

Artículo de la autoría de la Dra. Viviana Bonpland incluido en la obra colectiva Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira –en prensa- a ser publicado por la Academia Nacional de Derecho próximamente.

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.

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. Esto no siempre fue de este modo. Antes bien, el surgimiento -a través del desarrollo histórico- de continuas y diversas amenazas a la calidad de vida de la gente, fue lo que impulsó la intervención del Estado en cuestiones de salud. Vale decir, la intervención del Estado en materia de salud fue impulsada por las epidemias, por las grandes catástrofes tanto naturales: sequías, inundaciones, terremotos, como humanas: guerras, revoluciones, etc. De hecho, por ejemplo en la Argentina los primeros hospitales públicos surgen para atender a ex combatientes de la Campaña del Desierto emprendida por Juan Manuel de Rosas. Vale decir, a partir de una catástrofe provocada por el hombre -la guerra- surge la intervención estatal para mitigarla.

La salud históricamente y yéndonos bien atrás en el tiempo, fue vista desde los tiempos de Roma como una cuestión que tenía que ver específicamente con la higiene pública. En Roma se violentaban las residencias privadas para incautar alimentos insanos y se fijaban cuotas para la ingestión de grasa y bebidas¹.

Vale decir, desde antiguo, la vida, la integridad personal y la salud de las personas fueron consideradas desde la conciencia social y el derecho positivo como valores que revestían interés público, al afectar la salud colectiva.

Con el surgimiento del Estado Moderno en el siglo XVII el mismo se configura en una primera etapa como un Estado Absoluto o Estado de Policía y surge la noción de poder de policía estatal, e incluida en esta noción la de “policía sanitaria” o “policía de la salubridad”. La policía era la técnica utilizada por los monarcas para llevar a cabo el conjunto de funciones a su cargo, o sea el conjunto de poderes y atribuciones que tenía el monarca para cumplir con los cometidos estatales que había asumido, incluidos los sanitarios.

Vemos aquí a la cuestión salud, entendida ésta última desde un punto de vista autoritario, y poniendo el énfasis sobre todo en las prerrogativas estatales. En esta época, el “poder de policía” se identificaba con toda la autoridad estatal y la misma (incluida la sanitaria como cuidado de la salud pública) estaba a cargo del monarca.

Con el advenimiento del Estado de Derecho (fin del siglo XVII y siglos XVIII y XIX) se opera un cambio fundamental, el Estado se somete al Derecho, y se reconocen los

¹ TOBAR, Federico “Breve historia de la prestación del Servicio de Salud en la Argentina” en Obra Colectiva *Responsabilidad Profesional de los Médicos*. Coordinador: Oscar Ernesto Garay. Edit. LA LEY. Provincia de Buenos Aires. 2002- pág. 1288/1301

derechos individuales (civiles y políticos) de los ciudadanos; frente a los cuales el poder estatal debe detenerse, se reduce así el poder de los gobernantes.

Al mismo tiempo en este período se consagra el principio de que las intervenciones policiales (limitaciones de los derechos de los habitantes para lograr el bien de todos) deben estar a cargo exclusivamente del Poder Legislativo. Y la Administración (Poder Ejecutivo) pasa a estar habilitada para intervenir sólo si cuenta a su favor con una delegación en ese sentido.

El concepto de “policía” se restringe y se hace más limitado, circunscribiéndose a las cuestiones de salubridad, moralidad y orden público.²

La “policía sanitaria” se concentró entonces en hacerse cargo de la higiene pública y de la prevención de las enfermedades transmisibles. Incluía además, medidas relativas al control de las aguas y los alimentos y al ejercicio de las profesiones liberales vinculadas con el arte de curar.

Se comienza a forjar así un concepto técnico de la “salud pública” como tal, despojándose esta locución del significado político, equivalente a “orden público”.

En aquellos tiempos las enfermedades afectaban a todos los estamentos de la sociedad por igual. La medicina y la tecnología no estaban desarrollados aún; y siendo el hombre un ser libre y autosuficiente, se entendió -ya imperante el liberalismo- que a él únicamente le competía el cuidado de su salud. Vale decir, cuidarse de las enfermedades era una tarea que correspondía en particular a cada persona. Sin embargo, la Administración quedaba legitimada para actuar cuando la enfermedad configuraba una amenaza para el cuerpo social, como en los casos de pestes y epidemias.

Para el modelo higienista primigenio la intervención del Estado estaba más relacionada con las prácticas autoritarias que con los derechos y la democracia; se centraba más que nada en una consideración pública (cuidar a la población y sobre todo a sus ejércitos era fundamental). De hecho, la figura del médico sanitarista es muy anterior a la del médico como profesional liberal que vende servicios.

De la salud de las personas se ocupaba cada cual, y cuando el interesado no podía hacerlo como se trataba de una cuestión “privada” intervenían la Iglesia y las obras de caridad.

El Estado tradicional centró su intervención en salud en aspectos preventivos y especialmente en la regulación del ambiente y los estilos de vida. Esto es una paradoja por cuanto hoy, justamente criticamos al sistema moderno de salud por la excesiva orientación a la atención médica en desmedro de la prevención y de lo ambiental.

La protección social no era legítima para la ideología liberal ya que representaba un retorno a los moldes paternalistas del orden feudal. Con la Enmienda de las Poor Laws (Leyes de Pobres) en 1832 y 1834 en Inglaterra se incorpora el derecho de los paupérrimos a ser asistidos por el Estado. Vale decir, se distinguió pobreza de pauperismo. Y el pauperismo implicaba haber renunciado a los derechos civiles y políticos. Sólo éstos últimos o sea, los paupérrimos, tenían derecho a ser asistidos por el Estado. Se conciliaba con esta fórmula la demanda de protección reclamada por la sociedad con la constitución

² LEMUS, Jorge Daniel y colaboradores. *Salud Pública, Epidemiología y Atención Primaria de la Salud*. Buenos Aires, Marcelo Kohan diseño, 2005, págs. 255/264.

incipiente del mercado de trabajo. Se asistía desde el Estado exclusivamente a la población urbana más carenciada y sólo en una mínima parte, previa pérdida de sus derechos civiles y políticos (Revolución Industrial). Los asistidos son los “desheredados”. A esta fase se la llama Asistencialista (Estado Liberal) o de la Ciudadanía Invertida, ya que justamente la pérdida de la condición de libre (pérdida de los derechos civiles) y la pérdida de la condición de igual (pérdida de los derechos políticos) es lo que hace acreedor a una persona a ser asistida. Quien no es más ciudadano es acreedor a una política asistencialista a su favor.

Hoy en día en cambio, cuando se habla de asistencialismo se hace referencia a una política focalizada en los más necesitados.

Las Constituciones Norteamericana³ y Francesa⁴ forman parte de la historia del constitucionalismo, que de manera expresa o implícita protegió el derecho a la vida de las personas; y como adherido a éste un apenas incipiente derecho a la salud.

En Argentina se dicta la Constitución de 1853 que en su artículo 33° se refiere a los derechos implícitos y da protección al derecho a la vida, aunque no de una manera expresa.

Surgen como consecuencia de las Guerras de la Independencia nuevos hospitales públicos para cuidar a los soldados que regresan del frente de batalla.

La C.S.J.N. dicta en 1887 el fallo conocido como “Los Saladeristas de Barracas”⁵ en el cual se pone en evidencia este ejercicio liberal del poder de policía sanitario. La salud pública era una protección de los derechos generales y una restricción de los derechos particulares en pos de ese valor jurídico general que era “la salud pública”. En este fallo se parte de la idea de que el poder de policía sanitaria le corresponde a la Provincia de Buenos Aires respecto de un establecimiento, un saladero que funciona en su territorio.

