

EL DERECHO A LA ATENCIÓN DE LA SALUD EN ARGENTINA: OBLIGACIONES MORALES Y ÉTICAS DERIVADAS

**Dres. Jorge Luis Manrique, MAAC -
Andrés Marcelo Pelisch, MAAC**

H.I.G.A. Eva Perón, San Martín, Provincia de Buenos Aires,
Servicio de Clínica Quirúrgica

La serenidad de la certeza científica ha desaparecido en los últimos decenios al compás de los cambios científicos, tecnológicos y sociales acontecidos y del reconocimiento sistemático de la incertidumbre. La incorporación de facetas novedosas en cuestiones presuntamente comprendidas modificó interpretaciones de hechos de todo tipo e instaló en lo cotidiano matices inimaginables una generación atrás. El dictamen de Nüremberg expuso y certificó excesos cometidos en nombre de la investigación científica durante la Segunda Guerra Mundial. Condenó daños provocados a personas que resultaron objetos y no sujetos de tales estudios. El dictamen contó con consenso universal. Responsabilizó y sentenció sólo a uno de los grupos responsables. Reconoció al ser humano como individuo digno de respeto y admitió la identidad en cuanto a persona. Resultó un hito histórico. En 1948 la Asamblea de las Naciones Unidas proclamó los Derechos del Hombre. En 1950 la Convención Europea declaró la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Individuales. La unicidad del sujeto, el reconocimiento de la otredad y la satisfacción de las necesidades personales, fracturó la socialización disciplinaria, habilitó el juego necesidad vs. satisfacción y la antinomia ser o tener¹. La autonomía resultó fundante del movimiento filosófico denominado posmoderno.

Los derechos personales, calificados como derechos humanos, se constituyeron en axiomas. Exigieron reconocimiento tácito y habilitaron reclamos por parte de sujetos o grupos de personas. Aunque aún no cuentan con aplicación universal, la mutación de valores, modificó conceptos morales, y provocó un cambio de paradigmas. Promovió actualizaciones constitucionales en varias naciones occidentales y creación de nuevas legislaciones. El siglo XX, se pobló de inquietudes metafísicas, filosóficas, religiosas, económicas y políticas.

Cuatro lustros después de la Declaración de los Derechos Humanos y como expresión de necesidades no contempladas emergió la Bioética², etimológicamente ética de la vida. La disciplina resultó pontifical entre las ciencias: hibridó como interdisciplina y retoñó en transdisciplina. La medicina, ciencia de fundamento biológico y aplicación psicosocial experimentó el cambio más trascendente de los últimos 2500 años. Afectó desde la relación médico-paciente hasta el vínculo sanitario entre pacientes, médicos e instituciones, interesándose en el individuo, el medio ambiente, social, económico y legislativo en el que éste desarrolla su vida. Introdujo en el quehacer cotidiano del galeno cuestiones relacionadas con la moral, el derecho, la ley y la justicia.

La situación sanitaria de nuestro país es compleja. El médico asistencial enfrenta dilemas. Se pregunta, si existe el derecho a la salud, ¿cómo puede honrar los deberes profesionales, legales, deontológicos, éticos y sociales que debe a los pacientes?.

Emprendimos esta presentación planteando como **objetivos** analizar el contexto sanitario nacional, revisar la situación del derecho a la salud en la legislación argentina, discutir la visión bioética de la justicia y las obligaciones derivadas para los médicos. Esta publicación, necesariamente monográfica y con datos actualizados, amplía la porción sustantiva ya discutida en la Academia Argentina de Cirugía³.

La situación sanitaria nacional

En la Argentina la administración de la salud está compartimentada en 3 subsectores de acuerdo con el origen de los fondos destinados para su cuidado.

El Sector Privado está constituido por quienes contratan servicios médicos o institucionales en forma directa o aportan a instituciones que actúan como financiadores indirectas de fondos de seguro voluntarios. Lo constituyen cerca de 350 empresas de medicina prepaga, Obras Sociales de Personal de Dirección y hospitales de comunidad.

El Sector de la Seguridad Social incluye a los trabajadores en relación de dependencia y a sus familias directas. Aportan sobre su salario, sobre el cual se descuenta en forma compulsiva lo que el Estado indica. Lo integran el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), las Obras Sociales de los Poderes Legislativo y Judicial, de las Universidades Nacionales, de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, las Obras Sociales Nacionales organizadas según la estructura sindical, las Obras Sociales Provinciales y Municipales. El 10% de la recaudación global se destina al Fondo Solidario de Redistribución^{4, 5} gerenciado por el Estado.

El Sector Público corresponde a quienes no cuentan con cobertura y a aquéllos que demandan atención por cualquier motivo. El Estado desempeña funciones políticas de conducción, regulación, financiación y control del sistema de atención médica.

