernimiento (5). Esta última resulta ser la posición más acorde a los dilemas y soluciones que nos alcanzan, y es el análisis integrador e interdisciplinario de la bioética, que en numerosas ocasiones se ha observado que personas consideradas capaces para la ley no se encontraban con la “competence” suficiente para decidir.

En nuestro derecho, por el contrario, a los menores se los ha considerado competentes para decidir en numerosos actos de sus vidas con gran adultez y maduración.

Por todo lo expuesto se considera que en el Proyecto del Código unificado estará sujeto a debate la siguiente redacción para el art. 26: *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, será tomada en cuenta su edad, aptitud y grado de madurez, a fin de habilitar la realización de actos que por ley sólo puedan ser realizados por sus representantes. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que los adolescentes entre trece (13) y dieciséis (16) años tienen aptitud para decidir por sí respecto de los tratamientos que hacen a su salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física, previa intervención del Comité de Ética quien evaluará el discernimiento de aquéllos, siempre teniendo en cuenta el interés superior de los mismos.

Los adolescentes deben prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

(5) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en *Persona humana*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249 y sgtes.

CAPÍTULO 8
DERECHO COMPARADO

EL DERECHO DE LA SALUD Y SU RELEVANCIA INTERNACIONAL. ANÁLISIS COMPARATIVO DE ARGENTINA, BRASIL Y DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Alberto Arbex

1. DERECHO DE LA SALUD. TEMA DE INTERÉS INTERNACIONAL ACTUAL

El derecho de la salud es tema presente en los noticieros alrededor del mundo y se lo discute también en ámbito académico en sus diversos aspectos. Donde hay servicios de salud, hay cuestiones de regulación a definir por las autoridades gubernamentales, los sectores jurídicos y la población asistida por las estructuras de atención disponibles en cada país. Comprender este fenómeno de características internacionales —aunque motivado por la cultura local— y buscar compararlo entre los países estudiados aquí es el principal objetivo de este texto, que pretende demostrar que hay paralelos y realidades complementarias entre estos tres países. Se pueden buscar soluciones a través de una mirada crítica sobre los planteamientos hechos por los tres países interesados a esta investigación.

En Argentina, hace mucho se produce extensa literatura e investigaciones sobre el tema. El establecimiento del Observatorio de Salud, de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Seminario sobre Derecho y Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” —centros académicos reconocidos internacionalmente—, confirma la importancia del tema para la actual realidad latinoamericana (UBA, 2009).

La reforma constitucional de 1994 fue un marco en la regulación del sistema de salud argentino, que presenta carácter fragmentado, en el que cuatro tipos diferentes de servicios de salud conviven. El dispositivo constitucional de garantía del Derecho a la Salud, en el artículo 42 de la Constitución Argentina, muestra en su contexto una demanda de estudios más profundizados para delimitar (o ampliar) las responsabilidades de cada entidad estatal, en este delicado equilibrio entre las obligaciones del gobierno, los derechos de los ciudadanos y la iniciativa privada.

Artículo 42- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses

económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno (Argentina, 1994).

En Brasil, el derecho a la salud es también ciencia de estudios recientes, y tal desarrollo ocurrió en los últimos 25 años. La Constitución de 1988, en los artículos 196 a 201, define el derecho a la salud como “un derecho de todos y un deber del Estado”, pero no asegura las condiciones adecuadas para que tal asistencia se haga presente, por no definir fuentes de financiación y estructuras universalizadas para garantizar la cobertura para todo el territorio nacional.

Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outro agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação* (Brasil, 1988).

Los centros académicos de la USP y de la Fiocruz —especialmente a través de las profundas investigaciones conducidas por los equipos de los profesores Sueli Gandolfi Dallari (USP) y Luiz Cezar Romero (Fiocruz)—, demuestran que las normas de producción en salud son una realidad creciente y necesaria para que dicha previsión constitucional pueda prevalecer (Dallari, 1988).

En los Estados Unidos, la ciencia conocida como *Health Law* (Derecho de la Salud) aborda la búsqueda, desde mediados del decenio de 1970, de una política de salud viable, preventiva y eficaz ante el creciente desarrollo de las técnicas de salud. La Universidad de Harvard, y más específicamente la Escuela de Salud Pública de Harvard, realiza investigaciones interdisciplinarias encaminadas a una mejor comprensión del contexto de la salud. Los costos de salud y su regulación siempre estuvieron en la base de la organización del sistema de salud estadounidense, que tiene como tema de orden el sistema capitalista-liberal. Las relaciones costo-beneficio son estudiadas profundamente, para verificar cuales estrategias de enfoque universal reducen los costos que se imponen al sistema terciario (hospitales y centros de investigación de vanguardia), que son sin embargo los centros de atención en salud donde se concentran los costos más elevados de la atención médica. Debido a esta mayor estandarización de las relaciones de trabajo, las leyes sobre mala praxis siempre fueron la tónica del sistema, y los seguros de salud existen para frenar y cubrir los errores del profesional de salud de aquel país. Hace mucho hay gastos por la ‘medicina defensiva’, que se caracteriza por la excesiva solicitud de exámenes complementarios, para evitar demandas judiciales por fallas en el diagnóstico y la conducta clínica.

A diferencia de los sistemas brasileño y argentino, el sistema de salud estadounidense no se caracteriza por la búsqueda de la universalidad. Éste es un sistema en el cual, en los últimos cuatro años, se busca la ampliación del derecho de acceso a la salud para la mayoría de los ciudadanos, pero que hoy todavía se queda exclusiva y restringida a unos pocos —a quienes pueden pagar para tratar adecuadamente su salud—. En 2011 el Presidente Barack Obama hizo tratos para su expansión, a través del sistema denominado *Medicaid* —un tipo de asistencia obligatoria a los beneficiarios de bajos ingresos—, pero con la necesidad de pago por parte del usuario (CMS, 2013). Aunque cuenta con la simpatía de gran parte

de la población, especialmente de aquellos con ingresos más bajos, hubo y hay todavía gran resistencia por parte del partido conservador (que es la oposición política al Presidente), en cuanto a si se debe ofrecer un servicio de naturaleza más cercano al *universal*, como los sistemas ofrecidos en Latinoamérica. Tal expansión, diversa de la nuestra, se produciría dentro de las normas del comercio y del liberalismo —y no sería justificada por la “universalización de la salud”—, como ocurre en América Latina.

La constitución estadounidense no prevé expresamente el derecho a la salud. Indirectamente, en su preámbulo, describe el propósito de:

(...) promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América (Estados Unidos, 1787).

Algunos autores consideran tal parte del texto como una manera indirecta de garantizar el derecho a la salud (“*el bienestar general*”). Una encuesta de 2009, en este sentido, mostró que el 64% de la población de ese país considera que la asistencia sanitaria debería ser un derecho garantizado por la ley (CBS, 2009).

Es positiva y adecuada la creación de organismos y grupos internacionales para la discusión de estos temas, como la “Red Iberoamericana de Derecho de la Salud”, una sociedad de expertos que investiga este amplio tema. Tal iniciativa traduce parte de la característica latina de “reunión de fuerzas” hacia un mayor desarrollo humano. No por casualidad, su creación, en 2011 ocurrió en la Argentina, un país propenso a este tipo de iniciativas de debate internacional, debido a la visión precisa que este país presenta de su inserción en la realidad global, y de comprender, a menudo con gran claridad y precisión, la necesidad de un debate internacional sobre éste y otros temas de relevancia universal.

2. TEMAS AFINES AL DERECHO DE LA SALUD

La cuestión de la gestión de la salud, en la actualidad, recibe cada vez más atención, por parte de las autoridades y de las poblaciones afectadas.

Al principio de este siglo, varias dificultades se enumeraron en tal gestión, entre las cuales se presentan con particular importancia los mencionados abajo:

- a) Los crecientes costos de salud;
- b) Los riesgos a la salud (universales en su impacto, aunque regionales en sus características);
- c) La regulación de salud;
- d) El control y la gestión de los diversos sistemas de salud, que coexisten.

El incremento de la utilización de la tecnología en la salud, la expansión de las vacunas, la creación de sistemas más eficaces de protección de la salud: todos estos procesos tienen un costo involucrado. Dicho costo es creciente, has-

ta el punto de que estudios estadísticos evalúan la eficacia de ciertos métodos de diagnóstico preventivo a través de sus costos y beneficios, y no simplemente analizando su potencial beneficio para un individuo específico. Estudios de costo-beneficio dirigidos, desde una perspectiva de gestión y aplicación de valores disponibles para la salud, verifican si ciertas tecnologías y herramientas deberían ser utilizadas para toda una población, con fines a la prevención de enfermedades y su detección temprana. Por ejemplo, se analiza si el examen de la densitometría de los huesos debe ser realizada en todas las mujeres, o si solo se aplicaría a aquellas con riesgo más elevado de desarrollo de la osteoporosis.

La aparición de nuevos riesgos para la salud está asociada al del desarrollo tecnológico de la industria en el mundo. Al mismo tiempo en que surgen nuevos productos en el mercado, sus consecuencias y efectos sobre el medio ambiente y la salud de los ciudadanos son probados sólo *a posteriori*; en raras ocasiones, y de manera ineficiente, se logran esfuerzos para la prevención de los efectos de nuevos productos en el medio ambiente y en la salud. El ejemplo de los cultivos transgénicos es conocido, y sus riesgos, aún desconocidos. Otros ejemplos claros son los productos de la nanotecnología, para la cual todavía no hay una adecuada regulación, y otro ejemplo serían los derivados del petróleo en el medio ambiente, como las dioxinas —derivados tóxicos de su incineración—, y las bolsas de plástico —que permanecen en el ambiente por cientos o miles de años—. Para tales amenazas, creadas por el desarrollo económico, la búsqueda de soluciones siempre viene retrasada, después de concretadas sus amenazas a la salud y al ambiente —y nunca al revés, de manera preventiva, como debería ocurrir—.

La regulación de la salud de manera compleja es un hecho reciente en la historia. Los sistemas de protección y cuidado del paciente son todavía incipientes y esperan la verificación de su eficacia en la protección de los ciudadanos, en todo el mundo. Aunque cada país utilice una estrategia de abordaje (mercantil, universal o mixta), no se concluyó cuál de ellos sería más eficaz o más interesante que el otro. El derecho de la Salud, como investigación del derecho, es una ciencia todavía joven, con unas pocas décadas de historia —quizás en su adolescencia—, construyendo fuertes bases para el futuro.

La gestión de los sistemas de salud demostró diferentes modelos a seguir. Ella se desarrolla inicialmente como ley complementaria, y basada en los sistemas políticos, económicos y legales ya existente en cada país. Su implementación, su crecimiento hasta tornarse una ciencia independiente es asociada a cada realidad diversa, en la cual se inserta. Dicho debate se produce en todos los países donde se busca implementar un sistema jurídico justo, como en España (Urbina, 2010), país que no es el objetivo principal de nuestro estudio, pero que camina firme, en el sentido de las investigaciones en Derecho y Salud, al lado de los países estudiados aquí: Argentina, Brasil y Estados Unidos. La tendencia a una más amplia regulación de la salud es un hecho inexorable, teniendo en cuenta que los errores son parte de cualquier actividad humana compleja, y la reparación de errores a los demás es inherente al sistema jurídico internacional hoy, en el ámbito del derecho civil.

3. ENFERMEDADES CRÓNICAS

3.1. En Argentina

El costo de la enfermedad crónica en Argentina despierta la preocupación de las autoridades de salud, debido a su crecimiento exponencial.

En la última década, un 30% de las muertes en la Argentina fueron debidas a la enfermedad cardiovascular, la más importante causa de óbitos en el país. Los principales factores de riesgo a ella asociados son la hipertensión arterial, la diabetes, altos niveles de colesterol, el sobrepeso y la obesidad, la baja ingesta de frutas y verduras, la inactividad física y el uso del tabaco. Todos éstos, juntos, son responsables por 80 por ciento de las muertes en el país.

Un abordaje de costo-efectividad, para la prevención y minimización de complicaciones, implica el seguimiento y la búsqueda de diagnósticos de la diabetes y la hipertensión y cánceres, en sus estadios iniciales. Es también relevante para tal plan la creación de servicios especializados en estas enfermedades, como ambulatorios y servicios de expertos en tales patologías (OPS, 2007).

El abordaje del tabaco, de la inactividad física, de los hábitos dietéticos y vicios son conductas relevantes para una mejora en el estilo de vida de la población argentina, y para la prevención de enfermedades, según investigaciones de la Universidad Nacional de La Plata (CEDLAS, 2011).

El gobierno argentino creó en el año de 2009 la 'Estrategia Nacional para la Prevención y el Control de Enfermedades no Transmisibles' (Resolución N° 1083/09). Formulada por la Subsecretaría de Prevención y Control de Riesgos del Ministerio de Salud de la Nación, y tiene como su principal objetivo estudiar los factores de riesgo asociados con estas enfermedades crónicas, y proponer soluciones eficaces.

El llamado 'Plan Nacional Argentina Saludable', creado en 2009, tiene objetivos similares: coordinar estrategias de intervención de base poblacional, para factores determinantes de las enfermedades crónicas, como el tabaco, el sedentarismo y la alimentación no saludable. Éstas son iniciativas correctas, todavía de éxito y eficacia limitados, y su eficacia aún no fue evaluada de manera objetiva (Ministerio de Salud, 2013).

3.2. En Brasil

Los investigadores brasileños buscan verificar los costos que las enfermedades crónicas imponen al sistema de salud nacional.

Una investigación reciente demostró que los costos de asistencia para la diabetes, una enfermedad crónica relevante, son crecientes y preocupantes. Se trata de una enfermedad cuya prevalencia, en las poblaciones occidentales, está relacionada a la obesidad y a la hipertensión arterial. Históricamente, hubo un aumento de gastos con tales pacientes. Ésta es una situación para la cual una planificación de la gestión es urgente y necesaria. Un cambio de paradigmas en

gestión de salud es necesario, en lugar de buscar sólo soluciones paliativas e inmediatas, que no aborden toda la problemática. Enfermedades como la hipertensión, depresión y enfermedades osteoarticulares son causadas por el estilo de vida moderno, y ya presentan incrementos en su prevalencia.

De modo similar, una reciente publicación en una revista alemana de derecho demostró que la lucha contra el sobrepeso y la obesidad merece atención prioritaria de los gobiernos de Brasil y Argentina, confirmando dificultades y aspectos paralelos en las acciones políticas y jurídicas, con las cuales ambos países podrían beneficiarse (Arbex, 2012).

3.3. En los Estados Unidos

La necesidad de buscar políticas apropiadas para tratar enfermedades crónicas fue observada por las autoridades políticas estadounidenses. En el Congreso, la iniciativa para combatir las enfermedades crónicas es una de las medidas que toman los legisladores, para plantear discusiones y buscar soluciones viables, a estos temas de creciente relevancia social en aquel país (Partnership, 2013). Enfermedades como la hipertensión, la obesidad y la diabetes están en la agenda política del día.

Políticas de salud pública son mencionadas más a menudo, después de haber comprobado su eficacia para abordar el problema del tabaquismo, que fue enfrentado y bien solucionado, con la reducción de sus números, a través de soluciones jurídicas y de la implementación de planes de reducción de su uso, a la población en general.

En un artículo de 2006, expertos de la Universidad de Harvard dijeron que el enfoque de una enfermedad crónica similar al tabaquismo, pero también con poca efectividad de tratamiento clínico —la obesidad— podría encontrar parte de su solución en las normas reglamentarias para la industria alimentaria, especialmente en el control de la publicidad de comida chatarra para niños y jóvenes, más sensibles a tal presión mediática, según apunta esta divulgación (Mello, 2006).

En otro artículo, publicado por un jurista en el periódico de la *American Medical Association* (Asociación Médica Estadounidense), en 2007, se aborda como tema principal la importancia de la ley como una herramienta para la prevención de la obesidad. Éste es un enfoque original y apropiado, que dice mucho al Derecho de la Salud, y que demuestra cómo iniciativas legales pueden mostrar soluciones innovadoras en el ámbito de la prevención y asistencia en salud. La preocupación surge de los costos para la enfermedad de la obesidad. Por supuesto, esto ocurre en el país que tiene la más elevada prevalencia de obesidad en el mundo, aunque no sea un problema exclusivo de los EE.UU., sino de todo el mundo (Gostin, 2007).

La misma preocupación surge de la necesidad de regular la publicidad de alimentos en los Estados Unidos, ya que los niños y adolescentes estadounidenses son sometidos a anuncios alimentarios sin ningún tipo de restricción. Por

tratarse de un público vulnerable (Ciruzzi, 2011), con reducido poder de discernimiento y crítica en cuanto a lo que se ofrece a ellos, se sugiere que las políticas de salud pública contemplen tal situación, para la prevención de lo que se conoce como *la epidemia de obesidad infantil* (Nestlé, 2006).

4. LOS COSTOS CRECIENTES DE LA SALUD

Diversas normas supranacionales hacen alusiones a la protección de la salud, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950.

Más recientemente, nuevas regulaciones amplían y especifican los objetivos de la protección legal del paciente, tales como:

- La *'Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes'*, realizada en la 34^a. Asamblea Médica Mundial en Lisboa en 1981, revisada y corroborada por la 171^a. Reunión del Consejo, en Santiago de Chile, en 2005;
- La *Carta de Tallin*, redactada por la región europea de la Organización Mundial de la Salud, en 2008. Los países firmantes de este documento se comprometen a mejorar la salud de sus ciudadanos, a través del fortalecimiento de sus sistemas de salud (OMS, 2008; Urbina, 2010).

Tales normas implican la elevación de los costos de la salud, y la necesidad de la construcción de nuevos (o mejores) sistemas de protección al paciente, así como la promoción de la salud, en última instancia. Vamos a ver cómo los tres países estudiados abordan el tema.

4.1. En Argentina

Siguiendo la tendencia mundial, en Argentina también creció el gasto con indemnizaciones por daños en la salud, lo que conduce también a un aumento general en los costos de salud.

En su libro "Derecho a la salud y justicia constitucional", Bazán (2013) describe que, desde la sanción de la ley 26.682, en mayo de 2011, cuatro sistemas diferentes de salud vigoran en el país: a) el sector público, con la provisión universal de salud; b) las 'obras sociales', regidas por las leyes 23.661 y 23.660; c) las empresas de medicina prepaga; d) las entidades sin fines de lucro, bajo la ley 24.754.

De esta manera, los servicios de salud se encuentran fragmentados y la asistencia a la salud confronta obstáculos debidos a tal segmentación, que es la coexistencia de unidades no integradas, en la red sanitaria (Bazán, 2013).

Aizenberg, en 2009, elaboró un amplio diagnóstico de la actividad legislativa en salud, en el Congreso Argentino y en la Cámara Legislativa de la ciudad de Buenos Aires. Realizando extensas investigaciones de los modelos de salud y de los proyectos presentados, mostró que durante el período estudiado, 583 proyectos de ley fueron presentados en el Senado y 65 en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, con 13 leyes sancionadas. La investigadora concluyó que el Poder

Judicial mostró una “hiperactividad” en materia de amparos asistenciales en salud, y que se debe observar especial cuidado a que el poder judicial evite “interferir en áreas específicas de otros poderes del Estado”, a través de la creación de más canales de diálogo entre todos los sectores que conforman el sistema de salud argentino (Aizenberg, 2009).

Recientemente, un caso de error en el diagnóstico de la enfermedad fibrosis quística llevó a 4 años de tratamiento innecesario y a gastos y daños al paciente. La justicia argentina reconoció el derecho del paciente a una indemnización “en la obligación de la seguridad del artículo 5 de la ley 24.240, y artículo 42 de la Constitución Nacional” (Diario Judicial, 2013).

Situaciones como ésta son cada vez más frecuentes, llevando a añadir un nuevo factor a los costos tradicionales con la salud, derivados del mantenimiento de los sistemas estatales de salud y prevención y reparo de daños, previsto en la legislación nacional.

4.2. En Brasil

La inadecuada financiación de los sistemas de salud pública en Brasil es notoria y no presenta, hasta los días actuales, perspectivas de mejora. La búsqueda de una reglamentación adecuada de la enmienda constitucional no. 29, que define una proporción más elevada de la contribución del gobierno federal a los costos de salud, pretendía ampliar el gasto del país en salud, desde el actual 350 dólares per cápita/año para algo como 500 dólares —obsérvese que los países europeos, Canadá y Japón tienen costos de cerca de 2.000 de dólares per cápita/año— (Romero, 2011).

La decisión de universalizar el acceso a la salud pública, originado con la Constitución Federal de 1988, no vino con un sistema de elevación en las inversiones en salud. La consecuencia es que, pasados los 25 años de implementación del sistema universal, hay extrema dificultad en priorizar la salud. Esto ocurre en un país donde otros problemas estructurales también requieren inversiones urgentes, como el sistema de transporte y, especialmente, la educación.

La realidad actual es poco alentadora. El gobierno brasileño, a mediados del año de 2013, creó el programa ‘Mais Médicos,’ teóricamente destinado a llevar médicos al interior del país, de proporciones continentales. La población percibe que los servicios de salud son ineficaces, y sufre con tal realidad que es nítidamente la consecuencia de una inadecuada —se podría decir que casi ausente— política de gestión de los recursos en salud. El Gobierno considera que tal queja popular tendría su origen en la mala distribución de los médicos en el país, no teniendo en cuenta que la génesis de tales fallas en el sistema no es puntual ni aislada, pero gerencial, y causada por una ausencia de planes adecuados. La iniciativa del gobierno generó reducido éxito, asociada a una elevada resistencia por las sociedades médicas al plan, debido a la falta de preparación profesional y el conocimiento de la lengua portuguesa por los convocados, además de la evidente ilegalidad de la iniciativa —porque establece sistemas de revalidación de diplomas que son ilegales—. En la opinión de los expertos e investigadores —y

también del Tribunal de Cuentas de la Unión—, hay una falta de inversión en infraestructura, no hay plan para la carrera médica, y no simplemente una falta de médicos o de otros profesionales de la salud.

En el mes de agosto de 2013, el Ministerio de Salud ha definido la llegada de 4.000 médicos de Cuba, para introducirlos en las ciudades del interior. Mientras por un lado el gobierno alega falta de fondos, por el contrario, invierte en programas sin planificación y sin objetivos específicos. El gobierno no va a pagar los salarios a los médicos, sino directamente al gobierno de Cuba, lo que generó quejas y discusiones en todo el país (Folha, 2013).

La regulación de la actividad médica, conocida como la “ley del acto médico”, fue vetada por la Presidencia, después de once años de actuaciones y negociaciones en ambas cámaras legislativas. De manera apresurada y no consensual, vetó sus partes esenciales, y causó el caos en la salud nacional, al permitir que cualquier profesional de la salud haga diagnósticos, solicite exámenes y prescriba tratamientos, incluso hospitalarios y complejos. Después de una negociación tan larga, se cree que una decisión política equivocada llevó a un retraso en la regulación de la profesión médica, de características dramáticas, pues afecta a toda la población.

Aquí otra vez se demuestra que las políticas de salud pública en Brasil podrían beneficiarse, también, de aquellos debates que el derecho de la salud busca elevar y mantener.

4.3. Costos en los Estados Unidos

Investigaciones recientes muestran un incremento en los costos de la salud en los Estados Unidos, debido a diversos factores, entre los cuales destacamos los siguientes, vinculados al Derecho de la Salud: 1) pago de daños y perjuicios; 2) costos administrativos de las demandas judiciales en la salud; 3) costos de la medicina defensiva, ante los riesgos legales de un error médico; 4) otros riesgos, de mensuración más compleja, como la pérdida de tiempo de trabajo con la conducta médica preventiva ante efectos judiciales, efectos sobre la elevación de los precios de la medicina prepaga y carga emocional sobre la reputación del médico, cuando es acusado judicialmente (Mello, 2010).

De esta manera, se añaden éstos a la elevación de los gastos ‘tradicionales’ o ‘directos’ en salud, y se asocian aquellos debidos al desarrollo de tecnologías más costosas para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, además de los costos legales, también en elevación en los Estados Unidos (Mansour, 2008). Este crecimiento es destacado por expertos para sugerir la creación de *healthcourts* (tribunales de salud), formados por expertos y especialistas (extrajudiciales), para efectuar análisis más precisos y adecuados sobre las cuantías de la indemnización ofrecidas a las personas que sufrieron daños (Barringer, 2008). Asimismo, España también creó la figura del “defensor del pueblo” en cuestiones específicas de salud, lo que demuestra la importancia de tal iniciativa estadounidense, en consonancia con otros países en el mundo (Belda, en: Urbina, 2010).

5. DISCUSIONES

Las numerosas cuestiones pertinentes al Derecho de la Salud implican la necesidad de conversaciones académicas de alto nivel, dirigidas a la construcción de políticas de salud pública de largo plazo, productivas y con una visión más amplia. Una realidad ideal sería ver los equipos de gestión en salud, las estructuras jurídicas y la población trabajando de manera conjunta, con una mirada amplia, y con el mismo objetivo común, que es el desarrollo del Derecho de la Salud en el mundo.

