

Derecho, Estado y cáncer en la Argentina: avances y retrocesos.

*José Emilio Ortega
Santiago Martín Espósito*

Resumen (Abstract)

Nadie discute que en la Argentina, el derecho ha tomado en serio a la salud. La doctrina, la jurisprudencia, el quehacer profesional e incluso la gestión asistencial han propiciado desde hace lustros un debate interesante y comprometido. Se ha juzgado, legislado, publicado y debatido. En ese contexto, el tema elegido, avances y retrocesos jurídicos e institucionales en cuanto a las enfermedades neoplásicas, o -quizá con mayor propiedad- en qué medida el Estado ha asumido el rol y el Derecho ha oficiado de instrumento eficaz y eficiente para abordar el diverso y complejo asunto del cáncer, muestra diversos hitos o puntos sobre los cuales haremos un modesto sobrevuelo.

Existen estudios muy importantes al respecto, y el tema se ha analizado de modo erudito en diversas reuniones científicas, que han contado con más y mejores elementos para una visión profunda del asunto. No obstante, intentaremos resumir en pocas páginas, más que un completo desarrollo del vastísimo título propuesto, un repaso y reflexión que resume algunas experiencias profesionales, llevadas por los autores desde diversos ámbitos: el ejercicio de la profesión de abogado -en la consultoría y el litigio-; la docencia y la investigación disciplinar e interdisciplinaria; el ejercicio de la función pública y también la organización empresarial de servicios de salud.

Problemas cotidianos en torno al asunto. Rol de los diversos actores involucrados.

Nos referimos a un tema que, además de vasto, no es pacífico u homogéneo en cuando a su abordaje. Las investigaciones que desde el campo del derecho,

las relaciones institucionales, las ciencias de la administración, las propias ciencias de la salud, se han realizado sobre el tópico, desnudan los numerosos enfoques en tensión: lo público frente a lo privado; la rentabilidad frente a la protección del consumidor; el denominado “derecho a la salud” frente el principio de la escasez; el derecho a investigar frente a la defensa del paciente; la tutela individual frente a la colectiva; el derecho individual o colectivo a la salud frente al deber individual y colectivo de cuidar de la salud; etc.

Esa tensión o “colisión”, requiere de un árbitro. Un coordinador que otorgue a ese torrente de acciones que apuntan a un campo asible desde muchas perspectivas, una dinámica capaz de tornar vigente un propósito u objetivo superior. Ese propósito será sin dudas el nunca bien ponderado “bien común”, concepto que en el campo constitucional y jurídico tiene un sentido técnico muy específico, y que sin duda para el campo sanitario tiene una aplicación concreta ¹. Y ese coordinador es, sin lugar a dudas, el Estado, que se valdrá a tal efecto de una batería de lineamientos, principios, criterios e instrumentos con los que intentará cumplir su cometido.

Cuando abordamos la cuestión de las enfermedades neoplásicas, que aunque es muy rica y heterogénea es de algún modo un punto concreto sobre el cual trabajar, las encuadramos muy genéricamente dentro de ese complejo dinámico que es el campo de la salud.

Y podemos plantearlo desde varias perspectivas:

a) Desde la perspectiva o interés de cada individuo a que se garantice en primer término “su” derecho a la salud, considerándose también de un modo armónico el disfrute de un conjunto de derechos hoy considerados vitales (ya que existen sobrados elementos que hacen inescindible el goce de unos sin contar con los otros)

¹ Compartimos el criterio de Alfonso Santiago (h), cuando define el bien común como un *“conjunto de muchos otros bienes de naturaleza colectiva, es aquello que en el último término se pretende alcanzar a través de la compleja interacción que supone el ser y la actuación estatal.”* (Santiago, 2002)

b) Desde la perspectiva de los operadores del campo de la salud, públicos o privados, de ejercer su rol en esa dinámica, de manera razonable, estable y previsible. Incluimos a efectores, prestadores, financiadores, profesionales independientes o agrupados, investigadores, funcionarios, líderes de organizaciones de la sociedad civil, etc. Hablamos de roles y prestaciones dinámicas, que aún en la estabilidad evolucionan o involucran en relación a un conjunto de variables: sociales, políticas, institucionales, económicas, financieras, tecnológicas, etc.

