

EVOLUCIÓN Y CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DE LA SALUD **EN ARGENTINA****

Autora: María Cristina Cortesi

Abogada y Procuradora. Posgrado en Derecho de la Salud (UBA). Posgrado en “Administración y Gerenciamiento en Servicios de Salud” – Prefectura Naval Argentina-Universidad del Salvador. “Posgrado en Auditoría Estratégica en Servicios de Salud”, Prefectura Naval Argentina –Universidad del Salvador. Diplomada en Psiquiatría Forense. CPACF-Universidad de Belgrano. Docente y Coordinadora en la Escuela de Posgrado del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Cursos: Actualización en Derecho y Legislación Sanitaria, y Derecho Farmacéutico y Legislación Sanitaria. Docente de la “Maestría en Gerencia y Administración de Sistemas y Servicios de Salud” de la Universidad Favaloro. Autora de los libros: “Derecho Sanitario y Régimen Jurídico del Medicamento” – (Co-autora) Publicado por editorial Visión Jurídica – Julio de 2013. Libro “Judicialización de la Salud: métodos alternativos para la resolución de conflictos” – Visión Jurídica Ediciones- Año 2015 y II Edición Año 2018. Libro “Medicamentos: introducción a su regulación jurídica”-Visión Jurídica Ediciones (II Edición año 2019). Miembro de la Comisión de Derecho de la Salud de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Vicepresidenta de la Comisión de Derecho Sanitario de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA). Directora del Instituto de Derecho Sanitario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, (CPACF).

¿Qué es un sistema de salud?

Podemos afirmar que es la respuesta social organizada a los problemas de salud de una población. Entre las muchas contingencias sociales que puede padecer la población de un Estado determinado, se encuentra la enfermedad. Por tal motivo, las primeras medidas de la seguridad social tendientes a proteger a los individuos de la misma, tienen a la enfermedad como objetivo. Hoy, a partir de la definición dada por la O.M.S., la salud no es sólo la falta de enfermedad sino el completo bienestar físico-psíquico de la persona. Las consecuencias que rápidamente se advierten son: la necesidad de encarar la salud desde un punto de vista interdisciplinario y el trabajo en promoción y prevención.

Los sistemas de salud más modernos, comienzan a evolucionar a finales del siglo XIX, después de la revolución industrial, en que las sociedades comienzan a reconocer el costo elevado que significaban la muerte o la enfermedad para la fuerza laboral.

Argentina, hasta el advenimiento del 1º gobierno peronista, siguió el modelo higienista. Fue tomado del modelo liberal proveniente de Alemania y de Francia, que implicaba que el Estado sólo se hacía cargo de la salud colectiva. Cada individuo se ocupaba de su salud individual, cuestión en la que el Estado no intervenía. Este primer modelo higienista quedó plasmado en el fallo de nuestra C.S.J.N. de 1887 “Saladeristas Podestá c/Provincia de Bs. As”.

Los primeros saladeros se instalaron a la vera del Riachuelo, comenzaron a arrojar allí sus desechos. Cuando en 1871 apareció por segunda vez la epidemia de cólera en Buenos Aires, se presumía que era por los desperdicios arrojados por los saladeros. El Estado debía entonces velar por la salud pública, evitando que pestes y epidemias aparecieran sembrando el terror de los habitantes. El Consejo de Higiene ya había recomendado en 1867 que no se permitiera que los saladeros arrojaran sus desperdicios en el Riachuelo, por lo que la legislatura sancionó una ley en tal sentido el 6-9-1871. Los saladeristas se agraviaron sosteniendo que tal medida atentaba contra libertades consagradas en la Constitución Nacional de 1853, y los derechos de trabajar y de ejercer industria lícita. La Corte les respondió que el Estado respetaba todos los derechos pero podía limitarlos por razones de salubridad, moralidad, seguridad e higiene pública.

La Corte introdujo entonces el concepto europeo de “poder de policía sanitario”, por el cual motivos de salud pública pueden limitar los derechos constitucionales.