La CSJN afirmó en oportunidad de ese fallo que “la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, ‘el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos’, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos”.

Más que un derecho individual la salud era un objetivo a lograr en forma preeminente para toda la población, lo cual se derivaba del Preámbulo de nuestra Constitución y del artículo 33 CN al considerar al derecho a la vida como un derecho no enumerado. En esta época la salud y el derecho a ella corren adheridos al derecho a la vida.

Posteriormente ya en el siglo XX van a aparecer políticas más activas en materia de desarrollo y prestación de servicios de salud en nuestro país, y ello vino de la mano del llamado Constitucionalismo Social y del reconocimiento de los derechos de la segunda generación, entre ellos el derecho a la salud de los trabajadores en carácter de derecho social.

³ 1776

⁴ 1789

⁵ “Los Saladeristas Podestá c/ Provincia de Buenos Aires” 14 de mayo de 1887. Fallos C.S.J.N 31:273.

Así, podemos señalar que con el movimiento peronista (segunda mitad del siglo XX) se da un cambio muy importante, ya que en ésta época el Estado Nacional asume el papel de Estado Benefactor. Esto es, pasamos del Estado Liberal o Estado Mínimo o Estado de Derecho (siglos XVIII y XIX), adonde sólo eran reconocidos a favor del individuo derechos de contenido negativo, a un estadio en el cual el Estado asume la titularidad de una cantidad importante de servicios y funciones sociales y públicas; y toma a su cargo además el ejercicio del poder de policía en materia económica.

Toda la década 1945-1955 estuvo signada por la intervención directa del Estado Nacional en la materia sanitaria, es la época en que se crea el sector estatal de salud en la Argentina, y se conforma un modelo de centralidad estatal en el país a la luz de la segunda posguerra.⁶

La tipología estatal que corresponde a este período de nuestra historia se ha dado en llamar Estado Social de Derecho (Estado Benefactor) puesto que alumbra el reconocimiento a favor de los individuos de una serie de derechos sociales y económicos, los cuales pasan a figurar en las cartas constitucionales de la época.

En la Constitución de 1949⁷ se consagran por primera vez los derechos sindicales de los trabajadores, se protege su salud y se encarga al Congreso de la Nación el dictado de un Código de Derecho Sanitario de derecho común.

En la reforma constitucional de 1957 (vigente hasta 1994) se introduce la garantía de estabilidad de los empleados públicos, se encarga al Congreso Nacional -en carácter también de Legislación común- el dictado de un Código del Trabajo y de la Seguridad Social nunca dictado, se consagra el derecho a la seguridad social a favor de los individuos (se suprime el Código Sanitario).

Estos derechos sociales y económicos consagrados a favor de las personas (llamados derechos de la segunda generación), las más de las veces incumplidos, hacen que muchos hablen de que esos artículos hacen de la Constitución un “catálogo de ilusiones”.

En esta época aparece como llamativo con un criterio actual que, por ejemplo, cuando se habla del “derecho a la salud”, el mismo no tuviera un reconocimiento expreso en el texto constitucional (nos referimos al texto reformado a partir de 1957), tampoco estaba reconocido expresamente el “derecho a la vida” del cual el primero resultaba un derivado, ambos se consideraban incluidos entre los derechos implícitos del artículo 33 CN.

No existen demasiados fallos judiciales que se refieran al tema en esta época (mediados del Siglo XX), y ciertamente no todas las personas gozaban del derecho a la salud en iguales condiciones. Así, quienes se encontraban excluidos del mundo del trabajo no tenían la misma protección que los trabajadores.

Para protección de éstos últimos habían surgido -como producto del movimiento sindical y del régimen de la seguridad social incipientes, asociaciones de diversos tipos que terminaron configurándose- primero a través de la Ley 18610 (década de 1970) y finalmente a través de las Leyes 23.660 y 23.661 (década de 1980), como prestadoras de

⁶ REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. “La economía política de la política social argentina: una mirada desde la desregulación y la descentralización”. Serie Políticas Sociales N° 97. Santiago de Chile- Naciones Unidas- Cepal. 2004, pág. 15

⁷ Constitución de 1949- ADLA IX-A, pág 1.

salud y bienestar social para los trabajadores, con el nombre de Obras Sociales, y que funcionan y funcionaban con aportes de los patrones y de los empleados. Se configuró así un Subsector Semipúblico de la Salud⁸.

La ley mencionada⁹, en primer término, fue el primer intento de regular de un modo sistemático el funcionamiento de ese Subsector en la Argentina. La norma incluía las Obras Sociales de la Administración Pública Nacional, las de Empresas Públicas, las de Administración Mixta y las Obras Sociales Sindicales.

Los sindicatos obtuvieron un enorme poder con la consagración del aporte obligatorio por parte de todos los trabajadores y también de los empresarios siempre por rama de actividad. Además se estableció la administración de esos recursos por parte de los sindicatos¹⁰. Sucesivamente se dictaron las Leyes 22269¹¹, 23660¹² y 23661¹³ referidas a la materia.

Poco a poco las Obras Sociales con el paso del tiempo fueron dejando de ser prestadoras directas y se fueron transformando en financiadoras: a partir de este cambio progresivo toman un rol protagónico las aseguradoras privadas (prepagas) en quienes las obras sociales terminaron tercerizando la prestación de los servicios a su cargo.

A su vez, en el Sector Estatal se creó en 1946 sobre la base del Departamento Nacional de Higiene que funcionaba en el Ministerio del Interior, un área específica dedicada a la Salud Pública. Se creó la Secretaría de Salud de la Nación, con el Dr. Ramón Carrillo a la cabeza del mismo, quien fue un destacado médico sanitarista.

El área estatal a tono con la época creció sin parar hasta 1955. Se crearon infinidad de Hospitales Nacionales con sede en las Provincias. El Estado Nacional -a través del dictado de Leyes Nacionales con fundamento en la “cláusula del progreso” (artículo 67, inciso 16 de la Constitución Nacional)- expandió notablemente su competencia en materia sanitaria, y dictó numerosos regímenes legales referidos a esta temática. Luego para administrar estos regímenes legales y aplicar estas normas en el interior del país, creó las famosas delegaciones y unidades sanitarias federales (especies de pequeñas sucursales del Ministerio de Salud Nacional) en las Provincias.

Con el dictado de numerosas Leyes Sanitarias desde el Poder Central el Ministerio de Salud de la Nación -fundado en la cláusula del progreso- y a través del dictado de normas de carácter legislativo por parte del Congreso de la Nación avanzó sobre el Poder de Policía de las Provincias en materia sanitaria. Estas normas contenían normalmente una cláusula de adhesión para que las Provincias adhirieran a ellas. Así obviamente no existía para éstas últimas la posibilidad de discutir los términos de las mismas.

Tobar dice al respecto: “... Como evidencia a favor de considerar que la Argentina avanzó en la incorporación de un estado de bienestar se puede argumentar que entre 1946 y 1951 se construyeron 35 policlínicos en todo el país. Esto llevó las camas públicas a más de 130.000, esto significa 7,4 camas cada 1000 habitantes.

⁸ REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. –ob. cit-, pág 16 a 18.

⁹ Ley 18610- ADLA XXX-A- Pág. 180

¹⁰ REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V., ob. cit. pág. 16

¹¹ Ley 22269 –ADLA XL-C pág. 2541.