c) Desde la perspectiva del Estado, que debe instrumentar la implementación efectiva del goce de este derecho, partiendo de una base ineludible: se trata de un bien público (de beneficiarios indeterminados), pero por ello de recurso, y como tal es finito, o como dicen los estudiosos de la economía política, es escaso. Como alguna vez lo planteara Lorenzetti: *¿Qué pasaría si decidimos utilizar todos los recursos del Estado para la salud?* (Lorenzetti, 2011) Dejaríamos afuera a un conjunto de bienes públicos como la educación, la justicia, la vivienda, etc., con lo que la ecuación se quebraría de todos modos, y siempre habría algún nuevo avance o posibilidad a la que el sistema no lograría acceder.

Comenzando por el centro de nuestro esfuerzo, el hombre, el ciudadano acreedor de ciertas y razonables expectativas en torno a la tutela de su salud, debemos aclarar que como todo en derecho subjetivo, aún de raigambre constitucional, aún de carácter fundamental, se trata de un facultad que se ejerce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, por tanto en modo alguno puede considerarse un derecho absoluto. En cualquier sistema sanitario, sea de predominio público o privado, siempre habrá que (tomar la decisión de) adjudicar recursos, con lo que la tensión individual o colectiva, público o privada, etcétera, puede permanecer e incluso incrementarse. En estos casos, el derecho objetivo posee muchas veces un rol invisible al ciudadano, si los instrumentos facilitan la toma de decisiones y anticipan o minimizan conflictos.

Más que de un derecho a la salud, debemos hablar (lo que implica pensar antes y después del acto comunicacional, y también actuar) de un derecho a las prestaciones de salud o de un derecho a tutelar la salud. Esa mirada, según nuestra perspectiva, que por cierto no será simple desarrollar (pues requiere tanto educación cívica como conciencia sanitaria), facilitaría a ciudadanos, pacientes, operadores del mundo sanitario, etc., la consideración del asunto.

La existencia del “derecho” subjetivo, que se ejerce conforme a su reglamentación, supone un andamiaje más o menos complejo de acciones e instrumentos que lo tutelen. Se suele distinguir entre acciones positivas de tipo “fáctico” y “jurídicas”. En ambas la forma técnico legal está presente, pero en los primeros hay complementos “no jurídicos” al derecho, por ejemplo, un cupo, un piso mínimo, etc.

En el segundo grupo, la calificación jurídica “stricto sensu” exige para la instrumentación medidas legales de tipo organizativo para asegurar en términos más completos, la implementación (y el disfrute) del derecho de que se trate. Ello se integra por normas que establezcan pisos de satisfacción, y también una estructura prestacional o de provisión “in natura” de la tutela, mediante efectores, programas, esquemas de financiamiento, etc.

La materia sanitaria es tan rica y diversa que abarca las dos formas. Analicemos el tema con más detalle, señalando ahora, tras un somero paneo con especial mención de la materia que nos ocupa, los antecedentes nacionales y los provinciales.

Panorama constitucional y legislativo nacional

En el plano nacional, la Constitución Federal reformada en 1994 se ha ocupado específicamente de la salud. No lo había hecho la Constitución de 1853-60, sancionada bajo el paradigma clásico, liberal, previo a la posterior evolución que devino en la configuración del Estado de Bienestar, que apareció a fines de

la década del '20, ya en el siglo pasado. Si lo había hecho, en pleno auge de esta tendencia, la Constitución sancionada en 1949, derogada en 1955, como también muchas Constituciones Provinciales dictadas o modificadas a partir de esa época, y más específicamente luego de la recuperación del estado de derecho, en 1983.