En 1993, el Ministerio de Salud de la Nación delegó potestades en los gobiernos provinciales y municipales y creó el Sistema de Hospitales Públicos de Autogestión⁶, de aplicación irregular. En 1997, nuestro país contaba con 4.5 camas de internación cada 1000 habitantes: 54% pertenecían a instituciones públicas, 2.8% a Obras Sociales y el resto al dominio privado. En 1999, el Estado proveyó el 60% del gasto en salud⁷. Desde entonces, el presupuesto para salud descendió de 23.400 a 20.300 millones de pesos (recorte del 14% en pesos). En el periodo 1995-2000, por diversos motivos, las Obras Sociales se desfinanciaron en quince mil millones de pesos y su número disminuyó por fusiones y absorciones de 361 en 1994 a 290 en 1999⁸. El cese de la Ley de Convertibilidad desató en enero de 2002 una crisis severa. Disminuyó la asignación para salud de 650 a 184 dólares per cápita y por año (descenso del 72% en dólares). Simultáneamente se detectó un 53% de la población en condiciones de pobreza, cerca del 80% de los menores de 18 años transitó alguna vez en la pobreza y el 16% de los jóvenes de 15 a 24 no estudian ni trabajan⁹. En marzo de 2002, la Nación decretó la Emergencia Sanitaria Nacional¹⁰,¹¹, imitada por las provincias. Se restringieron las Prestaciones Médicas Obligatorias¹² derivando en Prestaciones Médicas de Emergencia. El impacto se hizo evidente en todo el territorio nacional. La provisión de insumos básicos (jeringas, agujas, guantes quirúrgicos y manoplas, guías de suero, sondas de drenaje, placas radiográficas, elementos de sutura, antibióticos, drogas anestésicas y tuberculostáticos) y el mantenimiento para la tecnología resultó irregular e insuficiente. Se congelaron las vacantes para personal de salud, se disminuyeron los salarios entre el 13 y el 18%. Las altas por fallecimiento o jubilación no fueron cubiertas. Se limitaron las intervenciones quirúrgicas y sólo se admitieron aquéllas destinadas a tratar urgencias y neoplasias. Aumentaron la labor informal y el desempleo (21.5% en junio de 2002)¹³,¹⁴. La morosidad redujo el número de beneficiarios de los prepagos. Disminuyó la afiliación a las Obras Sociales. PAMI y IOMA, las dos mayores obras sociales estatales, la mayoría de las Obras Sociales Sindicales y Provinciales y también los sistemas prepagos, retrasaron o suspendieron los pagos. La deuda actual para con prestadores privados y públicos supera los 3 mil millones, antes de dólares y hoy de pesos¹⁵. Varias decenas de Obras Sociales Sindicales y de prepagos sufrieron fusiones o se presentaron en concurso de acreedores. Muchos sanatorios o clínicas dependientes de intereses privados y de Obras Sociales suspendieron servicios, cerraron sus puertas o quebraron. En los últimos 12 meses,

el 16% de los habitantes perdió su cobertura, 5% no pudo acceder a los beneficios por deudas pendientes y 13% es incapaz de costear los copagos¹⁶. Un número desconocido de beneficiarios de Obras Sociales y prepagos es desatendido y recurre a los Hospitales Públicos. En julio de 2003 se estimaba que más de 22 millones de personas sólo contaban sólo contaba con éstos¹⁷ para su atención. La siguiente Tabla resume la cobertura de salud argentina en mayo de 2003¹⁸.

Cobertura de salud en la Argentina para el año 2003

TIPO DE COBERTURA	POBLACIÓN	% POBLACIÓN
PREPAGO + Obra Social Personal de dirección	3.200.000	8.6
OBRAS SOCIALES	11.500.000	30.5
HOSPITALES PUBLICOS	22.300.000	60.9
TOTAL	37.000.000	100

La cronificación de la situación suma daños, multiplica el número de damnificados y en razón de los retrasos, aumenta las consecuencias dañosas de las lesiones por resolver (listas de espera crecientes). Los índices sanitarios del periodo darán cuenta del perjuicio provocado.

El Estado incumple su rol de prever y proveer¹⁹. Persiste el compromiso de asistir a los pacientes en tiempo y forma. Los médicos no son responsables de la falta de medios ni de los retrasos terapéuticos consecuentes.

El derecho a la salud y las obligaciones médicas en la legislación argentina

La Constitución Nacional Argentina reconoce el derecho a la salud, subsumido en el derecho a la vida, como una de las prerrogativas “no enumeradas”²⁰, establecidas en pactos complementarios reconocidos por la Nación²¹ y a las cuales concede jerarquía superior a las leyes²². Establece que “todos los habitantes son iguales ante la ley”²³. Asegura que “...los beneficios de la seguridad social tienen carácter de integral e irrenunciable”²⁴ y para ellos “...el Gobierno Federal proveerá... con los fondos del Tesoro nacional”²⁵. Las Constituciones Provinciales reiteran estos conceptos. Entre ellas, la Carta Magna de la Provincia de Buenos Aires “garantiza el acceso a la salud..., sostiene el hospital público” y considera que “...el medicamento, por su condición de bien social integra el derecho a la salud”²⁶. La política sanitaria está destinada a mejorar la equidad y eficiencia en la provisión y financiamiento del Sistema²⁷. Las

leyes establecen deberes y responsabilidades respecto del resguardo de la garantía²⁸, así como la obligación del Estado de asistir a los grupos mas vulnerables como parte del subconjunto del sistema económico nacional²⁹.

Las universidades gradúan a los galenos y los comprometen a asumir la previsión, promoción y cuidado de la salud. El ejercicio profesional está regido por la Ley 17132, sancionada en 1967. Habilita la práctica médica y establece el deber profesional de resguardar la salud. La aparición de leyes referidas a transplantes, VIH / SIDA y Habeas Data no alteró la posición legal del médico. La deontología profesional marca imperativos. La ética individual establece límites personales para dichas acciones.