¹² Ley 23660 –ADLA XLIX-A pág. 50

¹³ Ley 23661 –ADLA XLIX-A pág. 57.

En una década prácticamente se triplicó la cantidad de enfermeras y la de médicos se duplicó. En comienzos de los 50 se había erradicado el paludismo que solo cuatro años antes afectaba a trescientos mil argentinos y nuestro país contaba con una de las mayores coberturas del mundo. Durante los nueve años de la gestión de Ramón Carrillo al mando de la cartera sanitaria se institucionaliza una concepción propia de la Medicina Social. Durante el Primer Plan Quinquenal de Desarrollo (1947- 1951) se sancionan las leyes de sanidad pública (N° 13.012) y de construcción, habilitación y funcionamiento de servicios de salud (N° 13.019). a través de las mismas se garantiza la financiación y sostenibilidad de los servicios públicos para ofrecer asistencia médica, completa, y gratuita al 65% de la población argentina que era considerada no pudiente, y para ofrecer servicios a tarifas reducidos a otro 20% de la población en mejor posición económica. El acta fundacional del Servicio Nacional de Salud británico, que hoy se considera paradigma de un sistema universal y público, data de 1949. Para ese entonces el sistema público de salud argentino superaba al británico tanto en recursos como resultados obtenidos.

Sin embargo, también se argumenta que la lógica de expansión de los servicios de salud no siguió el modelo igualitario y universal del Estado de Bienestar Europeo. Por este motivo algunos autores proponen no hablar de un Estado de Bienestar sino de un “Estado de compromiso” o aún de un “*Welfare State a la criolla*”. Poco después de la gestión de Ramón Carrillo con sus avances en la implementación de un sistema público de salud, la dirección del sistema comenzó a avanzar en el sentido de un modelo de seguros de salud...”¹⁴.

Vale decir, la década 1945-1955 estuvo dominada por la intervención directa del Estado Nacional en la materia sanitaria. Esto contrasta con la postura liberal adoptada en épocas anteriores, y sobre todo con el reconocimiento que se hacía con anterioridad respecto del derecho a la vida, ya que siempre se consideró que se trataba de unas facultades no delegadas por las Provincias a la Nación.

Se creó el Consejo Federal de Bienestar Social¹⁵ y, antecedente del actual Consejo Federal de Salud, para conducir las acciones Nación - Provincias en estos temas. Quedó configurado un Subsector Público de Salud con sede en el Ministerio de Salud de la Nación.

Respecto del último organismo mencionado Tobar y Rodrigañez refieren: “...En enero de 1981 es creado el Consejo Federal de Salud argentino –CO.FE.SA.¹⁶-...”.

“...En la práctica, el CO.FE.SA. ha tenido desde su creación hasta el año 2001 una escasa incidencia en las decisiones provinciales o nacionales en salud, en los primeros veinte años de su historia se trató de una instancia activa sólo por momentos y, en general, indolente...”.

“... A partir de la gestión del Dr. Ginés González García, en enero del año 2002, el Consejo comienza a adquirir un protagonismo y capacidad de influencia sin precedentes.

¹⁴ TOBAR, Federico. ob cit. pág. 1296/1297

¹⁵ Ley 19717- ADLA XXXII-C pág. 3064 (1972)

¹⁶ Ley 22373- ADLA XLI-A pág. 117 (1981).

No obstante, existe todavía más de una cuestión que debe ser encarada para que el CO.FE.SA constituya un espacio efectivo de diálogo y acuerdo intergubernamentales...¹⁷.

En 1974 se creó el Sistema Nacional integrado de Salud¹⁸, en el cual el Estado asumió por primera vez la responsabilidad en un instrumento legal de efectivizar el derecho a la salud de todas las personas sin discriminación. Se ponía énfasis en la responsabilidad del Estado Nacional como fundador y como garante económico en la instrumentación de un sistema que pretendía ser único, solidario e igualitario para todos los argentinos. No pasó de ser una mera aspiración de deseos.

A partir de 1980 comenzó un proceso inverso de descentralización de servicios de salud. Fueron descentralizados una cantidad muy importante de establecimientos de salud¹⁹; se transfirieron Hospitales Nacionales a las Provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires²⁰. Este proceso de Reforma del Estado^{21/22} concretó con éxito las transferencias de activos a las Provincias. Posteriormente las Provincias no tuvieron igual resultado con la gestión de tales activos, ya que no contaron ni con el presupuesto ni con la capacidad de gestión necesaria para llevar a buen término la reforma estatal emprendida.

En 1991 también se transfirieron a las Provincias diversos Programas Nacionales, entre ellos, la compra de leche correspondiente al Programa Materno Infantil; el Programa continuó siendo nacional pero un aspecto de su operatoria se descentralizó. Se creó a partir de 1990 el Sistema de Hospitales Públicos de Autogestión (a nivel nacional)²³.

La Reforma del Estado y el dictado de la Ley 23.696 se convertirían en una insoslayable oportunidad para redefinir el rol del Ministerio de Salud de la Nación en el nuevo contexto de la denominada “Reforma del Estado”, así como las prioridades de políticas del sector. Por el Decreto N°1259/92²⁴ se aprobaron las Políticas Nacionales de Salud, lo que conformó un precedente importante en la explicitación de las políticas públicas nacionales.

Respecto de la época en que se llevó a cabo el proceso de Reforma del Estado en los años noventa del siglo XX, Repetto y Alonso han expresado: “... En enero de 1993, el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N° 9 estableció la desregulación del sistema de obras sociales. La nueva disposición tenía alcance sobre los trabajadores comprendidos por la Ley N° 23660, pero a diferencia de una propuesta oficial del año anterior, la libre elección por parte del afiliado quedaba limitada al universo de las obras sociales y no eran incorporadas a la competencia las empresas de medicina prepaga. En abril del mismo año, se dictó un nuevo Decreto reglamentario (N° 576/93) de aquella norma, cuyo contenido buscaba armonizar con la nueva política desregulatoria inaugurada con aquél Decreto N° 9/93. Este primer impulso desregulador entró en un *impasse* a la espera de su efectiva implementación...”.

¹⁷ TOBAR, Federico y RODRIGANÉZ RICCHERI, Pilar. *Hacia un Federalismo Sanitario Efectivo*. Ed. ISALUD, 2004. Págs. 15/17.

¹⁸ Ley 20748 –ADLA XXXIV-D- Pág. 3282

¹⁹ Ley 19337 –ADLA XXXI-C- Pág. 3027

²⁰ Ley 21883 –ADLA-XXXVIII-D- Pág. 3303, y Ley 22002-ADLA-XXXIX-B- Pág. 1252

²¹ Ley 23696 –ADLA XLIX-C pág. 2444

²² REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V- ob. cit.- págs. 18 a 20

²³ Decreto 578/93- ADLA- LIII-B, pág. 1444.