La Constitución Nacional se ocupa de la salud implícitamente en el referido artículo 33, y explicita -pero de algún modo tangencialmente en dos artículos incorporados en la convención de 1994-, en el Capítulo Segundo, denominado "Nuevos Derechos y Garantías": el artículo 41 y el 42, que hacen referencia al goce del derecho a un medio ambiente, y al derecho a la protección de la salud que tienen consumidores y usuarios. El artículo 75, que define las competencias del Congreso de la Nación, no plantea una competencia específica en el campo sanitario, pero otorga la de proveer lo conducente al desarrollo humano (es interesante que este inciso -el 19- prescribe "sancionar leyes de organización y base de la educación" y no lo hace respecto a la salud). Asimismo, el inciso 22 de ese artículo otorga rango constitucional a un conjunto de convenciones internacionales, entre las que tutelando el derecho a la salud sobresalen el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de los Derechos del Niño.

A su vez, la autonomía municipal consagrada en los artículos 5 y 123 de la Carta Magna, y la expresa mención de que, conforme su artículo 121, las provincias conserven para sí todo el poder no expresamente delegado mediante la Ley Fundamental al Gobierno Federal, nos permiten concluir en que el derecho a la salud es tutelado, en forma concurrente, por los tres niveles jurisdiccionales previstos en nuestra configuración constitucional.

Reglamentando estos derechos, existe un denso conglomerado de políticas públicas y de instrumentos: leyes, decretos y resoluciones y una autoridad de aplicación, el Ministerio de Salud de la Nación, que ejerce una "rectoría" del sistema a través de regulaciones (su permanente movimiento reglamentario) que se aplican: al sector público, al sector privado, a los pocos centros asistenciales que aún quedan bajo su jurisdicción directa, de financiamiento (de

numerosos programas prestados por sí o con el auxilio de provincias, municipios u otros organismos o entidades gubernamentales o no gubernamentales que actúan como unidad ejecutora) y de concertación institucional (procurando armonizar políticas e instrumentos a nivel federal a través del COFESA).

La Constitución, más que “ley fundamental”, es “carta magna”, transacción de base sociológica y política, a partir de la cual se funda el Estado y se establecen los horizontes institucionales y normativos. Catálogo que funda las políticas de Estado, en la cual se anclan las políticas de gobierno. Entre ambas hay un distingo, pero no un abismo. Por eso, la mejor política pública es la que las imbrica; a partir de una doctrina o ideario que las contenga, y desarrollando iniciativas o acciones fundamentadas, concretas, operativas, instrumentadas en base a una agenda elaborada participativamente, auscultando las necesidades y las expectativas institucionales y ciudadanas, y en definitiva -sobre su base- coordinando qué hacer.

Pongamos esto más claro con un ejemplo. Una larga lucha de la sociedad civil organizada, terminó con una iniciativa presentada en 1988 al Poder Ejecutivo, y elevada por éste al Congreso. Se sancionó entonces (en setiembre de ese año) la denominada “Ley del Cáncer”, No. 23.611, el 22 de setiembre de 1988 y promulgada de hecho el 22 de octubre de ese año. Aún no contábamos con el andamiaje que explicitó la vigencia y la tutela del derecho a la salud en la Constitución Nacional: pero nadie discutió la pertinencia de la iniciativa y la competencia del Congreso para dictarla.

Lamentablemente, quizá por razones de instrumentación de política, esta ley no se puso en plena ejecución. Pero su texto ofrece dificultades a tal efecto. Su artículo 1º dispone: *“Declárase de interés nacional, en la política sanitaria, la lucha contra el cáncer, los linfomas, las leucemias y demás enfermedades neoproliferativas malignas”*. Al arcaizante uso pospuesto del pronombre átono “se”, propio de la retórica pretérita que muchas veces termina tiñendo al lenguaje jurídico de baladí, máxime si se lo adosa al indicativo “declarar”, y no

a un término que denote más decisión, se sigue el vacío concepto “interés nacional”: ¿Se trata de “interés estatal”? ¿Exige algún compromiso al Estado Federal? ¿Al Gobierno de la República? ¿Implica algún tipo de situación de excepción, como por ejemplo una emergencia sanitaria, o de señalamiento jurídico institucional específico, como por ejemplo el que cabe dentro del ancho mundo del “interés público”? ¿O se trata de una declaración de interés típica de las que el Congreso o las Legislaturas tratan a menudo en espectro que va desde una feria hasta un congreso o un festival?

