

“Toda persona tiene derecho a un **nivel de vida adecuado que le asegure**, así como a su familia, **la salud** y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, **la asistencia médica y los servicios sociales necesarios**” Párrafo 1. Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.”

## **CONFLICTOS EN TORNO**

## **AL DERECHO HUMANO**

## **A LA SALUD.**



## **ABSTRACT:**

Es de mi opinión e intentaré sostener que el Operador de Conflictos de Salud requiere de una capacitación especial para gestionarlos, debiendo conocer la normativa existente para poder mejorar sus herramientas y poder ofrecer a las partes un servicio mas eficaz, en razón de que el derecho a la salud es una rama del derecho autónoma, y su conflictividad opera en distintos niveles.

### **1) CONFLICTOS EN TORNO AL DERECHO HUMANO A LA SALUD.**

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Sin lugar a dudas, la vida es el bien más preciado de todo ser humano, y por ello no sorprende que el derecho a existir sea el primero y más básico de todos los derechos humanos reconocidos. También se reconoce el derecho a un estándar de vida adecuado y con relación a estos dos derechos, el derecho a la vida y el derecho a un estándar de vida adecuado, la Comunidad Internacional ha distinguido la **salud como un bien jurídico autónomo**, es decir, que merece una protección independiente de la que posibilita la protección indirecta a través de otros derechos.

Se define al término salud: *"el estado de bienestar físico, psíquico y social y no meramente la ausencia de enfermedad"* y también como *"El bienestar total que debe tener toda persona desde el punto de vista físico, mental, emocional y espiritual, y no meramente la ausencia de enfermedades o impedimentos físicos"*. Organización Mundial de la Salud (OMS)

En cuanto a las circunstancias a las que se enfrenta el ejercicio del derecho a la salud, que es un aspecto del derecho a la vida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Asociación Benghalensis" (Fallos, 323: 1339), ha ***considerado que el derecho a la vida es un derecho implícito, y que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida.***

Asimismo, y en relación al mismo tópico que venimos tratando la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado en la Causa "Portal de Belén", del 5/ 3/ 2002, Revista Jurídica La Ley año 2002, Tomo B, página 520, que ***el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional.***

No son oponibles al derecho a la salud, las limitaciones de un interés económico, la no inclusión en el PMO o en el PMOE –pmo de emergencia-, o la ausencia de regulación o reglamentación, cuando se encuentren debidamente acreditados los extremos de riesgo a la armonía orgánica -físico y psíquica- salud o a la vida misma.

Otro tribunal inferior ha sostenido que "*...más cuando esa obligación estatal de atender el estado de emergencia se ve en trance de lesionar el derecho a la salud, éste debe prevalecer por dos razones: una propia del o de los sujetos afectados, esto es, la preponderancia objetiva del bien protegido. En efecto, la preeminencia del derecho a la salud es clara, pues se trata de un bien cualitativamente superior a los derechos patrimoniales, y por ello es, a diferencia de estos últimos, prácticamente inalterable por las normas de emergencia*", lo que fuera recogido en el fallo de la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, que confirmara el rechazo de una acción de amparo interpuesto por la Cámara de Instituciones Médico Asistenciales de Medicina Prepaga y la Asociación de Entidades de Medicina Prepaga a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 24.754 en cuanto impone obligatoriamente a esas empresas cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico asistenciales aquellas prestaciones obligatorias que prescriben las regulaciones de las obras sociales, sin incrementar las cuotas de sus respectivos planes, por lo cual su existencia se vería seriamente dañada. Para así decidir, la Cámara sostuvo, en lo que aquí interesa, que: a) La entidad de bien jurídico tutelado, en el caso, el derecho a la salud como corolario del derecho a la vida, debe conjugarse con la libertad de contratar y el derecho de propiedad; b) De las normas aplicables y examinadas para el caso (leyes 23.660, 23.661, 24.555, entre otras), surge que el objetivo primordial que persigue el Estado nacional en la organización emprendida es el de motivar y adecuar en un plano de igualdad a las obras sociales y a las empresas o entidades privadas de medicina prepaga en cuanto al nivel de prestaciones mínimas que debe recibir todo usuario del sistema de salud; c) La ley 24.754 pretende garantizar que los asociados a las empresas o entidades de servicios de medicina prepaga tengan los servicios mínimos obligatorios (programa médico obligatorio) equivalente al de las obras sociales,