Con el advenimiento del peronismo se produce un cambio en los paradigmas. Se deja de lado el Estado Liberal y se adopta el llamado Estado de Bienestar, que comienza a ocuparse de la salud individual. Es entonces que por iniciativa del Dr. Carrillo comienzan a crearse nuevos hospitales, se agregan camas a los ya existentes y se intenta la creación de un sistema de salud único, basado en la provisión de servicios por parte del Estado, tal cual surgía del Informe Beveridge para Inglaterra, en 1942.

Como consecuencia de estas reformas, se fortaleció lo que hoy configura nuestro Sistema Público de Salud y se crearon las primeras autoridades para la regulación y fiscalización: la Secretaría de Salud en 1946 y el Ministerio de Salud en 1949.

¿Por qué se fragmenta el sistema?

Porque paralelamente con la gestión del Dr. Carrillo, los sindicatos más organizados que brindaban varios beneficios a los trabajadores afiliados, comienzan a ofrecerles servicios de salud.

El punto crucial de la fragmentación lo constituye la sanción de la Ley 18.610 en 1970, que es la primera ley de Obras Sociales. Su sanción trajo aparejada, además de la cobertura de salud de los trabajadores y el financiamiento a través de los aportes y las contribuciones de los empleadores, cuyo antecedente parece haber sido el Decreto 30.655/44 que había creado la Comisión de Servicios Sociales utilizando el salario como base contributiva; la aparición de actores nuevos, representantes de intereses involucrados en este nuevo modelo que comienzan a fortalecerse y por ende a condicionar la acción reguladora del

Estado. Las entidades intermedias empezaron así a transformarse en protagonistas del cuidado de la salud de los trabajadores.

Con posterioridad, se dictaron una serie de normas que buscaron devolverle el poder regulatorio al Estado, pero que no lograron su cometido. La ley N° 20.748 creaba el Sistema Integrado de Salud y establecía la transferencia de fondos desde las Obras Sociales a una entidad autárquica dependiente del Estado. Posteriormente, la ley N° 22.269 derogó la ley N° 18.610 dejando vigente el Instituto Nacional de Obras Sociales el que conduciría un sistema integrado por entidades desvinculadas de los sindicatos.

Finalmente, el sistema actual de Obras Sociales las reinstitucionalizó, mediante el dictado de la Ley N° 23.660 que es la que rige actualmente para las Obras Sociales del Sistema Nacional del Seguro de Salud creado por Ley N° 23.661 con la intención de que todas las Provincias pudieran adherir a la misma y unificar así el sistema de la seguridad social, lo que finalmente tampoco se logró.

¿Qué implicancias tuvo la aparición del virus del VIH, y del sida en nuestro país?

La transmisión masiva del virus en nuestro país se dio en 1985 en la Fundación de la Hemofilia y se produjo hasta 1992, donde más de 1.000 personas resultaron infectadas por la aplicación a enfermos hemofílicos de factores de coagulación en los que se detectó la presencia de los virus de VIH y de la Hepatitis B y C.

Pero cuando se diagnosticó el primer caso de VIH/sida en nuestro país fue en 1982, y entonces nos encontró prácticamente “huérfanos” de cualquier normativa de regular y garantizara los derechos de los pacientes, en las que se respetara sobre todo su derecho a la intimidad, a la confidencialidad, etc. a pesar de que los mismos ya habían “explotado” en la década de los 70’ en los EEUU y en parte de Europa. Por eso es que el VIH/sida significó un gran desafío no sólo para la Ciencia, la Medicina y la Investigación, sino también para el Derecho. Los que nos dedicamos al Derecho de la Salud siempre hacemos alusión a que hubo un “antes” y un “después” de la aparición del VIH/sida para la conformación de esta nueva disciplina jurídica autónoma.