²⁴ Decreto 1269/92 –ADLA LII-C, pág. 3063

“... Durante 1995 se reactivarían las iniciativas de política en el proceso de reforma del sistema de obras sociales. El Decreto N° 292/95 estableció el criterio de distribución automática de los subsidios per cápita del Fondo de Redistribución. Este decreto también eliminaba la doble cobertura producto del múltiple empleo y establecía la unificación de los aportes. Luego, el Decreto N° 495/95 estableció nuevas disposiciones que aceleraron el proceso de reforma: por un lado, se atenuaba la reducción, establecida por el anterior decreto, de los aportes patronales que contribuían a financiar el sistema: su alícuota sólo disminuiría en un punto, con lo cual quedaría en 5% sobre la nómina salarial; por otro, la cápita por afiliado a compensar, que en el decreto anterior había sido fijada en 30 pesos, ahora sería elevada a 40 pesos; además se establecía un mecanismo de fusión de obras sociales para aquellas que no alcanzaran los diez mil afiliados o no pudieran cumplir con el paquete de prestaciones básicas comunes. El Programa Médico Obligatorio (PMO) sería aprobado en mayo de 1996 por la Resolución 247 del Ministerio de Salud y Acción Social.

Hacia fines de 1996 se dieron otros pasos fundamentales hacia la implementación efectiva de la libre elección. El Decreto N° 1.141 reglamentó el derecho de opción de cambio entre las obras sociales sindicales y el Decreto N° 1.615 creó la Superintendencia de Servicios de Salud. En rigor, el nuevo organismo comenzó a operar a partir del Decreto N° 405 de abril de 1998 cuando se aprobó su estructura orgánico- funcional y su plan estratégico. Durante 1997 y parte del año siguiente se operó la transición entre ANSSAL – la anterior agencia de regulación y control- y la Superintendencia.

Entre las principales funciones de la nueva Superintendencia se destacaban: fiscalización del PMO y de otros planes médico- asistenciales; contralor del cumplimiento del Programa de Garantía de Calidad por parte de los prestadores y la gestión del Registro Nacional de éstos; supervisión del derecho a la libre opción de obra social por parte de los beneficiarios del sistema; utilización, administración y actualización del padrón de beneficiarios; fiscalización administrativa, financiera y contable de las obras sociales y atención al usuario del sistema y difusión de información. En términos generales, las funciones del nuevo organismo no implicaron una ruptura notable con las que ya disponía la ANSSAL; en todo caso los cambios introducidos –además de la atención directa al beneficiario- tales como el derecho a opción de obra social, así como la fiscalización del PMO exigían por definición una mayor capacidad de control y fiscalización para lograr cumplimiento efectivo.

Durante cuatro años la desregulación no tuvo vigencia. Recién a partir de enero de 1997, luego de múltiples idas y venidas, que incluyeron nuevos decretos, negociaciones y diversas situaciones de puja política entre el gobierno y el sindicalismo, comenzaría a darse un proceso de “libre afiliación” de obra social. Alguna normativa posterior al avance de la desregulación producido en 1997 no sólo falló en contrarrestar las debilidades en términos de equidad sino que, además, introdujo incentivos para profundizarlas. Por ejemplo. El Decreto N°504 de 1998 habilitó a las obras sociales a contraprestar a los nuevos afiliados solamente un PMO, aún cuando ésta sea una cobertura que se ubique por debajo de la que brinda a sus afiliados. Es decir que la lógica desreguladora conllevó en su normativa la posibilidad de ahondar los elementos de fragmentación y desigualdad del sistema, pues mediante la práctica de los planes diferenciales estos factores se introdujeron también

dentro de cada obra social, y tiende a quebrarse la solidaridad intra-rama característica del subsistema...”²⁵.

A su vez a nivel mundial procesos análogos habían sucedido. Y con el advenimiento de las dos guerras mundiales y las tristes experiencias vividas, se desarrolló a partir de 1948 el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a cuya influencia nuestro país no resultó ajeno.

Surgieron en la segunda mitad del Siglo XX los derechos denominados de la tercera generación o “derechos de la solidaridad”, que tienen al ser humano como directriz primaria y como base. Los Estados firmaron Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y nuestro país adhirió a algunos de ellos. Sin embargo, al tener los Tratados la misma jerarquía que las Leyes en la Constitución vigente (artículo 31 de la Constitución Nacional) el sistema no cerraba completamente. Recién con la reforma constitucional de 1994 se completa el círculo y el inciso 22 del artículo 75, confiere a ciertos Tratados nivel o jerarquía equivalente a la Constitución Nacional. Por esta vía se introducen en nuestro ordenamiento jurídico nacional en forma expresa, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al desarrollo humano. Otros artículos introducidos por la reforma constitucional consagran a su vez el derecho al ambiente y el derecho a la salud en la relación de consumo (artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional).

Vale decir, nuestro Estado está obligado hoy día al cumplimiento de esos Tratados Internacionales, que tienen primacía sobre las Leyes de la Nación y jerarquía equivalente a la Constitución Nacional.

Los derechos que esos Tratados consagran son Derechos Humanos y se aplican respecto de ellos los Principios acuñados por la Jurisprudencia a nivel internacional (Principio Pro-Homine; Principio de Progresividad; Interdicción de la Regresión en esta materia; Cumplimiento de un Mínimo; Posibilidad de Control Judicial, Operatividad como principio; Imposibilidad para los Estados Federales de excusarse alegando que se trata de una competencia local).²⁶

A través de lo normado en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución el Estado Nacional resulta haber asumido la calidad de “garante” de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales, y así lo ha declarado recientemente la C.S.J.N. en pronunciamientos reiterados en materia sanitaria. Esto no implica que estén a su cargo todas las prestaciones ni tareas en materia de Salud. De hecho, la Corte ha señalado que ser “garante” obliga al Estado Nacional a garantizar el derecho a la salud en el momento en que su cobertura resulte necesaria

En relación a este tema el Dr. Guillermo Horacio Corti ha señalado: “... Resulta notorio que los poderes constituídos, para asegurar el ejercicio y goce de los derechos básicos, deben estar organizados para ello, en particular en cuanto a sus estructuras ejecutivo- administrativas. El caso precedente nos ofrece un ejemplo paradigmático. Asegurar a toda persona y sin discriminación alguna el derecho a la salud no sólo requiere el suministro de reactivos y medicamentos, sino organizar un sistema de salud adecuado...”

²⁵ REPETTO, Fabián –ALONSO, Guillermo V. ob. cit. pág. 18 a 20

²⁶ COURTIS, Christian (Compilador) Obra colectiva: *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. 1º edición.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Del Puerto. 2006. Pág. 53/78.

“...Esta idea clara y de suyo evidente ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Girolodi, Horacio D. Y otros s/ recurso de casación”, sentencia de fecha 7/4/1995 (LA LEY, 1995- D, 462), con voto de los doctores Nazareno, Moliné O’connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano.

En dicha oportunidad el más Alto Tribunal destacó la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (ADLA, XLIV –B, 1250), señalándose que la misma debe entenderse considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación.

Sobre el tema que nos ocupa afirmó lo siguiente: “ Que, en consecuencia, a esta Corte como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal le corresponde – en la medida de su jurisdicción –aplicar los tratados internacionales a que el país esta vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte “garantizar” implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden existir para que los individuos pueden disfrutar de los derechos que la Convención reconoce... Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (opinión consultiva 10/90, parágrafo 23)...”²⁷.

Es decir, el Estado Nacional debe asumir -en virtud de lo previsto por el artículo 75, inciso 23 de la CN- a través de sus tres poderes, la tarea de garantizar un mínimo del Derecho a la Salud en el país. Este cometido tiene que ver con asignarle además, el rol regulador del Sistema de Salud en la Argentina.