Es fácil *écrire au journal le lundi*, o mejor dicho con la distancia que dan veinticinco años vista de los acontecimientos. Quizá no había margen para mucho más: comenzaba en el país el “Plan Primavera”, parada previa al desbarranco que terminó con la salida anticipada de Alfonsín. No estaban cumplidos muchos objetivos socioeconómicos, en particular en materia sanitaria. Lo cierto es que en el primer artículo, cuando menos, el legislador pierde una oportunidad.

No obstante los artículos siguientes desarrollan contenido. Se crea el Instituto Nacional de Oncología (artículo 2), con sede en el Instituto Roffo de la UBA (artículo 3), entre cuyas atribuciones se encuentran la de elaborar programas de acción, convenir iniciativas con jurisdicciones provinciales, organizar, realizar y mantener un estudio demográfico y fomentar la investigación, prestar asistencia y concertar tareas en común con las instituciones públicas y privadas, difundir y acrecentar los conocimientos sobre prevención primaria y secundaria del cáncer, su diagnóstico y tratamiento, promover una adecuada enseñanza universitaria de la oncología, promover el desarrollo de una enfermería capacitada, estudiar y resolver los problemas sociales del enfermo oncológico, promover estudios para determinar los factores ambientales y promover la suscripción de convenios internacionales.

Disposiciones posteriores establecen la notificación obligatoria de casos (artículo 5), la creación del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas (artículo 6) y un mecanismo de financiamiento de “la labor” del Instituto (artículo 7).

Aquella iniciativa, que pretendió erigirse en una política sanitaria rectora en nuestro específico campo, quedó a medio camino.

Con el tiempo se dictaron en el país diversas normas que, entendemos, se complementan con la llamada “ley del cáncer”, de modo directo y de modo implícito, tornando más acabada la tutela, por más precisa (aún cuando lo sea sólo en algunos aspectos) y a su vez mejor desplegada en su abanico de posibilidades.

Entre las primeras, destacamos la ley “antitabaco” -con más precisión, de “Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con 26.687 de 2011. Como bien se ha dicho, *“el tabaco no es un producto más de consumo. Es el único producto legal, que consumido como lo indican sus fabricantes, mata entre un tercio y la mitad de sus consumidores”* (Peto, 1992). Reconoce un antecedente en la ley 23.344 (modificada por la 24.044) de 1986, como así también la famosa “Ley Neri” de 1990 (iniciativa de Aldo Neri, por entonces Diputado Nacional, vetada por el Presidente Carlos Menem, en razón de las presiones de las provincias tabacaleras y del sector privado dedicado al rubro). La ley desarrolla entre sus objetivos expresos cometidos sanitarios (artículo 2 y 7 en particular, que expresamente se relacionan con las enfermedades neoplásicas). Obliga a la publicación, en la etiqueta de productos elaborados con tabaco, de información preventiva y disuasiva respecto a las consecuencias de su consumo. Prohíbe la venta de productos a menores de 18 años, como así también fumar en espacios cerrados o medios de transporte. Consagra compromisos en materia de educación y formación. Establece un marco sancionatorio e invita a las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a sancionar “normas de similar naturaleza a las dispuestas por el presente para el ámbito nacional” (sin promover la directa adhesión, como se hace por ejemplo en el artículo 7 de la ley 26.279 de detección de patologías en el recién nacido o en el 15 de la ley 26.281 de lucha contra el Mal de Chagas), técnica que amenaza, sino resiente, la fortaleza e impacto de la normativa sanitaria.