El médico, como persona, ciudadano y profesional actúa con discernimiento, intención y libertad y satisface las condiciones que marcan la doctrina, las leyes y la jurisprudencia para ser considerado responsable tanto de sus actos profesionales cuanto de las consecuencias que provoquen³⁰. Las faltas en contra de la responsabilidad profesional emergen cuando concurren en un hecho antijuricidad, daño, factores de imputación y relación de causalidad entre conductas y consecuencias dañosas³¹. La antijuricidad encuadra cualquier comportamiento que contradice ordenamientos jurídicos. Se considera daño a todo lo que produce menoscabo real y efectivo, actual o futuro, de los bienes que integran el patrimonio material (daño patrimonial) o espiritual de una persona (daño moral) donde se incluyen lesiones inferidas a los sentimientos³². La privación de atención oportuna y diligente se constituye en daño cuando mantiene o agrava el estado, aumenta las consecuencias sobrevinientes³³ o disminuye al paciente las posibilidades de sobrevivir o sanar³⁴. La responsabilidad subjetiva o culpa requiere que los resultados o derivaciones sean atribuibles a conducta imperita, imprudente o negligente. La expresión “las cosas hablan por sí mismas” (res ipsa loquitur) resume la responsabilidad objetiva. La obligación civil de reparar los daños ocasionados y sufrir las consecuencias penales de los actos cometidos con culpa en el ejercicio de la profesión, sea por el daño físico o psíquico producido o su repercusión económica da lugar a la necesidad de reparación en forma de indemnización que puede incluir los gastos, daño de incapacidad, lucro cesante, etc...”³⁵. Al efecto, deben concurrir la lesión de un interés, la certeza del daño y la subsistencia del perjuicio. “Existe una concepción unitaria de la culpa médica desde el momento que, al incumplir los dictados de su ciencia o especialidad el médico incurre en la culpa común que supone una noción singular invariable y genérica...”³⁶ establece la jurisprudencia. Por ello, “...cuando el profesional incurre en omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, sea por imprudencia, negligencia o falta

a su obligación, se coloca en posición del deudor culpable³⁷. El artículo 512 del Código Civil establece que “la culpa del deudor en cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. El médico resulta imputable por los daños que pudiera ocasionar sólo si éstos derivan de la inobservancia de reglamentos o deberes de cargo. La realidad atenta contra el ejercicio normal de la medicina: pone al paciente en riesgo de ser víctima de errores y al médico de incurrir en ellos. La carencia de medios no exime de culpa aunque el galeno actúe en relación de dependencia. La jurisprudencia opina que “...los cirujanos en particular, están sujetos a una acentuación de las responsabilidades que caracterizan al desempeño profesional, debido al sistema de salud inapropiado para la coyuntura social vigente y a la infraestructura incompleta³⁸”.

La Constitución y las leyes argentinas, expresión axiológica de la sociedad, admiten el derecho a la vida y al cuidado de la salud. Fijan las obligaciones médicas y estatales respecto de su cuidado “como obligación o deber ser que no puede ser reducido a la constricción externa o a la sanción^{39, 40} que priman sobre cualquier otro interés. Reconocen la posibilidad de reclamos cuando se consideren vulnerados tales compromisos. Establecen que toda persona tiene el derecho de solicitar amparo a la justicia cuando enfrenta ilegalidades manifiestas o situaciones que restrinjan, alteren o amenacen derechos o garantías reconocidos⁴¹. La objeción de conciencia expresa el rechazo a aceptar mandatos u órdenes por motivos morales. La desobediencia civil apela al sentido de justicia de la mayoría para poner en evidencia el carácter injusto frente a la inobservancia activa o pasiva de alguna ley. Los daños atribuibles al quebrantamiento de pactos y leyes pueden generar causas en contra de médicos y autoridades^{42, 43}. Los reclamos judiciales dependen de la interpretación de la sociedad y la imputabilidad de los actores de la hermenéutica forense.

Visión bioética de la justicia y las obligaciones derivadas

El término “médico” deriva de la raíz etimológica griega *medeos* que significa “quien cuida” de la salud de las personas. Los griegos otorgaron categoría de profesional (con el sentido etimológico de quien da fe de algo) a quienes reconocieron función pontifical entre la divinidad y la humanidad. Incluyeron a los sacerdotes, representantes del poder divino, a los soberanos, gobernantes o jurisconsultos, encargados de interpretar las leyes dictadas por autoridades celestes y a los médicos, encomendados de cuidar la vida concedida y la muerte decretada por un

poder superior. Al compás de los replanteos acontecidos durante el siglo XX, los galenos perdieron el status sacerdotal. Deben su condición actual de profesionales a la relación fiduciaria que origina su rol. Las decisiones médicas siempre se fundaron en un saber técnico amalgamado de manera adecuada con habilidad artística. La imposibilidad de prever con certeza los resultados por obtener con cada paciente, obligaron a aceptar la condición probabilística y conjetural de todo acto galénico.

La salud, entendida como el estado de completo bienestar físico, mental, social y no sólo como ausencia de enfermedad⁴⁴, incluye acciones de prevención, manutención y rehabilitación y no sólo aquellas destinadas a curar. La bioética, se definió como el “estudio sistemático de la conducta en el área de las ciencias de la vida y de la atención de la salud, en tanto dicha conducta es examinada a la luz de principios y valores legales y morales”⁴⁵. El vocablo PRINCIPIO incluye entre sus acepciones a la razón primaria sobre la cual se discurre en cualquier materia. Para el derecho es la pauta no legal supletoria de la misma y constituida por doctrinas o aforismos que gozan de general aceptación para jurisprudencias y tribunales. La expresión VALOR atañe al atributo que poseen algunas realidades, llamadas bienes y por lo cual son estimables. La integración de ambos determina la escala axiológica de cada grupo o país.

Se entiende por **moral** (del latín *moralis*, relativo a las costumbres, mores) al conjunto de normas o costumbres (mores), usos y leyes que rigen la conducta de las personas y a las que deben satisfacer para considerarse buenos. Compete al conjunto de facultades del espíritu que no corresponden al orden jurídico sino al fuero interno o al respeto humano e incumbe a las acciones o caracteres personales desde el punto de vista de su bondad o malicia⁴⁶. La moral se expresa mediante el lenguaje “apelativo” que resulta en discursos prescriptivos o imperativos. Se manifiesta mediante normas, valoraciones o juicios de valor. La interpretación de la moral, define derechos y moldea deberes. Las morales forman parte de la vida humana concreta. Son tan variadas como las culturas que las contienen. Actúan como delicados y específicos sensores: justiprecian las decisiones prácticas y las conductas según se perciban como obligatorias en conciencia. Para Thomasius⁴⁷ el bien se apoya en tres pilares: justicia, honestidad y decoro. Los deberes hacia sí mismo son “lo honesto” y hacia los otros “lo justo”. Las acciones de los hombres son justas si responden a obligaciones externas ajustadas a las reglas de lo justo y son virtuosas si satisfacen obligaciones internas que conforman las reglas de lo honesto y lo decoroso.