*haciendo prevalecer la salud de la población por sobre los intereses particulares de sus empresas. Dicha ley, al fijar una base mínima dentro de la cual debe desarrollarse una actividad como es la medicina prepaga, reglamenta en forma específica la libertad de ejercer una actividad comercial y profesional, armonizándola de manera razonable con la protección del derecho a la salud, también resguardado constitucionalmente (Sala III, 28/ III/ 00, CIMARA y otros, con argumentos que había empleado la Sala V del fuero en la causa Servicios Médicos Sarmiento S.A., del 9/ XII/ 97*

La CSJN ha afirmado, en autos "*C. de B., A. C.,*" (CSJN Fallos 323: 3229) "*que el Estado no puede desligarse del deber de promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la comunidad so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas*", fallando en un caso en el que se confirmó una sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, por la que se hizo lugar al amparo iniciado para que se entregaran a un menor enfermo (supuesto bastante similar al que nos ocupa) las dosis necesarias del remedio que le había sido prescripto, valorando, entre otros elementos, el alto costo del medicamento, el certificado de discapacidad emitido por el organismo correspondiente y los informes de los especialistas médicos, que demostraban tanto la gravedad de la patología, como la urgencia de mantener el tratamiento del niño en forma permanente e ininterrumpida, citado por Víctor Abramovich y Christian Curtis, en "*El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*", publicado en la Revista Jurídica La Ley, año 2001, Tomo D, página 22.

Por lo que respecta a la salud, hasta la aparición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946, la salud no pasó de ser un concepto negativo, limitado y puramente patológico: "la ausencia de enfermedad", a un concepto positivo, ilimitado y a la vez multidimensional: "un estado de completo bienestar físico, psíquico y social".

Dos años después, en 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos como marco de referencia para el establecimiento de las políticas de todos los Estados de la tierra, independientemente de su estatus económico, cultural, político, geográfico o de cualquier otra índole.

Cuando los Estados estuvieron listos para dar a la Declaración un carácter vinculante la guerra fría ya había relegado los derechos humanos a un segundo plano y los había separado en dos categorías: derechos civiles y políticos por una parte y derechos sociales y económicos por otra. Según la visión de cada uno de los bloques enfrentados, unos derechos adquirirían mayor prioridad frente a los otros y, de ahí que finalmente en 1966 se crearan dos tratados distintos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Ambos tratados son vinculantes para los estados que los ratifican.

El PIDESC contiene el artículo más completo sobre el derecho a la salud de toda la legislación internacional relativa a los derechos humanos. En el párrafo 1 de su artículo 12 los Estados Partes **“reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”**, mientras que en el párrafo 2 de ese mismo artículo se enumeran algunas medidas (La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños y niñas; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad ) para alcanzar la efectividad de ese derecho.

El Comité encargado de velar por el cumplimiento del PIDESC reunido en mayo de 2000 adoptó la Observación General 14, que pone de manifiesto la estrecha relación existente entre el derecho a la salud y otros derechos fundamentales, así como los principales derechos de los individuos y las obligaciones de los Estados que lo ratifican.

Por ello V.S. al analizar el presente contrato debe tener en cuenta la integración normativa del mismo, que no se agota en la letra de la cartilla, reglamento de uso y formularios de afiliación creados por el predisponente, e iguales para toda su pacientela, y que tales no pueden ser restrictivas o limitativas de derechos humanos y personalísimos, por tanto irrenunciables.

Los conflictos en torno al derecho a la salud.