Entre las dificultades encontradas ante tales proyectos están ciertas ambiciones políticas locales (presentes en todos los países investigados), intereses privados y la ineficiencia del gobierno, por un lado. Asociado a tal dificultad, es concreta la creciente prevalencia de enfermedades crónicas, los elevados costos de atención a la salud, y el desarrollo de nuevas técnicas y conocimientos en salud, lo que también crea grandes desafíos a la gestión.

La regulación jurídica de la práctica en salud también es un factor esencial en tal ecuación. Una mirada a través de un ángulo positivo apunta hacia la tendencia a tener más seguridad en las relaciones legales creadas por las prácticas en salud, proporcionando certidumbre a las partes involucradas. Hoy se puede ofrecer un nivel más elevado de organización social y jurídica y, dentro de lo que es posible y realizable, reducir al mínimo las diferencias naturales jerárquicas entre las partes involucradas. Sin embargo, también hay dificultades en cuanto a su aplicación. En la actualidad, el sistema jurídico tradicional aplica su jurisdicción a los sistemas de salud, de la misma manera que se lo aplica a otras cuestiones sociales. Algunos investigadores sugieren que, por sus características únicas y esenciales, la salud podría beneficiarse con sistemas jurisdiccionales basados en cortes de salud, más cercanos al arbitraje que al sistema jurídico tradicional, con prácticas específicas para tales temas, que tienen características propias, diversas del derecho civil.

Por fin, la regulación también exige nuevos costos e inversiones en salud, tales como los de la medicina defensiva y también crea oportunidades para los sistemas de seguros contra errores de profesionales de la salud. Una vez más, encarece todo el sistema mientras se busca ofrecer seguridad jurídica a todas las partes involucradas.

6. CONCLUSIONES

Uno de los objetivos de realizar tal investigación en Derecho Comparado es obtener una comprensión amplia del actual sistema de regulación de salud, en los países analizados, desde una perspectiva de evolución de los sistemas de salud.

No creemos que los problemas de salud actuales son sólo cuestiones regionales, ni que tengan impacto geográfico limitado. Con la globalización del acceso a la información, una iniciativa exitosa, en cualquier parte del mundo, puede ser replicada en países lejanos, y beneficiar a millones de personas.

Es esencial estar atento a nuevas propuestas de mejoras en el sistema de salud internacional, puesto que cada realidad y cada país tienen sus calidades y debilidades. Todos los gestores pueden aprender a partir de las experiencias de otros, positivas o negativas.

Por otro lado, se deben respetar las características regionales y los aspectos culturales e históricos involucrados en tal proceso de desarrollo, que es único para cada país.

En Brasil, desde hace 25 años hay un esfuerzo por 'universalizar' el sistema nacional de salud. En 1988, la Constitución actual hizo que los sistemas fraccionados se reunieran bajo una dirección única, nacional. La ventaja de esta iniciativa es ampliar el acceso a la salud para toda la población, respetando los derechos humanos de segunda y tercera generación. La desventaja es la excesiva burocracia y la brusca expansión ocurrida con tal decisión, que dio lugar a la distribución de servicios de manera desigual, y facilitó la corrupción y el desvío de fondos (como lo demuestran los casos recientes, divulgados en los medios de comunicación).

En los Estados Unidos, la ley del mercado (liberalismo) siempre reguló el acceso al sistema. Quién puede pagar un valor más alto, tiene acceso a un sistema más complejo y moderno. Los sistemas Medicaid y Medicare también están en desarrollo, y su expansión ocurre a costos crecientes. Tampoco hay unanimidad en este proceso político. Incluso la actual iniciativa de expansión surge con fuerte oposición, y asociada a una definitiva mercantilización de la salud, que, desde el punto de vista latinoamericano, no se consideraría *universalización*, sino tal vez *privatización*.

En Argentina, con la Constitución de 1994 históricamente hubo una división entre cuatro sistemas: las prepagas, el sistema público, las obras sociales y el sistema de salud privado. La interacción entre estos sistemas es inexacta y polémica, y da margen a argumentos en favor de la universalización, aunque todavía no existe un marco legislativo que permita tal proceso. Un sistema 'a mitad de camino', se interpone entre los sistemas *de mercado* (estadounidense) y *universal* (brasileño), donde se encuentran ventajas de uno y de otro sistema, y también las dificultades inherentes a ambos.

En esta comparación incipiente y resumida, no se puede hablar de sistemas *peores* o *mejores*. Ellos son el resultado del desarrollo de cada sociedad y de la historia de cada país. Pero se puede asegurar que hay espacio para debates y mejoras, en los tres ejemplos citados.

El Derecho a la Salud es un valor presente en cualquier sociedad humana, de modo tenue o avanzado. El Derecho a la Vida, del cual primero se origina, es la base para la organización humana. Creemos que la lucha por mejores sistemas de salud, adecuados a cada población, es un claro signo de la evolución de las sociedades, y merece todo nuestro esfuerzo académico y profesional en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- AIZENBERG, M. y otros, *Proyecto Marco Observatorio Legislativo: El Derecho y su vinculación con los determinantes sociales de la salud*, Ganador del Concurso Caespo, Argentina, 2009: 14 pp.
- ARBEX, A. K., "The constitutional right to health within the Mercosur: obesity and bisphenola in perspective", *Verfassung und Rechtim Übersee* 2012(3): 305-313.
- BARRINGER, P. J.; STUDDERT, D. M.; KACHALIA, A. B.; MELLO, M. M., "Administrative compensation of medical injuries: a hardy perennial blooms again", *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2008; 33(4): 725-734.
- BELDA, M. A., in: URBINA J. T., DE LAS CUEVAS, *La Protección Jurídica del paciente como consumidor*, Ed. Arazandi (Navarra), 2010, ps. 209-228.
- Brasil, *Constituição Federal do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acessado em: 15/08/2013.
- CBS News/New York Times, "The Debate over Health Care", Disponível em: www.cbsnews.com, 20 de Junho de 2009. Acessado em: 24/08/2013.
- Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, MARCHIONNI, MARIANA; CAPORALE, JOAQUÍN; CONCONI, ADRIANA y PORTO, NATALIA, "Enfermedades Crónicas No Transmisibles y sus Factores de Riesgo en Argentina: Prevalencia y Prevención", *Documento de Trabajo Nro. 117*, 2011:152 pp.
- Centro para Serviços Medicaid e Medicare – CMS. Disponível em: medicaid.com Acessado em: 24/08/2013.
- CIRUZZI, M. S., *La autonomía del paciente pediátrico ¿Mito, utopía o realidad?*, Editorial Cathedra, Buenos Aires, 2011, 182 pp.
- Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, 1994.
- DALLARI, S. G., "O Direito à Saúde", *Revista de Saúde Pública*, 1988; 22(1): 57-63.
- Diario Judicial (Argentina), 09/08/2013. Disponível em: diariojudicial.com.ar. Acesso em: 12/08/2013.
- Estados Unidos da América, *A Constituição dos Estados Unidos*, Washington, 1878.
- Folha de São Paulo, 21 de agosto de 2013, "Brasil vai receber 4.000 médicos cubanos ainda em 2013". Acessado em: www.uol.com.br, em 21 de agosto de 2013.
- GOSTIN, L. O., "Law as a tool to facilitate healthier lifestyles and prevent obesity", *Journal of the American Medical Association*, 2007; 297(1): 87-94.
- MELLO, M. M., STUDDERT, D. M., BRENNAN T. A., "Obesity: the new frontier of public health law", *New England Journal of Medicine*, 2006; 354(24): 2601-2610.

- MELLO, M. M., CHANDRA, A., GAWANDE, A. A., STUDDERT, D. M., "National Costs of the medical liability system", *Health Aff*(Milwood), 2010; 29(9): 1569-1577.
- MELLO, M. M.; STUDDERT, D. M.; MORAN, P.; DAUER, E. A., "Policy experimentation with administrative compensation for medical injury: issues under state constitutional law", *Harvard Journal on Legislation*, 2008; 45: 59-79.
- Ministerio de la Salud de Argentina, "Argentina Saludable". Disponível em: www.msal.gov.ar/argentina-saludable. Acesso em: 24/08/2013.
- NESTLE, M., "Food Marketing and childhood obesity – a matter of policy", *New England Journal of Medicine*, 2006; 354(24): 2527-2529.
- Organização Mundial da Saúde – OMS, "The Tallinn Charter: Health Systems for Health and Wealth", Tallinn (Estonia), 27 de julho de 2008: 5 pp.
- Organización Panamericana de Salud, "Estrategia Regional para Enfermedades Crónicas", Washington D. C., 2007, 52 pp.
- "Partnership to fight chronic diseases. Addressing America's obesity epidemic", Washington D. C., 2013. Acessado em: 08 de agosto de 2013. Disponível em: www.fightchronicdiseases.org
- Universidad de Buenos Aires – UBA, 2009, Facultad de Derecho, *Secretaría de Extensión Universitaria: Observatorio de La Salud*. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio.php>. Acessado em: 14/08/2013.
- URBINA J. T., DE LAS CUEVAS, J. C., *La Protección Jurídica del paciente como consumidor*, Ed. Arazandi (Navarra), 2010: 372 pp.

ASOCIACIONES O ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

William Javier Vega Vargas (1)

1. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD P.S.S.

Los PSS, son aquellos que cumplen con la función de prestar los servicios de salud en los diferentes niveles de atención, a los que pueden ser personas naturales o personas jurídicas, y estas últimas pueden ser instituciones privadas o públicas, teniendo en cuenta que a las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud se les conoce como Empresas Sociales del Estado (ESE) (2).

Se consideran como Prestadores de Servicios de Salud PSS a (3):

1. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS);
2. Los Profesionales Independientes de Salud;
3. El Transporte Especial de Pacientes; y
4. Las Entidades con objeto social diferente.

De otra parte, se consideran como PSS para efectos de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, las *instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados*. Para efectos del decreto 4747 de 2007, *se incluyen los profesionales independientes de*

(1) Abogado por la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho Laboral y Relaciones Industriales y Diplomado en Seguridad Social de esa misma Alma Mater. Cuenta con estudios en Legislación en Salud con énfasis en el marco regulatorio para la extensión de la protección social en salud del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS) de México, y de Máster Universitario en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá España y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Actualmente se desempeña como catedrático de programas de postgrado relacionados con el Sector de la Salud y el Sistema de Seguridad Social en universidades de su país.

(2) Seguridad social en salud, “Nuestros deberes y derechos como ciudadanos”, 1999, p. 19.

(3) Inc. 7º, art. 2º, decreto 1011 de 2006, el artículo 1º de la Resolución 1441 de 2013, el Numeral 1.3 del Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud adoptado por Resolución 1441 de 2013.

salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados (4).

De esta manera, se entiende por prestadores de servicios de salud:

- A los profesionales independientes de salud, el transporte especial de pacientes, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS-ESE-IPS Indígenas, Grupos de Práctica Profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud), y las entidades con objeto social diferente, que cumplan con los requisitos de habilitación y sean incluidas en el Registro especial de Salud, ante las entidades Departamentales y Distritales de Salud correspondientes, o ante el Ministerio de Salud y Protección Social, según lo establecido por el literal i) del artículo 156, los artículos 185, 194 a 197 de la ley 100 de 1993, el artículo 59 de la ley 1438 de 2011, el artículo 118 del Decreto Ley 019 de 2012, el Decreto 1876 de 1994, el Decreto 1011 de 2007, y la Resolución 1441 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Según lo expuesto, el servicio público esencial de salud, *no podrá ser suministrado en la prestación, por entidades que no se encuentren debidamente habilitadas y registradas para operar en el sistema de salud en Colombia como prestadores de servicios de salud*; proceso de habilitación que se implementó para que mediante requisitos mínimos se garanticen la calidad, oportunidad y eficiencia del servicio al usuario.

1.1. Instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS

El artículo 185 de la ley 100 de 1993, señala que *“son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley (...)”*.

“Para que una entidad pueda constituirse como Institución Prestadora de Servicios de Salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud.” Hoy Ministerio de la Protección Social.

Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud (5), organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas (6).

Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además, propenderán a la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo

(4) Literal a, artículo 3º Decreto 4747 de 2007.

(5) Numeral 3º, artículo 155, ley 100 de 1993.

(6) Literal i, artículo 156, ley 100 de 1993.

información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud (7).

Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios en la ley (8).

1.1.1. Instituciones prestadoras de servicios de salud públicas IPS públicas (9)

La prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas *solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado (ESE)* que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud (UPSS).

En todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud (UPSS) de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado, excepto las unidades de prestación de servicios de salud (UPSS) que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud.

En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios (UPSS) integrante de una ESE.

El servicio de salud a nivel territorial se prestará mediante la integración de redes, de acuerdo con la reglamentación existente (10).

Se define a la Empresa Social del Estado, ESE, como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden municipal, distrital, departamental o nacional, cuyo objetivo principal es alcanzar el mayor beneficio para sus socios y para toda la población usuaria, especialmente la pobre y vulnerable, expresado en términos de un impacto positivo en las condiciones de bienestar y el forjamiento de una cultura de la salud, mediante la prestación de servicios básicos en red con criterios de equidad, calidad, racionalidad y eficiencia, transparencia en la gestión y coherencia con las políticas del estado, dentro de un marco de legitimidad social y sostenibilidad económica.

Las Empresas Sociales del Estado son entonces entidades de derecho público que constituyen una categoría especial de entidad Pública descentralizada con patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas y reorganizadas por ley o por las asambleas o consejos.

(7) Inciso 2º, artículo 185, ley 100 de 1993.

(8) Inciso 1º, artículo 185, ley 100 de 1993.

(9) Artículo 26, ley 1122 de 2007.

(10) Parágrafo 3º, artículo 25, ley 1122 de 2007.

Las ESE estarán adscritas a la Dirección de Salud correspondiente de acuerdo con su naturaleza y dependencia territorial.

1.1.1.1. Transformación en ESE o Afiliación a una ESE (11)

Las Instituciones Prestadoras de Salud Públicas que en el momento vienen funcionando y tienen contratación vigente *podrán continuar su ejecución, y dispondrán de un año a partir de la fecha de la vigencia de la ley 1122 de 2007, 9 de enero de 2007, para transformarse en Empresas Sociales del Estado o afiliarse a una.*

1.1.1.2. Prohibición en la Prestación directa asistencial de servicios de salud por parte de las entidades territoriales (12)

En ningún caso se podrán prestar *servicios asistenciales de salud* directamente por parte de los Entes Territoriales.

1.1.1.3. De la prestación de servicios por parte de las Entidades Territoriales en Zonas de difícil acceso (13)

Cuando se trate de garantizar la continuidad de la atención en salud de la población residente en zonas de difícil acceso, y *hasta tanto los servicios asistenciales de salud que se vienen prestando sean asumidos por las Empresas Sociales del Estado, ESE, conforme a lo establecido en los artículos 26 y 31 de la ley 1122 de 2007, las entidades territoriales podrán continuar a cargo de la prestación de estos servicios, previa autorización del Ministerio de la Protección Social.*

Para tal efecto, las entidades territoriales deberán presentar la solicitud de autorización debidamente sustentada, la cual deberá incluir, como mínimo, la población a atender, los servicios que se están prestando y el Plan de traslado o asunción de estos servicios por parte de las ESE de la respectiva entidad territorial.

1.1.2. Instituciones prestadoras de servicios de salud indígenas IPS Indígenas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la ley 691 de 2001 y para los efectos señalados en el literal f) del artículo 14 y los artículos 16 y 20 de la ley 1122 de 2007, sobre la contratación de servicios de salud, *las entidades territoriales y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado le darán a las instituciones prestadoras de servicios de salud indígenas (IPSI) tratamiento de empresas sociales del Estado (14).*

(11) Parágrafo 2º, artículo 27, ley 1122 de 2007.

(12) Artículo 31, ley 1122 de 2007.

(13) Artículo 1º, Decreto 3040 de 2007.

(14) Artículo 1º, Decreto 4972 de 2007.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud indígenas —IPS Indígenas— *cumplirán con el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Ministerio de la Protección Social lo ajustará a los usos, costumbres, y al modelo de atención especial indígena, en los servicios que lo requieran, para lo cual adelantará el proceso de concertación con las autoridades indígenas* (15).

1.1.3. Grupos de práctica profesional GPP-IPS

Se consideran como instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) a los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud (16).

1.2. Profesional independiente de salud PSS

Profesional independiente de salud es toda persona natural egresada de un programa de educación superior de ciencias de la salud de conformidad con la ley 30 de 1992 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, con facultades para actuar de manera autónoma en la prestación del servicio de salud para lo cual podrá contar con personal de apoyo de los niveles de formación técnico y/o auxiliar (17).

1.2.1. Se consideran profesiones de salud según la Ley, las siguientes

- A la *Química Farmacéutica* de conformidad con lo establecido en la ley 212 de 1995.
- A la *Optometría* según ley 372 de 1997.
- A la *Fisioterapia* conforme a la ley 528 de 1999.
- Al *Psicólogo* según ley 1090 de 2006.

1.2.2. La Resolución 2772 de 2003 “Por la cual se definen las características específicas de calidad para los programas de pregrado en ciencias de la salud”, conforme al Decreto 2566 de 2003, previó como programas de ciencias de la salud

1. Medicina.
2. Enfermería.
3. Odontología.
4. Fisioterapia.
5. Nutrición y dietética.

(15) Artículo 2º, Decreto 4972 de 2007.

(16) Inc. 8º, artículo 2º, Decreto 1011 de 2006.

(17) Inc. 9º, artículo 2º, Decreto 1011 de 2006.

6. Fonoaudiología.
7. Terapia Ocupacional.
8. Optometría.
9. Bacteriología.
10. Instrumentación Quirúrgica.
11. Terapia Respiratoria.

1.2.3. Los programas de Instrumentación Quirúrgica y Terapia Respiratoria actualmente registrados (18)

Los programas de Instrumentación Quirúrgica y Terapia Respiratoria actualmente *registrados en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior, SNIES, que no cuenten con acreditación voluntaria de alta calidad*, tendrán un *plazo de dos años*, contados a partir de la publicación de la Resolución 2772 del 13 de Noviembre de 2003, *para solicitar el registro calificado*.

De esta manera, instrumentación quirúrgica y terapia respiratoria se entenderán como profesiones de ciencias de la salud, sí y solo sí, cuentan con acreditación de alta calidad, y cuentan con el registro calificado.

1.2.4. Son Profesiones independientes de salud

1. Medicina.
2. Enfermería.
3. Odontología.
4. Fisioterapia.
5. Nutrición y dietética.
6. Fonoaudiología.
7. Terapia Ocupacional.
8. Optometría.
9. Bacteriología.
10. Instrumentación Quirúrgica.
11. Terapia Respiratoria.
12. Químico Farmacéutica.
13. Psicología.

(18) Artículo 4º, Resolución 2772 de 2003.

1.2.5. Son Profesionales independientes de salud

1. El Médico.
2. El Enfermero.
3. El Odontólogo.
4. El Fisioterapeuta.
5. El Nutricionista y dietista.
6. El Fonoaudiólogo.
7. El Terapista Ocupacional.
8. El Optómetra.
9. El Bacteriólogo.
10. El Instrumentador Quirúrgico.
11. El Terapista Respiratorio.
12. El Químico Farmacéutico.
13. El Psicólogo.

1.2.6. Las profesiones del área de la salud (19)

Las profesiones del área de la salud están dirigidas a brindar atención integral en salud, la cual requiere la aplicación de las competencias adquiridas en los programas de educación superior en salud.

A partir de la vigencia de ley 1164 de 2007 (Octubre 4 de 2007) se consideran como profesiones del área de la salud además de las ya clasificadas, *aquellas que cumplan y demuestren a través de su estructura curricular y laboral, competencias para brindar atención en salud en los procesos de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y paliación.*

1.2.6.1. Requisitos para el ejercicio de las profesiones del área de la salud (20)

Las profesiones del área de la salud se entienden reguladas a partir de la ley 1164 de 2007, por tanto, el ejercicio de las mismas requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Acreditar las condiciones académicas establecidas por la Ley.
2. Estar certificado mediante la inscripción en el Registro Único Nacional.

(19) Artículo 17, ley 1164 de 2007.

(20) Artículo 18, ley 1164 de 2007.

1.2.6.2. Condiciones académicas que se deben acreditar para el ejercicio de las profesiones del área de la salud (21)

- a) Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, para el personal en salud con formación en educación superior (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado), en los términos señalados en la Ley 30 de 1992, o la norma que la modifique adicione o sustituya;
- b) Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en éstos.

1.2.6.3. Registro Único Nacional del Talento Humano (22)

Créase el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud consistente en la inscripción que se haga al Sistema de Información previamente definido, del personal de salud que cumpla con los requisitos establecidos para ejercer como lo señala la ley 1164 de 2007, proceso con el cual se entiende que dicho personal se encuentra certificado para el ejercicio de la profesión u ocupación, por el período que la reglamentación así lo determine.

En este registro se deberá señalar además la información sobre las sanciones del personal en salud que reporten los Tribunales de Ética y Bioética según el caso; autoridades competentes o los particulares a quienes se les deleguen las funciones públicas.

1.2.6.4. Certificación mediante la inscripción de en RUN del personal que ejerce en salud (23)

El personal de salud que actualmente se encuentre autorizado para ejercer una profesión contará con un período de tres (3) años para certificarse mediante la inscripción en el Registro Único Nacional.

1.2.6.5. Término para acreditar la competencia académica de quienes ejercen especialidades, subespecialidades y ocupaciones sin el título o certificado correspondiente (24)

Quienes a la vigencia de la ley 1164 de 2007 se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años contados a partir del 4 de octubre de 2007, para acreditar

(21) Numeral 1º, artículo 18, ley 1164 de 2007.

(22) Artículo 23, ley 1164 de 2007.

(23) Parágrafo 1º, artículo 18, ley 1164 de 2007.

(24) Parágrafo 2º, artículo 18, ley 1164 de 2007.

la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado.

1.2.6.6. Identificación única del talento humano en salud (25)

Al personal de la salud debidamente certificado se le expedirá una tarjeta como Identificación única Nacional del Talento Humano en Salud, la cual tendrá una vigencia definida previamente para cada profesión y será actualizada.

El valor de la expedición de la Tarjeta Profesional será el equivalente a cinco (5) salarios diarios mínimos legales vigentes a la fecha de la mencionada solicitud.

Prohibición de exigir otros requisitos para el ejercicio de las profesiones y de las ocupaciones en el área de la salud (26).

La ley 1164 de 2007, regula general e integralmente el ejercicio de las profesiones y tiene prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes.

Para el ejercicio de las profesiones del área de la salud no se requieren registros, inscripciones, licencias, autorizaciones, tarjetas, o cualquier otro requisito diferente a los exigidos en la ley 1164 de 2007.

1.2.6.7. Ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones del área de la salud (27)

Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no está autorizada sin los requisitos establecidos en la ley 1164 de 2007.

1.2.7. Profesional Independiente de la Salud PSS que quiera ofertar sus servicios como Institución Prestadora de servicios de salud IPS PSS

Quien se habilite como prestador persona natural, no podrá ofertar sus servicios como persona jurídica, y de la misma manera, el prestador habilitado como persona jurídica tampoco podrá ofertar sus servicios como persona natural, es decir, que cada prestador tan sólo podrá ofertar sus servicios como haya solicitado su habilitación.

El profesional independiente de la salud, *se inscribirá en el Formulario con nombres y apellidos y no con razón social.* En el Formulario de Inscripción solo se permite el registro del profesional independiente de la salud con nombre y apellido, *independiente de si éste tiene o no un registro de cámara de comercio.*

Expuesto lo anterior, en aplicación de la normatividad vigente y los lineamientos del Ministerio de Salud y Protección Social, para efectos del Sistema

(25) Artículo 24, ley 1164 de 2007.

(26) Artículo 21, ley 1164 de 2007.

(27) Parágrafo 1º, artículo 18, ley 1164 de 2007.

Obligatorio de Garantía de la calidad de la Atención en Salud, *el profesional independiente de la salud no puede tener un establecimiento de comercio y darse a conocer con una razón social diferente del nombre propio del profesional.*

Si el profesional independiente *forma una persona jurídica, podría hacerlo con la figura de empresa unipersonal*, no obstante, deberá inscribirla cumpliendo con las condiciones de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera, y técnico administrativa, *para así poder ofertar los servicios como tal, esto es, como persona jurídica.*

Si se trata de *Institución Prestadora de Servicios de Salud IPS, ésta se registrará como persona jurídica y su identificación será la de su razón social.*

Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS *no pueden considerarse como Establecimientos de Comercio sino como personas jurídicas.*

2. PRÁCTICA INSEGURA NO AUTORIZADA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. CIRCULAR EXTERNA 066 DE 2010 DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La Circular 066 de 2010 establece que las entidades contratantes en la prestación de servicios de salud son:

- Las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP).
- Las Entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud.
- Los Particulares y demás pagadores del sistema.