También, el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1286/2010, creador del Instituto Nacional de Cáncer, como organismo rector con carácter de ente desconcentrado bajo la órbita del Ministerio de Salud de la Nación, cuyo principal objetivo es dirigir y apoyar *“la investigación, capacitación y distribución de la información médica, así como otros programas relacionados con las causas, diagnóstico, prevención y tratamiento del cáncer”* (tercer considerando). Cuesta diferenciar su status rector del que oportunamente la ley 23.611 le otorgó al Instituto Roffo. La extensa enumeración de “objetivos” del Instituto (artículo 2) parecieran otorgarle a la nueva entidad, un rol coordinador y de apoyo para el desarrollo de una red de centros, bien diferente al papel de centro auto asumido como principal referente y generador calificado y casi exclusivo de conocimientos, y directivas que en definitiva pareció caerle a medida al prestigioso instituto de la Universidad de Buenos Aires.

Entre las segundas, nos detenemos en la ley 26.529, sus modificatorias 26.742 y 26.812, y su decreto reglamentario 1089/2012. Entendemos que su vasto campo de aplicación otorga al paciente un numeroso espectro de posibilidades, que no tienen que ver estrictamente con la satisfacción del derecho subjetivo a estar sano o a mejorar en lo que sea posible de su patología, sino a otros ámbitos de la relación asistencial, en particular el tratamiento de su caso, las opciones informativas, las decisiones vitales, las denominadas “directivas anticipadas”, el derecho a la reserva de información respecto a su enfermedad, etcétera.

La Provincia de Córdoba

Nuestra Provincia cuenta con un plexo normativo sanitario-asistencial importante, comenzando por las previsiones constitucionales:

En materia de “derechos”, el Artículo 19 del texto establece que *“Todas las personas en la Provincia -lo que abre las puertas de la jurisdicción a quien pise su territorio- gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que*

reglamentan su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal (...). No obstante, la Ley Fundamental local abre en su artículo 38, un capítulo de *“deberes de toda persona”* (no se especifica sobre qué categoría de persona, aunque el texto sugiere las físicas y entendemos que no obliga sólo a los habitantes de la Provincia sino a quien la transite aún de modo ocasional). El inciso 8, reza *“Evitar la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica”*. El inciso 9, manda al individuo *“Cuidar su salud como bien social”*.

Pero el artículo más interesante y concreto, es el que se dedica específicamente a la salud y se ubica en el capítulo de Políticas Especiales del Estado. El artículo 59 prescribe que *“La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social”*. Se toma la impronta de OMS y si bien se habla de “habitantes”, el “todos” contenido en el artículo 19 ya citado se impone sobre cualquier restricción. Es posible que el constituyente haya tenido en mira el propósito -fundar una política especial del Estado- y por ello se haya concentrado en la idea de “habitantes”. El derecho al más completo bienestar, implica una fortalecida tutela a las expectativas a prestaciones suficientes para asegurarlo. El texto sigue e indica un camino en ese sentido: *“El Gobierno -otro error terminológico, acto fallido de un Gobierno que se creía Estado²- de la Provincia garantiza este derecho mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad. Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud, integra todos los recursos y concerta la política sanitaria con el Gobierno Federal, Gobiernos Provinciales, Municipios e instituciones sociales públicas y privadas”*. Más allá del *gaffe*, es posible que en el amplio cometido le quepan roles al Estado y al Gobierno: al primero, en los grandes lineamientos doctrinarios y de fondo, en la infraestructura pesada, la institucional y la operativa; al segundo en la estrategia de mediano y corto plazo, en la táctica cotidiana, en la articulación y la gestión.

² Nos referimos a la administración radical que gobernó entre 1983 y 1995, bajo cuyo mandato se modificó la Constitución en 1987, cuyo máximo referente, en tres veces consecutiva gobernador Eduardo César Angeloz, alguna vez se dio el lujo de parafrasear a Luis XIV con aquello de “El Estado soy yo”. Aclaremos que lo hizo en un discurso de campaña electoral y no ante un parlamento como su inspirador.

El artículo continúa. *“La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud”*. Una afirmación que en 1987, época señera en la confirmación del destino autónomo de las provincias (nos detengamos por un momento en el trascendente ciclo de reformas que ocurre entre 1985 y 1994), tenía pleno sentido, y que fortalece el rol del Estado Provincial en su faz regulatoria y técnico-administrativa. Ello cobraba razonabilidad en una provincia como Córdoba, dotada ya por entonces de un enorme subsistema público y de un más que importante subsistema privado.