El derecho⁴⁸ (del latín *rectum*, línea recta, lo justo, lo recto) constituye el conjunto de normas jurídicas cuyo sujeto es el individuo y por derivación otros entes culturales o sociales: la familia, el pueblo o el

Estado. Determina lo que es debido y lo que no es debido en actos y situaciones humanas que afectan a los intereses de otros. Regula y ordena las relaciones entre los individuos de una comunidad y crea los medios para garantizar la prevalencia de lo que corresponde a todos y a cada uno⁴⁹. El concepto filosófico del derecho recorrió a través de la historia de la humanidad 4 etapas: como proporcionalidad natural, como forma imperfecta de la moral, como derivación de la fuerza y como resultado de una técnica social⁵⁰. En su aplicación, las libertades se admitieron de acuerdo con criterios que se basaban en el reconocimiento de contratos, la igualdad social, o el bienestar colectivo⁵¹. Para el derecho natural existen tres grados: el derecho estricto, que es la justicia conmutativa, la equidad o la justicia distributiva y por fin la piedad o la probidad que es la justicia universal⁵²: el derecho es una potencia moral y la obligación, una necesidad moral.

El derecho natural reposa exclusivamente en principios a priori y corresponde a todo aquello que no es prohibido por ninguna ley⁵³. El derecho positivo, *ius positum*, resulta de la voluntad del legislador, aquello impuesto por la autoridad legítima. Ordena las relaciones entre las personas por medio de códigos y leyes que definen la responsabilidad civil y la penal. Para Kant, el derecho es “el conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio del uno puede acordarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”. Puede representarse como “una obligación general y recíproca” y así “derecho y facultad de obligar significan la misma cosa”.

Hobbes⁵⁴ inspiró las bases tomadas por otros filósofos contractualistas: *iustum quia iussum* (es justo porque está mandado) y *auctoritas non veritas facit legem* (la ley la hace la autoridad, no la verdad). Distingue el derecho objetivo, conjunto de normas que regulan las relaciones entre individuos y el derecho subjetivo, facultad o voluntad, amparada por las normas objetivas y que se corresponde con el deber jurídico en los demás. Deriva en un contrato social del que responsabiliza al Estado como máxima institución social. Las constituciones nacen como producto de dos contratos consecutivos: un pacto de unión, del que surge la sociedad civil y un pacto de sumisión, que confiere poder al estado de gobernar a la sociedad. Los individuos, en forma tácita o expresa, renuncian a los derechos naturales para constituirse en sujetos de derechos civiles.

Dentro del concepto de que el derecho es una obligación o deber ser y que no puede reducirse a la constricción externa o a la sanción⁵⁵, cada autor aporta posturas en plena discusión.

La ley resulta en el ámbito jurídico, de una disposición emanada de la autoridad competente que establece de manera positiva y coherente las libertades y las obligaciones de todos los miembros de una comunidad y dispone las penas por incumplimiento. Se acepta como legal aquello

prescrito por la ley y conforme con ella⁵⁶. Establece en forma prescriptiva o imperativa algo que debe ser en obligada armonía con la Constitución propia de cada sociedad.

Se entiende por **justicia** (del latín *iustitia*, justicia, de *iussum*, mandato, o *iustum*, lo justo) a la entidad abstracta constituida por lo que es justo o correcto en razón de que procede de conformidad con el derecho en cuestión. Un acto es justo cuando resulta acorde con la ley y ésta es justa cuando expresa los principios morales de una comunidad. Aristóteles distingue una justicia correctiva o conmutativa, que compete a las relaciones de las personas privadas entre sí de una justicia distributiva, encargada de regir las relaciones del gobernante (o del Estado) con sus súbditos o miembros a quienes regula la repartición de honores o beneficios entre los miembros de la sociedad que supone proporcional a las capacidades “naturales”. A partir del derecho romano la justicia se resume en tres preceptos: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*), no dañar a otros (*alterum non laedere*) y vivir honestamente (*honeste vivere*)⁵⁷. El concepto de justicia, reconoce una acepción “objetiva”, relacionada con la justicia como institución y que define el ordenamiento de lo público, lo social, el derecho y las instituciones públicas. Acepta una variedad “subjética” que rige las relaciones entre las personas y se corresponde con una virtud personal, disposición o capacidad habitual de obrar bien en sentido moral. La justicia distributiva, en la actualidad conocida como justicia social, presenta facetas económicas, políticas y éticas complejas e interrelacionadas de manera íntima. Los criterios de distribución o redistribución de la riqueza son polémicos y admiten diversas posturas. Compiten teorías igualitarias, que enfatizan igual acceso a los bienes primarios, liberales que subrayan los derechos a la libertad social y económica y utilitaristas que destacan el uso mixto de tales criterios⁵⁸. Cada una de ellas propone alternativas para el acceso a la salud -socializado, libre y mixto. Kant⁵⁹, resume las obligaciones morales hacia los otros o justicia pero no las obligaciones morales hacia sí mismo o virtud. Distingue entre legalidad y moralidad: “...el puro acuerdo o desacuerdo de una acción con la ley, sin referencia a lo que provoca a la acción misma, se denomina legalidad (conformidad con la ley), en tanto que cuando la idea del deber derivada de la ley mueve al mismo tiempo a la acción, se tiene la moralidad (doctrina moral)”.

El principio de autonomía de las personas, así como de los contratos sociales que han suscripto a través de sus correspondientes sistemas legales, crea el marco dentro del cual deben contemplarse estas obligaciones. Dentro de la trama del contrato social constitutivo del Estado, los sistemas axiológicos debieran expresarse a través del derecho y las leyes que lo enuncian. Para lograr legitimidad en nuestro país, las con-

clusiones alcanzadas en otras latitudes deben armonizar constituciones y leyes en vigencia.