Son entidades responsables del pago de servicios de salud en la contratación de prestación de servicios de salud de acuerdo con lo dispuesto en el literal b) artículo 3 del Decreto 4747 de 2007:

- Las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud.
- Las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado.
- Las entidades adaptadas.
- Las administradoras de riesgos laborales.
- Las entidades que administran y aseguran regímenes especiales y de excepción, cuando estas suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud a quienes les sea aplicable el Decreto 4747 de 2007, según lo previsto en el artículo 2 del Decreto 4747 de 2007.

Los aseguradores en salud son los responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de salud y quienes deben responder por toda falla, falta, lesión o enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que en concordancia con el

inciso 1º del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 y la Circular Externa 066 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud se entiende por aseguramiento en salud:

1. La administración del riesgo financiero,
2. La gestión del riesgo en salud,
3. La articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo,
4. La garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud, y
5. La representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Lo cual exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud, éste es, la salud y la vida del usuario afiliado.

Los aseguradores en salud deben coordinar las pautas necesarias para los procedimientos, ser diligentes y prudente en todos los contratos, y además, actuar con buena fe; si esto se aplica no tiene porque presentarse problemas en la atención de los servicios de salud. Lo que sí no se puede es desplazar la falta de diligencia al paciente para que pague, ya que todos somos pacientes potenciales, y lo que se está haciendo es proteger a la sociedad.

Los aseguradores en salud deberán exigirle a sus prestadores de servicios de salud PSS que cumplan con los manuales de los procedimientos y que los firmen. Se entiende que toda actividad, procedimiento e intervención en salud tienen un protocolo y si éstos se siguen disminuyen las responsabilidades y establecen una forma de salir a la defensa, en estos casos. El deber no es solo hacer la actividad, procedimiento o intervención, sino también todo lo correspondiente para que sea exitosa.

Conforme a lo establecido por el artículo 38 del Decreto 1011 de 2006, los aseguradores en salud incorporarán, en sus Programas de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad de la Atención de Salud, procesos de auditoría externa que les permitan evaluar sistemáticamente los procesos de atención a los usuarios por parte de los Prestadores de Servicios de Salud y los definidos como tales. Esta evaluación debe centrarse en aquellos procesos definidos como prioritarios y en los criterios y métodos de evaluación previamente acordados entre la entidad y el prestador. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la vigilancia, inspección y control sobre el desarrollo de los procesos de auditoría para el mejoramiento de la calidad por parte de los aseguradores en salud de acuerdo con lo definido en el artículo 50 del Decreto 1011 de 2006.

A quien se afilia el usuario es al asegurador en salud, no al prestador de servicios de salud, quien se compromete en la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio, en el manejo de la salud, en el manejo de la vida, es el asegurador no el prestador, todo esto derivado de la responsabilidad contractual establecida por la firma del contrato de aseguramiento entre el asegurador y el afiliado, y entre el asegurador y el alcalde municipal en el caso del régimen subsidiado.

Conforme a la definición del aseguramiento en salud, son los aseguradores en salud y no los PSS, los responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia, y eficacia de la prestación de los servicios de salud, y por ende, los que deberán responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud, exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud derivado esto, de las obligaciones y responsabilidades contractuales que surgen del *contrato de aseguramiento*.

La asunción directa de las responsabilidades en materia de servicios de salud, serán por parte de quien asegura, quien es el verdadero y directo responsable *contractual*, y no del prestador de servicios de salud, quien responderá solidariamente con el asegurador, solo cuando el PSS, habiéndose entregado por el *asegurador*, los elementos clave de atención esto es los requisitos que se deben tener en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, haya hecho caso omiso a éstos y haya generado la lesión, enfermedad, o incapacidad en el usuario, por su omisión, arbitrariedad y el desconocimiento de lo ordenado, pactado y planteado por el asegurador en salud”.

Son Aseguradoras de Servicios de Salud, *toda entidad que por su naturaleza deba garantizar u ofrecer servicios de salud a una determinada población establecida y que manejan recursos del Sistema de Salud en Colombia.*

Se consideran como tales:

1. Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo EPS.
2. Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, EPSS.
3. Las Entidades Adaptadas en Salud EAS.
4. Las Entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, esto es, las Empresas de Medicina Prepaga, las Compañías de Seguros de Salud y las Empresas de Planes de Atención Complementaria.
5. Las entidades que administran y aseguran Riesgos Laborales, ARL.
6. Las entidades que administran y aseguran los beneficios de los Regímenes Especiales o Excepcionales de Salud.
7. Las Cajas de compensación Familiar, CCF:
 - a. *Que administran planes especiales para sus afiliados en el suministro de alguna de las actividades, procedimientos e intervenciones de las calificadas como exclusiones o limitaciones del POS,*
 - b. *Que administran planes especiales para sus afiliados y particulares en la atención en salud de los programas de atención de adulto mayor y de población con discapacidad, y*

c. *Que administran planes especiales de salud ocupacional.*

Mientras que los prestadores de servicios de salud son los que cumplen con la función de prestar los servicios de salud en los diferentes niveles de atención a los usuarios del SGSSS.

En relación a la contratación directa de prestadores de servicios de salud, los prestadores de servicios de salud que operen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, o exclusivamente en cualquiera de los regímenes de excepción contemplados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 y la ley 647 de 2001, se les aplica de manera obligatoria las disposiciones del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, SOGCS, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1011 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, y lo contemplado en materia de intermediación de servicios de salud por las Circulares 066 y 067 de 2010 emanadas por la Superintendencia Nacional de Salud y previamente aquí establecido.

Se considera práctica insegura, conforme al inciso 3º del artículo 41 del Decreto 050 de 2003, la contratación que realice una Entidad Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), una entidad que ofrezca Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, con una persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios, figura conocida con el nombre de *intermediación o subcontratación* que desvía por sí misma el destino de los recursos de la salud pública.

Los recursos del SGSSS, deben tener un manejo impecable y destinado única y exclusivamente al fin para el cual fueron creados. No hacerlo así, constituye el delito de peculado por destinación oficial diferente, regulado por el Código Penal Colombiano, aplicable por extensión a los particulares que han recibido bienes del Estado a cualquier título, para su administración o custodia, de acuerdo con el mismo Código. Circular del 19 de abril de 2001 de Ministerio de Salud.

La subcontratación o intermediación en los servicios de salud, desvía por sí misma el destino de los recursos de la salud pública, por lo que efectuada ésta, debe ser puesta en conocimiento de las autoridades de control, a fin de que se efectúen las investigaciones y se apliquen las sanciones a que hubiere lugar.

Con la expedición de los Decretos 515 de 2004 y 1020 de 2007, se tiene un concepto más claro de lo que es la intermediación y la práctica insegura.

El párrafo del artículo 6 del Decreto 515 de 2004, dispuso que se entienda prohibida toda clase de práctica que genere mecanismos de intermediación entre las EPSS y los prestadores de servicios de salud, esto es, la contratación que realice una EPSS con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios o de subcontratarla, trasladándole los costos de administración, y reduciendo el pago que por salud debe reconocer a quienes conforman la red de prestadores de servicios de salud de la (EPSS), esto es al prestador primario habilitado. La práctica de estos mecanismos de intermediación impedirá la habilitación de la EPSS.

Mientras que el parágrafo del artículo 6° del decreto 1020 de 2007, establece que en la conformación de la red de prestadores de servicios de salud de una EPSS, no se utilizarán mecanismos de intermediación entre las EPSS y los prestadores de servicios de salud. Parágrafo, artículo 6°, decreto 1020 de 2007.

De lo expuesto, se concluye que se incurre en práctica ilegal de los PSS en los siguientes casos:

- a. Contratar la prestación de servicios de salud que no tiene habilitados.
- b. Contratar la prestación de servicios de salud que no está en capacidad de ofrecer.
- c. Asumir responsabilidades que por ley le corresponden a las Entidades Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, provocando una intermediación entre las Entidades Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema y las subcontratadas.

Es un contrasentido, que quienes fueron autorizados y habilitados para realizar una actividad terminen desarrollando otras actividades para las cuales no se le otorgó aval alguno.

La determinación de las funciones a cargo de quienes desarrollan actividades de PSS y pagador de servicios de salud corresponde a una regulación que se encuentra en el sistema general de seguridad social en salud.

La determinación de las funciones a cargo de quienes desarrollan actividades de PSS, ERP, *entidades que ofrecen planes voluntarios de salud, particulares y demás pagadores de servicios de salud*, corresponde a una regulación que se encuentra en el sistema de salud colombiano. En efecto, si algo caracteriza la normatividad vigente, es la definición clara de roles. Ha ocurrido, sin embargo, que las normas ha vivido la tragedia propia de muchas disposiciones pues siempre le hace falta una norma “para que se haga efectiva su “respetabilidad” (28).

A pesar de la claridad de estos postulados, algunos actores se han dado a la tarea de filtrarse por los resquicios de esta regulación e inventarse su propio guión. Es así como ciertas Entidades Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, ciertos particulares y demás pagadores del sistema han delegado en entidades que cumplen labores de prestadores de servicios de salud, PSS, sus tareas en zonas del país. A su turno, estos últimos antes que prestar servicios de salud han decidido dedicarse a contratar con otras entidades su prestación real y efectiva.

Tal y como se establece en el artículo 185 de la ley 100 de 1993, la función que se les ha asignado y de allí su nombre “prestadores”, es la de “prestar los ser-

(28) REYES M., OSCAR, *EL DESAFÍO CÍNICO seguido de EL DERECHO CIVILIZADOR*, ediciones Desde Abajo, Bogotá, D.C., marzo de 2003, p. 216.

vicios en el nivel de atención correspondiente”, no la de ser contratistas como instituciones contratistas de los servicios de salud, ni ninguna otra fórmula que desvirtúe su razón esencial, situaciones que constituyen sin duda, una aplicación fraudulenta de la ley.

Cualquier conducta que tergiverse el actuar de las Entidades Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema o los PSS (llámese intermediación u otra por el estilo) es reprochable, por la conducta en sí, y por las consecuencias y responsabilidad que se producen en la atención en salud, teniendo en cuenta que el ciudadano, al que se le debe brindar la máxima confianza y seguridad respecto de los actores, percibe que su Entidad Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), o su entidad de Planes Voluntarios de Salud, no es, realmente su ERP, o su entidad de Planes Voluntarios de Salud, sino que un PSS de la red de prestadores de su ERP o de su entidad de Planes Voluntarios de Salud, se encarga de contratar otros prestadores para su atención en salud, impidiendo la libre elección y diluyendo la responsabilidad en contratos y contratos.

Las autorizaciones y habilitaciones son *intuite persona*.

Por lo que, permitir legar o contratar lo autorizado o habilitado, conduciría a una burla en torno a las sanciones de inspección, vigilancia y control, las cuales no dependen de los acuerdos entre los particulares o el sector público que cumple tales funciones.

De esta manera, no puede concluirse que las sociedades que surgen en virtud de dicho proceso son plenamente hábiles y competentes y la autoridad estatal es una simple espectadora de tal proceso. El control, por tratarse de una función pública, no puede ser restringido por voluntad de los particulares, ni generar transformaciones de naturaleza ni de rol. Ello, constituiría una flagrante trasgresión de la teoría del riesgo creado (artículo 26, Constitución Política) y de la protección del interés público.

Una vez que el sistema general de seguridad social en salud, determinó unas funciones a las Entidades Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, y demás pagadores del sistema y a los prestadores de servicios de salud PSS, definió, clara y expresamente un deber ser de cada uno, y por oposición, todas las conductas que se apartan de estos postulados. No es imprescindible, por tanto, definir la intermediación.

El término intermediación, una de las conductas irregulares, se define como acción y efecto de *intermediar* (poner en relación a dos o más personas o entidades) (29).

De otro lado, intermediar admite dos acepciones:

1. Existir en medio de otras cosas.
2. Actuar poniendo en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo.

(29) Cfr. www.rae.es.

Lo que aquí se destaca es que el sujeto conecta dos extremos de la relación, para el caso, el usuario y quien presta el servicio de salud.

Lo censurable de la intermediación es que los PSS, son quienes deben realizar directamente la labor y no contratar a otro (intermediar) para que lo haga cuando es él quien debe realizarlo.

De otro lado, el prestador que declare un servicio y no un tercero, *es el responsable del cumplimiento de todos los estándares aplicables* al servicio que inscribe (30).

Mientras que *un mismo servicio no puede tener doble habilitación y solo podrá ser habilitado por el prestador responsable del mismo. Cada servicio debe ser habilitado únicamente por el prestador responsable del mismo, y en consecuencia no se permite la doble habilitación* (31).

Por lo que, los servicios de salud sólo podrán tener una habilitación, es decir, que un mismo servicio no podrá ser habilitado por dos o más Prestadores de Servicios de Salud y sólo podrán ser declarados por uno de ellos. Quien habilita entonces el Servicio, es quien lo presta y quien podrá suscribir los contratos con las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema.

El prestador de servicios de salud que busque ser contratado por las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, solo podrá ofertar los servicios que haya habilitado, ya que es responsable directo en el cumplimiento de los estándares de todos y cada uno de los servicios que inscribe.

Es preciso resaltar que el Prestador de Servicios de Salud no podrá ofertar un servicio habilitado por un tercero, situación conocida como subcontratación o intermediación, así sea por Interdependencia de Servicios, en tal caso, las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, deberán contratar no al prestador que lo oferta por subcontratación o intermediación de otro prestador, sino directamente a quien lo habilitó.

Subcontratado un tercero por un PSS para el suministro de servicios de salud, dentro de la contratación de los servicios de salud que haga una Entidad Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), una entidad que ofrezca Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, con el prestador de servicios de salud PSS, deberá observarse que el servicio que se suministrará a través del tercero subcontratado, debe ser habilitado exclusivamente por el PSS y no por el tercero subcontratado por el PSS.

(30) Inciso 2º, artículo 12, Decreto 1011 de 2006.

(31) Artículo 9º, Resolución 1441 de 2013.

De esta manera, en forma excepcional, un PSS podrá subcontratar con terceros, siempre que el PSS que los subcontrate y no los terceros subcontratados, habilite exclusivamente los servicios, teniendo en cuenta que:

- I. Los servicios de salud sólo podrán tener una habilitación, esto es, que un mismo servicio no puede ser habilitado por dos o más PSS y sólo podrán ser declarados por uno de ellos.
- II. El operador primario es aquel que habilita el servicio, y que quien habilita el servicio es quien lo presta y quien podrá suscribir los contratos con las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema.

Los PSS que van a subcontratar servicios son responsables de la habilitación de aquellos que declara, y por lo tanto no podrá ofertar servicios que a su vez ya se encuentren habilitados con otra representación legal, lo anterior con el fin de evitar la habilitación y obtención de registro de un mismo servicio, por dos prestadores de servicios de salud.

Respecto al suministro de servicios que realiza un PSS, deberá tenerse en cuenta que el ofrecimiento y prestación de los servicios que se contemplan, debe enmarcarse dentro de lo dispuesto por las normas, advirtiendo, que el desconocer la normatividad vigente sobre el particular, y estar operando sin el cumplimiento de los requisitos allí dispuestos, determina que la entidad puede incurrir en la violación del derecho a la libre y leal competencia en el mercado de los servicios de salud previstos en el Decreto 1663 de 1994 y la ley 1122 e 2007, que regulan los aspectos de la competencia en el sector, ser objeto de las investigaciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia Nacional de Salud y de las Direcciones Departamentales y Distritales de Salud, y de las sanciones a que haya lugar.

En consecuencia, sí existen disposiciones en virtud de las cuales se construye un deber legal de funcionamiento de los PSS, y por ende, se definen las prácticas que no pueden realizar pues desvirtúan su objeto.

2.1. Medidas que originan las situaciones descritas. Circular externa 066 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud

Hemos de destacar, que el servicio público de salud es inherente al Estado Social de Derecho, y en consecuencia, su labor consiste en asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, concretamente en relación con salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, tal y como lo establecen los artículos 49 y 365 de la Constitución Política Colombiana.

Si lo que se pretende es salvaguardar los derechos fundamentales, es preciso que la actividad del Estado, tenga las facultades necesarias para lograr su preservación y evitar el riesgo, cuando ello sea posible sin perjuicio de los deberes correccionales.

Toda conducta que contraviene un deber legal debe sufrir el reproche del organismo que ejerce funciones de inspección, vigilancia y control.

A nivel de los sujetos que se habilitan para cumplir una determinada labor no puede ser otro el razonamiento. La habilitación determina los límites en el actuar tanto de las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), de las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, y de los demás pagadores del sistema, como de los prestadores de servicios de salud PSS. La actuación se encuentra reglada para tales operadores quienes solo pueden hacer lo que les está permitido por la ley. Cuando una entidad actúa por fuera de estos linderos, se producen dos consecuencias principales, que tiene que ver con el carácter de las funciones asignadas al ente de inspección, vigilancia y control, a saber, las tendientes a prevenir una conducta o la continuación de la misma, y aquellas que están destinadas a sancionarlas.

De esta manera, la intermediación, constituye una conducta por fuera del marco previsto en la ley, sancionable, ya que vulnera las operaciones entre los prestadores de servicios de salud por cuanto desmejoran las condiciones normales del mercado y no garantizan la adecuada prestación de los servicios a los usuarios, y es claro que dicha conducta vulnera el Sistema de Salud Colombiano, cuya inspección, vigilancia y control corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud revocará Totalmente la habilitación de una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPSS, cuando se verifique la utilización de intermediarios para la organización y administración de la red de prestadores de servicios. Literal d, numeral 16.1, artículo 16º, decreto 515 de 2004; artículo 4º. Decreto 3556 de 2008.

Por lo que, corresponde a la Superintendente Nacional de Salud, ordenar se suspenda la práctica ilegal de los prestadores de servicios de salud que no acaten las directrices comprendidas dentro del Sistema.

Cabe resaltar que una de las características de la reforma a la Seguridad Social en el país, fue la delimitación de funciones entre los actores del sistema, de tal manera que los prestadores de servicios, tienen como responsabilidad primordial y directa brindar servicios de salud con calidad, según lo establecido en su portafolio de servicios, sin tener que ver directamente con las responsabilidades de las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Especiales y Excepcionales en Salud, de las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en Salud EPS, EAS y EPSS, de las Entidades Aseguradoras que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, de las Entidades Aseguradoras de Riesgos Laborales ARL, de las Entidades Administradoras de Salud de la Población Pobre No Asegurada esto es las Entidades Territoriales, que es, garantizar a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda o a la población afiliada a los Regímenes Especiales o Excepcionales en Salud, al Régimen Subsidiado, al Régimen Contributivo o a los Planes voluntarios de Salud, o la población afiliada a Riesgos Laborales, la cobertura de ciertos gastos en salud, y el acceso a ciertos servicios de salud, como prestaciones que en un

conjunto configuran los servicios no cubiertos por subsidios a la demanda, los servicios de los Regímenes Especiales o Excepcionales en Salud, los servicios del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, los servicios del Plan Obligatorio de Salud Contributivo, los servicios de los Planes Voluntarios de Salud, o los servicios de salud de los Riesgos Laborales.

Conforme al artículo 1º del Decreto 1663 de 1994, el Estado garantiza a las Entidades Promotoras de Salud EPS, Entidades Adaptadas en Salud EAS, Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado EPSS, a las Entidades que ofrecen Planes Voluntarios de Salud, a las Administradoras de Riesgos Laborales ARL, a los promotores de éstas, a los Prestadores de Servicios de Salud, a las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, el derecho a la libre y leal competencia en el mercado de los servicios de salud, en igualdad de condiciones, dentro de los límites impuestos por la ley conforme lo descrito por el Decreto en análisis, con la finalidad de:

1. Mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios de salud.
2. Garantizar la efectividad del principio de la libre escogencia de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
3. Permitir la participación de las distintas personas naturales o jurídicas que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y la vigilancia del Estado.
4. Garantizar que en el mercado de servicios de salud exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

La normatividad que rige el Sistema de Salud Colombiano, está perfectamente claro que para operar dentro de este Sistema las personas jurídicas y naturales deberán previamente reunir los requisitos que la Ley establece y solicitar su autorización legal, bien sea como Prestadores de Servicios de Salud, como Entidad Aseguradora en Salud de los Regímenes Especiales y Excepcionales en Salud, como Entidad Aseguradora en Salud de los Regímenes Contributivo o Subsidiado en Salud EPS, EAS o EPSS, como Entidad Aseguradora que ofrezca Planes Voluntarios de Salud, como Entidad Aseguradora de Riesgos Laborales ARL, como Entidad Administradora de Salud de la Población Pobre No Asegurada esto es como Entidad Territorial.

En materia de salud, debe tenerse en cuenta que la realización del servicio público de carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud tiene como sustento un sistema normativo integrado, lo que significa, que el Sistema de Salud es reglado y en consecuencia quienes en él participan, no pueden hacer sino lo que expresamente ha determinado la Ley.

De esta manera, a los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Especiales y Excepcionales en Salud, las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Contributivo o Subsidiado en Salud EPS, EAS o EPSS, las Entidades Aseguradoras que ofrezcan Planes Vo-

luntarios de Salud, las Entidades Aseguradoras de Riesgos Laborales ARL, las Entidades Administradoras de Salud de la Población Pobre No Asegurada esto es las Entidades Territoriales no les es aplicable el principio de que pueden hacer todo lo que no esté prohibido por la ley; para tales aseguradoras, administradoras y prestadoras, rige el principio de los funcionarios públicos, que únicamente pueden hacer lo que les esté expresamente permitido.

De conformidad con lo previsto en la ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, y el artículo 3° del Decreto 1663 de 1994, están prohibidos todos los *acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas* que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.

Por orden del artículo 12 del Decreto en comento, quedan prohibidos los actos de competencia desleal en el mercado de los servicios de salud. Además de lo previsto en las normas del Código de Comercio, se considera que constituye competencia desleal en el mercado de los servicios de salud, todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de las actividades propias de dicho mercado.

Serán aplicables a las actividades de las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Especiales y Excepcionales en Salud, las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Contributivo o Subsidiado en Salud EPS, EAS o EPSS, las Entidades Aseguradoras que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, las Entidades Aseguradoras de Riesgos Laborales ARL, las Entidades Administradoras de Salud de la Población Pobre No Asegurada esto es las Entidades Territoriales, a los promotores de éstas, a los Prestadores de Servicios de Salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y *a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen*, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud por la ley 100 de 1993 y el Decreto 1018 de 2007, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en el mercado de los servicios de salud, en los términos contemplados por el artículo 10° del Decreto 1663 de 1994, por la ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, así como por aquellas normas que las modifiquen, sustituyan o complementen. La Superintendencia Nacional de Salud dará traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio de las conductas violatorias de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia que se presenten en la prestación de los servicios de salud, y colaborará con dicha Superintendencia para efecto de garantizar la aplicación de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y abuso de la posición dominante. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá avocar por su cuenta y de

conformidad con el procedimiento establecido para el efecto, el conocimiento de aquellas conductas que considere violatorias de las normas sobre libertad de competencia en la prestación de los servicios de salud.

Asimismo, y conforme al artículo 11 del Decreto 1663 de 1994, serán aplicables a las actividades las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Especiales y Excepcionales en Salud, las Entidades Aseguradoras en Salud de los Regímenes Contributivo o Subsidiado en Salud EPS, EAS o EPSS, las Entidades Aseguradoras que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, las Entidades Aseguradoras de riesgos Laborales ARL, las Entidades Administradoras de Salud de la Población Pobre No Asegurada esto es las Entidades Territoriales, a los promotores de éstas, a los Prestadores de Servicios de Salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre competencia desleal contenidas en el Código de Comercio y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

Por lo anterior, en caso de presentarse una situación de ejercicio irregular de una actividad del sector salud, la propia Superintendencia Nacional de Salud está facultada para adoptar las decisiones que a su juicio mejor consulten el propósito explícito en la normatividad de defender el interés público tutelado, lo cual ha de traducirse necesariamente en el restablecimiento del orden jurídico perturbado con la conducta ilegal.

3. PRÁCTICAS AUTORIZADAS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. CIRCULARES EXTERNA 066 Y 067 DE 2010 DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Los prestadores de servicios de salud podrán contratar individualmente la prestación de servicios de salud o podrá contratar la prestación de servicios mediante la figura de asociación o de alianzas estratégicas con otros prestadores de servicios de salud u operadores de servicios de salud personas naturales o personas jurídicas privadas o públicas mediante Sistemas Negociables Mercantiles que faciliten su cumplimiento, generen economía de costos y optimicen la gestión, obteniéndose una participación razonable en el margen de rentabilidad logrado por el operador de servicios, buscando a través de esta asociación o alianza, la optimización de los recursos destinados a la salud, reduciendo el costo que para las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, podría significar el tener contratos con cada prestador, brindando los servicios de salud en un paquete integral e interdisciplinario de servicio.

