LA SALUD: ¿DERECHO HUMANO O BIEN DE CONSUMO?

(*Artículo editorial publicado en la revista "Enfoques sobre Salud, Bioética & Derecho"-1-2019-Visión Jurídica Ediciones)*

Autora: MARÍA CRISTINA CORTESI

Abogada (UBA) Posgrado en Derecho de la Salud (UBA) Posgrado en Administración y Gerenciamiento en Servicios de Salud – Prefectura Naval Argentina-USAL-Posgrado en Auditoría Estratégica en Servicios de Salud, Prefectura Naval Argentina -USAL. Asesora Legal en la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia de Servicios de Salud. Presidenta de la Comisión de Derecho Sanitario de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Directora del Instituto de Derecho Sanitario del CPACF. Miembro de la Comisión de Salud de la F.A.C.A. Autora de varios libros y artículos en publicaciones nacionales e internacionales.

Lo primero que podemos inferir del título es que los derechos del consumidor no son derechos humanos; no obstante hay quienes así lo califican. Para la Real Academia Española "*consumir"*proviene del latín "*consumere"* que significa "utilizar comestibles y otros bienes para satisfacer necesidades o deseos".

No creo que las personas enfermas o no, recurran a tratamientos de salud para satisfacer necesidades o deseos; como bien lo señala el Dr. Jorge Rachid "…la enfermedad no es el estado natural de los seres humanos…" y "…los enfermos no deben ser rehenes del mercado…"[1].

Justamente, el argumento que consiste en sostener que la salud es un bien de mercado, nos ha conducido a la cultura de la "medicalización de la vida", arraigada en la idea del consumo, convirtiendo a los pacientes en clientes de los actores de la salud que provienen sobre todo, de la actividad privada. Todos estamos enfermos mientras no demostremos lo contrario [2]. Los sobrediagnósticos, los sobretratamientos y el uso excesivo e innecesario de servicios médicos (Medical Overuse) parecen demostrarlo.

Es necesario destacar la importancia que tiene y ha tenido la actividad privada en materia de salud; los adelantos obtenidos gracias a quienes han invertido importantes sumas de dinero para lograr tratamientos que alivian, previenen o curan problemas de salud, pero su utilización desmedida ha transformado al propio ser humano en un "producto en venta"[3].

Entre quienes opinan lo contrario, se sostiene que "…*la empresa de salud realiza, como cualquier otra, una actividad económico comercial tendiente fundamentalmente a la obtención de beneficios y por lo tanto esa actividad es netamente especulativa. Su organización de recursos tiene como finalidad producir y operar en la circulación de bienes y servicios, siendo por esta razón un*

*proveedor, en los términos del art. 2 de la Ley 24.240, siendo el paciente un consumidor…"**[4]**.*

Es lícito que las empresas de salud privadas busquen obtener ganancias; ahora bien, sus actividades no son como cualquier otra y por eso tienen una responsabilidad social enorme, a mi entender. La diferencia entre un bien social y un bien de mercado se da según quién lo regule: en el primer caso es el Estado y en el segundo, regula el mercado. En nuestro país las empresas de salud son reguladas por el Estado y por lo tanto, aunque no haya normas que dispongan si la salud es un bien social o un bien de consumo (mercado), la abundante regulación en la materia ya nos está advirtiendo que se trata de un bien social. Es que la salud pública y la salud individual de las personas es responsabilidad del Estado Nacional, que se obligó a respetarla y a ampliar los derechos derivados de la misma (art. 75 inc. 22 C.N.)

Alain Enthoven en 1978, en su obra "Consumer-choice Health Plan" utilizó la "competencia" dentro del mercado de la salud, tratándola como cualquier mercancía e introdujo el concepto de "competencia gerenciada". Sostuvo que los consumidores, haciendo uso de la autonomía de sus voluntades, eligen a los proveedores que deberán competir entre precio y calidad. Esta teoría fue aplicada en nuestro país en la década de los `90 a través de directivas del Banco Mundial que nos otorgó una serie de créditos, y trajo aparejadas las siguientes consecuencias:

Desregulación de las obras sociales (la cautividad atentaba contra la libre competencia de mercado y la soberanía del consumidor)

- Directivas del Banco Mundial en ese sentido que así condicionó su asistencia crediticia al sector permitiendo la introducción del capital financiero multinacional en el sistema de salud
- Conversión de los Hospitales Públicos en Hospitales de Gestión Descentralizada
- Las obras sociales rompieron con la solidaridad del sistema y se convirtieron en empresas cediendo el manejo de las mismas a "gerenciadoras" compuestas por capitales nacionales e internacionales, formadas para tal fin
- En ese contexto se produce la reforma a nuestra C.N. (art. 42)