Es decir, el Derecho debía buscar garantizarles a las personas viviendo con VIH/sida no sólo el acceso a los tratamientos sanitarios conocidos por entonces y el acceso a los protocolos de investigación que siguieran estrictamente las normas éticas y legales nacionales e internacionales, sino que además debía evitar que se les conculcaran otros derechos consagrados por la Constitución Nacional, como ser: los derechos a trabajar, a estudiar, a ejercer industria lícita, etc. Y es que no

se trataba de una patología más, sino que además de conducir inexorablemente a la muerte de los pacientes en los primeros tiempos, venía acompañada de una fuerte discriminación y estigmatización, como hasta entonces no habíamos conocido con otras enfermedades.

Por eso, la sanción de la Ley 23.798 y de su Decreto Reglamentario N° 1.244/90-PEN significaron un avance muy importante porque abarcaron todas esas necesidades normativas que hasta entonces no teníamos, sobre todo en relación a los derechos de los pacientes, a punto tal que dichas normas eran utilizadas como modelo y aplicadas para dar respuesta en forma analógica a conflictos que se suscitaban con otras patologías. La Ley N° 23.798 constituyó una norma de avanzada para la época, sancionada en los tiempos en que todavía no contábamos con los tratamientos antirretrovirales de alta eficacia (TARGA), que hoy convierten en indetectable la carga viral y por lo tanto disminuyen la transmisión del virus. Es decir, actualmente las personas viviendo con VIH/sida pueden vivir muchos años, con una buena calidad de vida, en la medida que se den 2 condiciones: 1) acceso temprano al tratamiento y 2) adherencia al mismo.

Aprovecho para mencionar que estos grandes cambios, relacionados con la aparición de las nuevas tecnologías en materia de fármacos antirretrovirales, hacen entonces necesario adaptar la legislación al momento actual ya que, no obstante estos avances, muy poco se ha modificado en la sociedad lo relacionado al estigma y discriminación, sobre todo en materia laboral.

Una de las líneas de trabajo que se iniciaron en 2013 en el Ministerio de Salud de la Nación a través de la exDirección de Sida y ETS, tiene que ver con la capacitación y sensibilización de periodistas. Los medios de comunicación son grandes formadores de opinión y contribuyen a la conformación de imaginarios que a veces resultan estigmatizantes o discriminadores. Siguiendo las recomendaciones de ONUSIDA del año 2011, desde el área de Comunicación se elaboró una guía de recomendaciones para el tratamiento periodístico de temas vinculados al VIH-sida que incluye: utilización del lenguaje, sugerencias para el tratamiento periodístico y guía de fuentes. Por ejemplo, se recomienda no usar la palabra “portador” y reemplazarla por “seropositivo”, tampoco se recomienda hablar de “contagio” sino de “transmisión”. En ese sentido, también se hace necesario modificar la terminología utilizada por la Ley N° 23.798 para que ésta no se replique en los escritos judiciales y en las sentencias de los jueces.

Algunos de sus artículos también deberían eliminarse por ser altamente discriminatorios, aunque en la práctica no se apliquen (por ejemplo el art. 9° que incorpora el test de VIH para inmigrantes que quieran radicarse en el país) y

habría que incluir dentro de las autoridades creadas por la reglamentación, a representantes de sociedades científicas como SAISIDA y SADI, y también a representantes de la Sociedad Civil.

Como vimos, se trató de una norma de avanzada en su momento que sirvió para solucionar los problemas más urgentes aunque dejó mucho librado a la reglamentación, lo que luego obligó al dictado de otras normas complementarias como la Ley N° 24.455 que incorpora los tratamientos del VIH/sida al Programa Médico Obligatorio que deben cumplir las Obras Sociales del Sistema Nacional del Seguro de Salud (Leyes N° 23.660 y N° 23.661) y las Empresas de Medicina Prepaga; y la Ley N° 25.543 que obliga a ofrecer el test de diagnóstico a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal, a fin de evitar la transmisión vertical. Creo que modificar la Ley sería además una buena oportunidad para reunir los conceptos en una única norma a fin de que pueda reforzarse la garantía al acceso integral e igualitario a los tratamientos conocidos o los que se conozcan a futuro, incluyendo las recomendaciones de ONUSIDA, y de la OIT del año 2001 que dispone entre otras cosas, que la infección por el VIH no constituye una causa justificada de despido y que tal como sucede con otras enfermedades, las personas con enfermedades derivadas del VIH deberían tener la posibilidad de trabajar mientras sean médicamente aptas para hacerlo en un puesto apropiado existente.