Generalmente los conflictos se presentan por las distintas expectativas que presentan los pacientes (Consumidores de Salud), los Proveedores prestadores efectores de Salud (Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales) y por último el Estado.

También se expresan en distintas intensidades, como ser casos de vida o muerte o casos de compromiso de salud, o provisión de medicamentos o de educación especial integradora, solo por mencionar algunos ejemplos de distintos objetos y evidente diferencia de intensidades

***Postura de los Consumidores de Salud*** La primera de las posturas puede ser la del consumidor, el que ignorante del alcance de su cobertura, aspira a una protección y cobertura integral de las necesidades de salud. Asimismo desconoce cuáles son en realidad sus necesidades de salud. Pero parte de una interpretación de que suscribe un contrato con una entidad que tiene la obligación de asistirlo cuándo él se enferme, cualquiera sea la patología que lo afecte.

***Postura de los Efectores de Salud.*** La segunda de las posturas se identificaría con las afirmaciones de las empresas de medicina prepaga, de tratarse de un seguro de salud, aleatorio, y con limitaciones contractuales y reglamentarias. Con las limitaciones que puedan establecer el Ministerio de Salud de la Nación, el Instituto Nacional de Obras Sociales, la Superintendencia de Servicios de Salud, y el mercado.

***Postura resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. – Intermedia.-*** Veamos, al respecto qué ha sostenido la doctrina judicial. En algunos fallos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina pre-paga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, ***adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial*** (Fallos: 324:677 y 754, voto de los ministros Fayt y Belluscio) <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> V. 1389. XXXVIII - "V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo" - CSJN - 02/12/2004

Las leyes 24.754 primero, (modificada íntegramente –mas no derogada expresamente aunque pueda suponerse tácitamente- por la 26.682), y luego esta última ley citada, representaron un instrumento al que recurriera el Estado –en un gesto de acción positiva- a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que se tienen en consideración los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (...) <sup>2</sup>

Esta regla hermenéutica se impone en razón de expresas disposiciones legales (art. 1198, Cód. civil, art. 218, inc. 3º, Cód. de comercio, art. 3º, ley 24.240 [EDLA, 1993-B-1278]). La exigencia de acatar dicha pauta se acentúa en el supuesto del contrato de prestación médica, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego: la vida y el derecho a obtener la conveniente y oportuna asistencia sanitaria.<sup>3</sup>

En un dictamen de la Defensoría del Pueblo de la Nación, se sostuvo que *“Por cierto, las relaciones emanadas de un contrato de medicina prepaga no pueden analizarse sólo desde el punto de vista de la conveniencia económica de los prestadores y la ganancia empresarial que se persigue, pues cumplen con una finalidad eminentemente social, que se vería seriamente frustrada si quienes están más necesitados de la atención de su salud se hallan impedidos de acceder a prestaciones médicas, por cláusulas irrazonables, interpretaciones antojadizas o conductas abusivas, no obstante haber contribuido al sostenimiento de la empresa con erogaciones en la época en que gozaban de buena salud. Es que desde el punto de vista de la posición del afiliado, la empresa de medicina prepaga brinda una prestación que excede el mero aspecto económico de la relación, siendo de carácter asistencialista”*

---

<sup>2</sup> Schon, Ricardo c/ Instituto de Obra Médico Asistencial de la Pcia. de Buenos Aires.

<sup>3</sup> : R. V. de D. S., M. del R. c. Qualitas Médica, S.A. s/ordinario( C.S.J.N.) , 15 de diciembre de 1998.-