Una de las reformas a llevar a cabo consistía en desarrollar un marco regulatorio que promoviera los "derechos del consumidor" en el área de la salud.[5] Cabe recordar que ésta constituyó una reforma que pasó exclusivamente por lo económico y no fue una propuesta de modelo sanitario; de hecho, como lo

anticipé, rompió con la solidaridad que es la base sobre la que se sustentan las Obras Sociales[6]

¿LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR SON DERECHOS HUMANOS?

La vida de los seres humanos de hoy en día es mucho más cómoda y la satisfacción de las necesidades mucho más rápida pero a costa de tener que convertirnos en grandes consumidores y de depender tanto de la tecnología, que se nos hace casi imposible poder vivir sin celular o sin computadora. Ahora bien, en una sociedad tan tecnificada es difícil encontrar el límite entre el "consumo normal" y el "abuso" ya que estamos programados para poder utilizar todas las potencialidades de las nuevas tecnologías. La tendencia es a una mayor uniformidad (los medios nos marcan estereotipos de belleza, juventud, salud, etc). También se suele caer en las trampas de la publicidad engañosa y del consumo exacerbado. Así resulta que el hombre moderno, tan proclive a valorar su libertad y el ejercicio de la autonomía de su voluntad para decidir sobre todos los aspectos de su vida, deja de ser en realidad, el dueño de su destino. El consumo se convierte en la respuesta a sus padecimientos, como forma de evitar el dolor.

Michel Foucault describe el paso de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control que tan bien describiría Gilles Deleuze. La primera imponía los valores a través de las instituciones sociales (escuela, hogar, Iglesia, cuarteles, fábrica), de acuerdo a la época y a las condiciones culturales del momento. Cuando las instituciones dejan de tener límites cerrados, se da paso a las sociedades de control que no necesitan vigilar a los sujetos por medio de la disciplina sino que lo hacen a través de la tecnología: utilizando los medios de comunicación de masas, la publicidad, encuestas, etc. Así comienza a emerger la "sociedad de consumo" en la que prevalece el poder adquisitivo y el " tener " sobre el " ser ". Todo esto ligado al capital financiero y a la lógica del mercado, que impregnan toda la vida del hombre convirtiéndolo, según Paula Sibilia, en un producto en venta, o sea, en un "consumidor controlado".

El valor de una sociedad de consumidores pasa a ser, conforme lo describe Zygmunt Bauman, la felicidad instantánea y perpetua. Es una forma en que el hombre construye en la tierra su "paraíso artificial". ¿Dónde está el límite? ¿Acaso no nos resulta sospechoso que los consumos problemáticos al juego, a Internet, a las bebidas alcohólicas, a las drogas, etc. haya aumentado tanto en estos años?

En materia de salud, la comercialización de la asistencia sanitaria, la obsesión por el cuerpo perfecto y por la juventud eterna nos ha conducido al consumo

exacerbado de servicios de salud y por ende, a la llamada “medicalización de la vida”.

¿Podemos considerar como derecho humano a este derecho que se encuentra íntimamente ligado a la lógica del mercado? Me parece que esto implicaría un pobre conocimiento acerca de lo que son verdaderamente los derechos humanos. Así vemos cómo se pretende ligar los derechos del consumidor con los derechos humanos, vinculándolos estrechamente con el derecho a la salud. **Pero el paciente no es un consumidor**. He aquí mis argumentos:

En primer lugar veamos la posición que uno y otro ocupa. El paciente que se encuentra en la sala de espera de cualquier centro sanitario aguardando a ser atendido por un problema leve o grave en su salud ¿está ahí porque quiere, o se ve constreñido a estar en ese lugar porque su enfermedad se lo demanda? ¿Puede optar por estar en ese momento en otro lado? Ahora bien, el consumidor que se encuentra de paseo en un centro de compras buscando adquirir una prenda de vestir ¿está allí porque quiere o porque algo más lo obliga a pasear por ese centro de compras? ¿Puede elegir estar en ese momento en otro lugar? En las respuestas encontramos una enorme diferencia entre unos y otros.