¿Y el subsistema privado?

Desde la década de los 70' comenzó a producirse un desarrollo importante de empresas privadas dedicadas a brindar servicios de salud, con una casi nula regulación por parte del Estado. Podemos decir que las mismas adquirieron un punto máximo de progreso en la década de los 90' cuando las políticas neoliberales comenzaron a impactar en Argentina y en toda América Latina. Apareció entonces el concepto de "consumidor" de la salud como el de "bien de mercado". Y en esa nueva configuración social, se produjo la reforma a nuestra Constitución Nacional, en 1994, que sólo menciona a la salud en su art. 42 estableciendo la necesidad de proteger la salud en relación con el consumo.

Junto con este proceso de globalización e internacionalización, los Organismos Multinacionales de Crédito como el Banco Mundial y el BID incursionaron en la salud aconsejando la privatización de los servicios públicos, apoyando la conversión de los hospitales públicos en hospitales de autogestión. Es en este período en que se promueve la desregulación de las Obras Sociales. Todo estaba

listo para que se produjera la “competencia” en el “mercado de la salud” entre los tres subsectores que la componen.

La consecuencia inmediata fue el “descrime” por el cual las Obras Sociales tradicionales perdieron muchos beneficiarios que decidieron optar por Agentes del Sistema más pequeños pero que comenzaron a ofrecer sus servicios de salud mediante la contratación de empresas de medicina prepaga.

En ese contexto de globalización, el derecho internacional comenzó a mellar nuestro derecho interno y el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional sentó la supralegalidad de un total de once instrumentos internacionales de derechos humanos, compartiendo supremacía con la misma y dejando de lado toda la jurisprudencia anterior de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que no le reconocía ese rango a los tratados internacionales. Esto los convirtió en operativos, y todos refieren a la salud como un “derecho humano fundamental” ligado al derecho a la vida.

Es a partir de entonces que un número inusitado de causas judiciales comienzan a producirse provocando que los propios jueces vayan conformando y moldeando las bases de este derecho, aún en plena construcción. La llamada “crisis de la mala praxis” que comenzó en California en la década de los '70 y se expandió hacia todo el mundo, logró su punto culminante en nuestro país a partir de la reforma constitucional, junto con una inusitada cantidad de amparos judiciales, conformando lo que hoy conocemos como “judicialización de la salud”.

¿Qué implicancias tiene la judicialización de la salud?

Cuando nos referimos al tema, hacemos alusión a las 3 formas posibles de judicialización::

1-Amparos judiciales

2-Reclamos por responsabilidad profesional médica

3-Conflictos éticos, que terminan resolviéndose en la justicia (Ej: abortos no punibles, “muerte digna”, rechazo a tratamientos, etc.).

En relación a los amparos judiciales por falta de prestaciones y frente al panorama descrito precedentemente en materia constitucional, resulta difícil establecer un techo en relación a las prestaciones a brindar por los sistemas que financian la salud en nuestro país. De ahí es que sostuve oportunamente, que la importancia de crear una Agencia Federal de Evaluación de Tecnologías Sanitarias radica en que la misma podrá decidir la incorporación de nuevas tecnologías a los Programas Médico Obligatorios, teniendo en cuenta calidad, seguridad, eficacia y efectividad pero nunca tendrán sus decisiones carácter vinculante (al estilo Nice

del Reino Unido), habida cuenta lo categórico de nuestro precepto constitucional y que para nuestros jueces no hay dictámenes vinculantes; se trata de medios de prueba a analizar en forma conjunta con las demás constancias aportadas en el expediente. Así es que, si se encuentra probado que el amparista corre riesgo de perder su vida por la negativa a suministrarle un medicamento del que no resulte comprobada su eficacia para la patología que padece, conforme el dictamen de la Agencia, el juez podrá ordenar se lo suministre igual, estando en juego el derecho humano a la “vida”.