La **ética** (del griego derivado de carácter, y según Aristóteles, de *éthos* costumbre), se admite como la ciencia de hacer el bien y evitar el mal. Es una rama de la filosofía cuyo objeto de estudio es la moral. Se basa en la reflexión racional sobre lo que se entiende por conducta buena y cuáles son los fundamentos de los denominados juicios morales. Sócrates inaugura el logos como capacidad del hombre de advertir, explicar y entender el mundo mediante una representación con intuiciones o conceptos. Establece al sujeto como libre y responsable de sí mismo e instituye el concepto de la autonomía. Localiza en la razón y no en la sociedad la diferencia entre bien y mal. La ética tiende a universalizar conceptos y principios pero acepta diversidad de maneras concretas de reflexionar sobre la moral. Exige fundamentación y admite críticas. La ética es a la moral lo que la teoría es a la práctica. Si la moral es un tipo de conducta, la ética es la reflexión filosófica que lo aprueba como buena. Ética y filosofía personal y social en íntima relación, definen los valores morales que por necesidad sustentan, definen y diferencian a cada sociedad.

La **Bioética**, nacida en 1971, recibió su espaldarazo oficial a partir del informe Belmont⁶⁰. En 1987, Beauchamp y Childress⁶¹ definieron su teoría de los principios, luego ordenados y jerarquizados por Diego Gracia. El nivel 1 está constituido por la no maleficencia y la justicia y satisface a la “ética de mínimos”. Concuerda con el *primum non nocere* hipocrático y a él se puede obligar desde afuera. Resulta en la quintaesencia de la bioética, dando lugar a deberes de obligación perfecta que generan un derecho correlativo y cuyo incumplimiento es demandable. El nivel 2 incluye la autonomía y la beneficencia. Corresponde con la “ética de máximos”. Armoniza con el *secundum, beneficere*. La teoría de los principios se acepta hoy como canon de referencia aunque constituye sólo una de las escuelas de pensamiento. Cada hecho merece análisis a la luz de la razón tomando en consideración las facetas civiles, seculares, pluralistas, autónomas y no heterónomas que lo atraviesan⁶². Las obligaciones de no-maleficencia-beneficencia admiten según Frankena⁶³ un orden jerárquico, que requiere 1. evitar infligir mal o daño (principio de no maleficencia); 2. prevenir el mal o daño; 3. quitar el mal; 4. hacer o promover el bien. Corresponde al médico actuar según el principio de no maleficencia y beneficencia, al paciente conforme al principio de autonomía y al Estado en torno al de justicia⁶⁴. La postura genera como obligación derivada el respeto y cuidado de la vida y la salud del paciente por parte de los médicos. Ninguna doctrina niega el valor de la no maleficencia ni de la justicia.

Los códigos éticos coinciden. El Manual de Etica y Deontología del Cirujano⁶⁵ expresa que “...el médico debe conocer y cumplimentar la legislación... que rige el ejercicio de su profesión,...cumplir las medidas destinadas a mejorar la atención de la salud, asegurar para todos los individuos cuidados de similar calidad o corregir los defectos vinculados con la accesibilidad a los recursos disponibles...e impedir el dictado de disposiciones que coarten la libertad necesaria para la adopción de medidas diagnósticas o terapéuticas convenientes”. Entre otros, convienen en espíritu los Códigos de Etica del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires⁶⁶, de la Asociación Médica Argentina⁶⁷ y del American College of Physicians⁶⁸. La interpretación de la obligación muestra diferente magnitud, extensión y compromiso en cada latitud⁶⁹.

Comentarios

La realidad humana está contenida en tres dimensiones indisolublemente unidas: el pasado, el presente y el futuro. Es imposible absolutizar uno de ellos⁷⁰. La vida moral no puede plantearse en presente continuo. Requiere recordar el pasado, reconocer y analizar el presente y forjar desde hoy el futuro que ya, está llegando. La conciencia moral es la capacidad humana de juzgar sobre la bondad o la maldad de las acciones y comprender la obligación incondicional que impone el deber. Según Weber, ningún principio puede cubrir “toda” la realidad. Una acción es moralmente positiva sólo cuando responde a un principio tenido por supremo. Quien sólo se aferra a un principio se transforma en fanático. El fanático es inmoral por no respetar la disidencia ajena y el cínico por ocultar la propia. Esta presentación define una disidencia.

A partir del momento en que el ser humano abandonó su lugar como objeto de deberes para transformarse en sujeto de derechos despertó el cambio moral del siglo XX. A partir de la aceptación del egoísmo se emancipó el yo del nosotros, “el individuo posmoderno olvidó que la libertad era otra cosa que la potestad de cambiar cadenas y la propia cultura algo más que una pulsión satisfecha”⁷¹.

“Sin Dios, no hay justicia; sin justicia no hay Derecho; sin Derecho no hay pueblo; sin pueblo, no hay Estado” opinaba San Agustín, dentro de su concepto de Teodicea (justicia divina). La evolución de las ideas llevó al derecho desde el concepto teísta y la ley natural al deísta. La razón, ocupó finalmente el lugar del dios. Se recorrieron etapas dominadas por la concepción de la libertad por contrato, modificada luego por el concepto de igualdad social, para alcanzar finalmente la posición de la libertad como bienestar colectivo. La democracia, gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, devino en demodicea (justicia

del pueblo). El escenario universal se corresponde hoy con orientaciones políticas y económicas de tinte utilitarista y neoliberal. Los utilitaristas consideran que el principio fundamental es el respeto por el derecho de propiedad y la autonomía de los contratos que brindan felicidad al mayor número de personas en el marco de una próspera economía de mercado. La globalización económica y la transnacionalización de los capitales, concentró el poder dinerario en menos manos y el interés económico aparece como *omne quod movetur ab alio movetur*, motor primario de todos los hechos. La dinerocea (justicia del capital) es soberana de la nueva posición deísta. Es difícil compatibilizar la *ratio naturalis* (razón natural) con la *cupiditas naturalis* (la avidez natural) hobessianas⁷² y allí, se manifiesta la mano (in)visible del mercado. Para John Stuart Mill las libertades (de expresión y hoy, entre otras el derecho a la salud), son principios y por tanto no negociables mientras que la libertad de mercado es una conveniencia, esencialmente negociable.

