

EL SISTEMA DE SALUD EN LA ARGENTINA DEL TERCER MILENIO

VIVIANA BONPLAD

El Sistema de Salud que rige hoy en Argentina, amerita en primer término, una explicación de tipo histórica para comprender su integración actual.

Vale decir, se hace necesario contar como fue la evolución histórica del Sistema de Salud en nuestro país para abordar y comprender la complejidad y originalidad del Sistema vigente.

Los tiempos de la Colonia (siglos XVI, XVII y parte del s. XVIII) transcurren bajo la impronta del Liberalismo, como ideología dominante¹.

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

1 TOBAR, Federico "Breve historia de la prestación del Servicio de Salud en Argentina". Coord. Oscar Garay en *Obra Colectiva Responsabilidad Profesional de los Médicos*. Prov. De Buenos Aires. Ed. La Ley. 2002, pags. 1288/1301.

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 Argentina al constituirse como Estado Independiente adoptó 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 hospitales públicos para cuidar a los soldados que regresaban del frente de batalla.

La C.S.J.N. dicta en 1887 el fallo conocido como “Los Saladeristas de Barracas”² en el cual se pone en evidencia este ejercicio liberal del poder de policía sanitario. El Estado llevó adelante 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 funcionaba en su territorio.

La C.S.J.N. afirmó en oportunidad de ese

² “Los Saladeristas Podestá c/ Provincia de Buenos Aires” 14 de mayo de 1887. Fallos C.S.J.N 31:273.

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 C.N. 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.

Los presupuestos vigentes en materia social durante la época liberal desconocían las nociones de “clase”, “grupo” o “colectivo”, se regulaban en esa época exclusivamente las relaciones entre “individuos”.

La igualdad formal es el tipo de igualdad jurídica por excelencia del modelo de Estado Liberal.

El postulado de que todos los hombres son iguales ante la ley ocultaba las diferencias reales, lo que implicaba también el ocultamiento de las contradicciones sociales de las que la Constitución Liberal no daba cuenta.

Estos principios llevaron a la consagración de un principio de Insolidaridad ya que constituyen el Individualismo y la Igualdad Formal las bases de un sistema estructuralmente insolidario donde el sujeto individual pasa a ser un absoluto en sí

mismo; y donde la relación social y la participación se dan exclusivamente a través del mercado. Estos presupuestos liberales definen también la relación del Estado y la Salud en el Modelo de Estado Liberal.

En esa relación la salud no fue vista como un derecho. Pero sí como objeto de la Acción Discrecional del Estado y por ende como una Cuestión prácticamente privada la mayor parte de las veces.

Sólo existía la obligación por parte del Estado de limitar derechos para resguardar la Salud Pública.

La Política adoptada por el Estado en materia de Salud revestía una cuota de gran discrecionalidad y no existían reclamos sociales en demanda de cobertura sanitaria, ni mandatos jurídicos que condujesen las Acciones en materia de salud.

Nos estamos refiriendo a la segunda mitad del siglo XIX, siendo que la Constitución Nacional Argentina fue aprobada en 1853.

De a poco se advierte durante la segunda mitad del siglo XVIII, y a principios del siglo XIX un cambio; y la pretensión regulatoria del Estado Liberal avanza de a poco de la mano de:

La creación de Instituciones Sanitarias con pretensión centralizadora.

La construcción de Hospitales.

El desarrollo de tareas de prevención.

Todas modalidades de Intervención Pública y a la vez se desarrollaron modalidades de Atención Privada que fueron Responsabilidad de Sociedades de Beneficencia, Mutuales sobre la Base de la Inmigración y la Nacionalidad o la Actividad productiva. Y finalmente surge la Atención -paga- a Médicos (profesionales liberales) en sus

consultorios privados.

Funcionaron en un primer momento por separado la Sanidad y la asistencia en este período, a pesar de que se crearon Instituciones que pretendieron centralizar ambos aspectos.

Se creó en el ámbito estatal en 1946 la Secretaría de Salud Pública dando nacimiento al Subsector Público de Salud.

En el área de la Sanidad y desde el Ministerio del Interior se había creado en 1880 el Departamento Nacional de Higiene asesor del PEN en materia Sanitaria que generó las primeras regulaciones sanitarias nacionales.

En el área de la Asistencia se habrá creado en 1906 la Comisión Asesora de Asilos y Hospitales dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Institución que generó fricciones con el Departamento Nacional de Higiene, ya que se trataba de otro núcleo de decisión, administración y gestión de los equipos de salud.

Pero en realidad la asistencia era brindada en su mayor parte desde el Sector privado, a través de la Sociedad Nacional de Beneficencia, primero privada y avalada con fondos estatales desde 1880, manejada por la elite nacional con donaciones privadas.

En 1883 se habrá creado en Buenos Aires la Asistencia Pública que manejo una red importante de Hospitales.

Había en general financiamiento estatal para una gestión privada en materia de Asistencia Social.

Los Hospitales Nacionales fueron construidos por el Estado Central, Tareas de prevención como la Vacunación y el Poder de Policía en materia sanitaria recaerán en el ámbito público.

Se dictó la Ley de Defensa Sanitaria que

preveía la Intervención federal en las provincias en caso de epidemias, y la Ley de Vacunación.