Cabe agregar que si bien en principio los amparos resultan la medida más eficaz para restablecer los derechos lesionados, limitados o restringidos, éstos pueden generar en materia de salud: a) inequidad (recibe más quien recurre al amparo), b) solidaridad invertida (recurre al amparo el que puede pagar sus costos así es que terminan recibiendo más y mejores prestaciones quienes tienen un poder adquisitivo más alto. En un sistema solidario, terminan financiando estas prestaciones los que menos tienen), c) amenaza contra la salud del paciente, (muchas veces se solicitan por esta vía y se consiguen tratamientos sin suficiente evidencia científica en cuanto a su seguridad y eficacia); y d) ampliación de la cobertura a través de las decisiones judiciales y no por ley, de tratamientos no incorporados a los Programas Médico Obligatorios, sin una norma que así lo disponga y sin tener en cuenta como calcular su financiamiento.

Conclusiones

ALGUNOS PROBLEMAS QUE GENERA NUESTRO SISTEMA DE SALUD¹

En primer lugar, podemos afirmar que en materia de salud existen conflictos difíciles de zanjar teniendo en cuenta la cantidad de actores que intervienen, muchos de ellos con intereses diferentes y en algunos casos contrapuestos.

Sin lugar a dudas el interés del paciente, que busca que se le brinden prestaciones sanitarias a fin de tratar y/o curar y/o o aliviar su enfermedad, o al menos mejorar su calidad de vida, no es el mismo que el de la empresa de salud que tiene además un interés económico, que es lícito que lo tenga pero en definitiva al entrar en colisión con los intereses del paciente, termina generando un conflicto que, de permitirse su escalada, seguramente terminará siendo resuelto por algún Tribunal.

¹ Reportaje Revista Carta de Noticias de la Comra – Año 5 Nº 33 – Marzo 2013

Otro factor de riesgo importante es la tendencia moderna de incorporar la teoría de los derechos del consumidor al derecho de la salud. Es una tendencia que como lo dispuse más arriba, viene de la mano del neoliberalismo que tuvo su máximo alcance en nuestro país en la década de los 90' y que se plasmó en la reforma a nuestra Constitución Nacional cuando en el art. 42 se hizo mención a la "protección de la salud en relación al consumo". El consumidor, muy bien informado, exige y elige, es el que manda en la relación de consumo. Si bien la incorporación de esta teoría obedece a la necesidad de brindarle mayor protección jurídica al paciente por considerarlo el eslabón más débil de la cadena, creemos que termina exacerbando sus derechos. No olvidemos que en la relación médico-paciente, por más información que posea este último, existe en relación al médico, una asimetría le impediría colocarse en el papel de consumidor.

Otro de los problemas es nuestro sistema de salud fragmentado, que impide brindar una cobertura homogénea. Ello está relacionado con el carácter federal del sistema generando una brecha de equidad entre las distintas jurisdicciones que ofrecen tratamientos diferentes en cuanto a cantidad y a calidad y ello repercute en los resultados sanitarios, ya que resulta imposible poder dar respuestas homogéneas a la población para los tratamientos de las diversas patologías, lo que genera un alto índice de judicialización.

Uno de los grandes desafíos de nuestro sistema es el de resolver las inequidades que lo caracterizan, resultando fundamental la rectoría del gobierno nacional en ese sentido por lo que utilizar las alternativas de trabajo que nos brinda COFESA y COFELESA sería una posible solución a la desarticulación existente. En nuestro país, el acceso a la salud puede decirse que es universal pero no es equitativo, y es aquí precisamente en donde que hay que trabajar para lograr que el derecho a la salud sea una realidad para todos los argentinos, pero con prestaciones de salud integrales e igualitarias en todo el territorio de la Nación.

*** Artículo publicado en la revista "Enfoques sobre Salud, Bioética & Derecho"- 1º edición año 2020-Visión Jurídica Ediciones*