Hoy, la salud resulta un bien primario, un valor universalmente deseable. Todos se preguntan quién y por qué debe hacerse cargo de los costos. Destacan la necesidad de estudiar sus montos. La OMS, enfrentada con el problema recalca la exigencia de estudiar la efectividad de las acciones antes de hacerlas obligatorias⁷³. Las disputas entre utilidad (economía) y valor (derechos no económicos o derechos naturales absolutos, derivados del valor de quien lo porta), son continuas. Su cuidado, compromete unos 25 mil millones de pesos por año en Argentina y proporciones consecuentes en otras naciones. El conjunto de creencias, usos y costumbres que incluye derechos y leyes, define los pactos locales y epocales propios de cada imaginario social⁷⁴. Su variedad justifica la polisemia que reflejan sobre los temas en cuestión las interpretaciones de juristas, sanitaristas y filósofos⁷⁵. El principio supremo que debiera guiar la conciencia moral resulta para Kant y Nozick⁷⁶ la dignidad y el valor del ser racional libre, la justicia o al menos la imparcialidad para Rawls⁷⁷ y la igualdad de respeto y consideración para Dworkin⁷⁸. El disenso se sustenta en sesudos razonamientos y da lugar a posiciones encontradas, sin alcanzar la solución, por lo cual no pueden ni deben resultar vinculantes. La situación observable en nuestro país, tampoco está resuelta en otras latitudes. Los Estados Unidos de Norteamérica, reconocen la falta de cobertura de salud de cuarenta millones de personas (15% de su población), a pesar de exhibir uno de los mayores presupuestos sanitarios del mundo. La desatención de la salud es inconveniente, inapropiada, injustificable y poco piadosa. Importa poco cual sea la filosofía que intente justificar tal proceder. La cuestión metaética pasa por definir qué se entiende por bueno en el campo que nos ocupa.

El cuidado de la salud de la antigüedad griega procedía bajo la advocación de dos dioses. Higeia, emanación personificada de Atenea,

diosa de la sabiduría y de la razón, custodiaba la salud y Asclepio, hijo de Apolo y de quien Hipócrates descendía, curaba a quien enfermara. Ambos conceptos integran hoy la idea de salud. El Juramento Hipocrático, paradigma de la ética médica, compromete al “primum non nocere” y “secundum, beneficere”, compatibles con la no maleficencia y beneficencia bioéticas. La justicia en la distribución de recursos para la salud, forma parte de la actividad galénica cotidiana. La bioética, participó desde sus comienzos en discusiones sobre el derecho a la salud, entabladas en arenas políticas, económicas y sanitarias⁷⁹.

Pellegrino y Thomasma aseguran que “...la profesión médica hoy día está afligida por una mentalidad de sitio. Sus miembros están actuando como los ocupantes de una ciudadela a punto de caer en las manos de fuerzas hostiles. Tal como los ocupantes de una ciudad sitiada, están divididos, desanimados y tentados a desertar”⁸⁰. El poder del médico deriva⁸¹ de la confluencia de factores sapienciales, carismáticos y morales. La autoridad de Esculapio, proviene del conocimiento y la habilidad del médico en su arte y ciencia, el peso carismático deriva de las cualidades y personalidad del galeno y la fuerza social depende del reconocimiento que brinda la sociedad a sus médicos como portadores de autoridad moral. Dicha autoridad moral ha decaído. Honrar las obligaciones abonará para recuperar de manera fundada el lugar de respeto que el médico ha perdido. Resulta no maleficente y justo custodiar el derecho a la vida y cuidar de la salud; deriva en beneficio de los pacientes cuyas autonomías se han manifestado en la suscripción subrogada de la Constitución a todos nos rige. Además del cumplimiento de las obligaciones tradicionales, puede requerir expresar el disenso mediante la objeción de conciencia o la desobediencia civil. En contradicción con la opinión sofística de que “justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte”⁸², algunos han actuado así^{83, 84, 85, 86, 87, 88}.

El Estado argentino aceptó el derecho a la vida como derecho negativo y estableció como derecho positivo la obligación de procurar asistencia sanitaria a todos los ciudadanos. Resulta *iustum quia iussum* (justo porque está legítimamente mandado) y parece resolver el dilema planteado en países donde no se cuenta con tales precisiones. La contingencia resulta compatible con la tradición rioplatense que marca que las leyes “se acatan, pero no se cumplen”. La salud como derecho existente y no respetado genera una obligación incumplida y se constituye en ejemplo perfecto del principio de contradicción como enunciado lógico consistente en decir que una cosa es y no es al mismo tiempo.

Si, al decir de Aristóteles “la justicia no es una parte de la virtud, sino la virtud en sí y la injusticia contraria a ella no es una parte del vicio sino el vicio total”⁸⁹, tal injusticia «repugna a la naturaleza racional y social»⁹⁰. Convalidarlo es inmoral y por ilegal, injusto. Virtud, justicia

y verdad no son cuestiones de costumbre sino exigencias a las que se debe responder con ayuda de la razón⁹¹, hace decir Platón a Meleto en el Juicio a Sócrates.