Hubo resistencia a esta acción estatal.

La resistencia provino de 3 Actores:

Las provincias, b) La Sociedad de Beneficencia, c) Las Mutuales.

Las Provincias resistieron argumentando que la Constitución Nacional reservaba el poder en materia sanitaria a su decisión. Ya que se trataba de un poder no delegado a la Nación.

Pero luego la escasez de recursos económicos y la disgregación del poder hicieron que se adaptaran a la centralización de las decisiones en materia sanitaria.

Se dictaron entonces muchas Leyes Sanitarias desde el Congreso de la Nación y el mismo se apoyó para su dictado en la llamada Clausula del Progreso (a partir de 1945).

La Constitución Nacional no reconocía la existencia de un Derecho a la Salud, ya que se trataba de una Constitución que respondía al Modelo Liberal.

Desde muy temprano (Saladeristas Podesta) la C.S.J.N. se expresó respecto del poder de limitar el derecho a ejercer una industria por razones de salud pública diciendo que se trataba de una facultad provincial.

En 1950 con el advenimiento del Modelo de Estado Social de Derecho o Estado Benefactor todo esto cambia.

Surgen el Principio de Solidaridad y de Igualdad Material así como los Grupos Sociales Protegidos en la Constitución de 1949.

Hay un cambio de Paradigmas.

Surge el Estado Interventor³.

3 TOBAR, Federico y VITA, Leticia refieren parte de las ideas descriptas en : Clerico Laura, Tratado de Derecho a la Salud, 1° Edición

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.⁴

La tipología estatal que corresponde a este período de nuestra historia se ha dado en llamar Estado Social de Derecho (Estado Benefactor) puesto que alumbró 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 1949⁵ 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

C.A.B.A.- Abeledo Perrot 2013. V1, 976p.

4 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

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

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”.

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 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 Salud⁶.

La ley mencionada⁷, en primer término, fue el primer intento de regular de un modo sistemático el funcionamiento de las mismas. 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

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

7 Ley 18610- ADLA XXX-A- Pág. 180

se estableció la administración de esos recursos por parte de los sindicatos⁸. Sucesivamente se dictaron las Leyes 22269⁹, 23660¹⁰ y 23661¹¹ 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 ininidad 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

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

9 Ley 22269 -ADLA XL-C pág. 2541.

10 Ley 23660 -ADLA XLIX-A pág. 50

11 Ley 23661 -ADLA XLIX-A pág. 57.

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.

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...”¹².

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 Social¹³ 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.

En 1974 se creó el Sistema Nacional integrado de Salud¹⁴, en el cual el Estado asumió por primera vez la responsabilidad en un instrumento legal de efectivizar el derecho a la salud de

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

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

14 Ley 20748 -ADLA XXXIV-D- Pág. 3282

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 salud¹⁵; se transfirieron Hospitales Nacionales a las Provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires¹⁶. Este proceso de Reforma del Estado^{17/18} 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)¹⁹.

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

15 Ley 19337 -ADLA XXXI-C- Pág. 3027

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

17 Ley 23696 -ADLA XLIX-C pág. 2444

18 REPETTO, Fabián- ALONSO,

Guillermo V- ob. cit.- págs. 18 a 20

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

denominada “Reforma del Estado”, así como las prioridades de políticas del sector. Por el Decreto N°1259/92²⁰ 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...”.

“... 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

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

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...”²¹.

Con la reforma Constitucional de 1994, el país incorpora al texto constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. A raíz

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

de ello, 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).²²

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 constituidos, 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

²² 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.

alguna el derecho a la salud no sólo requiere el suministro de reactivos y medicamentos, sino organizar un sistema de salud adecuado...”

“...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)...”²³.

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)...”²⁴.

Al respecto, Marcelo Daniel Iñiguez²⁵

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

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

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

ha dicho: "... La República Argentina, sujeto indubitado de Derecho Internacional, suscribió y ratificó las Convenciones de 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 Seisdedos²⁶, 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.

Iñiguez²⁷ cita que la Corte Suprema ha

26 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.

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

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)...”.

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 vino desarrollando, ya que no se contaba hasta hace poco con normativa específica que regule el tema. Hoy en día rige la Ley 26682.

En cuanto al proceso de desregulación de las Obras Sociales que se inició en paralelo con el 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 las 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 medias²⁸.

Repetto y Alonso²⁹ 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

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

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

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 impuso a las Obras Sociales³⁰ y a las Empresas de Medicina Prepaga³¹ el cumplimiento de un PMO (Plan Médico Obligatorio) para uniformar la cobertura. Pero este sistema -de alcance legal a través de Leyes de Orden Público- sólo alcanza a las Obras Sociales Nacionales y a las Prepagas (quedando 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 una tarea a cargo del Estado

30 Ley 24455- ADLA- LV- B- pág. 1533

31 Ley 24754 -ADLA-LVI-E- pág. 6129

Nacional, en virtud de lo previsto en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. Este último debe 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, de acuerdo al texto de cada Constitución Provincial.

Además, el Estado nacional debe en primer término a través del Ministerio de Salud 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 –asegurando en cada caso proveer al debido financiamiento concreto de la actividad sanitaria regulada-, configurando de este modo adecuadamente el Sector de la Salud en la Argentina en este Tercer Milenio.