La CSJN ha sostenido que el derecho a la salud, en sus alcances extremos, ***debe estar tutelado, en principio, por el Estado -y aun así con las limitaciones reglamentarias a que pueden estar sujetos los derechos de ese elevado nivel, desde que no se los considera absolutos- y no parece lógico extenderlo, en esa extrema plenitud, a las empresas privadas consagradas con espíritu comercial a su vez a resguardarlo.*** De allí que, si bien estas empresas deben estar sujetas a una reglamentación exigente, que tienda a proteger ese fundamental derecho de modo estricto, ***no parece razonable que resulten obligadas a cumplir con prácticas todavía experimentales*** llevadas a cabo en otros países, porque entonces se extendería sin previsión su responsabilidad económica, asumida en ejercicio del derecho, a su vez trascendente, de desarrollar toda industria lícita, y las llevaría, o bien a erogaciones a la postre improductivas, que tenderían a suprimirlas, o bien a subir en demasía sus alícuotas, ciñendo su favorable utilización a las personas de altos recursos, todo lo cual devendría, a la postre, en desmedro del derecho esencial cuya protección se pretende. ( En relación con lo resuelto en el caso "Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán" - CSJN - 16/04/2002, materia de un trasplante hepático, cuándo todavía era una técnica experimental)

La gestión de los conflictos de derechos humanos en la mediación.

Se presentan una serie de preguntas que no puede dejar de formularse el Operador de conflictos de consumo ¿son negociables los derechos humanos? ¿es válida una renuncia de derechos? ¿se puede limitar el derecho a la vida o a la integridad física?, ¿Qué hago si se presentan reclamos a una mediación? ¿Es homologable un convenio que importe renuncias a un derecho humano?

En principio los derechos humanos son irrenunciables, pero la autonomía de la voluntad del consumidor de servicios de salud pueden permitirle que negocie con su efector la prestación en determinadas condiciones, sin mengua que ello nunca va a

limitar la responsabilidad del Estado, ni importar una renuncia a derechos amparados por el orden público constitucional contra el que no resulta oponible ningún convenio.

Creo en principio que por respeto, al principio constitucional de reserva establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional, concede al Consumidor informado derecho a negociar y renunciar derechos vinculados a su salud, y que las autoridades y magistrados están obligados a respetar su voluntad, e incluso a homologar convenios en tal sentido. Incluso pueden contener disposiciones de última voluntad como son las "Directivas anticipadas y designación de un representante para la atención médica" (conocidos como los testamentos de vida y disposición de su voluntad de no ser asistido o resucitado en casos extremos que puedan importar perder su vida, o el rechazo a transfusiones de sangre), tal lo tratado en el leading case "Bahamondez" . Ha sostenido la CSJN en el caso "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias" que *"el art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional" (Fallos: 316:479 "Bahamondez" voto de los Dres. Fayt y Barra).*

También el consumidor, conforme la letra del art. 42 CN puede convenir libremente sobre su **derecho** *"a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".*

Por ello, en la Mediación puede el Consumidor ejercer su elección libre, respecto de negociar o formular renunciaciones de derechos en un marco de un consentimiento informado, disponiendo información adecuada y veraz, y tal convenio puede ser homologable, en tanto no viole el orden público y la moral (entendida esta última como los principios de bioética).

Siempre y cuando que no se encuentre afectado el principio de la autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. ( Conf. Fallo citado "Asociación Benghalensis" (Fallos, 323: 1339) y ).

La Ley N° 26.529 de Derechos de los Pacientes, legisla sobre el tema al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresión de causa" (art. 2 inc. e) , y el art. 11 reconoce a toda persona capaz mayor de edad la posibilidad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha la que ha dicho "prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura. Más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes" (Case of Jehova's witnesses of Moscow and others v Russia, en referencia a In re T. Adult: Re-fusal of Treatment, 3 Weekly Law Report 782 (Court of Appeal).

Todo ello ratifica palmariamente la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad personal, por sobre todo, habilitando al mediador a sostener un proceso de mediación en estas condiciones.

## **CONCLUSION.**

Por todo lo hasta aquí expuesto confirmo que los Mediadores deben enriquecer su formación profesional para ser Operadores de conflictos de salud, y que son mediables los conflictos de salud, pues prima el principio de la voluntad, que también es un derecho humano, y se respeta la facultad de decidir del consumidor de salud.

ALAN GOBATO. /2013