En segundo lugar, el paciente no es un consumidor porque la asimetría de la información que posee se lo impide. En materia de consumo, existe una importante publicidad de productos que inducen a que las personas los adquieran o al menos los conozcan y se interesen por ellos. Algo parecido está sucediendo con la salud pero la publicidad está más limitada a los controles estatales. De todas formas el paciente no puede tener una información mayor a la que pueda obtener de su médico (aunque la busque en Internet); de ahí que se hable de una “asimetría en la información” que se da en la relación entre médico y paciente. Si bien hoy en día éste tiene un protagonismo mayor participando en las decisiones médicas, se trata de una verdadera alianza terapéutica en la cual el galeno describe los tratamientos a seguir y el paciente acuerda con el médico cuál de ellos seguirá. Como único dueño, decide sobre su propio cuerpo con la ayuda de su médico. Acá se hace efectiva la autonomía de la voluntad del paciente, como uno de los principios que introdujo la Bioética, pero cuidado: no hay una decisión del paciente sobre el método terapéutico sino una opción del tratamiento terapéutico, de existir varios. Entonces el paciente no es el que “manda” en la relación con su médico; en cambio el consumidor es el que efectivamente “manda”, es el soberano en la relación de consumo.

En tercer lugar, la relación médico-paciente es una relación de medios, la responsabilidad es subjetiva (con la excepción del art. 1768 del CCYCN que implicó un avance de la teoría del consumidor sobre los derechos del paciente[7]), lo que implica que en caso de daños se requieren factores de atribución de la responsabilidad. En materia de consumo en cambio, se ha venido consolidando en la ley, la doctrina y la jurisprudencia el reconocimiento de la responsabilidad objetiva y solidaria en la cadena de proveedores de bienes y servicios.

Cabe recordar finalmente, que en materia de salud existen componentes no monetarios como el dolor, la discapacidad, el sufrimiento, el miedo a la muerte, la compasión, el temor, la vulnerabilidad, etc., que no se dan en una relación de consumo. Por eso considero impropio hablar de "mercados de la salud" porque tampoco existen "mercados de la vida" y la salud es un componente de la vida. Nada de eso tiene un valor económico, al menos desde la ética, a pesar que la vida pueda medirse desde la perspectiva económica cuando en salud se mide la "pérdida de chance" frente a una muerte por responsabilidad profesional médica.

Cabe aclarar que los derechos al agua potable, a la alimentación, a una vivienda digna en un medio ambiente sano son también derechos humanos íntimamente ligados a la salud, a la vida y la calidad de vida, y han sido reconocidos como tales por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por lo que tampoco cabe considerarlos dentro de los derechos del consumidor.

Por último, quiero referirme a los derechos humanos como lo hace la Doctrina Social de la Iglesia: "*La fuente última de los derechos humanos no se encuentra en la mera voluntad de los seres humanos, en la realidad del Estado o en los poderes públicos, sino en el hombre mismo y en Dios su Creador. Estos derechos son « universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto ». Universales, porque están presentes en todos los seres humanos, sin excepción alguna de tiempo, de lugar o de sujeto. Inviolables, en cuanto « inherentes a la persona humana y a su dignidad » y porque « sería vano proclamar los derechos, si al mismo tiempo no se realizase todo esfuerzo para que sea debidamente asegurado su respeto por parte de todos, en todas partes y con referencia a quien sea ». Inalienables, porque « nadie puede privar legítimamente de estos derechos a uno sólo de sus semejantes, sea quien sea, porque sería ir contra su propia naturaleza ».**[8]***

Por todo lo hasta acá expuesto, no puedo considerar a la salud como un bien de consumo y mucho menos, los derechos del consumidor como derechos humanos.

[1] RACHID, Jorge http://nacionalypopular.com/2018/04/20/el-medicamento-como-bien-de-mercado-tritura-el-concepto-de-la-salud-como-derecho-humano/
[2] CORTESI, María Cristina “Enfoques sobre Salud, Bioética y Derecho”- I Año 2018
[3] según Paula Sibilia, el hombre actual es un producto en venta, o sea, en un “consumidor controlado”.
[4] VITOLO, Daniel R.: “Las empresas médicas y..” p.64
[5] Préstamo 4002-4003-ar-reforma del seguro de salud.
[6] *CORTESI, María Cristina “Cuando la salud queda sometida a las leyes del mercado”*-**MEDICINA Y SOCIEDAD REVISTA TRIMESTRAL - ISSN 1669-7782- Año 27 Nº 3 Septiembre de 2007**

[7] ARTICULO 1768.- *“Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer**. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto**. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.*

[8] Pontificio Consejo “Justicia y Paz”. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, párrafo 153