Se observa entonces que la forma de participación del prestador de servicios de salud que subcontrata servicios con otros prestadores de servicios habilitados, se entiende como no autorizada y como práctica ilegal en el Sistema de Salud Colombiano, ya que el Prestador tan solo podrá ofertar y brindar los servicios que éste tenga habilitados. Mientras que, la forma de participación del prestador de servicios de salud que realiza asociaciones o alianzas estratégicas con otros

prestadores de servicios habilitados, o con terceros operadores de servicios de salud no habilitados, se entiende como autorizada y como práctica legal en el Sistema de Salud Colombiano.

De esta manera, el PSS tan solo podrá ofertar y brindar los servicios que éste tenga habilitados, en el evento en que pretenda brindarlos en un paquete integral de servicios junto con otros servicios que no tenga habilitados, lo podrá realizar siempre que lleve a cabo la conformación de una asociación o alianza estratégica de prestadores de servicios de salud, para poder ofertar en conjunto con otros prestadores de servicios de salud, sus servicios y los de éstos, como paquete integral de servicios de salud.

Del mismo modo, el PSS podrá ofertar y vender sus servicios habilitadas, a través de un asociado o aliado por *outsourcing*, por tercerización, o por externalización, esto es, mediante la asociación o contratación de un tercero no habilitado, para el suministro de los servicios de salud habilitados por el PSS, bajo la figura de la asociación o contratación por *outsourcing*, por tercerización o por externalización de estos servicios.

4. PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN FORMA CONJUNTA MEDIANTE ASOCIACIONES O ALIANZAS ESTRATÉGICAS

4.1. Formas asociativas

Las personas en Colombia pueden asociarse para aunar esfuerzos en la obtención de unos resultados, estas asociaciones van desde la creación de una persona jurídica diferente de las que concurren a su constitución hasta la celebración de negocios jurídicos en los cuales las partes estipulen sus derechos y obligaciones.

Las personas, por naturaleza, tienden a asociarse con otras para lograr un beneficio en común, que se materializa en un mayor bienestar particular. En palabras de George H. Sabine, retomando a Platón, “Las sociedades surgen como consecuencia de las necesidades de los hombres que solo pueden ser satisfechas en cuanto aquellas se complementan” (32), este principio filosófico y político, explica los diferentes contratos de asociación, de los que surgen figuras jurídicas como las sociedades, las asociaciones, las corporaciones, las fundaciones, los sindicatos, los gremios, los grupos de sociedades y contratos de colaboración. Sin embargo, ante esta tendencia natural, el hombre mantiene siempre un fragmento inalienable e indisponible cual es su libertad personal.

Desde el matrimonio para formar familia, y la asociación de familias para formar una tribu, hasta la agrupación de entes territoriales para constituir un Estado, y la unión de Estados para formar regiones de interés económico y político; se encuentran claros ejemplos en los que los seres humanos buscan unirse con

(32) SABINE, GEORGE H., *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, Editorial Presencia, Bogotá, 1992, p. 47.

otros y crear estructuras asociativas cada vez más productoras de bienestar común.

Con el objetivo de conseguir economías de escala, las sociedades utilizan diversos medios de agrupación que consiste en acuerdos entre ellas para lograr objetivos comunes a corto, mediano y largo plazo como el cartel, el *trust*, el *holding company* y los contratos de colaboración, formas asociativas entre personas jurídicas independientes que les permiten ahondar esfuerzos especializados y conjuntos para el desarrollo de un proceso productivo, determinado obteniendo mayores beneficios al reducir costos y al aumentar en eficiencia.

Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada "ventaja comparativa" ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno una mayor calidad, y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que pueden derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario debe reconocérsele (33).

La Constitución Política en su artículo 38 establece que se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de distintas actividades que las personas realizan en sociedad (34). A partir del derecho de asociación, reconocido constitucionalmente, se fundamentan las diversas formas de asociación tipificadas o permitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Los contratos de asociación se pueden definir como cualquier tipo de agrupación entre personas para buscar un beneficio compartido. Por regla general las prestaciones de las partes contenidas en el contrato de asociación se encaminan a la obtención de un fin común, por lo que, en virtud de las normas comerciales esta clase de contratos son de naturaleza plurilateral.

La connotación jurídica de la palabra asociación es genérica por que comprende diversas agrupaciones estables y generalmente de duración indefinida, cada una de las cuales en particular persiguen un fin que es común a sus asociados (35). Los contratos de asociación son el género dentro del cual se encuentran todas las especies de acuerdos de voluntades mediante los cuales dos o más personas se agrupan para lograr un objetivo común entre los que se identifican los contratos de asociación que dan lugar a una persona jurídica como las fundaciones, corporaciones, asociaciones, y sociedades, o aquellos que mantienen

(33) Gaceta del Congreso No. 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, p. 6.

(34) Sentencia C-110 del 10 de marzo de 1994 y C-435 del 12 de septiembre de 1996 de la Corte Constitucional.

(35) NARVAEZ GARCIA, JOSÉ IGNACIO, *Teoría General de las Sociedades*, Octava Edición, Editorial Legis, 1998.

la responsabilidad en cabeza de los asociados, como la sociedad de hecho, la comunidad, las cuentas en participación y los contratos de colaboración.

4.2. Formas de asociaciones o alianzas estratégicas para la prestación de servicios de salud

El PSS tan solo podrá ofertar y brindar los servicios que éste tenga habilitados en el evento que pretenda brindarlos en un paquete integral de servicios junto con otros servicios que no tenga habilitados, lo puede realizar siempre que lleve a cabo la conformación de una asociación o alianza estratégica de prestadores de servicios de salud, para poder ofertar en conjunto con otros prestadores de servicios de salud, sus servicios y los de éstos, como *paquete integral de servicios de salud*.

En cuanto a la asociación o alianza estratégica para la prestación de los servicios de salud, en conjunto con otros prestadores de servicios de salud, se establece, que las formas de asociación o alianza estratégica mediante la conformación de una sociedad, asociación o la fusión, conllevan al desaparecimiento de los Prestadores de Servicios de Salud, por sí solos considerados, y a la creación de uno nuevo, o al fortalecimiento de uno con la desaparición de los demás, y por consiguiente, la desaparición de la habilitación de los servicios de quienes se asocian o conforman la sociedad, o de quienes son absorbidos, para ser asumida por la nueva entidad que se conforma o por la entidad que haya absorbido a los demás.

De esta manera, la forma de asociación de PSS que evitaría lo anterior citado, y que permitiría la permanencia de los prestadores de servicios de salud y el no desaparecimiento de los procesos de habilitación de los servicios de salud de cada prestador de servicios de salud que se asocie, manteniendo su autonomía técnica, administrativa y financiera, permitiendo garantizar a través de esta asociación, la adquisición en conjunto a bajo costo y de alta calidad, de insumos, servicios técnicos, medicamentos, la contratación de interventoras y auditorías para mejoramiento de la calidad de los servicios de salud, servicios integrales de salud en complementación o para efectos de conformación de una red prestadora de servicios de salud, que facilite a los usuarios el ingreso, accesibilidad, oportunidad y calidad de los mismos, es la asociación de prestadores de servicios de salud bajo la figura de unión temporal o de consorcio, tal y como lo establece el inciso 3º del artículo 64 de la ley 1438 de 2011, y la Circular Externa 067 de 2010, de la Superintendencia Nacional de Salud.

Los prestadores de servicios de salud podrán asociarse mediante Uniones Temporales, consorcios u otra figura jurídica con Otros Prestadores de Servicios de Salud, Personas Naturales o Personas Jurídicas públicas, privadas o mixtas. En ejercicio de su autonomía determinarán la forma de integración y podrán hacer uso de mecanismos administrativos y financieros que las hagan eficientes, observando los principios de libre competencia (36).

(36) Artículo 59, ley 1438 de 2011, inciso 2º, del artículo 12 del Decreto 1011 de 2006, Parágrafo del artículo 7º de la Resolución 1441 de 2013, p. 18, Resolución 1441 de 2013, *Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud*.

El PSS también podrá ofertar y vender sus servicios habilitados a través de un asociado o afiliado por outsourcing, por tercerización, o por externalización, mediante la asociación o contratación de un tercero no habilitado para el suministro de los servicios de salud habilitados por el PSS, bajo la figura de la asociación o contratación por outsourcing, por tercerización o por externalización de estos servicios (37), teniendo en cuenta que:

1. Los servicios de salud, podrán ser dependientes o independientes del PSS que ofrece el servicio principal declarado (38).
2. Los Servicios Dependientes, son aquellos que desde el punto de vista institucional, patrimonial, administrativa, laboral, técnico, científico, presupuestal y funcional, constituyen *una unidad integral con la institución a la cual pertenece* (39).
3. Los Servicios Independientes, son los servicios de apoyo diagnóstico o terapéutico que ostenta patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa, presupuestal y financiera, cuenta con una dirección y orientación autónoma. El servicio podrá estar localizado dentro o fuera de las instalaciones de un prestador que ofrece el servicio principal declarado. En este *caso debe mediar un contrato explícito y documentado* entre las dos instituciones y un acuerdo explícito e interinstitucional de los servicios o productos en los que el servicio de apoyo soporta el servicio principal declarado, calidad del producto, interventora, procedimiento para la atención de pacientes y tiempos de obtención de los productos (Tercerización – *Outsourcing* – Externalización) (40).

De esta manera, los prestadores de servicios de salud podrán entre otras figuras, realizar asociaciones o alianzas estratégicas tales como:

- La conformación de una unión temporal o consorcio con otros prestadores de servicios de salud, para poder ofertar en conjunto los servicios de salud.
- La contratación de un tercero operador de servicios de salud, persona natural o persona jurídica, para el suministro de los servicios de salud, bajo la figura de asociación por tercerización también llamada *outsourcing* o externalización para la prestación de servicios de salud, sin que dicho operador habilite los servicios objeto de la asociación.

En ningún caso puede entenderse que la asociación o alianza estratégica para la prestación de servicios de salud, pueda significar un nuevo eslabón de

(37) *Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud*, Capítulo VII, ps. 11, 18, 187, Código 700, Resolución 1441 de 2013.

(38) *Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud*, Capítulo VII, ps. 11, 18, 187, Código 700, Resolución 1441 de 2013.

(39) *Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud*, ps. 18, 186, Resolución 1441 de 2013.

(40) *Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud*, ps. 11, Código 700, Resolución 1441 de 2013.

aseguramiento o de intermediación, que implique una reducción de los recursos que deben ir a salud, por concepto de la administración de estos contratos. Circular del 19 de abril de 2001 del Ministerio de Salud.

En otras palabras, no se trata con esta modalidad de trasladarle los costos de administración de las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema a los Prestadores de Servicios de Salud, ni aún en mínima parte.

Tampoco, como lo dice la ley 100 de 1993, se trata de crear redes que impidan o dificulten la libre escogencia.

A partir de la expedición de la ley 1438 de 2011, en sus artículos 60 a 64 los cuales se encuentran en espera de ser reglamentados por el Ente regulador del Sistema, por expresa voluntad del legislador consagró que la prestación de servicios se hará a través de *redes integradas de servicios*, entendidas como el conjunto de organizaciones o redes que prestan servicios o hacen acuerdos para prestar servicios de salud individuales y/o colectivos, más eficientes, equitativos, integrales, continuos a una población definida, dispuesta conforme a la demanda; ubicadas en un espacio poblacional determinado.

Las redes de atención que se organicen dispensarán con la suficiencia técnica, administrativa y financiera requerida, los servicios en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación que demande el cumplimiento eficaz de los planes de beneficios.

La Circular N° 067 de 2010, señala que la figura de asociación o de alianzas estratégicas de Prestadores de Servicios de Salud con otros Prestadores de Servicios de Salud u Operadores Personas Natural o Jurídica Privada o Pública mediante Sistemas Negociables Mercantiles que faciliten su cumplimiento, generen economía de costos y optimicen la gestión, obteniéndose una participación razonable en el margen de rentabilidad logrado por los prestadores de servicios de salud o el operador de servicios, buscando a través de esta asociación o alianza, la optimización de los recursos destinados a la salud, reduciendo el costo que para las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, podría significar el tener contratos con cada prestador, brindando los servicios de salud en un paquete integral e interdisciplinario de servicios.

De esta manera, un Prestador de Servicios de Salud puede ofertar y contratar individualmente la prestación de servicios de salud con las Entidades Responsables del Pago, las Entidades que ofertan planes voluntarios de salud, los particulares y demás pagadores del sistema, *si tiene como suministrarlos y si los posee habilitados* como Prestador de Servicios de Salud *individualmente considerado*, de lo contrario de no tenerlos habilitados y como suministrarlos podrá realizar una *asociación o alianza estratégica* con otro u otros Prestadores de Servicios de Salud bajo la figura de *unión temporal o consorcio*.

Pero el Consorcio o Unión Temporal debe darse antes de la oferta o contratación de los servicios con las Entidades Responsables del Pago, las Entidades que ofertan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás Pagadores del sistema y no de *forma posterior*, porque si dicha asociación o alianza estratégica *se realiza después de celebrados los contratos*, se configuraría la doble habilitación de un mismo servicio y la subcontratación o intermediación de servicios de salud, es decir que es la Unión Temporal o el Consorcio de los Prestadores de Servicios de Salud quien celebra el contrato con las Entidades Responsables del Pago, las Entidades que ofertan Planes Voluntarios de Salud, los Particulares y demás pagadores del Sistema de Salud.

Teniendo en cuenta que la Unión Temporal o Consorcio de Prestadores de Servicios de Salud podrá ser:

1. Para la complementación de Servicios.
2. Para la complementación de la capacidad de oferta instalada de servicios.
3. De una misma complejidad para la conformación de una red local o regional de servicios de salud de una misma complejidad.
4. De diferente complejidad para la conformación de una red local o regional de servicios de salud de diferente complejidad.
5. De diferente complejidad para generar una red nacional, regional o local de servicios de una especialidad.
6. Para sistemas de contratación, adquisiciones y compras.

La Unión Temporal o Consorcio de Prestadores de Servicios de Salud puede ser:

- Abierta: es una Unión Temporal o Consorcio de prestadores de servicios de salud diseñada para suscribir contratos con *DIFERENTES* Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud, las Entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del Sistema.
- Cerrada: es una Unión Temporal o Consorcio de prestadores de servicios de salud diseñada para suscribir contratos con **UNA** Entidad Responsable del Pago de Servicios de Salud, Entidad que ofrezca Planes Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del Sistema.

La Unión Temporal de Prestadores de Servicios de Salud podrá contratar con las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP) las entidades que ofrezcan Planes Voluntarios de Salud hoy Voluntarios de Salud, los Particulares y demás pagadores del Sistema, *siempre y cuando cada uno de los prestadores de servicios de salud asociados se encuentren habilitado e inscrito en el registro especial de prestadores de servicios de salud y no por la unión temporal.*

De manera que *la asociación de prestadores de servicios de salud sea por consorcio o por unión temporal no debe aparecer dentro del registro especial de prestadores de servicios de salud del departamento o distrito, pero cada uno de los prestadores que conforman la Unión Temporal deben estar habilitados por la Entidad Territorial respectiva.*

Igualmente, la Circular Externa 067 de 2010 de la SNS establece que el PSS podrá ofertar y brindar los servicios que éste tenga habilitados en el evento en que pretenda brindarlos en un *paquete integral de servicios*, siempre que lleve a cabo el ofertar y vender los servicios a través de un asociado o un tercero contratado por outsourcing, tercerización o por externalización, o agente tercerizador o agente externalizador, esto es, *contratar a un tercero no habilitado para el suministro de los servicios de salud bajo la figura del outsourcing, tercerización o por externalización.*

La figura del *Outsourcing* o Tercerización o Externalización, es: *El proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación o persona, la cual es contratada para desarrollar esa porción de negocio. Esto libera a la primera organización para enfocarse en la parte o función central de su negocio. Un acto por el cual una organización acude a una empresa o persona exterior, para que realice un trabajo correspondiente a un proceso para su negocio, y en el que la contratada está especializada, consiguendo la organización en su negocio, una mayor efectividad a través de esta empresa o persona exterior especializada.*

El *outsourcing*, tercerización, o externalización, tiene por objeto *la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, cuyo propósito final sea un resultado específico.*

La prestación de servicios por outsourcing, tercerización, o externalización, podrá ser organizada por uno, varios o todos los servicios, en procesos o subprocesos, dentro o fuera de las instalaciones del Prestador de servicios de Salud, como Unidades Funcionales para la Atención Integral de Servicios de Salud. Los procesos podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, ***siempre atados al resultado final.***

El servicio que el Prestador de Servicios de Salud PSS suministre a través del tercero contratado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o *externalizador debe ser habilitado exclusivamente por el PSS* y no por el tercero contratado por *outsourcing*, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador.

El Prestador de Servicios de Salud, *se obliga a obtener y mantener vigente en forma exclusiva la inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud por la autoridad competente, los permisos, registros, licencias y títulos especiales que requieran la ley o las autoridades, de los servicios objeto del contrato de outsourcing, tercerización o de externalización, para el ejercicio de éstos y por ningún motivo, estos mismos, pueden ser inscritos en el registro especial de*

prestadores de servicios de salud por el asociado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador.

Del mismo modo, asumirá íntegramente la responsabilidad por los perjuicios que se ocasionen por la extralimitación o por la ausencia de los permisos, licencias y títulos especiales exigidos por parte de la ley o las autoridades administrativas, civiles o sanitarias.

Independientemente de que los servicios objeto del contrato de outsourcing, tercerización o de externalización sean ejecutados por el tercero contratado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador, éstos, siempre serán suministrados en forma exclusiva a favor de terceros cualesquiera sean éstos, a nombre del prestador de servicios de salud y por ningún motivo podrán ser suministrados bajo cualquier orden a nombre del asociado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador o de tercero alguno.

El tercero contratado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador, y el PSS, se obligan a no establecer un negocio igual o similar al convenido o contratado, en las instalaciones o áreas aledañas objeto del contrato de asociación por outsourcing, tercerización o externalización, a favor de sí mismos o de terceros, que puedan generarle competencia al PSS o al tercero contratado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador.

Los servicios objeto del contrato de outsourcing, tercerización o externalización, serán prestados por el tercero contratado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador, con plena autonomía técnica, financiera, científica y administrativa, bajo los parámetros de eficiencia y calidad correspondientes, así como aquellos que las partes definan de manera concertada. El tercero contratado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador debe obligarse a garantizar la oportunidad y calidad en la realización de las actividades objeto del contrato del outsourcing, tercerización o externalización.

En suma, la prestación de servicios de salud se hará a través de redes integradas de servicios, por la vía de uniones temporales o los consorcios.

Mientras que, la otra forma de alianza estratégica es el *outsourcing*, tercerización o externalización la cual se lleva a cabo entre un PSS y un tercero que no es PSS sino operador o administrador de servicios y procesos.

IMPLEMENTACIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA PRIVATIZADORA EN EL SECTOR DE LA SALUD EN COLOMBIA. 1990-2008

Luz Dary Naranjo Colorado (1) y Emilce Garzón Peña (2)

INTRODUCCIÓN

El tema de la privatización de la salud en Colombia se liga directamente con el proceso acontecido en toda la región de implementación de los llamados “ajustes estructurales”, delimitados a partir del Consenso de Washington de 1989, donde figuras como la privatización, el recorte al gasto público, la reforma fiscal, entre otros, llevaron a consolidar una “década de luces y sombras”, (CEPAL 2001), que finalmente dejó en evidencia el estancamiento de las economías y los graves errores tras la aplicación de las políticas neoliberales de principios de la década del 90.

A partir de esta realidad, el grupo de investigación “*Flora Tristán*” y su semi-llero “*Luisa Delia Piña*”, se dieron a la tarea de investigar sobre la privatización del sector salud en Colombia, delimitando como objeto de estudio el impacto y consecuencias (sociales, jurídicas, políticas y económicas), afrontadas por los actores insertos en el sistema, *usuarios-personal de la salud y empresas prestadoras del servicio de salud*. De esta forma, se estructura el presente documentos en tres acápite.

El primero se dirige a abordar y contextualizar el tema de la salud, desde la implementación del modelo privatizador a partir de la década de 1990, reconociendo el proceso de consolidación de un paquete jurídico que transformó el antiguo sistema de salud de los colombianos y la responsabilidad del Estado frente

(1) Abogada por la Universidad Libre de Colombia y Licenciada en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Colombia. Doctoranda en Procesos Sociales y Políticos en América Latina por la Universidad de Arte y Ciencia UARCIS, Santiago de Chile. Magister en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Libre de Colombia. Docente universitaria. Jefe del Área Laboral de la Universidad Autónoma de Colombia.

(2) Abogada por la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Historia (Universidad Nacional de Colombia). Estudios en Derecho Internacional (Universidad Católica Portuguesa) e Igualdad y no discriminación en el ámbito laboral (Universidad de Vigo-España). Investigadora. Docente Universitaria y Asesora de proyectos de investigación en el área social y de Educación Ambiental.

al derecho a la salud, por medio de decretos y leyes como la Ley 10 de 1990, la ley 50 de 1990, la Constitución Política, la ley 100 de 1993 y demás decretos complementarios. Lo que generó un nuevo sistema, donde los particulares asumieron cargas y ganancias inimaginables dentro de su nuevo papel de administradores de la salud.

El segundo, inicia con la delimitación de los actores inmersos en el sistema, ellos son: *usuarios-personal de la salud y empresas prestadoras del servicio de salud*, para entrar a entrever sus relaciones, posturas y sobre todo, el impacto y consecuencias que vienen afrontado dentro de un sistema de salud como el que se instauró en Colombia a partir de 1990. Con base en ello, se trabajan dos apartados, el de los usuarios y el del personal de la salud, en los cuales se presentan datos y análisis estadísticos que demuestran la situación actual de estos sectores.

El tercero, directamente interrelacionado con el segundo, se refiere a los impactos y consecuencias desde la mirada empresarial, a partir del análisis y caracterización de las “Empresas Prestadoras de Salud-E.P.S.”, demostrando la consolidación del negocio de la salud en contraposición de la desmejora de la calidad y desconocimiento del derecho a la salud en Colombia.

Finalmente, este trabajo pretende constituirse en un diagnóstico y estudio pertinente para la generación de diversas iniciativas y propuestas en torno a una reforma de fondo del sistema de salud colombiano.

1. CONTEXTUALIZACIÓN Y CONCEPTOS DE LA PRIVATIZACIÓN

La privatización consiste, en primer lugar, en un traspaso de bienes. En segundo lugar, este traspaso es del dominio público al privado y se realiza bajo ciertas condiciones de coerción que se ejerce por alguna agencia o circunstancia sobre el Estado que se ve en la necesidad de transferir la propiedad. En tercer lugar, la transferencia es enormemente atractiva y ventajosa para el adquirente, al punto de hacerlo movilizar todos los esfuerzos posibles, y hasta toda su capacidad de crédito para la adquisición de estas propiedades. (F. García, 2006).

La privatización es una de las expresiones que tiene la globalización (como parte crucial de la agenda corporativa) en América Latina. Ésta contribuye a obtener todas las ventajas posibles de una situación de dependencia que ha seguido al gran proceso de endeudamientos internacionales de las últimas dos décadas. La privatización viene consistiendo en el traspaso decretado desde el ejecutivo, con o sin la aprobación nominal, de la propiedad pública a manos de lo privado, por montos multimillonarios, a título gratuito o a precios de remate, lo que vendrá a implicar modificaciones nunca consensuadas, discutidas ni menos aceptadas para la economía, las sociedades, la política y las culturas de los países. (Petras y Veltmeyer, 2002, 151).

En América Latina el proceso de privatización ha resultado muy diverso y complejo dependiendo de las características de cada país y de sus diferentes gobiernos, quienes han establecido diversas versiones “oficiales” del asunto. Por ejemplo, en Venezuela, se definió privatización como “la venta de los bienes del

gobierno a entes privados, o de servicios públicos por parte de las compañías privadas...”, y en otro documento se dijo: “La privatización es un proceso complejo que interactúa con diversos sectores y áreas profesionales y funcionales, como la contabilidad, para ser llevados a cabo de manera exitosa...” (F. García, 2006).

En Chile, se determinó que consistía en “un programa que reasigna activos de sectores públicos a sectores privados con la esperanza de que se le dé un uso más eficiente... que eleve el nivel del producto en la economía”. En Argentina se la definió, incluso en proyectos legislativos, como medida “para darle aire al gobierno”, “para continuar el rumbo” y “salida de las crisis financieras”, “que opera el rescate...” Mientras en Brasil, se justificó que “la principal razón de la privatización es buscar un Estado más eficiente, menos intervencionista y menos centralizador, a fin de adaptar al país a las realidades económicas...” Los documentos oficiales del Perú la consideraron: “hasta hace unos años se pensaba que la privatización era simplemente una moda... pero existe una razón: la crisis fiscal por la que muchos de estos países han atravesado... y otra, la globalización del pensamiento económico, la globalización de las ideas. La privatización favorece una nueva visión...” (F. García, 2006).