Sigue el artículo 59: *El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la solución de la problemática sanitaria. Asegura el acceso en todo el territorio Provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos*. Una redacción amplia, innovadora, claramente tributaria al marco de ese “Estado Social de Derecho” que el constituyente consagra en el artículo 1 de la Ley Fundamental, y que explica bien cómo deben entenderse, en materia sanitaria, la universalidad, la equidad, la participación y la oportunidad, entre otros principios que se reiteran al abordar diversas problemáticas en todo el texto constitucional.

Durante la década del ´90, se dictó diversa legislación sanitaria, pero es recién en 1999/2000 cuando una creación legislativa vuelve a tener un impacto trascendente en la Provincia. La Carta del Ciudadano, Ley 8835, un texto de genuina impronta *noventista* post-reforma del estado (la cual fue ejecutada a rajatabla en la Nación y provincias de menor complejidad pero de ejecución tardía o ralentizada en las provincias de desarrollo importante como Buenos Aires, Santa Fe o Córdoba) establece en su artículo 6: *Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: a) Recibir atención médica adecuada en los hospitales públicos cuando careciera de seguro u obra social y se encontrara*

desempleado. Si en el momento de requerir el servicio, no existiera capacidad asistencial, el hospital deberá derivarlo a otro centro médico privado a costa del Estado Provincial. Se habla con buen criterio de “todas las personas”, aunque circunscribir el derecho a la “atención médica” evidentemente ha sido un yerro del legislador que debe interpretarse en sentido de “atención asistencial”. También el uso del vocablo “hospitales”, es comprensivo de otros centros de salud: desde un dispensario hasta un banco de sangre o –inclusive- un geriátrico. La condición de empleado o de poseedor de cobertura no limita, felizmente y a pesar del infortunado párrafo, el acceso de nadie a un nosocomio público: en todo caso habilitan el recupero del gasto.

El bloque que sigue presenta diversas alternativas como recibir información completa sobre el tratamiento, diagnóstico y pronóstico de la enfermedad, negarse a ser examinado por personas que no acepte por razones justificadas, salvo caso de riesgo vital inmediato, recibir la información necesaria para autorizar, con conocimiento de causa, todo tratamiento que pretenda aplicársele, participar en las decisiones relacionadas con su tratamiento, negarse a recibir tratamiento y a que se le expliquen las consecuencias de esa negativa, revisar su historia clínica y obtener una copia documentada de la misma. Se trata de diversas facultades que han dado una rica casuística en la Provincia.

El último inciso: *n) Obtener información integral - en forma documentada- sobre investigaciones científicas que se le propongan y, en su caso, negarse a participar en ellas”,* ha merecido un particular seguimiento del Estado, en su rol de regulador y de legislador, poseyendo hoy la Provincia una avanzada normativa específica en la materia ³.

Asimismo, la ley 9133, también llamada de “Garantías Saludables”, crea el “Sistema integrado provincial de atención de la salud”, “... a cuyo marco el Estado Provincial deberá ajustar el desarrollo de sus acciones en garantía del derecho a la salud de todos los habitantes de la Provincia, sobre la base de la igualdad en el acceso a las prestaciones, de la equidad en la asignación de los

³ La Provincia de Córdoba cuenta con la Ley 9694 que crea el sistema de evaluación, registro y fiscalización de las investigaciones en salud.

recursos y la difusión y promoción del autocuidado de la persona, el que estará integrado por la totalidad de los prestadores habilitados por la Autoridad Sanitaria Provincial. Refuerza el triple rol del Estado: político-institucional, prestacional y regulatorio. Su artículo 5 otorga a la autoridad, la función de Rectoría del sistema, habilita la posibilidad de establecer indicaciones de cumplimiento, de suscribir convenios entre actores del sistema, recuperar el gasto de quienes posean cobertura, entre otras medidas. Se trata de una ley muy importante, que ha sido clave en la articulación de un único sistema conformado por los subsistemas público y privado.