Vinculado a este aspecto “...la C.S.J.N. en el caso “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)- sostuvo: “la necesidad de hacer efectivos los derechos contenidos en los pactos internacionales, concernientes a la vida, la salud y la dignidad personal, fue lo que impulsó al legislador a dictar la Ley 23.789 que declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA, y posteriormente las leyes 24.455 y 24.754 que establecieron la cobertura de las prestaciones obligatorias en relación a los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus de HIV a las obras sociales y empresas de medicina prepaga respectivamente” (Voto del Dr. Adolfo R. Vázquez)...”²⁸.

Al respecto, Marcelo Daniel Iñiguez²⁹ ha dicho: “ ... La República Argentina, sujeto indubitado de Derecho Internacional, suscribió y ratificó las Convenciones de

²⁷ CORTI, Horacio Guillermo. “Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución”. LA LEY Tº 1997- F, Sec. Doctrina. Pág. 1033-1039.

²⁸ FERREYRA, Rodolfo Fabián. Obra colectiva *Garantías y Procesos Constitucionales*. Director: Nestor P. Sagües. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. Pág. 474.

²⁹ IÑIGUEZ, Marcelo Daniel. “Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos”. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2005. Pág. 160.

Derechos Humanos que reconocen a la salud como un derecho internacional; el obligado a su cumplimiento es, pues, el Estado Nacional ...”.

“...Vale decir para el Derecho Constitucional argentino, el Estado Federal, con la participación de las provincias, debe procurar el bien común de toda la Nación, y por imperio del artículo 31 de la Constitución Nacional está obligado prioritariamente al cumplimiento de los deberes emergentes de los Tratados de Derechos Humanos. En pocas palabras, si bien en el orden interno se trata de una materia concurrente entre Nación y Provincias, la Nación está obligada a establecer un piso mínimo, que en materia de salud lo brinda la legislación nacional de manera específica, y como tal derecho está expresamente previsto, la parte obligada es el Estado Nacional...”.

Felipe Seisdedos³⁰, citado por el autor antes referenciado ha analizado la relación entre la Nación y las provincias en la defensa ambiental y señala que la protección mínima es federal y la máxima es provincial. De esa visión extrae que se puede sostener que en materia de salud también existen sistemas de protección concurrentes, con diversas amplitudes y especificidades derivadas de cada lugar geográfico. De allí que, un programa de atención al mal de Chagas puede ser una mayor obligación para la provincia en donde su población se encuentre expuesta, según ejemplifica.

Iñiguez³¹ cita que la Corte Suprema ha mantenido todas esas directivas en el caso “Monteserín”, adonde dicho tribunal señala que, “... el derecho a la vida es el género y el que llama “a la preservación de la salud”, su especie o su derivado, toda vez que dice “es comprensivo”. Y agrega: “...La obligación internacional convenida por el Estado argentino, donde se compromete a asegurar prestaciones de salud a su población, es de medios; fundamos nuestra posición, precisamente, en el Derecho Internacional, por ser el Derecho aplicable en el supuesto de que se le atribuya al Estado la realización de un hecho ilícito internacional que le genere responsabilidad...”.

“...Los Estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2º, inc. 1º). En lo que concierne al modo de realización en Estados de estructura federal, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto (conf. Naciones Unidas. Consejo Económico Social. *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales. Informes iniciales presentados por los Estados partes con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto. Observaciones. Suiza- E/1990/5/Add.33-*, 20 y 23 noviembre de 1998, publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de esta Corte en *Investigaciones 1* (1999), ps. 180 y 181)...”.

Entre las normas internacionales referidas al tema se incluyen: el artículo 12 numerales 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³² que establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

³⁰ SEISDEDOS, Felipe, obra colectiva. *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*. Buenos Aires, Depalma, 1995 Tº1, pág. 365, citado por Iñiguez, ob. cit. pág. 160 llamada 45.

³¹ IÑIGUEZ, Marcelo Daniel, ob. cit. pág. 163.

³² ADLA XLVI-B- pág. 1107.

física y mental. El numeral 2 que dispone –a título de ejemplo- distintas medidas que deberán adoptar los Estados- Parte a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho; entre ellos 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 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.

El Convenio de Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina a su vez establece en el artículo 3º: Los Estados Partes tomarán, teniendo en cuenta las necesidades de la salud y los recursos disponibles, las medidas apropiadas en miras a asegurar, en la esfera de su jurisdicción, el acceso equitativo a los cuidados de la salud, en calidad apropiada...”

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³³, dice en su artículo 12º que: “...1. Los 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. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 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...”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴ menciona en su artículo 4.1 que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y en su artículo 5.1 se refiere al respecto a la integridad física, psíquica y moral de cada persona.

El artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño³⁵, dispone que: “...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 malnutrición 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 postnatal 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 la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes,

³³ Ley 23179 –ADLA XLV-B, pág. 1088.

³⁴ ADLA XLIV-B- pág. 1250

³⁵ ADLA L-D. Pág. 3693

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.

Existen además distintos instrumentos regulares de derechos humanos que reconocen el derecho a la salud, entre ellos: la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10)³⁶.

Vale decir, 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.

Nos encontramos inmersos nuevamente en un proceso que no es exclusivo de nuestro país y se advierte que hemos entrado en la Etapa se ha dado en llamar Etapa o Estadio del “Estado Social y Democrático”. Esta directiva nos viene dada por la Constitución Nacional a partir de 1994. Deberíamos aprestarnos a conseguir la configuración de una Democracia Social y Participativa en la Argentina del Tercer Milenio.

En la actualidad el Sistema de Salud en nuestro país está conformando de esta manera:

- * Sistema Estatal: Areas Estatales y Hospitales públicos

- * Sistema Semipúblico: Obras Sociales Sindicales o Especiales, Obras Sociales Universitarias y otras Mutualidades dependientes de Colegios Profesionales/ Hospitales de Comunidades.

- * Sistema Privado: Seguros Privados o Empresas de Medicina Prepaga

Con respecto al Sector Privado, a cargo de los Seguros Privados y de las llamadas Empresas de Medicina Prepaga, se destaca el bajo nivel de regulación con que el mismo se ha venido desarrollando, ya que no se cuenta a la fecha con normativa específica que regule el tema.

El proceso de desregulación de las Obras Sociales que se inició en paralelo con el proceso de Reforma del Estado en la década de 1990 no logró igual éxito que este último, quedando la iniciativa referida a las Obras Sociales a mitad de camino. Hoy en día las mismas han subcontratado en la práctica la prestaciones de salud con empresas de medicina prepaga. Es posible con ciertas restricciones mudar de Obra Social pero sólo entre Obras Sociales Sindicales; muchas Obras Sociales se encuentran desfinanciadas o no se han modernizado. Esto hace que la transformación de ese Sector haya quedado concretada sólo a medias³⁷.

³⁶ Observación General N° 14 de las Naciones Unidas.

³⁷ REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. –ob. cit. pág. 18 a 20.

Repetto y Alonso³⁸ dicen textualmente respecto de estos temas: “... A pesar de las idas y vueltas en la normativa, no se alcanzó, durante los noventa un marco regulatorio efectivo que permitiese evitar estrategias de “descreme” mediante la diferenciación de planes al interior de cada obra social. Esta dinámica se ha acentuado con las asociaciones *de facto* entre algunas obras sociales y empresas de medicina prepaga u obras sociales de personal de dirección, que han avanzado en la competencia mediante la oferta de planes de servicios diferenciales para captar la demanda de mayor poder adquisitivo. Dichas tendencias han tendido a cristalizar la dualización del sistema entre obras sociales “ricas” y “pobres”, e incluso ha erosionar el criterio de solidaridad segmentada que le era propio. Es que tanto la introducción de la libre elección de obra social como el establecimiento del “piso” común de acceso definido por el PMO presuponían como condición *sine qua non* la necesidad de un Estado eficaz para regular y fiscalizar, pero las capacidades institucionales heredadas por la “nueva” Superintendencia estaban lejos de garantizar este requisito indispensable...”.