En Colombia, se partió de afirmar que el Estado, era un estorbo y un foco de dilapidación de los recursos, justificando con ello la necesidad de un reajuste y reducción de las funciones y tamaño de éste, para dar paso a que las empresas privadas lo sustituyeran parcialmente, como medio para ahorrar gasto social y permitir la libertad de oferta y demanda plena en la compraventa de servicios sociales (Villegas, 2003).

Si bien en el país se expidieron varias leyes dirigidas a asegurar y legitimar la privatización desde 1990, el proyecto privatizador jurídicamente se fundamentó en los principios constitucionales.

“La Constitución Política de 1991, que bajo una lógica neoliberal de modernización del Estado, otorga en sus artículos transitorios facultades al presidente de la República para reducir gastos, suprimir o fusionar empleos, suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional” (Naranjo y Garzón Peña, 2010, 41).

Se conceptualizó además el tema, en los artículos 48 y 49 de la Constitución que se refieren a la salud bajo la lógica del aseguramiento y de la participación de entidades privadas. Esto consolidó la base para el desarrollo de la privatización, la cual se reforzó e implementó a partir de la promulgación de la Ley 100 de 1993. Constitucionalmente resulta claro que la salud es un servicio público y no un derecho, pues como se desprende del texto del articulado en ningún momento se habla de derecho fundamental, a pesar de estar incluidos los artículos en la parte “de los derechos, las garantías y los deberes”, y tal como lo afirma Mariela Guerrero:

la Constitución del 91, a través de la Ley 100 le quita el monopolio de la salud al Estado y establece un sistema en donde no se venden servicios de salud sino servicios médicos, que no es lo mismo. (...) Todo lo que antes asumía el

Estado se lo entregó a entidades privadas sin ninguna experiencia en el manejo ni de salud pública ni de prevención (Guerrero, 2010, 85).

1.1. ¿La salud un derecho o una mercancía? Privatización en el Sector Salud Colombiano

Para cualquier ser humano, la salud es un derecho, sin embargo en un modelo neoliberal como el que se ha pretendido extender en el mundo, la salud se convirtió en una mercancía más, que se vende y se compra en un mercado global. En estos fatídicos tiempos, la salud es vista como un problema de gerencia, de costo-beneficio, de administración de hospitales y fondos de seguridad social. Esto ha traído un complejo cambio ideológico, donde millones de personas han asumido que efectivamente la salud es un servicio mercantil y no un derecho, por el cual debe pagarse y donde su disfrute se limita únicamente al nivel de ingresos de cada individuo. Es la configuración de un mercado de vida y muerte, que ha costado millones de víctimas en el mundo entero y ha traído consigo la pauperización en los sistemas de atención en salud para los más vulnerables.

Desde la lógica neoliberal la salud sólo tiene su razón de ser si se convierte en un “mercado rentable y competitivo” librado a las fuerzas reguladoras de la “mano invisible” y en el que sobreviven aquellos que tienen dinero para pagar por el mantenimiento de sus condiciones físicas y mentales” (R. Vega, 2005, 172). Es el regreso a la política de beneficencia que existiera antes de la construcción del Estado de Bienestar y de los procesos revolucionarios del siglo XX, el derrumbe de las luchas de miles de trabajadores y pobres del mundo, que durante mucho tiempo se habían dado a la contienda por construir unas condiciones dignas de vida, salud y trabajo, pero que bajo la implantación del modelo neoliberal perdieron las posibilidades y se vieron nuevamente enfrentados a un capitalismo salvaje, al que solo le preocupa el enriquecimiento particular.

Entre los principales beneficiarios de la privatización del sistema sanitario se encuentran las grandes multinacionales farmacéuticas, las cuales han visto como un manjar apetitoso los “nichos de mercado” y los nuevos clientes que en cada país le proporcionan las políticas impulsadas por todos los neoliberales, empezando por el Banco Mundial. Lo más preocupante reside en que ahora, por los procesos de privatización y descentralización, las personas ya no reciben las medicinas del Estado y deben pagarlas con sus ingresos (Naranjo y Garzón Peña, 2010, 50).

En Colombia, la reforma al sistema de salud y seguridad social, inicia desde el proceso de modernización del Estado, que se realizara bajo los gobiernos de Cesar Gaviria y Ernesto Samper, quienes procedieron a la implementación del modelo neoliberal. “Estrategias como la descentralización, privatización y focalización, sugeridas por las “agencias internacionales y la banca multilateral”, fueron desarrolladas en todo su contenido sin hacerles mayor reparo, bajo un slogan que promulgaba la “nueva” política social, pero que en realidad encubría el proceso de transformación de la salud en una mercancía, es decir, el paso de ser un derecho a constituirse en un artículo de compra venta” (Naranjo y Garzón Peña, 2010, 51).

Así, desde lo jurídico, se estableció una normatividad acorde al proyecto neoliberal, que “acogía los llamados Planes de Ajuste Estructural (PAE’s) y daba paso a la expedición de una serie de leyes y decretos que sustentaban discursivamente cada uno de los postulados y políticas del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial de Comercio” (Naranjo y Garzón Peña, 2010, 51).

Como se detalló en el punto 1.2., de este acápite, la producción legislativa ha sido prolífica tanto en la década del noventa como en los 2000, en el tema de las reformas a la salud y la privatización y aún se continúa en un proceso de construcción de normativas que, de alguna forma, soporten la crisis social, económica y política, que ha dejado un modelo tan nefasto. Sin embargo, hoy por hoy son muchas las organizaciones sociales, médicas, entre otras, que promueven una verdadera reforma a la salud, desmitificando el “servicio público” al revalorar y reconocer a la salud como un derecho fundamental, que no puede ser negociado, por considerarse el sostén de la vida y desarrollo de los seres humanos.

Sobre el particular, vale la pena referenciar los acertados análisis de la profesora Consuelo Ahumada, sobre la salud en Colombia:

La atención de salud en el país es cada vez más deficiente y precaria. La crisis sin precedentes de los hospitales públicos que se vive en el país actualmente ha puesto en evidencia los efectos nefastos de los recortes del gasto público y la eliminación de los subsidios a la oferta, fuente de la cual dependía el funcionamiento de estas instituciones, bajo el antiguo Sistema Nacional de Salud. La grave situación del sector se agrava con el deterioro de las condiciones sociales de la mayor parte de la población y el incremento del desempleo y la informalidad (Ahumada, 1993).

Esta realidad, no solamente permite ubicarse de frente al proceso de desarrollo de las políticas neoliberales, sino que además, da luces sobre la instauración ideológica y práctica de uno de sus más importantes postulados, el de la *privatización*, observando a su vez, el posible impacto social causado, en un momento histórico trascendental como lo fuera la década del noventa. Los datos no mienten, “el déficit económico de la red pública de hospitales supera en 2002 los 600 millones de Euros, por lo que aproximadamente 33.000 centros, entre clínicas, hospitales, consultorios médicos y odontológicos, laboratorios y demás IPS, corren el riesgo de desaparecer” (Esteban, Javier y Aurora, 2003).

Estos fatídicos resultados de la privatización en el sector de la salud en Colombia, dejan en el aire una serie de inquietudes y reflexiones por hacer, entre ellas la siguiente:

“La forma como se han disparado los costos, en relación con la reforma colombiana, siembra dudas sobre la eficiencia del nuevo sistema de seguridad social, más aún cuando el incremento en el gasto no está ligado a un incremento en el acceso real a servicios de salud o al mejoramiento del control de enfermedades. El impresionante crecimiento en los fondos públicos y privados no es prueba de una buena relación calidad precio. El caso colombiano permite cuestionar severamente las afirmaciones de que las políticas neo-

liberales de ayuda internacional se basan en la evidencia” (Grotte, Paepe y Unger, 2007).

Estos planteamientos hacen necesaria la reflexión sobre el futuro de la salud en Colombia y la urgencia de plantear análisis y estudios serios como soporte para la formulación de propuestas alternativas que revaliden la salud como un verdadero derecho fundamental, antes que un servicio público al servicio del mercado.

2. PRIVATIZACIÓN DE LA SALUD EN COLOMBIA. ANÁLISIS DESDE LOS ACTORES DEL SISTEMA: USUARIOS Y PERSONAL DE LA SALUD

En este apartado se trabajaran tres puntos específicos, el primero se refiere a los usuarios, entendidos como aquellos que utilizan el servicio de consulta, urgencias y hospitalización. De este sector se analizarán los índices de afiliación, percepción y uso de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir de los datos estadísticos proporcionados por la *Encuesta Nacional de Demografía y Salud* —ENDS 2010—. (Profamilia - Ministerio de la Protección Social 2010). Con el fin de verificar de forma oficial, los impactos y consecuencias del modelo de salud actual, en cuanto a la población colombiana de sexo masculino y femenino, en edades entre los 0 a los 90 años.

El segundo está dirigido al personal de la salud, se centra en los impactos y consecuencias del modelo en cuanto a la empleabilidad, partiendo de tres indicadores: empleo estable a tiempo completo, empleo precario y desempleo. Esto con el fin de medir los aspectos negativos o positivos de la privatización para el sector de los trabajadores de la salud.

Finalmente, el tercero se dirige al estudio del impacto positivo o negativo del modelo para las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud —EPS—, con el fin de dejar en evidencia los resultados de un sistema centrado en el tema de mercado y empresa.

2.1. Impactos y consecuencias en los usuarios del sistema general de seguridad social en salud (3)

Para el presente abordaje del tema, se parte del trabajo investigativo y estadístico elaborado por Profamilia, en cofinanciación del Ministerio de la Protección Social y la Agencia para el Desarrollo de los Estados Unidos —USAID—, que corresponde a la *Encuesta Nacional de Demografía y Salud* —ENDS 2010—, estudio que hace parte de un proceso iniciado en 1990, establecido con el fin

(3) Se destaca la labor de organizaciones como “Salud al Derecho”, “El movimiento nacional por la salud y la seguridad social - Médicos con dignidad”, el “Movimiento mundial salud por los pueblos”, entre otros.

Los datos que se presentan en este apartado son tomados del capítulo 14, “afiliación, percepción y uso de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud” de: Profamilia - Ministerio de la Protección Social-Agencia para el Desarrollo de los Estados Unidos USAID. *Encuesta Nacional de Demografía y Salud, ENDS 2010*, Bogotá, 2010, ps. 399-439.

de “obtener información que permita medir cambios y variables demográficas, evaluar y hacer ajustes necesarios en los programas de salud y obtener datos e información actualizada en población, salud de la mujer, los niños, niñas y en general de todos los aspectos relacionados con salud sexual y la salud reproductiva”. (Profamilia - Ministerio de la Protección Social 2010, 1).

Dicha encuesta ha sido escogida para trabajarla como fuente principal en este primer acápite, por su actualidad y porque además comprende una muestra de un universo de estudio que “estuvo constituido por el 99 por ciento de la población civil residente en hogares particulares de las zonas urbanas y rurales del país. (...) la muestra comprendió cerca de 50.000 hogares ubicados en las zonas tanto urbanas como rurales de 258 municipios” (Profamilia - Ministerio de la Protección Social 2010, 3).

En Colombia, este tipo de encuestas oficiales ha permitido realizar de forma permanente observaciones sobre la situación de la salud, consolidando un interesante material de estudios cuantitativos contemporáneos referidos al tema. Además, se han venido considerando un complemento indispensable de registros tales como los de estadísticas vitales, los registros de salud y del sistema de vigilancia en salud para mejorar la toma de decisiones, con información también comparable y complementaria de estudios como el Censo de Población DANE, las encuestas de calidad de vida, el Estudio Nacional de Salud Mental Colombia, la Encuesta Nacional de Salud —ENS—, la Encuesta Nacional de Demografía y Salud —ENDS y la Encuesta Nacional de Situación Nutricional Colombia— ENSIN, bajo la intención de aproximarse a la comprensión de la realidad.

Bajo esta perspectiva, a continuación se analizara el impacto del modelo de salud en los usuarios (aquellos que utilizan el servicio de consulta, urgencias y hospitalización), partiendo de los índices de afiliación, percepción y uso de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.2. De la afiliación al sistema de seguridad social en salud

Entre el año 2005 al 2010, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS—, se incrementó en 19 puntos porcentuales, se pasó de 69% al 88%, cubriendo gran parte del país y de la población. Las EPS (del Régimen Contributivo) llegaron al 40% y las EPS (del Régimen Subsidiado) al 44%. Por su parte, el Régimen Especial llegó al 3%.

Conforme la encuesta, la afiliación al sistema de salud es mayor entre las mujeres que entre los hombres, con una diferencia porcentual de 3 puntos. Los niños y los jóvenes son los menos afiliados.

El nivel de educación es tomado dentro de la encuesta como una variable de gran importancia y se demuestra que está seriamente relacionado con la afiliación al sistema. Se reporta que entre quienes no tienen ninguna educación, el porcentaje de no afiliación es de 15%, mientras que en los que tienen educación superior, es de 6 puntos menos.

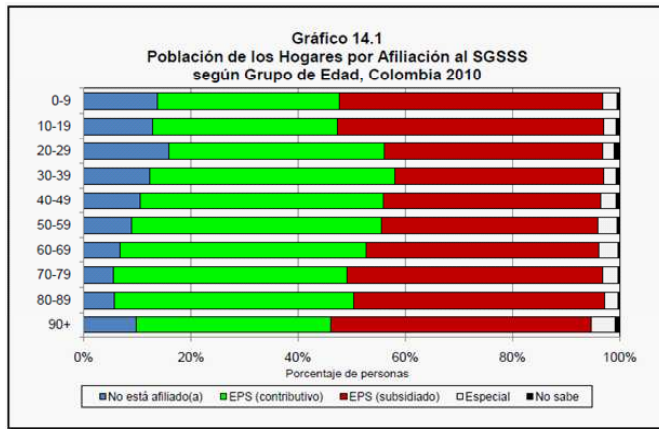


Gráfico N° 1
Población de los hogares por afiliación al SGSSS, Según grupo de edad, Colombia 2010. Fuente: ENDS, 2010, p. 401.

El porcentaje de no afiliación entre los que buscaron trabajo fue de 32%, mientras era de 54% cinco años atrás; lo que quiere decir que todavía falta por cubrir una tercera parte de este tipo de población. Entre las personas que hicieron oficios del hogar, bajaron las no afiliadas de 32% a 12%. Se resalta que entre quienes reportaron haber trabajado en la semana anterior a la encuesta, existió un 12% que no estaba afiliado al sistema. Se reconoce además, que es lamentable que todavía uno de cada diez discapacitados permanente no esté afiliado al SGSSS.

La afiliación en la zona urbana es de 88%, en la rural del 87%, mostrando un mejoramiento en la proporción de afiliados. Las personas que poseen un índice de riqueza más bajo tienen un porcentaje de no afiliación del 16%, mientras que en las del índice más alto, solamente falta por afiliarse el 7%, lo que da cuenta de la existencia de inequidad entre los estratos de riqueza, vulnerando uno de los principios básicos que se expusieron en la ley 100 de 1993, que tiene que ver con la “equidad”, donde se promulgaba que la prestación de los servicios de salud sería de igual calidad para todos y todas las colombianas sin tener en cuenta la capacidad de pago o el ingreso mensual, creando para ellos los subsidios totales y parciales. Sin embargo, los datos reflejan la imposibilidad del sistema de cumplir con este postulado de la equidad.

La meta de llegar a través del régimen contributivo al 70% de la población, en el tema de la afiliación, no se ha cumplido, y solamente se ha llegado al 40%. Lo que, por una parte, sustenta la crisis y permite observar las contradicciones del sistema en una sociedad con graves problemas sociales, de pobreza, desempleo, etc., donde se proyectó un esquema que se postulaba un mayor número de personas con trabajo y con capacidad de pago, frente a una supuesta minoría, pobre y vulnerable. Sin embargo la realidad demostró las contradicciones, y hoy la meta de llegar al 30% a través del régimen subsidiado, se cumplió y además se superó, se encuentra en el 44% y la tendencia es a incrementarse, lo que hace ahondar aún más la crisis.

Cuadro 14.1.1 Población total de los hogares, por tipo de afiliación a la seguridad social, según características seleccionadas

Distribución porcentual por afiliación a la seguridad social y porcentaje de la población de hogares afiliada a una Administradora de Riesgos Profesionales, según características seleccionadas, Colombia 2010

Característica	Afiliación a SGSSS					Total	ARP	Número de personas
	EPS (contributivo)	EPS (subsidiado)	Especial (Fuerzas Armadas/ Ecopetrol, etc)	No está afiliado(a)	No sabe			
Sexo								
Masculino	39.5	43.5	2.6	13.6	0.8	100.0	15.0	96.208
Femenino	41.1	44.9	2.7	10.8	0.4	100.0	9.9	104.149
Edad actual								
0-9	34.0	49.1	2.6	13.8	0.5	100.0	0.0	36.601
10-19	34.4	49.7	2.3	12.9	0.7	100.0	1.2	39.933
20-29	40.2	40.7	2.2	15.9	1.0	100.0	22.5	32.489
30-39	45.7	38.9	2.3	12.4	0.6	100.0	27.8	26.759
40-49	45.5	40.5	2.9	10.5	0.6	100.0	23.3	25.000
50-59	46.5	40.4	3.6	9.0	0.5	100.0	16.8	18.454
60-69	43.8	43.5	3.5	6.8	0.3	100.0	4.3	11.392
70-79	43.6	47.7	3.0	5.5	0.2	100.0	0.7	6.550
80-89	44.7	46.8	2.5	5.7	0.2	100.0	0.2	2.690
90+	36.2	48.5	4.4	9.9	0.9	100.0	0.0	425
No sabe	17.6	42.4	4.0	6.9	29.2	100.0	0.0	65
Educación								
Sin educación	28.8	53.7	2.1	14.9	0.5	100.0	0.5	34.735
Primaria	29.6	56.7	1.4	11.8	0.5	100.0	4.4	66.496
Secundaria	43.9	40.5	2.7	12.3	0.6	100.0	14.3	70.825
Superior	72.4	11.7	6.1	9.2	0.6	100.0	41.7	27.236
Sin información	33.3	39.8	1.7	12.9	12.3	100.0	11.1	1,065
Ocupación semana anterior								
Trabajo	47.1	38.0	2.5	11.5	0.9	100.0	31.8	75.810
No trabajo, tiene trabajo	47.9	36.2	5.9	9.5	0.5	100.0	35.0	1,737
Buscó trabajo	20.5	45.9	0.7	32.0	0.9	100.0	0.0	3,779
Estudio	41.0	44.0	2.8	11.5	0.7	100.0	0.0	26,734
Oficios del hogar	31.3	54.7	2.1	11.6	0.2	100.0	0.0	37,163
Pensionada(o)	87.2	1.4	11.1	0.3	0.1	100.0	0.0	4,587
Rentista	51.6	39.8	1.5	7.1	0.0	100.0	0.0	313
Incapacitada(o) permanente	27.8	61.3	1.6	9.1	0.3	100.0	0.0	2,576
Otro	27.5	50.1	2.6	18.5	1.3	100.0	0.0	2,873
No sabe	8.5	44.9	1.2	16.0	29.4	100.0	0.0	72
Índice de riqueza								
Más bajo	6.6	76.6	0.5	15.5	0.8	100.0	1.5	40.341
Bajo	24.6	59.7	1.9	13.2	0.6	100.0	6.8	40,721
Medio	37.8	46.1	1.5	13.0	0.6	100.0	11.3	39,923
Alto	57.1	27.2	3.6	11.6	0.6	100.0	17.4	39,963
Más alto	76.2	11.1	4.7	7.3	0.6	100.0	24.7	39,909
Total	40.4	44.2	2.6	12.1	0.6	100.0	12.3	200,357

Tabla N° 1.
Distribución porcentual por afiliación a la seguridad social y porcentaje de la población de hogares afiliada a una Administradora de Riesgos Profesionales, según características seleccionadas, Colombia, 2010. Fuente: ENDS, 2010, p. 402.

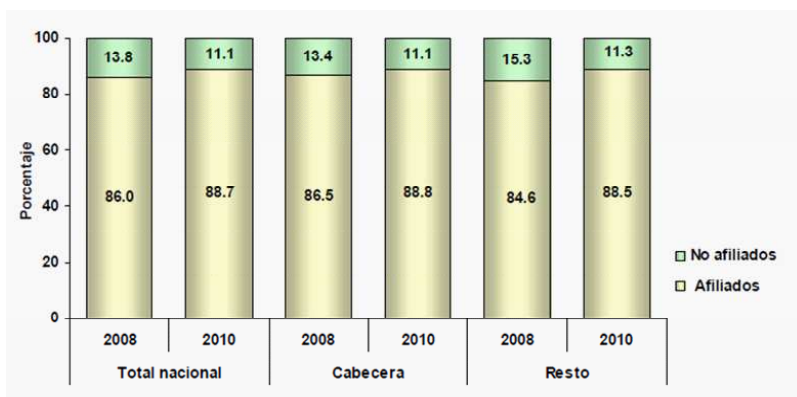


Gráfico N° 2
Población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud ECV 2008 - ECV 2010. Total nacional. Fuente: DANE ECV 2008 - ECV 2010

Esto se contrasta con los datos de población afiliada al SGSSS por regímenes, elaborado por el DANE, entre el período 2008-2010, lo que ratifican la crisis del régimen contributivo y el aumento de la población en el régimen subsidiado.

Afiliados por regímenes	2008		2010	
	Total	%	Total	%
Afiliados	37 889 869	86.0	39 993 660	88.7
Contributivo	18 390 848	48.5	18 991 790	47.5
Subsidiado	19 365 729	51.1	20 792 161	52.0

Tabla N° 2
Población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud por regímenes.
 ECV 2008 – ECV 2010. Total Nacional. Fuente: DANE ECV 2008 – ECV 2010.

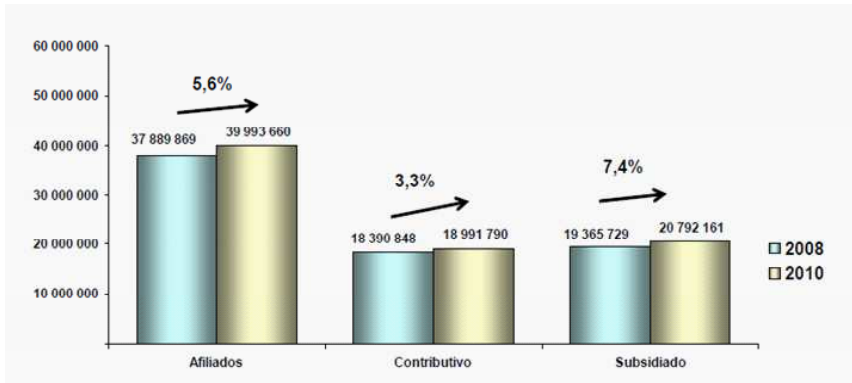


Gráfico N° 3
Población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud por regímenes.
 ECV 2008 – ECV 2010. Total nacional. Fuente: DANE ECV 2008 – ECV 2010.

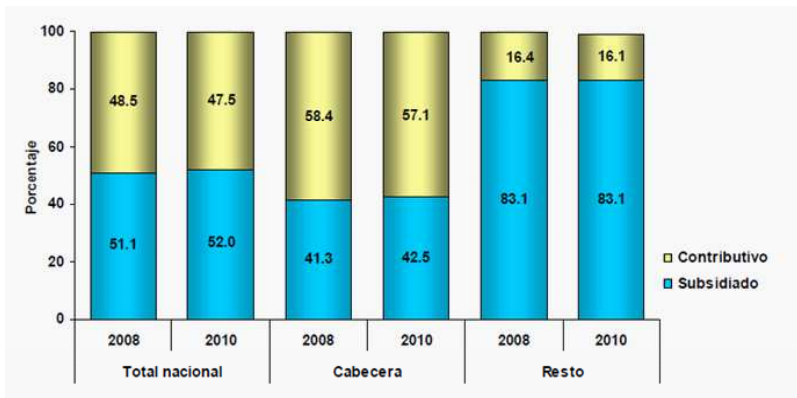


Gráfico N° 4
Población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud por regímenes.
 ECV 2008 – ECV 2010. Total nacional. Fuente: DANE ECV 2008 – ECV 2010.

2.3. De la percepción del estado de salud de la población

En la encuesta se reporta que la salud de la población masculina es percibida como excelente, muy buena y buena, en la mayor proporción. Por su parte, en el sector femenino, la percepción de salud está entre regular o mala. Lo que da cuenta de la vulnerabilidad de la mujer frente a un sistema como el actual, no solo en el aspecto de salud, sino de trabajo y desarrollo social.

Por edad, la percepción de la salud como excelente se concentra en los grupos jóvenes, menores de 30 años, y empieza a disminuir en cada uno de los siguientes grupos de edad. Similar situación se presenta en las alternativas de “muy bueno” y “bueno”. Por otra parte, en la alternativa “regular”, un porcentaje mayor del 30% empieza en el grupo de 40 a 49 años y se va incrementando paulatinamente. Los porcentajes más altos que emplearon la alternativa “malo”, están después de los 70 y más años de edad.