Conclusiones

Las instituciones públicas de nuestro país están a cargo de la atención de más de 22 millones de personas. La falta de recursos humanos y materiales amenaza la capacidad de respuesta adecuada a la demanda sanitaria. Los Hospitales Públicos, no deben constituirse en tanatorios, los médicos en sepultureros distraídos y los pacientes en resignados sujetos del abandono.

La Constitución, las leyes y la jurisprudencia argentinas reconocen el derecho a la salud, delegan la asistencia adecuada y oportuna en el médico y asignan al Estado el deber de administrar y proveer los fondos para custodiar y proteger tal beneficio. Establecen el derecho negativo a la salud y el derecho positivo a la asistencia sanitaria. El Estado, garante de la leyes, deshonor sus obligaciones. El descuido de un bien común deviene en omisión maleficente que resulta dañosa a la vez que culposa, por ilegal, inmoral e injusta.

La quintaesencia de la bioética se apoya en los principios de no maleficencia y justicia. La situación actual define una violación taxativa de la ética de mínimos y desde allí, pierden el carácter hipererogatorio concedido a priori y tornan en derivados lógicos y de idéntica jerarquía a los principios de autonomía y beneficencia.

Los médicos tienen deberes deontológicos, éticos, sociales y legales con los pacientes, con la Sociedad y con la Justicia. Cada uno habrá de buscar su equilibrio utilizando “la recta razón guiada por la prudencia garantiza la virtud moral, punto medio entre los excesos, opuestos a la desmesura o exceso⁹². En beneficio y representación del paciente, haciendo uso del individualismo responsable⁹³, les compete honrar sus obligaciones por ante quien corresponda y reclamar la provisión de los elementos necesarios para cumplir su misión mediante el recurso de amparo.

Si la responsabilidad subjetiva del médico se define por el *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), la imputabilidad de los encargados de custodiar el derecho a la salud puede de acuerdo con el *verum ipsum factum* (lo verdadero es lo hecho)⁹⁴. Los roles están definidos. Hágase justicia.

Referencias bibliográficas y Notas

1. Lipovetzky G La era del vacío. Ed Anagrama, 1994
2. Potter VR Bioethics : Bridge to the future. New Jersey Prentice Hall Ed. New Jersey, 1971.
3. Manrique JL, Pelisch AM, Alvarez r, Burger C y Combi A. Justicia y no maleficencia: quintaesencia de la bioética. Rev Argent Cirug. 2003; 84: 250-256.
4. Leyes Nacionales 23360 y 23661
5. Berstein P H .Principios básicos de management y marketing para profesionales de la salud. Ed. Macchi, Buenos Aires, 1997.
6. Decretos 578/93 y 939/ 2000
7. Morici P. – Comunicación personal (datos de INDEC, Ministerio de Salud y de Economía)
8. Superintendencia de Seguros de Salud, Información General del Sistema.
9. Uribe JP, Schwab N, El sector salud argentino en medio de la crisis- Banco Mundial, Noviembre de 2002
10. Decreto 486/02
11. Decretos 492/95, 504/98 y 939/00, Ley 24.754
12. Resolución Ministerial 939. 24 de octubre de 2000.
13. Entrevista a la Sra. Graciela Camaño, Ministro de Trabajo, Suplemento económico. Página 12, 14 de julio de 2002
14. Wainfeld M. Cuando hablan los números, Página 12, 23 de agosto de 2002
15. Mammoni G El karma de la fragmentación. EL Consultor de Salud, N° 322, agosto de 2003.
16. Mera J, Bello J N. Organización y financiamiento de los Servicios de Salud en Argentina. OPS, 2003.
17. Un sistema de salud que está al borde del colapso. Pagina 12, 18 de agosto de 2003
18. INDEC- 2003, Encuesta de Desarrollo Social, citado por periódicos en marzo-junio 2003.
19. Aufiero J F Propuesta para un Sistema Nacional de Salud. Asociación Médica Argentina, noviembre de 2001.
20. CNA, artículo 31.
21. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer (art. 12), Convención sobre Derechos del Niño (arts. 24, 25 y 26).
22. CNA, artículo 75, inc. 22.
23. Constitución de la Nación Argentina (CNA), artículo 16.
24. CNA, artículo 14 bis.
25. CNA, artículo 4.
26. Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Art. 38 inc. 8.
27. Estimaciones del gasto en salud- Argentina- Año 1997 y proyecciones, Documento de la Secretaria de Política económica del Ministerio de Economía y la Secretaria de Políticas y Regulación Sanitaria del Ministerio de Salud de la República Argentina. Publicado en noviembre de 2001.
28. Leyes 24455, 23660, 23737, 23661, Decreto 580/95.
29. Key Data on Health 2000, European Commission / Eurostat.