A los efectos de lograr un mejor servicio desde el Ministerio de Salud se ha impuesto a las Obras Sociales³⁹ y a las Empresas de Medicina Prepaga⁴⁰ el cumplimiento de un PMO (Plan Médico Obligatorio) para uniformar la cobertura. Pero éste sistema -de alcance legal a través de Leyes de Orden Público- sólo alcanza a las Obras Sociales Nacionales y a las Prepagas (quedan fuera las Obras Sociales Provinciales).

Por lo tanto, el sistema está plagado de contradicciones y no alcanza a cubrir a los individuos de una manera regular.

Este sistema debe ser -a todas luces- reformado y ello es tarea a cargo del Ministerio de Salud de la Nación, en virtud de lo previsto en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. Este último deberá proveer a la adecuada configuración de los Subsectores público, semipúblico y privado de la Salud -a nivel federal- a través de normas de policía, dado que las Obras Sociales y las Prepagas también forman parte del Sistema de Salud vigente en la Argentina, sistema que debe instrumentarse a partir de normas asegurativas de un mínimo en la materia, con nivel de Leyes Federales. En la especie, me refiero a las normas que el Estado Nacional debe dictar en calidad de “garante”, atribuciones que son de carácter exclusivo de éste último.

Recordemos que las Provincias no han delegado la regulación de la Salud –en su propio ámbito- y por ende retienen la facultad de complementar y aún la de dar mayor protección a sus habitantes en ésta temática.

Además, el Ministerio de Salud y Ambiente debería encarar -a través del Consejo Federal de Salud- la tarea de coordinar a las Provincias y a la Nación para que arriben a acuerdos -propios del Federalismo de Concertación- que aseguren el Mínimo que debe proveer el Estado Nacional (como garante) y los Estados Provinciales como responsables primarios de la Política Sanitaria, configurando de este modo adecuadamente el Sector de la Salud en la Argentina en este Tercer Milenio.

³⁸ REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. –ob. cit. pág. 20 a 25.

³⁹ Ley 24455- ADLA- LV- B- pág. 1533

⁴⁰ Ley 24754 –ADLA-LVI-E- pág. 6129

En este sentido el Ministerio debe ocuparse en forma exclusiva y en calidad de “garante” a nivel Federal de:

1. Coordinar y elaborar las Políticas Nacionales de Salud;
2. Entender en materia de regulación en la materia;
3. Entender en la fiscalización sanitaria (policía administrativa) en el ámbito Nacional;
4. Atender el financiamiento de programas de acción (de operatoria nacional o provincial);
5. Coordinar el financiamiento internacional de programas de acción;
6. Proyectos APP (Asociación Pública Privada), fijar los Standares mínimos del posible financiamiento privado;
7. Atender el cumplimiento hoy y a largo plazo de las condenas en materia de amparos derivados del Derecho a la Salud en todo el país;
8. Iniciativas en materia de Proyectos de Ley, relativos a: Regulación de la Medicina Prepaga, Protección a diferentes patologías, Ley de Financiamiento Sanitario, Ley Federal de Salud.

Las temáticas mencionadas como a cargo del Ministerio de Salud de la Nación, encuentran su fundamento en la obligación prescrita por el Artículo 75º, Inciso 23 de la Constitución Nacional, que impone el Estado Nacional el carácter de Garante de los Derechos Humanos garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados por nuestro país.

El Derecho a la Salud, es un “Derecho Humano” y como tal debe ser garantizado por el Gobierno Nacional a través de sus tres poderes (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial). Desde la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado una importante cantidad de fallos que consagran la calidad de garante del Estado Nacional en materia de Derecho a la Salud.

Los jueces -a partir de la reforma constitucional de 1994- han cumplido vigorosamente la tarea de garantizar a través de sus sentencias el derecho a la salud.

Resta efectivizar la obligación impuesta por los Tratados y por la Constitución Nacional a través del accionar de los otros dos Poderes (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) del nivel nacional.

La reseña de funciones supra efectuadas corresponde a cuales son las tareas pendientes a cargo del PEN, concretamente a través de su Ministerio de Salud. Lo dicho implica fijar cuales son las funciones que competen a un Ministerio de Salud en un País Federal.

Todo ello deberá hacerlo el Estado –en el caso PEN- a través de una burocracia estable, y de un funcionariado responsable y capacitado en el tema.

Estamos hablando de un servicio (el de salud) al que podemos denominar o calificar como “social”, que no es de titularidad exclusiva estatal; se trata en el caso de un servicio de titularidad compartida. Esto significa que históricamente y desde el punto de vista constitucional, este servicio lo pueden llevar a cabo tanto el Estado como los Particulares.

El Estado ha llevado a cabo la función sanitaria desde el comienzo de los Estados Modernos (Siglo XVII) cuando quedó a cargo de la Policía (restricción de los derechos de las personas). En el caso, en las primeras épocas del Estado Moderno (Siglo XVII), éste se ocupaba de la Salud Pública, y en materia sanitaria, se restringía la libre movilidad de circulación de los habitantes a raíz de pestes, acordonamiento de ciudades, interdicción del comercio entre lugares afectados por problemas de salud, etc. Luego el Estado, pasó a ocuparse -más adelante y tardíamente con la revolución industrial recién- de la salud de las personas a nivel individual, con la creación de hospitales para el público.

Hoy día en nuestro país a raíz de la doble titularidad referida en materia sanitaria, no solo el Estado sino también los individuos tienen derecho a dedicarse a la prestación de servicios de salud, ya que el artículo 14 de la Constitución Nacional les permite trabajar y ejercer toda industria lícita.

En este sentido el Estado debe promover y facilitar a la población:

-el acceso a las prestaciones de salud.

-no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud.

-brindar los servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante el diseño de planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de determinados medicamentos y tratamientos.

Por su parte, los particulares deben: suministrar los servicios cuando se obliguen como prestadores.

Por lo tanto, de la salud se ocupan hoy en día en nuestro país como yo dijera y –de acuerdo al sistema de salud vigente-, el Estado, Organismos Semipúblicos (las Obras Sociales) y Privados (Empresas de Medicina Prepaga y otros Particulares).

Vale decir, no todas las funciones o actividades que tienen que ver con la salud se llevan a cabo desde el Sector Estatal. Y a su vez, entre las tareas relativas a la salud que lleva a cabo el Estado sólo la regulación y la fiscalización son de titularidad exclusiva del mismo. El Ministerio de Salud debería dejar de ser prestador en esta materia.

El Estado, en el caso el Ministerio de Salud de la Nación debe llevar a cabo las tareas de regulación, fiscalización y coordinación, con un grupo de funcionarios entrenados y muy calificados. Estos funcionarios deberían ocuparse de ciertos mecanismos difíciles de implementar como resulta ser por ejemplo, la coordinación de la acción con las Provincias en un Estado Federal, tarea de largo plazo por cierto.