Existe una tendencia a que a mayor educación, la percepción de una mejor salud es superior. La categoría de “excelente” entre los que tienen educación superior es del 14%, mientras que en los que tienen solo primaria es del 8%. El grupo sin educación y el de primaria tienen los porcentajes más altos de percepción de la salud como regular o mala. Aquí nuevamente se puede hablar de las falencias en los principios de Universalidad y equidad, pues el sistema ha dejado a un lado al grupo de la población más vulnerable, pobres, mujeres, jóvenes, campesinos y los sin empleo. Se resalta del estudio, que la población que reside en el área urbana tiene una tendencia mayor a percibir su salud como “excelente”, “muy buena” y “buena”, a diferencia de los que habitan la zona rural, donde la tendencia esta inclinada a percibir la salud como “regular” y “mala”.

En cuanto al estado de salud, los resultados de la encuesta arrojan que un porcentaje de personas que ha consultado sobre su salud en el último año aumentó 5 puntos porcentuales entre el 2005 y el 2010, pasando de un 66% al 71%. La diferencia entre hombres y mujeres es de 14 puntos porcentuales, siendo las mujeres las que más frecuentemente consultan. El porcentaje de consulta aumenta a partir de los 40-49 años.

Se reporta que de cuatro de cada cinco personas sin educación, fueron quienes más consultaron sobre su salud. Siguen en datos los de educación superior, de los cuales el 77% consultó en el último año por motivos de salud.

Por índice de riqueza, los que tienen el índice más alto han consultado sobre su salud en el último año en un 79%, mientras los de índice más bajo, han consultado apenas el 63%.

Frente a las personas con problemas de salud en el último mes, la encuesta arrojó los siguientes datos:

Un 12% de las personas reportaron que tuvieron problemas de salud en los últimos 30 días anteriores a la encuesta. El porcentaje de mujeres con problemas de salud fue de un 13%, mientras que en los hombres fue de un 10%. Por edad este porcentaje se fue incrementando ligeramente hasta alcanzar el 23% entre

los de 40-49 años, para después disminuir hasta el 18% entre los mayores de 70 años.

Se destaca que las personas que pertenecen al grupo de educación secundaria o educación superior son las que reportaron un mayor porcentaje de problemas de salud en los últimos 30 días.

En cuanto a la población del área urbana, esta reportó haber sufrido en un 12% de problemas de salud en los últimos 30 días, mientras que en el área urbana fue de un 10%.

Entre las causas del problema de salud en los últimos 30 días, se reportó en un 85% una enfermedad específica, un 5% reportó un accidente y un 11% un problema odontológico. La mitad de las personas que reportaron problemas de salud, suspendieron sus actividades cotidianas a causa del hecho.

Frente al tratamiento para el problema de salud y el cubrimiento de los costos de atención, la encuesta determina que el 68% de las personas que reportaron haber tenido problemas de salud acudió a una institución de salud para su tratamiento médico. Un 12% se automedicó, mientras que el 9% utilizó remedios caseros, el 5% recibió asistencia en una farmacia o droguería y el 4% no hizo nada.

En la zona rural de quienes reportaron haber tenido un problema de salud en los últimos 30 días de la encuesta, el 62% acudió a una institución de salud, mientras que en el área urbana el porcentaje fue de 70.

Se resalta que las personas de educación superior asisten con mayor frecuencia a la institución de salud. La encuesta da cuenta que en el 36% de los casos el costo del tratamiento médico fue asumido totalmente por la entidad de seguridad social a la que la persona está afiliada, un 21% asumió parcialmente los costos, mientras que el 11% manifestó que el costo fue asumido por la misma persona o familiares.

En los datos de personas con quebrantos de salud, se evidencia que un 32% no está acudiendo a la institución de salud, lo que va en contra de los principios de universalidad, integralidad y calidad, que la Ley 100 postulaba como estrategias para una protección integral de toda la población, donde la cobertura fuera de un 100% para todos los eventos que afectaran la salud.

El tema de los costos, deja también en entredicho como un 11% de la población está asumiendo en la totalidad los gastos en salud. Lo que podría llevar a cruzar información y pensar que las personas no están acudiendo a los centros médicos (32% de la población) por dificultades económicas, por lo que prefieren auto medicarse, usar remedios caseros, ir a una farmacia o droguería, o simplemente soportar el quebranto, con las consecuencias lamentables que esto puede acarrear.

Dentro de la encuesta al preguntar la principal razón para no acudir a los servicios médicos, las personas responden en un 40% que por la levedad del quebranto, sin embargo un 17% afirma que el servicio es de mala calidad o muy costoso, mientras que un 3% aduce no confiar en los médicos y un 2% dice que no lo

atendieron. También se reporta, que un 5% no asiste por falta de tiempo, otro 5% por que el servicio le queda lejos, un 6% por que considera el transporte caro, un 5% se queja de la demora en la asignación de citas, un 2% aduce muchos trámites y un 2% no acudió porque la atención es muy demorada.

Estas variables permiten realizar una observación de un sistema que es cuestionado en el tema de la calidad y eficiencia, en cuanto a que los servicios sean prestados de forma adecuada, oportuna y suficiente. Queda en el ambiente un mal sabor, cuando más de un 40% de la población encuestada se queja por la mala calidad, los costos, la tramitología, las demoras y hasta la ineficacia del personal médico.

Es importante resaltar, que la encuesta hace hincapié en el tema de la falta de dinero para el transporte o el servicio (cuotas moderadoras), en la población del área rural y en los hogares con índices de menor riqueza, lo que sigue demostrando la brecha entre ricos y pobres, donde los pobres y más vulnerables son quienes reciben el impacto negativo en una mayor medida. Dejando al descubierto la contradicción del sistema y la falacia discursiva de la ley 100, que afirmaba protección a toda la población sin ningún tipo de discriminación y la prestación de los servicios de salud de igual calidad a todos y todas sin tener en cuenta la capacidad de pago o el ingreso mensual. Hecho que resulta totalmente falso en un modelo de salud pensado desde el mercado.

Otro punto importante sobre el tema de la salud, abordado por la encuesta, es la hospitalización, lo que permite dar cuenta del uso y servicio del sistema de salud en cuanto a los usuarios.

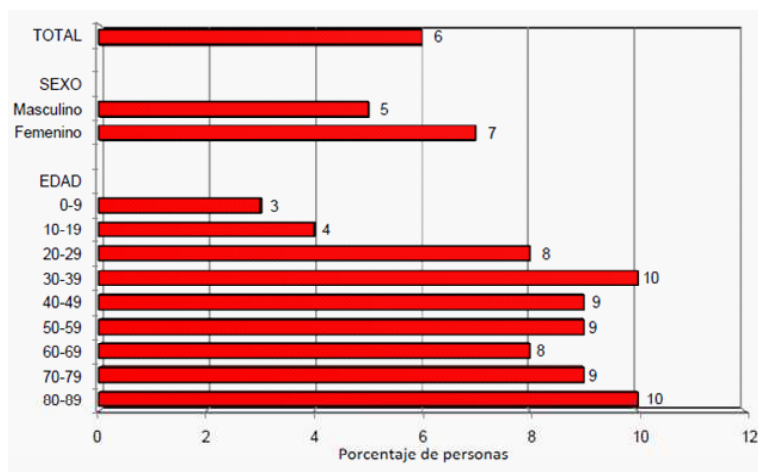


Gráfico N° 5
Porcentaje de personas hospitalizadas en el último año por sexo y edad,
Colombia 2010. Fuente: ENDS, 2010, p. 414.

El porcentaje reportado de personas hospitalizadas en los últimos 12 meses a nivel nacional conforme la encuesta, fue de un 6%. Donde las mujeres han estado hospitalizadas en un 7%, mientras que los hombres reportan un 5%. Los porcentajes de hospitalización se van incrementando con la edad. Las personas

con educación superior son los que registran el porcentaje más alto de hospitalización, en un 8%. En el área urbana se reporta un porcentaje de hospitalización de 5%, un punto menos que en la zona rural que fue del 6%.

Para un 53% de quienes estuvieron hospitalizados, la causa reportada fue enfermedad, un 20% embarazo, un 17% cirugía, un 10% accidentes (2% accidentes de trabajo, 3% accidentes de tránsito, 5% otro tipo de accidentes).

Reporta la encuesta que las personas con educación se han hospitalizado más por embarazo o para que les realicen una operación y aquellos con menos educación requieren más la hospitalización por enfermedad.

En el tema de costos sobre la hospitalización, la encuesta reporta que existen dos fuentes principales de financiación: por una parte, la entidad de seguridad social en donde está afiliada la persona que puede pagar el costo total, reportando un 63% o parcialmente, en un 30% y los recursos propios o familiares, que datan un 7%. Frente a la financiación con recursos propios o familiares, es más alta entre los hombres del nivel alto de educación, en el área rural y entre los del menor índice de riqueza.

Esta situación refleja una contradicción, cuando se dice que el sistema va a procurar favorecer a la población pobre y vulnerable y en el tema de hospitalización es evidente que los costos, de un porcentaje importante de la población (estudiantes, trabajadores, pobres) han sido asumidos con recursos propios, lo que en definitiva libra a las entidades privadas de gastos, aumentando sus ingresos.

Finalmente, la encuesta presenta que un 79% de los encuestados reportó que el servicio hospitalario había sido oportuno, en contra de un 86% que había sido reportado en el 2005, lo que refleja la baja de la calidad en estos 5 años subsiguientes y que viene siendo cuestionado por la población, a pesar que los costos siguen aumentando.

Es importante resaltar que frente al impacto y consecuencias del modelo de salud actual en cuanto a los usuarios (quienes utilizan el servicio de consulta, urgencias y hospitalización) es evidente que existe una baja en la calidad, en cuanto a los servicios prestados, la labor médica y la oportuna atención. Esto se suma a los altos costos médicos y lo que significa el pago de transportes y el desplazamiento a los centros de atención. Resulta lamentable además, que un sistema que tiene más de 18 años y que ha pregonado la calidad, cobertura y eficiencia, demuestre en la actualidad todo lo contrario.

Los propios datos oficiales, permiten evidenciar el afianzamiento de la brecha entre ricos y pobres y la vulneración de un buen sector de la sociedad frente al “derecho a la salud”, que como se sabe, hoy día se ha convertido en un “servicio público” costoso de muy mala calidad. Esto permite reevaluar el discurso difundido por los sectores privatizadores en el campo de la salud, cuando años atrás decían ser los llamados a solucionar los problemas de la salud de la población colombiana, a partir de las recetas neoliberales de concebir el sector salud como un problema de costo-beneficio, pero que en la actualidad han llevado a la cri-

sis del sistema, en medio de la muerte de miles de personas y del sufrimiento de familiares, quienes vieron escapar los sueños de la vida ante la puerta de un hospital, esperando un medicamento, un examen o un diagnóstico acertado ante una enfermedad que tal vez era totalmente curable.

Esto dice mucho de una sociedad y de sus gobiernos y hoy es necesario revisar detalladamente los datos y replantear los modelos, pues lo que prima es la vida antes que el enriquecimiento de unos cuantos. El impacto para los usuarios es negativo y sus consecuencias nefastas, por ello es urgente abordar la configuración del sistema desde la visión de integralidad de la seguridad social en salud.

En general, la atención en salud resulta de muy mala calidad, aunque con la instauración de la privatización se había difundido que ante las fallas del Estado era el sector privado quien debía intervenir y mejoraría en un 100% los problemas de atención en salud de los colombianos.

2.4. Condiciones laborales del personal de la salud en el sistema general de seguridad social en salud: impactos y consecuencias (4)

En el presente acápite se abordará el tema de las relaciones de empleo y desigualdades en salud, con el fin de evidenciar a dichos trabajadores, como parte principal del eslabón del modelo actual de salud. Para ello, se realiza una breve contextualización sobre el trabajo en los noventa, para proceder a caracterizar a los trabajadores del sector salud desde su quehacer, agrupándolos en nueve disciplinas (5), (medicina, odontología, enfermería, bacteriología y laboratorio clínico, optometría, nutrición y dietética, instrumentación, química farmacéutica y terapias —incluyendo terapia respiratoria, fisioterapia, fonoaudiología y terapias del lenguaje y terapia ocupacional—), con el fin de realizar una observación sobre sus condiciones laborales y perspectivas, enmarcadas dentro del sistema neoliberal.

2.5. Salud al trabajo

Bajo las políticas de ajuste estructural impuestas durante la década de los noventa, cambiaría las condiciones y el concepto de trabajo en el mundo, al adoptarse una serie de estrategias ligadas al aumento y aceleración de la acumulación de capital, basadas en la descalificación del poder de contratación del trabajo y disminución de su remuneración real, lo que se dio a conocer como deslaboralización. Sobre este tema, vale la pena citar en extenso las reflexiones del profesor

(4) La mayoría de los datos que se presentan en este apartado son tomados del estudio que realizara la Pontificia Universidad Javeriana, en el año 2009, sobre los recursos humanos de la salud en Colombia. RUIZ, M., AMAYA, J., VÁSQUEZ, M., PARADA, L. y PIÑA, M., *Recursos Humanos de la Salud en Colombia. Balance, competencias y prospectivas*, Cendex, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

(5) Se retoman las nueve disciplinas propuestas para los estudios sobre recursos humanos de la salud en Colombia.

Jorge Child, quien identifica de manera clara y contundente en trabajo a partir de la década de 1990.

“Se trata de maniobras astutas del capital para hacer viables sus métodos de incrementar la explotación del trabajo. Uno de estos expedientes es la llamada flexibilización laboral, que le permite al empresario disponer de la fuerza de trabajo de acuerdo al ciclo económico y estimular su rendimiento con el miedo al despido que precipitan en el ánimo del trabajador los contratos temporales. Las estrategias del modelo de flexibilidad laboral no sólo racionalizan la acumulación de capital, sino que contribuyen a desintegrar los sindicatos de industria y las grandes centrales sindicales por la diseminación del trabajo en contratos individuales y temporales” (Child, 1994, 25-26).

De esta forma, hoy es importante diferenciar los conceptos de trabajo y empleo en la era del capital. El trabajo, conforme las definiciones de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, es considerado como, “el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos”; por su parte, el empleo, es el “trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie)” sin importar la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o independiente-autoempleo)” (OIT, Panorama Laboral, 2011).

Como se observa, el concepto emitido por la OIT, se centra en el tema del empleo y su carácter de asalariado. Además, le abre la puerta a nuevas variables ligadas a aspectos como la remuneración y la dependencia o no, a un patrono, esto directamente relacionado con las condiciones dispuestas por el neoliberalismo y las nuevas formas de empleabilidad, que han hecho del “empleo” una forma menos “rígida” y “formal”. Esto en contraposición de un pasado no muy lejano, donde el trabajo asalariado, se sustentaba mediante la relación laboral, mediada por el contrato de trabajo, donde las partes, patrón y obrero, se distinguían dentro de su función de dueños de los medios de producción, por una parte, y desposeídos por la otra.

El empleo de hoy está basado en reconocer al trabajo como una mercancía, la cual se vende y se compra al mejor postor. Pero es además, una de las mercancías más baratas y en las condiciones más precarias. Tal ha llegado a ser la situación que la propia OIT ha tenido que intervenir y ha propuesto como estrategia de mejoramiento el reconocimiento del trabajo decente. Según la OIT, esta formulación se estructura desde las siguientes dimensiones: “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son respetados y cuenta con remuneración adecuada y protección social.”(OIT, Panorama Laboral, 2011) Así, la OIT ha terminado reconociendo que el empleo deber ser: “Aquella ocupación productiva que es justamente remunerada y que se ejerce en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto a la dignidad humana.”(OIT, Panorama Laboral, 2011)

Al igual que el trabajo, la salud se considera hoy por hoy como una mercancía, la cual solo pueden disfrutar aquellos quienes tienen los recursos para ha-

cerse a ella. En la actualidad estos dos derechos, trabajo y salud, están unidos por un triste destino, que ha marcado un signo lamentable para los trabajadores del mundo, quienes a través de las luchas sociales del movimiento obrero de principios del siglo XX, habían alcanzado una serie de garantías relacionadas con las condiciones dignas del trabajo, la seguridad social y del trabajo, las prestaciones y el aumento de salarios, pero que tras la implementación de los postulados neoliberales sufrieron el desmonte de éstas, viendo lesionada su calidad de vida y la de sus familias. Los propios estudios sobre salud y vida de los trabajadores, permiten hoy demostrar las grandes deficiencias e inconvenientes de un sistema precario, que ha traído consecuencias funestas ante la preferencia del capital por sobre el ser humano.

Trabajos como los de Joan Benach y Carles Muntaner (2010), permiten comprender la relación entre trabajo y salud, partiendo de la realidad laboral y sus consecuencias, a través de modelos de medición donde se correlacionan los problemas de salud con el mercado del trabajo.

“Las relaciones de empleo en un país determinan exposiciones que afectan a la salud de los trabajadores a través de dos vías causales de tipo social: la compensación y las condiciones de trabajo. Los mercados laborales de países de renta media y baja se caracteriza por el gran volumen de su sector informal y por unas relaciones de empleo más peligrosas y desiguales, como el trabajo infantil, el trabajo esclavo, salarios misérrimos, desempleo femenino y altas tasas de subempleo. (...) puede decirse que la desigualdad en el mercado laboral está significativamente correlacionada con problemas de salud, y que en los países semiperiféricos la desigualdad en el mercado laboral aparece asociada significativamente a un amplio abanico de indicadores de salud” (Benach y Muntaner, 2010, 223-225).

Desde esta perspectiva de la interrelación del trabajo y la salud, se entra a analizar las condiciones laborales del personal de la salud, considerándolos como un grupo de trabajadores que han tenido que afrontar un doble impacto, por un lado, ser quienes dan curso a las acciones y políticas dispuestas dentro del proceso privatizador, y por otro, sufrir el rigor de un sistema laboral flexibilizado y precarizado, donde han venido perdiendo garantías y reconocimiento social, ante un mercado del trabajo cada vez más competitivo, pero en las peores condiciones.

2.6. Personal de la salud: nuevos trabajadores a destajo

“Ocultos tras las paredes del lugar de trabajo, son invisibles para la sociedad. Todo el mundo conoce —y sufre— sus propias condiciones laborales pero desconoce las de los demás. Son, pues, situaciones que viven todos pero que, como la rutina diaria de las masas, escapan al observador. Ocurren a puerta cerrada y siempre en silencio como un secreto industrial” (Benach y Muntaner, 2010, 129).

Como todos los trabajadores del mundo, el personal de la salud se ha convertido en un sector impactado por los rigores de un modelo de trabajo centrado en el mercado y en el juego de la oferta y la demanda, con el objeto de generar

mano de obra barata, bajo la lógica de consolidar un sistema laboral flexibilizado y precarizado al máximo. De esta forma, los profesionales de la salud, hoy se ven como cualquier obrero que debe trabajar “full time”, para hacer funcionar la gran máquina (negocio) de la salud, bajo los postulados de mayor eficiencia y rentabilidad mercantil.

La situación del personal de salud en el mundo es alarmante, según los estudios de Benach, J. y Muntaner, C., existe un déficit que trae no solamente problemas de orden laboral, sino de salud y vida, que afecta sobre todo a los más pobres y vulnerables.

“Un ejemplo son los cerca de 60 millones de trabajadores de la salud que hay en el mundo y su distribución desigual, con profundas desigualdades entre países ricos y países pobres y diferencias dentro de cada país, sobre todo en las áreas rurales. Cerca de dos tercios de esos trabajadores prestan servicios de salud y el tercio restante son administrativos y auxiliares. Un buen número de trabajadores y trabajadoras de la salud abandonan cada año el ámbito de la salud y provocan un déficit que compromete la oferta y calidad de los servicios de salud. Cincuenta y siete países, la mayoría en África y Asia, conocen una escasez severa de personal. La OMS estima que se necesitan al menos 2.630.000 trabajadores en los servicios de salud y 1.890.000 administrativos y auxiliares, es decir, 4.250.000 trabajadores de la salud para cubrir ese déficit. Si no se actúa pronto la escasez se agravará” (Benach y Muntaner, 2010, 195-196).

Es importante resaltar que las condiciones laborales de los trabajadores de la salud han cambiado y hoy se enfrentan a un empleo precario, mediado por situaciones como las que se describen a continuación (6).

1. Inestabilidad del empleo. Cambio en el tipo y duración de los contratos de trabajo.
2. Empoderamiento. Tiene que ver con la forma de negociar las condiciones de empleo de los trabajadores. Quienes han perdido fuerza en la negociación a nivel sindical o de organización gremial, a través de convenciones o pactos colectivos.
3. Vulnerabilidad. Se define como el conjunto de relaciones sociales de poder implícitas y explícitas en el lugar de trabajo o a la capacidad de oponer resistencia a la disciplina que impone la relación salarial.
4. Bajos salarios. Los individuos se vienen clasificando según sus salarios y la capacidad de éstos para cubrir los gastos habituales e inesperados de la vida.
5. Derechos de los trabajadores. Tiene que ver con las garantías que poseían los trabajadores y que mejoraban sus condiciones de vida. Indemnización por despido, compensación por desempleo, vacaciones,

(6) Se retoman las categorías empleadas por Benach, J. y Muntaner, C. para caracterizar el trabajo precario, p. 162.

primas, etc., lo que se ha visto menguado ante los nuevos modelos de contratación y relación laboral.

6. Capacidad de ejercer sus derechos. El grado de dificultad o impotencia que sienten los trabajadores a la hora de ejercer sus derechos legales. El reconocimiento como trabajadores y profesionales importantes en el desarrollo de la sociedad.

El trabajo precario ha desconfigurado un modelo de empleo digno que se centraba en la mejora de las condiciones de vida del trabajador y que había sido una ganancia de los acuerdos establecidos mediante el Estado benefactor, pero que tras la globalización y la implementación del neoliberalismo se reconfiguró en un sistema flexibilizado y al servicio del capital. Tal como afirman Benach, J. y Muntaner, C., frente a la relación de trabajo y desigualdades en salud:

“Los trabajos temporales y flexibles, y todos los tipos de empleo precario, pueden ser tan o casi tan peligrosos para los trabajadores como el desempleo. De hecho, los empleados con trabajos “flexibles” comparten muchas características con los desempleados (como tener peores credenciales, menores ingresos, ser mujer, inmigrante y no-blanco), y también conocen periodos de desempleo, un factor fuertemente asociado a indicadores de salud adversos” (Benach y Muntaner, 2010, 165).

Por su parte, Claudia María García en la presentación del trabajo realizado por el grupo de investigación GOCE —Gestión y Organizaciones desde Corrientes emergentes— de la Universidad Piloto de Colombia, reconstruye las nuevas subjetividades laborales de los trabajadores de la salud, material que se constituye en un interesante modelo de investigación sobre el tema. Para García, el impacto de la privatización sobre los trabajadores se consolida en:

“Un momento histórico en el que el trabajo tiene un significado central en la construcción de las personas, al mismo tiempo se vienen desplegando nuevas realidades laborales caracterizadas por la incertidumbre, inestabilidad y precarización. Los hospitales públicos se insertan en esta lógica empresarial en tanto deben asegurar su propio sostenimiento, desarrollando habilidades y estrategias propias de la empresa; todas estas nuevas condiciones configuran marcos de experiencia desde donde el trabajador se construye como sujeto” (C. García, 2008, 30-32).

Lo anterior se corrobora con los estudios sobre mercado del recurso humano de la salud en Colombia, los cuales arrojan interesantes datos en torno a la oferta y demanda laboral del sector, como punto importante para evidenciar los impactos y consecuencias de la privatización sobre los trabajadores de la salud (7).

(7) Se retoman los análisis de la situación del mercado laboral en salud en Colombia, centrados en el Modelo dinámico de oferta y demanda desarrollados por un grupo de trabajo de la Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez” de la Universidad de Antioquia, atendiendo la recomendación del Estudio de Harvard en el año 1995. RUIZ, M., AMAYA, J., VÁSQUEZ, M., PARADA, L. y PIÑA, M., *Recursos Humanos de la Salud en Colombia. Balance, competencias y prospectivas*, Cendex, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

2.7. Oferta laboral del personal de la salud

La oferta laboral se refiere a los “individuos que se encuentran disponibles para vincularse a una organización y que buscan el cubrimiento de la demanda futura” (Ruiz, y otros, 2009). Son variados los estudios sobre la oferta de recursos humanos en el sector salud, entre ellos se destacan “los recursos humanos para la formación médica-1967” y “talento humano de la salud-1997”, realizado por la Superintendencia Nacional de Salud.

Las mediciones sobre el particular, parten del cambio que se sucede tras el proceso de individuos que se gradúan, migran, mueren o se jubilan. Se tiene como referencia las “*entradas*”, que se determinan por los graduados en áreas de la salud y por los títulos convalidados. Y las “*salidas*”, donde se toman los índices de ajuste con base en la tasa de mortalidad, migración y un ajuste estadístico para la jubilación. Esto ha permitido consolidar la información base de las políticas públicas del sector salud.