30. Responsabilidad medico legal de los cirujanos. Urrutia AR, DM, CA, A. Ed Hector Macchi, Buenos Aires, 1995.
31. CNCiv Sala D-febrero 16-1984- Roitbarg Marcelo R c. Ins Serv Soc Bancarios-Rep LL1984-672
32. Art. 1068 CC - pronunciamiento de SCBA del 20/5/80 en la causa S, I.D. y otro c/ T, L.M. y otro Rep. La Ley 1980-729 y El Derecho, 1982-588.
33. Mosset Iturraspe J. Responsabilidad civil del medico pp 216 Ed AD Hoc, 1989.
34. CN Civil, Sala D, mayo 12-1992, S, JC c ENTEL y otros, La Ley, 1992 – D-581).
35. Achával, Alfredo: Manual de Medicina legal Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1994, 4ed. P. 925.
36. CNEesp Civ y Com, sala iv, noviembre 11, 1985- Piemonte A y otro c. Matera R – rep LL, 1986-573.
37. SCBA- agosto 15 1988- Benavidez, Martina I c Revenna, Héctor L y otros- LL , 1990-A-43 id diciembre 22, 1992- Perez Milton R c Clinica Central y otrosd – LL, 1993 C-211.
38. Kent J. Breves cavilaciones acerca de la problemática de la denominada “mala praxis”. La Ley, 1993 –A 305, pp 306.
39. Goodhart A L English Law and Moral Law, Cambridge, 1953.
40. Ghersi C A Médicos en Hospitales públicos.
41. CNA art. 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.
42. Superior Tribunal de Justicia de Río Negro “Defensores Oficiales de General Roca s/amparo, sentencia del 26/03/2002, Tribunal en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, 4/06/2002 conseguir otros
43. Vázquez Ferreira R A Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina pp 134-135.
44. Organización Mundial de la Salud, 1970.
45. Georgetown University, 1978.
46. Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu Diccionario de filosofía en CD-ROM. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona. 1996.
47. Thomasius, Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta, 1705.
48. Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.: Diccionario de filosofía en CD-ROM. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona. 1996.
49. Diccionario de uso del Español de María Moliner, Ed 1999.
50. Abbagnano. Diccionario de Filosofía. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
51. Garzón Díaz, FA. Bioética, Manual Interactivo. 3R Ed. Ltda., Colombia, 2000.
52. Leibniz, De notionibus iuris et iustitiae, 1693.
53. Pufendorf De iure naturae, 1672.
54. Hobbes T. De cive., 1, § 14; Leviatán, 13.
55. Goodhart A L English Law and Moral Law, 1953.
56. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 21ª Ed. 1992.
57. Ulpiano, según Alejandro Severo (Digesto, I,1,10,§ 1).
- 58 Mainetti J A. <http://www.intramed.net/emc/conferencias>
59. Kant I FUNDAMENTOS PARA UNA METAFISICA DE LA MORAL (1785).
60. Informe Belmont Comisión Presidencial Estadounidense para el Estudio de Pro-

- blemas Éticos en Medicina y la Investigación Biomédica y Conductual. Securing Access to Health Care: A Report on the Ethical Implications of Differences in the Availability of Health Services. Washington, DC: Comisión Presidencial Estadounidense para el Estudio de Problemas Éticos en Medicina y la Investigación Biomédica y Conductual. 1983.
61. Beachamp T. Childress. Principios de Bioética Médica.
 62. Farreras - Rozman, 14ª Edición, Ed Harcourt, Madrid, 2000.
 63. Frankena, WK. Ethics, segunda edición, Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1973.
 64. Pellegrino, Edmundo y Thomasma, David C. For the Patient's Good. The Restoration of Beneficence in Health Care. New York, Oxford University Press, 1988.
 65. Manual de ética y deontología del Cirujano. III- Relaciones con la sociedad. Asociación Argentina de Cirugía, 1996. Declaraciones fundamentales. Rev Argent Cirug 2001.
 66. Código de Etica, Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires, arts. 4 y 10.
 67. Código de ética para el equipo de salud. Capítulo 2 De los Derechos de los pacientes. Asociación Médica Argentina, 2001.
 68. American College of Physicians. Ann Intern Med 1998;128: 576-594.
 69. R. Veatch, en "What Counts as Basic Health Care? Private Values and Public Policy" (Hastings Center Report vol, 24, N° 3, Mayo-junio 1994).
 70. J.J. Sebreli, El asedio a la modernidad, Buenos Aires, Sudamericana, 1991.
 71. Finkielkraut, Alain, La derrota del pensamiento, Barcelona, Anagrama, 1990).
 72. Hobbes T. De cive., 1, § 14; Leviatán, 13
 73. Mainetti J A. <http://www.intramed.net/emc/conferencias>.
 74. Díaz E. La ciencia y el imaginario social Ed. Biblos, Argentina, 1996.
 75. Callahan D. Distinciones vitales, criterios morales, Criterio : 20 de julio de 1989, pp 257-264.
 76. Nozick R. Anarchy, State, and Utopia. Nueva York, Basic Books, 1974.
 77. Rawls J Teoría de la justicia, FCE, México 1993.
 78. Dworkin R. Los derechos en serio. Ed. Ariel, Barcelona, 1977.
 79. D. Callahan, "Tendencias actuales de la ética biomédica en los EE.UU. de América", en Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, vol. 108, 1990, número especial de bioética.
 80. E.D. Pellegrino y D. C. Thomasma. The Virtues in Medical Practice. Oxford University Press, Oxford 1993.
 81. Brody, Howard: The Healer's Power, en R. Veatch Medical Ethics. Indiana University Press, Bloomington 1987.
 82. Platón República, 338c. Id 8.
 83. Amparo para obtención de drogas para quimioterapia Hannois A. y otros c/ Estado Provincial Amparo HIGA Eva Perón c/Estado . Provincial Sentencia agosto del 2001
 84. CARTA ABIERTA A LA DIRIGENCIA NACIONAL - Sociedad Argentina de Pediatría - 3/7/02.
 85. Entrevista del Consejo Superior del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires con el Ministro de Salud, El Día de La Plata 5/7/02.
 86. Denuncia y amparo judicial de la Comisión Interhospitalaria de Profesionales del Conurbano Bonaerense (CICOP) por falta de insumos por ante los tribunales civiles y penales de la Provincia de Buenos Aires con sede en San Martín, julio de 2002.

87. Kliksber, B. El clamor por ética en América Latina. La Gaceta de Económica, 25 de agosto de 2002.
88. Roses, M. La salud pública, una decisión ética. Clarín, pp 22, 17 de agosto de 2002.
89. Aristóteles - *Ética a Nicómaco*. Ed. Folio, Navarra, 1999.
90. Grocio *De iure belli ac pacis*, 1625.
91. Platón. *Juicio a Sócrates*. Ed
92. Aristóteles, *La Gran Moral*, Espasa Calpe.
93. Lipovetzky, G *La era del vacío*. Ed. Anagrama, 1986.
94. Giambattista Vico *.De antiquissima italarum sapientia*, 1710.