Los citados funcionarios deberían dar forma a políticas de salud que sobrevivan a las distintas gestiones de gobierno a lo largo del tiempo (Políticas de Estado), las cuales deberían instrumentarse a través de Leyes Federales. Deberían además, ocuparse del financiamiento de los Programas tanto a nivel nacional como internacional; y de la fiscalización correspondiente. Ellos son quienes deberían obviamente aplicar correcta y eficientemente las leyes dictadas por el Congreso Nacional en materia de salud cuando corresponda su aplicación en territorio provincial, o bien concertar convenios con las Autoridades Provinciales al efecto; también son ellos quienes debieran proyectar las iniciativas de las Leyes Federales en la materia.

Todo ello llevaría a concretar en la práctica una función de rectoría por parte del Ministerio de Salud, posibilitando que la acción del “poder público” en materia social deba

ir orientada necesariamente a que se ejerza en las mejores condiciones posibles el derecho fundamental a la salud de todos los argentinos, como lo manda hoy la Constitución Nacional reformada.

En este sentido, habría que concordar con Jaime Rodríguez Arana- Muñoz quien sostiene: “...Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia...”

“...Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional...”

“... Ello no quiere decir, como se comentara en su momento, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo, está demostrado que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad...”

Fundamentos constitucionales del derecho a la salud

Los artículos que dan basamento constitucional en forma directa al derecho a la salud en la Constitución de 1994 son:

- a) El artículo 14 bis cuando consagra que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social; y en especial por ley el seguro social obligatorio.
- b) El artículo 33 que al hacer alusión a los “derechos implícitos” está consagrando en calidad de tales al derecho a la vida y al derecho a la salud.
- c) El artículo 41 de la Constitución Nacional que hace referencia al derecho que tienen los habitantes a un “ambiente sano”.
- d) El artículo 42 que alude al derecho que tienen los consumidores a la protección de su salud en la relación de consumo.
- e) El artículo 75 incisos 18 y 19 (la nueva cláusula de la prosperidad) que consagra la obligación estatal de proveer a la prosperidad nacional y al desarrollo humano.
- f) El artículo 75 inciso 22 que da jerarquía constitucional a distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que en su texto consagran en forma expresa al derecho a la salud (como un derecho de todo hombre).
- g) El artículo 23 que consagra en cabeza del Estado Nacional –a través del Poder Legislativo de la Nación- la atribución de legislar y promover medidas 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. Así como la atribución de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

A su vez, se vinculan con la temática del derecho a la salud, aunque de manera indirecta, y sobretudo en punto a como habrá de ser ejercido, las siguientes normas constitucionales:

- a) El preámbulo cuando hace referencia a promover el bienestar general
- b) El artículo 1 en cuanto se refiere a la Forma de Estado y consagra la forma “federal”
- c) El artículo 121 que establece que las Provincias conservan todo el poder no delegado por la propia Constitución al Gobierno Federal
- d) El artículo 125 que establece –como facultad concurrente con la atribuída al Legislativo Nacional por el artículo 75 incisos 18 y 19 –la atribución de las Provincias de proveer a la prosperidad provincial
- e) El artículo 75 incisos 8º y 2º tercer párrafo respectivamente, en cuanto aluden a la atribución del Poder Legislativo Nacional de fijar el presupuesto nacional y la prioridad que corresponde darle al gasto social.

Resulta obvio destacar que la sistematización del “derecho a la salud” en el texto constitucional resulta a todas luces poco eficiente. Pero la doctrina y la jurisprudencia de nuestros Tribunales se han encargado de suplir las falencias del texto constitucional; consagrándolo como un derecho fundamental.

Han apelado para ello a la cita de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la Observación General N° 14⁴¹ de Naciones Unidas se describe al derecho a la salud como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos; y se lo declara estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos tales como: el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

Marcelo Daniel Iñiguez⁴² hace referencia a que: “... el Ministerio de Salud y Acción Social, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y es también el organismo designado en la ley 23.661 para llevar a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los

⁴¹ Observación General N° 14 de Naciones Unidas ya citada.

⁴² IÑIGUEZ, Marcelo Daniel -ob. cit.- pág. 157.

establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (arts. 3º, 4º, 7º, 15, 28 y 36)...”.

Una excelente sistematización de los fallos en esta materia ha sido efectuada por la Dra. María Claudia Caputi⁴³, cuya lectura recomiendo especialmente, ya que además de los acertados comentarios de la autora sobre el tema, realiza una agrupación de los casos según el perfil propio de cada uno de ellos, lo que contribuye a la claridad de la exposición y del análisis.

También recomiendo la lectura de distintos artículos publicados por la Dra. María Inés D'Argenio,⁴⁴ relacionados con la Zona de Reserva de la Administración y los derechos sociales, ya que aportan criterios y puntos de vista, sumamente esclarecedores y llenos de buen sentido, en punto a la temática que nos ocupa. Idéntica consideración puede efectuarse respecto a las publicaciones del Dr. Nestor Caferatta.⁴⁵

En suma, el derecho a la salud aparece caracterizado en la actualidad como un derecho que es a la vez individual, social, de incidencia colectiva y por sobretodo un derecho humano, consagrado como fundamental, del que gozan además todos los seres humanos.

Es a la vez un derecho de protección y un derecho de prestaciones, que comporta obligaciones negativas y positivas para el Estado.

Políticas Públicas

El Dr. Jorge Daniel Lemus⁴⁶ ha expresado respecto de la responsabilidad de las políticas públicas en materia de salud: “... La responsabilidad de diseñar políticas y estrategias globales para enfrentar los problemas nacionales, es del Poder Ejecutivo, y por intermedio de sus instrumentos políticos y administrativos (Ministerios y Secretarías), le corresponde diseñar y practicar las políticas sectoriales e intersectoriales correspondientes. En ese esfuerzo está también involucrado el Poder Legislativo, como protagonista crucial, rescatado, por los procesos de democratización, en su responsabilidad de mediador del diálogo entre la sociedad civil y el Estado: vehículo formal del control social de la gestión pública en el nivel de decisión, haciendo posible en este espacio de negociación y concertación, una administración transparente, mediada y regulada por quienes representan los intereses de los diversos sectores de la ciudadanía. El parlamento se constituye, además, en una puerta abierta eficaz para la incorporación en el escenario político de nuevos actores sociales, permitiendo de esta manera perfeccionar el proceso de ampliación de la ciudadanía.

⁴³ CAPUTI, María Claudia. “Procesos Urgentes y Derecho a la Salud”. LA LEY 2005-B, pág. 1460

⁴⁴ D'ARGENIO, Inés A. “La zona de reserva de la administración en materia de derechos sociales”. LA LEY, 2006-D pág. 231; “La zona de reserva de la administración en materia de derechos sociales II. Suplemento de Derecho Administrativo”. 2006- Julio, pág. 10. “La zona de reserva de la administración en materia de derechos sociales III”. LA LEY- F- pág. 68.

⁴⁵ CAFFERATTA, Nestor A. “Derecho a la salud y derecho ambiental”. LA LEY Cuyo, 2006- pág. 409 y LA LEY, 2005-F, p. 1532

⁴⁶ LEMUS, Jorge Daniel y colaboradores. Ob.cit. pág. 252

Legislar en salud es establecer formas de convivencia solidarias de las que dependen las condiciones de vida de vastos sectores de la sociedad...”.

A su vez, autores como Federico Tobar⁴⁷ señalan que las políticas de salud constituyen un capítulo de las políticas sociales, y pueden ser definidas como un esfuerzo sistemático para reducir los problemas de salud. Y que una política de salud implica la definición de la salud como un problema público en el cual el Estado asume un rol activo y explícito. Para concluir que, definir políticas de salud es decidir que rol desempeña el Estado en salud:

Con las políticas de salud está vinculado de un modo especial el gasto en salud puesto que la ejecución de los programas requiere siempre de una asignación de recursos.