Del estudio que a continuación se referencia, presentado por Ruiz, M., Ama-ya, J., Vásquez, M., Parada, L. y Piña, M., se parte de analizar el comportamiento de los graduados de los diferentes programas de pregrado y especialidades en el periodo 1974 a 2006, considerando nueve disciplinas básicas, que son: medicina, odontología, enfermería, bacteriología y laboratorio clínico, optometría, nutrición y dietética, instrumentación, química farmacéutica y terapias —incluyendo terapia respiratoria, fisioterapia, fonoaudiología y terapias del lenguaje y terapia ocupacional—.

Inicialmente, es importante resaltar que los datos recolectados por los investigadores, dan cuenta que el “comportamiento de los graduados en áreas de salud a nivel nacional muestra una tendencia creciente para el estudio de 1974 a 2006; pasando de 1665 en 1974 a 9502 en 2006, presentando un fuerte crecimiento a partir de 1981 con 3530 profesionales en el área de la salud, es relevante el comportamiento para los años 90 con un promedio de 6562 personas graduadas por año” (Ruiz, y otros, 2009, 154).

Según los cálculos de Cendex (Centro de Proyectos para el Desarrollo, Unidad Académica de la Pontificia Universidad Javeriana), quien realiza el estudio, se define que:

La concentración de graduados pertenece a medicina, con un crecimiento del 131% entre 1980 y 2006 (de 1.034 personas frente a 2392). Igualmente se observa que sobresale el crecimiento de profesionales en enfermería, de 545 pasó a 2266 personas graduadas, siendo esta profesión con mayor número de graduados en el grupo para el año 2006 frente a 644 bacteriólogos, 587 odontólogos, 565 instrumentadores, 145 nutricionistas, y 100 optómetras. Para el caso de instrumentación se cuentan con datos a partir de 1997 con 121 graduados y 2006 con 565 (Ruiz, y otros, 2009, 156).

Como se observa, el aumento de personal de la salud se presenta a finales de los años setenta, siendo las terapias y la medicina las de más alto índice. Un proceso de incremento en el talento humano, que significaría el ascenso inminente de la oferta.

En cuanto al género, el estudio determinó que:

La distribución de graduados por género presenta un registro más claro a partir de 1984 cuando para el caso de medicina el 77,31% correspondían a hombres en tanto que el 22,69% a mujeres; para este mismo año el porcentaje de graduados en disciplinas como enfermería, bacteriología y laboratorio, nutrición y dietética, instrumentación, optometría y terapias (dentro de las que se consideran terapia respiratoria, fisioterapia, fonoaudiología y terapias de lenguaje, terapia ocupacional), era más alto para el caso de las mujeres con el 97,56%; 88,32%; 97,50%; 95,45%; 67,11%, 97,72% respectivamente manteniendo este comportamiento durante la serie analizada. Para el año 1995 se puede observar una tendencia al equilibrio entre géneros en los graduados de medicina presentándose una alta participación de las mujeres con un 40,16%, y siguió registrando una fuerte presencia femenina dentro de los graduados de esta disciplina. A partir de 2006 la mayor participación en graduados de medicina corresponde a mujeres (Ruiz, y otros, 2009, 157).

Si bien la participación de la mujer resulta muy importante, al igual que su incursión en profesiones que antes eran consideradas de hombres, es importante tener claro que en el caso del tema del empleo precario, su situación tiende a ser más complicada. La mujer, conforme estudios de la OIT, continua ganando los peores sueldos, teniendo los peores cargos y estando entre la población más vulnerable a nivel laboral, junto con los jóvenes.

Al igual que las mujeres, los jóvenes integran el grupo más vulnerable frente a los ciclos económicos. Además de ser los más afectados por el desempleo, la experiencia reciente indica que un componente importante del deterioro de la calidad del empleo ha recaído en este segmento etario, cuya desocupación creció de forma importante en 2009, fundamentalmente por el descenso de la demanda laboral combinado con una disminución de la oferta. Si bien durante la recuperación económica el desempleo juvenil se ha reducido a nivel agregado, en la mayoría de los países de la región todavía no retrocede hasta los niveles previos a la crisis (OIT, Panorama Laboral, 2010, 35-36).

Por ello, es necesario distinguir entre las condiciones del personal de la salud femenino, del masculino, para visualizar su situación en el mundo laboral, verificando sus puestos de trabajo, salarios y posiciones frente al juego de la oferta y la demanda.

En cuanto al tema de los graduados de posgrados, quienes se consideran dentro de las “*entradas*”, en la medición, se obtienen los siguientes resultados:

Es relevante el crecimiento de posgrados en áreas de la salud a nivel nacional (...) la tendencia de crecimiento es evidente a partir de los años 90, con un promedio de 900 graduados de posgrados en esta década; para el año 2006 el crecimiento habla de un total de 2127 graduados de posgrado en áreas de la salud. Este índice de crecimiento se refleja principalmente para medicina con 1.537 personas en 2006, en enfermería 149, en odontología 356, equivalentes a 23,2%; este total se completa con 31,2% graduados en bacteriología, 4,7% en nutrición y salud y 53,2% en las diferentes terapias (terapia respira-

toria, fisioterapia, fonoaudiología y terapias del lenguaje y terapia ocupacional) (Ruiz, y otros, 2009, 166).

Para un profesional de la salud, su especialización se considera como un “factor preponderante en la educación médica y la conformación del mercado laboral” (p. 168), lo que le implica al sujeto un aumento de costos en su preparación académica, convirtiéndolo en un recurso humano con alto costo, por las condiciones específicas requeridas. Sin embargo, con los procesos de privatización y precarización del empleo que desencadenaron las nuevas formas de contratación, el tema de los ingresos del personal de salud se vería afectado y el reconocimiento a su experiencia e inversión educativa pasaría a un segundo plano.

Al implementarse una baja en la remuneración, resulta difícil pensar que un recién graduado (de universidad pública por ejemplo) tenga la capacidad económica de realizar una especialización y continuar con su formación académica.

Finalmente, con el fin de determinar el stock de recurso humano, se tiene en cuenta la estimación de las “salidas” en contraposición de las “entradas”. En el estudio son consideradas “salidas” la migración, la jubilación y la muerte. Del estudio se destaca lo siguiente:

Considerando la edad legal de jubilación en el año 2006 que es de 57 años para las mujeres y 62 para hombres, se estima una media aplicable de 55.5 a 60 años. Existe una tendencia hacia el incremento de la edad laboral ya que la jubilación en las profesiones de la salud, no necesariamente implica un retiro forzoso del ejercicio. Por lo tanto, las edades seleccionadas corresponden a parámetros aproximados para la estimación del inventario disponible. (...) La migración internacional de Colombia, es un fenómeno que adquirió relevancia paulatina a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, presentando incrementos inesperados durante los quinquenios de transición del siglo XX al XXI, específicamente entre los años 1999 a 2003 (Ruiz, y otros, 2009, 181).

Resulta preocupante el tema de la migración en un país que requiere de personal de la salud para enfrentar la dura crisis social existente. Sin embargo, es evidente la salida del recurso humano en busca de mejores condiciones y calidad de vida, que no se encuentran en el país tras la implementación de políticas de flexibilización y precarización laboral del sector salud.

Según el cálculo determinado por Ruiz, Amaya, Vásquez, Parada y Piña, (2009), se estima un recurso humano disponible de “203.900 personas, de las cuales el 33% corresponde a médicos, 17% odontólogos, 16% enfermeros” (Ruiz, y otros, 2009, 182-183).

2.8. Demanda laboral del personal de la salud

Dentro del juego de mercado de trabajo en el sector salud, se presenta el contraste entre la oferta y la demanda, que según información periódica y sistemática de las IPS públicas recolectada por Ruiz, Amaya, Vásquez, Parada y Piña, arroja los siguientes datos:

Año	Auxiliar	Ejecutivo	Profesional
2003	28470	504	15402
2004	27941	481	15421
2005	25237	374	13969
2006	24161	358	13832

Tabla N° 3

Cargos tipo asistencial 2003-2006. Fuente: Ruiz, M., Amaya, J., Vásquez, M., Parada, L. y Piña, M., 2009, ps. 182-183.

Situación bastante compleja que crea una seria dificultad entre el tema de la oferta y la demanda, pues mientras existe un alto stock de recurso humano, que se coloca a disposición de la oferta, la demanda disminuye trayendo consigo una serie de fenómenos ligados al mercado. Por ejemplo, ante una mayor oferta y mínima demanda, crece el número de desocupados y los salarios entran en una baja.

En cuanto al tema de los salarios, es necesario tener presente diferentes variables, entre ellas el tipo de contratación, las condiciones laborales y la remuneración. Como se observa del análisis presentado, en el tipo de contratos actuales del personal de la salud, prima la prestación de servicios y otras formas de contratación, es importante resaltar que este tipo de vinculación no es laboral, sino del orden civil y comercial, lo que no implica subordinación, cumplimiento de horario y deja a responsabilidad del contratado su carga prestacional.

Para que el contratista pueda desempeñar su labor y se le paguen sus salarios, lo primero que debe hacer es cancelar salud y pensión por cuenta propia, (librando al empleador de cualquier contingencia referida a enfermedades, accidentes de trabajo y muerte del trabajador), además, no tiene derecho a ningún tipo de prestación social y no es considerado trabajador sino contratista. Esto significa, que queda expuesto a contratos por término definido, que oscilan en su mayoría entre tres y cuatro meses, lo que hace que se mantenga en una incertidumbre constante entre sí puede continuar o no con el trabajo.

Este tipo de contratos ha resultado una falacia para los trabajadores del mundo y particularmente ha lesionado actividades tan importantes como la de la salud, donde por ejemplo, la responsabilidad con el cumplimiento de horarios es fundamental. Además, si bien se pueden catalogar los sueldos de prestación de servicios como altos, el tema de las retenciones y pagos adicionales en lo prestacional, hace que los salarios reales sean inferiores a lo que una persona con especialización y experiencia se merece. Es también importante resaltar que la incertidumbre en la contratación, crea serios problemas para el trabajador ante la inestabilidad frente al tema del trabajo.

Un contrato de planta, significaba la ganancia de un contrato a término indefinido, con una remuneración fija acompañada de todas las prestaciones de ley (compartidas entre empleador y trabajador). Era sinónimo de un trabajo que permitía el ascenso y la mejora en la calidad de vida. Sin embargo, este tipo de contratos viene cediendo espacio a esas nuevas formas de contratación que re-

sultan más ventajosas para los empleadores y que han hecho parte de las políticas de ajuste estructural como estrategia para obtener mayor cantidad de mano de obra barata.

En definitiva, el impacto al personal de salud desde el tema laboral ha sido realmente lamentable, hoy por hoy, los profesionales de la salud se enfrentan a contratos precarizados, desconociéndoles su calidad de trabajadores y vulnerándole sus mínimos derechos en una actividad de tanta responsabilidad y valor como lo es la del médico, el enfermero, el odontólogo, el anestesiólogo, y todos aquellos que dedicaron su vida a salvar las vidas de los demás.

3. PRIVATIZACIÓN DEL SECTOR SALUD EN COLOMBIA. LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SALUD-EPS

Dentro de un sistema de salud como el establecido a partir de la ley 100 de 1993, donde prima la idea de mercado, bajo las políticas de privatización, resultan evidentes los impactos positivos para las empresas privadas que accedieron al sector, en contraposición de los impactos negativos para usuarios y personal de salud, que han tenido que enfrentar unas nuevas condiciones labores y de servicio, donde está por encima el lucro antes que la salud y bienestar de los colombianos. Esto se refleja en una realidad que da cuenta de empresas multimillonarias frente a una salud en crisis.

En Colombia existen cerca de 21 empresas prestadoras de servicios de salud, ellas son:

NIT:	NOMBRE
830113831-0	COLMÉDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.
800130907-4	SALUD TOTAL S.A. EPS ARS
800140949-6	CAFESALUD EPS
800251440-6	E.P.S. SANITAS S.A.
860013816-1	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
860066942-7	COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD
890900842-6	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA
800088702-2	COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SERVICIOS DE SALUD S.A. SUSALUD
890303093-5	COMFENALCO VALLE EPS
800250119-1	SALUDCOOP EPS
830006404-0	HUMANA VIVIR S.A. EPS
860512237-6	SALUD COLPATRIA S.A.
805000427-1	COOMEVA EPS S.A.
830003564-7	E.P.S. FAMISANAR LTDA. CAFAM COLSUBSIDIO
805001157-2	SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. S.O.S.
830009783-0	CRUZBLANCA S.A.
804001273-5	SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD S.A.

NIT:	NOMBRE
830074184-5	SALUDVIDA S.A. EPS
805021984-2	SALUDCOLOMBIA EPS S.A.
830096513-1	REDSALUD ATENCION HUMANA EPS S.A.
900156264-2	Nueva Promotora de Salud - Nueva EPS

Tabla N° 4
Empresas prestadoras del servicio de salud en Colombia.

Fuente: Actualícese, 2009

Estas empresas tienen cubrimiento nacional, con sedes propias, centros hospitalarios y hasta espacios de formación académica estableciendo figuras como fundaciones universitarias (8).

Desde el punto de vista empresarial, estas organizaciones han sido catalogadas como las empresas “más grandes del país ocupando puestos privilegiados como es el caso de Saludcoop-EPS la cual para el 2008 era la Empresa Prestadora del Servicio de salud, más grande de Colombia y con mayores ventas en el sector salud además, ocupó el puesto número 18 entre las 100 empresas más grandes de Colombia” (Revista Semana, 2010).

Para Mariela Guerrero, quien cita a Sergio Izasa, presidente de la Federación Médica Colombiana, el avance empresarial estuvo centrado en las garantías establecidas mediante la ley 100 de 1993, ella explica que:

“Para crear una EPS, de acuerdo a la normatividad vigente, se necesita inscribir un mínimo de 100 mil personas sobre las que el Estado va a pagar por cada una, una Unidad de Pago por Capitación —UPC— que son 500 mil pesos ¡anuales! Sumado bajito, por ese sólo hecho, les entregan desde 50 millones de pesos/año. Como quien dice, si una nueva empresa demostraba que tenía infraestructura de oficinas mínima (ojo, no de salud), un capital de 2.500 millones de pesos y 100 mil afiliados era suficiente para que le entregaran la licencia” (Guerrero, 2010, 85).

Tabla N° 5
Empresas de Colombia con los mejores ingresos en 2008.

PUERTO SECTOR	EMPRESA	VENTAS 2008		UTILIDAD OPERACIONAL		UTILIDAD NETA		PUERTO 2008
		Dic. 2008	Var. (%)	Dic. 2008	Var. (%)	Dic. 2008	Var. (%)	
1	SALUDCOOP EPS (12)	2.966.884	21,1	120.141	184,4	24.092	12,2	18
2	COOMEVA EPS (18)	1.528.147	15,2	9.149	77,9	6.370	-46,1	30
3	SALUD TOTAL	819.226	16,9	-2.076	-149,6	10.043	-9,4	62
4	SUSALUD	687.460	15,3	-19.443	-855,7	-5.976	-154,0	78
5	EPS SANITAS	607.624	21,6	-6.335	-1,0	-5.608	-116,9	88
6	COLSANITAS	517.424	10,9	14.752	1,8	20.506	69,0	109
7	COOMEVA MEDICINA PREPAGADA (40)	344.158	11,6	2.369	133,6	2.791	150,8	170
8	CLINICA COLSANITAS	306.774	19,7	13.452	200,2	7.579	-8,1	183
9	COLMEDICA EPS	238.419	14,2	-746	-560,2	952	-31,4	244
10	COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA	213.132	37,9	6.437	-29,6	6.421	-39,4	272

(8) Véase el caso de Sanitas S.A., quien ofrece programas académicos de carácter clínico. <http://www.unisanitas.edu.co/general.php?idg=1&c=2&c2=2&id=2>.

PUUESTO 2008	PUUESTO 2007	EMPRESA	SECTOR	VENTAS 2008	VARIACIÓN VENTAS (%)	UTILIDAD OPERACIONAL 2008	VARIACIÓN UTILIDAD OPERACIONAL (%)
1	1	ECOPETROL (1)	PETRÓLEO Y GAS	33.896.669	51,8	12.418.368	41,3
2	2	ALMACENES ÉXITO (2)	COMERCIO AL POR MENOR	7.124.974	4,5	265.886	0,3
3	3	ORGANIZACIÓN TERPEL (3)	COMBUSTIBLES	6.355.623	16,0	222.195	34,2
4	4	COMCEL	TELECOMUNICACIONES	5.810.676	5,2	1.774.845	22,9
5	n.d.	REFINERÍA DE CARTAGENA	PETRÓLEO Y GAS	5.582.905	n.a.	-6.293	n.a.
6	22	CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED (4)	CARBÓN	5.329.849	73,9	1.955.352	124,4
7	6	EXXONMOBIL	COMBUSTIBLES	5.328.936	7,0	89.565	39,2
8	5	BAVARIA (5)	BEBIDAS	5.228.390	4,3	1.453.289	12,3
9	7	TELFÓNICA COLOMBIA (6)	TELECOMUNICACIONES	4.306.757	2,4	131.767	9,1
10	10	GRUPO NACIONAL DE CHOCOLATES (7)	ALIMENTOS	4.009.727	16,2	465.886	7,6
11	11	EPPM (8)	SERVICIOS PÚBLICOS	3.810.210	21,0	1.355.944	25,9
12	9	CEMENTOS ARGÓS (9)	CEMENTO	3.805.007	0,5	254.157	-22,7
13	12	AVIANCA (10)	TRANSPORTE AÉREO	3.699.919	25,3	213.200	-45,6
14	14	CHEVRON PETROLEUM	COMBUSTIBLES	3.205.244	23,0	214.336	73,2
15	13	CARREFOUR	COMERCIO AL POR MENOR	3.169.285	19,0	1.707	-97,4
16	62	ISA (11)	SERVICIOS PÚBLICOS	3.165.041	12,2	1.716.148	33,4
17	18	DRUMMOND	CARBÓN	3.131.399	34,3	232.487	440,2
18	17	SALUDCOOP EPS (12)	SALUD	2.966.884	21,1	120.141	184,4
19	8	GENERAL MOTORS - COLMOTORES	VEHÍCULOS	2.890.535	-25,5	342.723	-42,2
20	19	CODENSA	SERVICIOS PÚBLICOS	2.537.338	16,8	724.238	19,2
21	15	OLÍMPICA (13)	COMERCIO AL POR MENOR	2.447.771	16,5	104.874	21,3
22	20	BP EXPLORATION COMPANY (14)	PETRÓLEO Y GAS	2.192.681	5,1	1.224.663	21,3
23	28	HOCOL	PETRÓLEO Y GAS	2.145.445	51,7	370.980	57,0
24	25	ELECTRICARIBE (15)	SERVICIOS PÚBLICOS	1.822.672	10,9	152.833	135,9
25	24	PETROBRAS (16)	PETRÓLEO Y GAS	1.693.598	4,3	533.128	6,6

Fuente: Revista Semana, 2010.

Desde la lógica empresarial, el negocio se sustenta en el incremento de la ganancia, y esto se ha logrado en el campo de la salud a través de diferentes mecanismos que se han centrado en obtener rentabilidad al máximo, disminuyendo o restringiendo los diferentes gastos. Tal como lo plantea Isaza en su “*Código de comercio de la industria de la salud*”, cuando detalla la existencia dentro del sistema de los siguientes procesos (Isaza, 2004).

3.1. En favorecimiento de la empresa privada

- Obstrucción al flujo de recursos a los prestadores tanto de la red pública como privada.
- Creación de oligopolios que han quebrado a pequeñas y medianas empresas privadas prestadoras de servicios de salud.
- Intervención directa del gobierno para lograr el marchitamiento del I.S.S. (Instituto de seguros sociales), CAJANAL y CAPRECOM, competidores serios de las entidades privadas.
- Altos costos administrativos de los intermediadores para garantizar el lucro empresarial, más no el servicio oportuno.

3.2. En detrimento del usuario

- Obstrucción burocrática del acceso de la población a los servicios.
- Limitación en la entrega de insumos terapéuticos y medicamentos a los enfermos.

- Selección adversa de pacientes con enfermedades crónicas o cuyo tratamiento es de alto costo, los cuales eran enviados a las entidades estatales que, además, tenían impedidas nuevas afiliaciones por decisión gubernamental con el objetivo cómplice de fortalecer las entidades privadas.
- Exclusión de las enfermedades psíquicas y la atención a discapacitados físicos y mentales.
- Estimulación de la tutela para entregar a los enfermos medicamentos de alto costo, pues por esta vía reciben el 90% de su precio estipulado por la ley. Estas empresas compran grandes lotes de los mismos con descuentos que alcanzan hasta el 60%, con lo cual obtienen ganancias superiores al 30% por cada medicamento que entregan vía tutela.

3.3. En detrimento del personal de la salud

- Deslaboralización del personal profesional médico y no médico mediante el cambio de la relación laboral por contratos civiles de prestación de servicios por términos que oscilan entre los 2 y los 12 meses, como máximo. Como consecuencia de lo anterior, los profesionales son considerados trabajadores independientes, por lo cual deben responder por sus cuotas pensionales y de seguridad social en un 100%.
- Imposición unilateral de tarifas irrisorias e indignas a los médicos y demás profesionales de la salud, por prestación de servicios.
- Limitación de los tiempos de consulta médica a 10 o 15 minutos (...) de esta manera se mide la eficiencia: más pacientes vistos en menor cantidad de tiempo, con la formulación de la menor cantidad posible de medicamentos y la menor solicitud de exámenes de laboratorio e interconsultas a especialistas, so pena de la no renovación de los contratos de prestación de servicios en caso de incumplimiento de dichas exigencias.
- Algunas E.P.S. y A.R.S. (Administradoras de Riesgos de Salud) delegan la responsabilidad de promoción y prevención a empresas creadas para la inefectiva tarea de dar charlas a la comunidad, haciendo creer que solamente en eso consiste tal actividad. Este y el anterior punto generan estancamiento en el desarrollo profesional y científico del personal de salud y, por lo tanto, mala calidad en el servicio (Isaza, 2004).

Si bien esto ha dado un excelente resultado para la empresa privada, para los usuarios y personal de la salud ha traído una crisis estructural que ha significado la pauperización del régimen laboral y el desconocimiento total del derecho a la vida de los seres humanos.

Esto se suma al incumplimiento de los principios de la ley 100 de 1993, sobre equidad, inclusión y cobertura. Pues como se evidencia, un sistema construido bajo la perspectiva de mercado, no podrá bajo ninguna circunstancia, cumplir

con dichos objetivos que promulgan igualdad social. De esta forma, resulta claro el porqué del problema del aseguramiento, la baja en la inversión, (que se soportó a través del recorte de recursos nacionales a los entes territoriales, lo que se conoce como las transferencias), la crisis y quiebra de las I.P.S. públicas ante la falta de recursos y mora en los pagos provenientes de las E.P.S., junto con los condicionamientos que imponen las E.P.S para contratar servicios. Estas acciones, “ilícitas”, sumadas al desconocimiento total del derecho a la salud, han permitido que los entes privados se enriquezcan a costa de la salud y vida de los colombianos, bien lo hace saber la Federación Médica Colombiana, cuando denuncia que:

“Esta aberrante condición laboral se integra con la también inconstitucional formación de oligopolios sustentados en las EPS, los que en el curso de pocos años se han formado utilizando indebida e ilegalmente los recursos públicos de la salud y ejerciendo posición dominante sobre los prestadores de servicios en su conjunto, manipulando y derivando para su propio y particular beneficio los recursos parafiscales con destinación específica y debilitando paulatinamente la red prestadora de servicios de salud, para eliminarla, o comprarla a precios irrisorios, o sustituirla por sus propios prestadores (lo que eufemísticamente llaman integración vertical)” (Federación Médica Colombiana, 2011).

Es la ratificación de la generación de bienestar para unos pocos, bajo la desgracia de muchos, lo que se consolidó mediante políticas gubernamentales que pregonaban el bienestar, la cobertura, la equidad, la solidaridad, en un falso discurso, que en el fondo lo único que ocultaban era el gran negocio que se gestaba para el sector privado, en un campo tan importante como el de la salud, que en lo ontológico parte de la concepción de derecho, pero que en el mercado se convierte en un servicio de compra-venta, que solo pueden adquirir quienes tienen los recursos para ello.

Así, conceptos como “integración vertical”, “tarifas”, “recobros”, etc., se arraigaron, bajo una dinámica que no tiene vigilancia, ni control. Pues además de todas las circunstancias negativas que rodean al sistema, ya ha sido evidenciado que el Estado no cumplió con los procesos de vigilancia y control del sistema por no contar con métodos destinados a ello. Por tales razones no existe una real información sobre las grandes ventajas que han adquirido las E.P.S. durante este largo periodo de vigencia de la ley 100, pues las E.P.S. han venido suministrando la información que a ellas les conviene. Finalmente, la salud en Colombia debe considerarse en la actualidad como el negocio que acabo con la vida de la salud y que hoy refleja un cadáver construido con el sufrimiento de miles de usuarios y trabajadores. Tal como lo caracterizara Hurtado, J. C.:

“Un sistema de seguro, de aseguramiento en el marco de relaciones de mercado en el cual contribuyen los que tienen cómo, a través de ese contrato privado que significa la contribución, y los que no tienen la capacidad de contribución sufren un proceso de clasificación en niveles de pobreza; algunos de estos niveles son incluidos mediante subsidios y mecanismos de solidaridad” (Hurtado, 2010).

4. ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN A LA CRISIS DEL SECTOR SALUD EN COLOMBIA, EN CONCORDANCIA CON LAS ACCIONES ASUMIDAS POR LOS PAÍSES DE LA REGIÓN

4.1. Una mirada a los modelos de salud de América Latina y el Caribe

Durante la década de los noventa, la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, dieron paso a la realización de procesos de reforma del sector salud, bajo los postulados de cambio estructural provenientes de las políticas determinadas por la banca mundial. Esta situación compartida en la región, llevó a que en el año 1998, después de tres años de trabajo conjunto, la Organización Panamericana de la Salud —OPS—, desde la División de Desarrollo de Sistemas y Servicios de Salud, promulgará lo que determinó como “Lineamientos metodológicos para la preparación de los perfiles de los sistemas de servicios de salud” (Infante, De la Mata y López-Acuña, 2000).

Este interesante trabajo teórico de la región, permite ver al interior de cada país el fenómeno de las reformas desde su “génesis, diseño, negociación, ejecución y evaluación”, logrando colocar en evidencia los actores más importantes del proceso, desde el orden nacional e internacional. Así, se ha logrado establecer un modelo de verificación de los cambios y avances en los sistemas, estableciendo un tipo de medición frente a los avances o metas que decían promover las reformas.

Para adentrarse en el reconocimiento de dichos cambios en los modelos de salud de América Latina y el Caribe, resulta de gran importancia reconocer como punto de partida la definición y caracterización de los mismos, dando paso a determinar sus diferencias y similitudes, de allí que valga la pena retomar el informe realizado por Alcaraz, Cardona, Bermúdez y Casas, sobre los sistemas de salud en la Región, en el cual se realiza una descripción bastante interesante sobre el particular.

Los sistemas de salud se distinguen por su “alta heterogeneidad respecto a los niveles de acceso y cobertura, equidad, estructuras de organización y de financiamiento y además en términos de resultados,” los cuales son medidos a partir de indicadores de salud. Esta heterogeneidad se “relaciona con los diferentes niveles de riqueza promedio de cada nación, esto se ve agudizado cuando se mira la distribución de esta riqueza en cada uno de ellos, la cual tiende a ser altamente desigual”.

Históricamente en la región, los antiguos modelos se caracterizaban en “cuanto a equidad al acceso real a los servicios en salud y de calidad, insuficiencia de recursos humanos y financiera y articulación del sistema. Todo ello bajo el imperativo de alcanzar la *universalización* de servicio de salud”. Sin embargo según este informe, 20 países han reformado sus sistemas de salud y 50% de ellos, tiene cobertura insuficiente. La cobertura en promedio de la región se ubica entre 53% de la población total (Alcaraz, y otros s.f.).

Conforme a los autores del análisis, se distinguen tres grupos de referencia frente a la configuración de los sistemas de salud. El grupo pionero, el tardío y el intermedio.

Frente al grupo *Pionero*, integrado por los países de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, Costa Rica y Cuba, éstos se caracterizaron por ser los primeros en implementar su sistema de salud. Tales modelos se sustentaron en mayor cobertura y mayores cotizaciones, además de un alto porcentaje del PIB dedicado a Salud. En cuanto a protección social, ésta se configuró mediante sistemas Integrados, la garantía al principio de la solidaridad, el financiamiento compartido y el desarrollo urbano y rural sostenido.

Por otra parte, los reconocidos grupos *Tardíos*, integrados por los países de Perú, Bolivia, El Salvador y el Ecuador, se identifican por ser los últimos en establecer sus sistemas, por su poca cobertura, sus bajas cotizaciones, pobres índices de salud y bajo gasto del PIB. En cuanto a los modelos de protección social son sistemas segmentados, no coordinados, con una regulación débil y una baja aplicación del principio Solidaridad.

Finalmente, el grupo de los *Intermedios*, de los cuales son parte países como Colombia, México y Panamá, se encuentran en la parte media de los dos anteriores grupos.

En resumen, es posible catalogar los diversos modelos de sistemas de protección social en salud en América Latina y el Caribe, así: (*ver tabla en pág. sigte.*)

Esta distinción de modelos permite reconocer las diferentes características de los sistemas de salud de los países de la región, y su desarrollo, los cuales se han visto enfrentados a una serie de reformas conforme las situaciones propias de cada país. Sobre el tema de las reformas, y a partir de los "*Lineamientos metodológicos para la preparación de los perfiles de los sistemas de servicios de salud*," establecidos por la OPS, es posible registrar que la mayoría de países han propuesto sus cambios a los modelos de salud con el fin de responder a "reformas generales del Estado (Perú desde 1995) o de la Constitución (Argentina, Colombia y Ecuador) y forman parte del proceso de modernización del Estado (Argentina y Chile desde 1994, El Salvador, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Trinidad y Tabago y Uruguay) (Infante, De la Mata y López-Acuña 2000).

En temas particulares, como por ejemplo la cobertura de la salud en América Latina y el Caribe, instituciones como la CEPAL, han instaurado instrumentos para evaluar o medir el nivel de la misma. Es así que frente a la baja cobertura de la salud en la región, se han distinguido 8 diferentes aspectos a tener en cuenta cuando se evalúa la reforma:

1. Macroeconómicos: Bajo nivel de desarrollo e incidencia alta desempleo.
2. Legislación en gran mayoría de países no hace obligatoria la cobertura en todos los grupos Poblacionales. Excepto: Brasil, Cuba y Colombia.

MODELO PÚBLICO INTEGRADO	MODELO SEGMENTADO	SISTEMA PÚBLICO POR SUBCONTRATOS	MODELO INTENSIVO EN CONTRATOS	MODELO PÚBLICO PURO
<p>Sector Público concentra mayor parte de financiación. Modelo de atención pública universal. Paquetes de servicio no explícitos. Altos porcentajes de cobertura de la población e indicadores satisfactorios.</p> <p>Países del Caribe de habla Inglesa</p>	<p>Marcada Segmentación en la provisión de servicios de salud. Formada por 3 subsistemas: Sector Público: poco coordinado, limitación presupuestal. Instituto del Seguro Social: trabajadores sector formal. Sector Privado: sistema poco articulado con red de servicios privados. Poco coordinado: Subsidios cruzados.</p> <p>Panamá, Paraguay, México, Perú, Honduras, Rep. Dominicana, El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Bolivia, Haití, Ecuador y Venezuela</p>	<p>Sistema Universal de Salud. Financiado por rentas generales Propia Red de servicio y subcontratados al sector privado. Universalidad Teórica.</p> <p>Solamente BRASIL (Sistema único de salud Brasileña)</p>	<p>Chile: sector público (60%) y resto sistema ISAPRE, sector privado.</p> <p>Colombia: sector público teórico (65%) y con contribuciones a EPS, con un fondo único de centralización (FOSYGA)</p> <p>Argentina y Uruguay: subcontratos de prestación con subsistema privado (55%) y un sector público que maneja el 30%.</p>	<p>Cuba</p>

Fuente: Cuadro elaborado por las autoras conforme el informe realizado por Alcaraz, Cardona, Bermúdez y Casas, sobre los sistemas de salud en la Región.

3. Composición de la Fuerza Laboral: Alta informalidad, desempleo y subempleo.
4. Políticos: Inestabilidad, crisis, falta de compromiso.
5. Culturales: analfabetismo, diferencias lingüísticas.
6. Sociales: Inequidad de etnias y género.
7. Geográficos: extensa población rural, zonas de pobre desarrollo.
8. Financieros: volatilidad, pocos recursos fiscales, baja capacidad tributaria.

De allí, que se reporten resultados en cobertura así: 86% al 100%: Argentina, Chile, Uruguay, Costa Rica y Brasil. 63% al 73%: Colombia, Perú, Ecuador, México. 45% al 55%: Haití, Bolivia, El Salvador (Alcaraz, y otros s.f.).

De forma particular, y en aras de vislumbrar la situación de las reformas en salud y estrategias asumidas por algunos países de la región, se presenta a continuación, a modo de ejemplo, una mirada panorámica de cinco sistemas de salud, de los países de Nicaragua, Costa Rica, Argentina, México y Colombia, con el fin de evidenciar su diferencialidad y complejidad, a partir del estudio que realizaran Jaume Puig-Junoy, Elisabeth Jané, Xavier Castells e Isabel de la Mata en el año 2002.

4.2. Nicaragua

En los años ochenta se generó un sistema nacional de salud, que fue modificado de forma radical en la década de los noventa con la separación del “seguro social del Ministerio y la introducción de empresas médicas previsionales para gestionar los recursos de este seguro. Hoy el seguro tiene unos 150 dólares por beneficiario y año, mientras que el Ministerio no llega a los 20.” Conforme el informe el seguro presenta una “cartera cerrada de prestaciones para prevención y en algún caso tratamiento de enfermedades agudas, los trabajadores y sus familias tienen que acudir al sistema público o pagar su tratamiento cuando tienen un problema de salud crónico” (Puig-Junoy, y otros, 2002).

4.3. Costa Rica (y Cuba)

Estos dos países son los únicos en América Latina que configuraron sistemas nacionales de salud. Por su parte, Costa Rica fundamenta su sistema en principios como la financiación pública redistributiva e iguales condiciones de acceso para toda la población. Sin embargo, en la actualidad este país afronta una reforma gradual que de fondo no toca sus principios básicos, sino que intenta resolver algunas de sus deficiencias, “extendiendo un modelo de atención primaria para toda la población y tratando de mejorar la eficiencia a través de aumentar la responsabilidad de los establecimientos en la gestión de sus recursos” (Puig-Junoy, y otros, 2002).

4.4. Argentina

Contaba con un sistema “atomizado en el aseguramiento y la provisión, con un gasto total per cápita similar al español pero con una calidad y un acceso francamente peores”. Por esta razón, se sustentó una reforma que buscaba “aumentar la desregulación del sistema rompiendo los mercados cautivos de las obras sociales (aseguradoras pertenecientes a los sindicatos de ramo, cuyos trabajadores estaban obligatoriamente afiliados a las mismas)”. En cuanto al sector público, el modelo a reformar buscaba aumentar la eficiencia de los hospitales a través de la incorporación de medidas parciales de desconcentración e introducción de herramientas de gestión.

4.5. México

La reforma intentó consolidar un proceso de descentralización basado en la “provisión de servicios desde la Secretaría de Salud hacia los estados y hacer llegar un paquete básico de servicios a toda la población”. El Instituto Mexicano del Seguro Social, que cubre alrededor de 50.000.000 de personas, intenta la reordenación de todos sus niveles administrativos y de la prestación de sus servicios. Es así, que desde las contiendas electorales del año 2000, el Gobierno promueve la iniciativa de generar un seguro universal a partir de una serie de estrategias que aún se encuentran en discusión (Puig-Junoy, y otros, 2002).

4.6. Colombia

Con la implementación de la ley 100 de 1993, se estableció el modelo que desarrolló los principios de la “competencia gestionada elaborados en Harvard” (Puig-Junoy, y otros, 2002). Es así que a través de la normativa se introdujo la gestión privada de la financiación pública, a partir de mecanismos que buscaban evitar los efectos desfavorables en cuanto al acceso a los servicios. Colombia a diferencia de Chile implementó un “sistema de salud muy atomizado, con un gasto público escaso y una cobertura que no superaba el 25% de la población. Hoy, según señala Iván Jaramillo (...), Colombia gasta aproximadamente tres veces más, cubre oficialmente alrededor del 60% de la población y tiene problemas importantes para hacer cumplir la regulación, evitar la corrupción y asegurar que los beneficiarios reciban los servicios asegurados” (Puig-Junoy, y otros, 2002).

Sobre el particular el Dr. Mario Hernández, evalúa la reforma reconociendo lo siguiente:

“En Colombia, muy a pesar del flamante primer lugar en ‘equidad financiera’ en el mundo, el sistema de seguridad social en salud no ha logrado resolver los problemas de equidad acumulados en el sistema anterior, el cual legalizaba las desigualdades ligadas a la capacidad de pago de las personas.

El sistema producto de la reforma de 1993 pretende ser universal, equitativo, eficiente y de mejor calidad, pero aún no es posible hablar de éxitos claros en ninguno de estos objetivos” (Hernández, 2002).

Ante esta latente situación de crisis de la salud en Colombia y de fracaso de las reformas de la década de los noventa, las propuestas de contrarreforma aumentan y se centran en una línea que pretende promover la revaloración del derecho a la salud en contraposición del modelo vigente de costo-beneficio. Así, frente a las posibles perspectivas de configuración de un modelo alternativo de salud en Colombia, existen diversos estudios e iniciativas que vienen siendo analizados por profesionales de la salud, investigadores y estudiosos del tema, ante la urgencia de construir salidas viables a la urgente problemática de la salud que afronta el país.

Es por esta razón, que a continuación se genera un espacio de socialización de tres propuestas del orden nacional que son discutidas por los actuales grupos o movimientos de reivindicación del derecho a la salud y que son el punto de partida para visualizar un sistema real y coherente con el contexto social del país.

5. ESTRATEGIAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA CRISIS DE LA SALUD EN COLOMBIA: PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS

5.1. Sistema de alternativa democrática

La presente propuesta es planteada por Hurtado, J.C. (2010), como sistema de organización progresista y democrática, bajo el ideal de los derechos sociales.

1. Es reconfigurar el derecho a la salud hacia un derecho humano fundamental, como un derecho social no sujeto a las reglas de juego del mercado.
2. Significa que hay que acabar con las empresas promotoras de salud porque su objetivo es su enriquecimiento.
3. Construir un fondo único de salud público, manejado por el Estado.
4. Garantizar el acceso universal a los servicios de salud no solo a la atención primaria —ya que lo que hay es una caricatura—, para mejorar el acceso geográfico, cultural, económico, etc., a la atención integral con énfasis en la promoción y prevención, no solo para mejorar la salud sino para reducir los costos en atención.
5. Garantizar el acceso a los servicios hospitalarios y especializados a criterio médico.
6. Cambiar la política de flexibilización laboral en materia contractual de los trabajadores de la salud, que ha precarizado sus ingresos y generado inestabilidad laboral (Hurtado, 2010, 7-8).

5.2. Sistema con base en una racionalidad social

La Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia (2010), ha venido promoviendo un debate público sobre la crisis del SGSSS y ha planteado una propuesta de reforma con base en una racionalidad social que contribuya a la salud, la justicia y la equidad.

1. El modelo de salud adoptado por Colombia no es la única opción ni la más eficiente; otros países gastan mucho menos en atención sanitaria y obtienen mejores resultados.
2. Es el momento de pensar en una política social en materia de salud que tenga en cuenta el derecho fundamental a la vida y anteponga el sufrimiento de los enfermos y la calidad de vida de los ciudadanos a los intereses de lucro.
3. Poner en el centro del debate el derecho fundamental de las personas a la salud y la defensa de la salud como bien de interés público. Desde esta perspectiva puede ser conveniente dar impulso a la iniciativa de quienes se han pronunciado en favor de una Ley Estatutaria en Salud donde se definan las responsabilidades estatales y el alcance de la salud como derecho fundamental por encima de los intereses económicos de los particulares, advirtiendo que una política sanitaria coherente con estos principios es incompatible con la mercantilización de la salud y debe preservar la tutela como mecanismo de exigibilidad del derecho a la salud (Federación Médica Colombiana, 2011).

5.3. Sistema sobre la base de voluntad política y acción

Para Román Vega Romero (2008), la propuesta de la reforma en salud debe partir de la generación de procesos basados en la voluntad política y la acción desde tres elementos básicos:

1. Asignar recursos financieros suficientes y con posibilidades de ser distribuidos según las necesidades de las poblaciones sobre las cuales se desarrollan las acciones.
2. Relaciones de lo nacional con lo local que permitan que las acciones sean realmente integrales y realmente integradas.
3. Participación y apoyo comunitario efectivo en términos de las decisiones que se adoptan y acciones que se desarrollan (R. Vega, 2008).

Sobre estas propuestas nacionales, vale la pena reflexionar sobre las iniciativas desarrolladas en algunos de los países de la región donde se establecen algunas pautas y medidas alternativas, frente a lo que se considera un cambio al antiguo modelo de salud del orden neoliberal.

CONCLUSIONES

La privatización se constituye en un fenómeno complejo que corresponde a la dinámica global actual, que ha permeado a todas las esferas sociales, incluyendo los marcos reguladores de la sociedad. Esta figura, ha sido instalada en América Latina, mediante la consolidación del modelo neoliberal, sustentado mediante los “ajustes estructurales” y las “recomendaciones” de modernización y desarrollo, gestadas a partir de la década de 1990, provenientes de instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, y el consabido, Consenso de Washington de 1989.

En cuanto a la privatización de la salud, el presente estudio ha permitido detallar los impactos y consecuencias de la incorporación de un modelo de salud de mercado, en un país como Colombia, donde existe una crisis social inminente, marcada por la desigualdad, el desempleo y la pobreza.

En cuanto a la conceptualización de la figura de la privatización, fue posible determinar sus alcances como estrategia legal del desmonte de la salud, mediante un paquete legislativo que arrancó con la Constitución Política de 1991, y que ha sido prolífico en la emisión de normas de todo tipo, hasta la última reforma en salud del año 2011, donde más que soportar o solucionar la crisis de salud, se ha buscado mantener el negocio vigente y sin ningún tipo de vigilancia y control.

En un segundo momento, se presentó dentro de los análisis, los impactos y consecuencias de uno de los actores más importantes del sector, “los usuarios”, quienes haciendo uso del servicio público de salud, vienen enfrentando la mala calidad, dificultades en el aseguramiento, exclusión e inequidad del sistema. Es así, que mediante el estudio y reflexión de los datos oficiales, provenientes de las Encuestas Nacionales de Demografía y Salud, los reportes del DANE e investigaciones afines, se ha podido concluir que en Colombia el sistema de salud incorporado mediante la Ley 100 de 1993, ha permitido el afianzamiento de la brecha entre ricos y pobres y la vulneración de un buen sector de la sociedad frente al “derecho a la salud”, que como se sabe, hoy día se ha convertido en un “servicio público” costoso de muy mala calidad.

Por otra parte, está el “personal de la salud”, aquellos trabajadores que en un sistema de salud neoliberal han tenido que enfrentar una serie de medidas del orden laboral suscritas a una política de disminución del valor de la mano de obra, a costa de su propia salud y vida. De esta forma, médicos, odontólogos, enfermeros, bacteriólogos y de laboratorios clínicos, optómetras, nutricionistas y dietistas, instrumentadores, químicos farmacéuticos, terapistas y demás profesionales de la salud, afrontan la deslaboralización y precariedad del trabajo bajo el concepto de la salud como servicio desde la lógica del mercado, lo que genera serias contradicciones que han cambiado sus propias subjetividades.

Por último, está la “empresa prestadora de salud-EPS”, quien dentro del negocio ha logrado alcanzar los objetivos propuestos. Mayor y mayor ganancia a costa del recorte de gastos y de maximizar el trabajo del personal de la salud. Empresas hoy multimillonarias, pero señaladas por sus malos servicios, corrupción y maltrato a sus usuarios y trabajadores. Una realidad nefasta pero que para los grandes empresarios ha traído satisfacciones y dinero, a pesar de estar construida sobre la vida de millares de seres humanos.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA, CONSUELO, *Política social y reforma de salud en Colombia*, Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Medicina, área de salud y sociedad, 1993.

ALCARAZ, OLGA, CARDONA, MÓNICA MARÍA, BERMÚDEZ, EDUARDO y CASAS, FABÍAN DAVID, [en línea] «aprendeonline.udea.edu.co/.../Sistemas_de_Salud_

en_AL.ppt.» s.f. <http://www.aprendeenlinea.udea.edu.co/.../Sistemas_de_Salud_en_AL.ppt> [Consulta: 15 de marzo de 2012].

BENACH, J., y MUNTANER, C., *Empleo, trabajo y desigualdades en salud: Una visión global*, España, Icaria Editorial S.A., 2010.

CEPAL, “Una década de luces y sombras. América Latina y el Caribe en los años noventa”, 2001, [en línea] <www.cepal.org. <http://www.cepal.org>> [Consulta: enero de 2011].

CHILD, JORGE, “El trabajo en el neoliberalismo”, en *El trabajo en los noventa*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1994.

Eldía <www.eldia.co.> 2008. [en línea] <<http://www.eldia.co.php?option>> [Consulta: noviembre de 2010].

El Tiempo. «Editorial» *El Tiempo*, 3 de mayo de 2010.

ESTEBAN, AZUCENA, AMARO, JAVIER, y BASALLO, AURORA, [en línea] <www.medicinageneral.org.> 2003. <http://www.medicinageneral.org/revista_51/pdf/global> [Consulta: 2011].

Federación Médica Colombiana, “Comunicado”, [en línea] <www.colegiomedicodelhuila.org.> 2011. <<http://www.colegiomedicodelhuila.org7component/content/article/3-pronuncimientos/23-federacion-medica-colombiana.html?tmpl=component&print=1&page=>>. [Consulta: 7 de mayo de 2011].

GARCÍA, CLAUDIA, “Subjetividades laborales: impacto de la reforma de la salud en trabajadores de tres hospitales públicos de Bogotá”, *Revista Pre-til*, 2008, ps. 28-44.

GARCÍA, F., “Las privatizaciones: economía política de la subasta de América Latina” en *Revista mensual de economía, sociedad y cultura*, 2006.

GROTTE, T., PAEPE, P. y UNGER, J., “Las consecuencias del neoliberalismo. Colombia: prueba in vivo de la privatización del sector salud en países en desarrollo” en *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, 2007, ps. 106-117.

GUERRERO, MARIELA, “Un negocio llamado salud” en *Revista CEPA*, 2010, ps. 85-89.

HERNANDEZ, “La salud un rentable negocio”, *La Coyuntura. La emergencia social uribista, un zarpazo a la salud de los colombianos*, Bogotá, Corporación Punto de Encuentro - COPEN M&H, 2010.

HERNÁNDEZ, MARIO, “Reforma sanitaria, equidad y derecho a la salud en Colombia” en *Revista Cad. Saúde Pública*, 2002, ps. 991-1001.

HURTADO, J. C., “El modelo de mercado en la salud de los colombianos”, *La Coyuntura. La emergencia social uribista, un zarpazo a la salud de los colombianos*, Bogotá, Corporación Punto de Encuentro - COPEN M&H, 2010.

- INFANTE, ALBERTO, DE LA MATA, ISABEL, y LÓPEZ-ACUÑA, DANIEL, *Revista Panamericana de la Salud Pública*, Juli -Agosto/2000 [en línea] <<http://scielosp.org>>[Consulta: 15 de marzo de 2012].
- ISAZA, SERGIO, *Sobre la salud en Colombia*, Bogotá, Federación Médica Colombiana, 2004.
- NARANJO, LUZ DARY y GARZÓN PEÑA, EMILCE, *La salud en Colombia*, Bogotá, Ciencia y Derecho, 2010.
- OIT, “Panorama Laboral”, Perú, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2011.
- OIT, “Panorama Laboral”, Perú, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2010.
- PETRAS, JAMES y VELTMEYET, HENRY, *La globalización desenmascarada*, España, Editorial Popular, 2002.
- Profamilia-Ministerio de la Protección Social, [en línea] «www.profamilia.com.» 2010. <<http://www.profamilia.com/encuestas/>>[Consulta: junio de 2011].
- PUIG-JUNOY, JAUME, JANÉ, ELISABETH, CASTELLS, XAVIER y DE LA MATA, ISABEL, “Cambios recientes en los sistemas de salud en América Latina” en *Gaceta Sanitaria*, 2002.
- Revista Semana, “Las 100 empresas más grandes de Colombia (y las 900 siguientes...)”, 2010.
- REY, ERNESTO, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Ciencia y Derecho, 1991.
- RUIZ, M., AMAYA, J., VÁSQUEZ, M., PARADA, L. y PIÑA, M., *Recursos Humanos de la Salud en Colombia. Balance, competencias y prospectivas*. Bogotá, CENDEX-Pontificie Universidad Javeriana, 2009.
- Salud al Derecho, “La salud en Colombia después de la ley 100 de 1993”, Bogotá, Códice LTDA., 2009.
- Tutela*. T-760 (Corte Constitucional, 2008).
- VEGA, RENAN, *Los economistas neoliberales: nuevos criminales de guerra*, Venezuela, Centro Bolivariano, 2005.
- VEGA, ROMÁN, “La lección más importante de una experiencia de gobierno”, *Revista Pre-til*, 2008, ps. 8-15.
- VILLEGAS, J., *Derecho Administrativo Laboral. Relaciones colectivas y aspectos procesales*, Bogotá, Legis, 2003.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ª QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2014
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