Podemos afirmar con Repetto y Alonso⁴⁸ que en forma reciente, en el último decenio del siglo XX dos grandes tendencias globales han influido sobre la formulación de las políticas de salud: la Reforma administrativa del Estado y la Reforma Económica. Y que con estos fenómenos apareció un efecto centrífugo que comenzó a revertir el excesivo centralismo que fue siempre considerado como un rasgo estructural de los países de América Latina (Vélez –1986 citado por Tobar).

En el trabajo mencionado los citados autores dicen “... Los principales desafíos que deberá enfrentar la política social argentina ya entrado el siglo XXI están estrechamente vinculados a lo acontecido en dicho campo de políticas públicas en el último cuarto de siglo, pero también a lo que en ese período sucedió en dos planos más generales, como lo son el vínculo del Estado con la sociedad civil (y en especial con los sindicatos) y las nuevas expresiones del federalismo en materia de responsabilidades de gestión social. Ambos fenómenos, potenciados en la década del noventa, enmarcaron las avanzadas de la coalición dominante en la búsqueda de la desregulación de aspectos relevantes de la seguridad social (tal el caso del seguro de salud, denominado “obras sociales”) y en la descentralización de servicios sociales como educación y salud (más otros recursos sociales ligados a las temáticas de vivienda y alimentación)...”.

Respecto de todo lo dicho, resulta menester tener en cuenta el proceso de democratización de la sociedad y del Estado que se verifica hoy en día, y la necesidad de afianzar a comienzos del siglo XXI la experiencia y los logros de este Estado Democrático y Social de Derecho por el que tanto la doctrina de los autores de Derecho Constitucional y Administrativo, como la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bregan.

Por ello es necesario no olvidar que los ciudadanos han logrado que en la Constitución Nacional se incluya el derecho a la salud, y también que los Tribunales de Justicia responsabilicen al Estado en acciones que involucran esta temática

Es a todas luces indispensable entonces avanzar aún más en la materia, y lograr que el Poder Legislativo Nacional complemente estos adelantos con el dictado de Leyes protectorias de distintos aspectos del derecho a la salud. Se encuentran en este momento en tratamiento en el Congreso varias Leyes, entre las cuales cabe citar: la ley referida a la prueba obligatoria de rastreo para la detección precoz de enfermedades en los recién

⁴⁷ TOBAR, Federico- ob. colectiva cit. “Políticas de Salud” pág. 1315/1337

⁴⁸ REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. –ob. cit. pág. 33/34.

nacidos; la ley por la cual se le asigna carácter prioritario a la prevención y control de las formas de transmisión de las enfermedades de Chagas; la Ley Nacional de Salud que legisla acerca del Rol de Rectoría que le corresponde al Estado Nacional en la materia; la Ley del Tabaco y varias otras más, todo ello en cumplimiento de las funciones que la Constitución asigna al Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo Nacionales.

Resta aún sin embargo mucha tarea por cumplir, la Reforma verdadera del Estado en relación con el tema “Salud” aún está pendiente en muchos aspectos. En la reunión internacional “Buenos Aires 30/15” celebrada en Buenos Aires en agosto de 2007, con el objeto de debatir a nivel mundial la situación de la atención primaria de la salud se emitió un documento por parte de más de 60 ministros de salud y representantes de organismos sanitarios internacionales que acordaron que se debe considerar a la salud “como una inversión y no como un gasto, y también como una responsabilidad del Estado y de la Sociedad en su conjunto”. Y los funcionarios consensuaron también que “es imperativo avanzar hacia la cobertura universal e integral de la salud, teniendo en cuenta un enfoque de género, inclusivo, no discriminatorio y priorizando a los grupos vulnerables.”

Vamos en camino entonces de afianzar cada vez más la responsabilidad estatal en estos temas, tal como lo preceptúa el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales⁴⁹ cuando hace referencia en su párrafo 1, al logro del “más alto nivel posible de salud físico y mental” como un derecho a favor de todo hombre y a cargo del nivel estatal.

Esto no implica sin embargo que el principio de subsidiariedad en materia de accionar del Estado deje de regir, puesto que –como bien lo señalan los funcionarios reunidos en “Buenos Aires 30/15”- la salud es una responsabilidad del Estado y de la Sociedad en su conjunto⁵⁰.

Así el derecho a la salud al estar en la actualidad caracterizado por la doctrina y la jurisprudencia como un “derecho fundamental” no es cualquier derecho subjetivo, sino que goza de una protección mayor que implica que si su satisfacción no se obtiene a través del mercado, debe ser atendido por otros medios como afirma Lorenzetti⁵¹. Allí es donde entra a jugar el rol de “garante” asignado al Estado Nacional por el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Y allí mismo es donde juega la afirmación hecha por Rodríguez- Arana Muñoz⁵², cuando dice: “...Hoy, en mi opinión la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia...”.

⁴⁹ ADLA XLVI-B- pág. 1107.

⁵⁰ Diario “Clarín” del 20/08/07.

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. “La Empresa Médica” Edit. Rubinzal- Culzoni, 1998, pág. 15 a 24.

⁵² RODRIGUEZ- ARANA MUÑOZ, Jaime, ob. cit., pág. 1

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ANA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- ARANEO, Rodolfo, *Derecho constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Editorial Universidad Externada de Colombia, 2004.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalia, Buenos Aires, 1999.
- BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7º edición, Editorial Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CAYUSO, Susana Graciela, *El derecho a la Salud: un derecho de protección y de prestación*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004.
- GARAY, Oscar Ernesto, *Responsabilidad Profesional de los Médicos*, Provincia de Buenos Aires, Ed. LA LEY 2002.
- GELLI, María Angélica, “El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones”, LA LEY, Tomo 1996- A, Sección Doctrina. p. 1455.
- Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 2º edición. Ampliada y actualizada, LA LEY, Buenos Aires, 2003.
- GHERSI, Carlos Alberto; WEINGARTEN, Celia e IPPOLITO, Silvia C., *Contrato de medicina prepaga*, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- GNECCO, Lorenzo P., *Obras sociales y desregulación*, La Ley, Buenos Aires, 1997.
- GONZALEZ GARCIA, Ginés y TOBAR, Federico, *Salud para los Argentinos*, Ediciones Isalud, Buenos Aires, 2004.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, obra colectiva, 4º ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.
- HERRENDORF, Daniel E., *principios de derechos humanos y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991.
- HOOFT, Pedro F., *Bioética y Derechos Humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- IÑIGUEZ, Marcelo Daniel, *Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

MADUEÑO, Raúl, *Instituciones de Derecho Público*, Buenos Aires, Bogotá, Caracas, México D.F., Ediciones Macchi, 3° edición, corregida y aumentada, 2003.

ROEMER, Ruth, *El derecho a la atención de la salud*, en trabajo colectivo: *El derecho a la salud en las Américas*, Organización Panamericana de la Salud, Publicación Científica N° 509, 1989, p. 17.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3° ed. , Astrea, Buenos Aires, 1999, t.2.

SEISDEDOS, Felipe, en PEREZ GUILHOU, Dardo; SEISDEDOS, Felipe y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires, 1995, t. 1.

-*Teoría de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

TOBAR, Federico y RODRIGANEZ RICCHERI, Pilar, *Hacia un Federalismo Sanitario Efectivo*, Buenos Aires, Ediciones Isalud, 2004.

VIDIELLA, Graciela, *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.