Por otra parte, la norma regulatoria de las ejercicio de las profesiones y actividades relacionadas con la salud, ley 6.222 -curiosamente una ley de facto aún vigente-, establece en su artículo 74: *“Los sistemas de financiación destinados a posibilitar las distintas acciones de salud encuadradas en la presente Ley, deberán satisfacer las expectativas de la población (...) reconociendo el derecho a la libre elección del profesional, técnico o auxiliar de la salud en las mismas condiciones previstas para los profesionales inscriptos o propios de la institución.* Establece, además, que tanto, los sistemas financieros como el Estado Provincial deben destinar recursos suficientes para la aplicación de la ley.

En materia oncológica, nos interesan importantes hitos jurídicos de la Provincia: la ley antitabaco 9113, pionera en su género, reglamentada por la ley 1798/04, a la cual se ha sumado la ley 10.026, de adhesión a la norma nacional 26.687 (previéndose la armonización entre ambos regímenes); y el decreto 3450-D-1965, de creación del Registro Provincial de Tumores, el cual ha sido organizado por ley 9769. La actividad de esta organización, con sede en el Hospital Oncológico de la Provincia, está orientada a la recolección de información con propósitos de sistematizarla, organizar acciones de vigilancia, conocimiento de contextos, elaboración de estadísticas, cómputo de tumores malignos, difusión de datos, etcétera. El Registro ha obtenido importante información sobre diversos temas, permitiendo elaborar un mapa del cáncer en

todo el territorio de la Provincia, sobre la base de los registros recogidos entre 2004 y 2009.

No obstante estos avances, la integración de políticas, acciones y normas en salud, aún no es completa y no se ha avanzado en ciertos aspectos esenciales. Uno revisa el espectro nacional, lo relaciona con el provincial y surgen muchos temas cubiertos. En materia de acceso a tratamientos (un aspecto de la satisfacción del derecho a las prestaciones de salud) hay recursos destinados al sistema y no hay crisis declarada, al menos en la Provincia, en torno al asunto, ni en el subsistema público ni en el privado. Pero hay enormes grietas y deudas.

En materia de prevención, en cambio, se ha señalado la insuficiencia y la fragmentación de esfuerzos, pese a lo que disponen numerosas normas. También ocurre que las poblaciones más necesitadas de información, por sus riesgos, son las que menos se benefician con la poca o mucha difusión de actividades de promoción de la salud en materia de patologías oncológicas prevalentes.

La generación de conciencia sanitaria, y de conciencia ambiental aplicada a la salud, es una asignatura pendiente. No hay formación de formadores, tampoco campañas bien organizadas, con participación de referentes y expertos que puedan sumar desde diversas disciplinas. Mucho menos un conocimiento acabado de los problemas y conflictos ambientales que pueden proyectarse en corto, mediano o largo plazo, con algún tipo de riesgo o compromiso o incidencia en la salud humana.

Las estrategias de prevención y detección precoz, tampoco se han integrado acabadamente, no obstante disposiciones y prácticas alentadas desde los subsistemas de efectores públicos o privados y aún desde el Estado en su rol de conductor de la estrategia sanitaria. Allí deben conjugarse esfuerzos de regulación, con los administrativos para una correcta inversión y utilización de equipamiento e insumos adecuados, con los institucionales para la

comunicación, difusión, promoción, y el trabajo asistencial en terreno que supone adecuada capacitación, incentivos y contracción a la tarea.

En materia de cuidados paliativos, no obstante su mención en diversa normativa, está muy rezagada la satisfacción de estándares mínimos de prestación asistencial. Calidad de vida, alivio de los síntomas, acceso a tratamientos para el dolor y disminución del sufrimiento, no son sostenidos mediante instrumentos y acciones que tiendan a dar organicidad y coherencia a una estrategia amplia.

Un tema que los expertos señalan como deficitario, es lo que se conoce como “la realidad del sobreviviente”, el enfermo que logró superar la enfermedad, a veces tras largos y penosos tratamientos. Cómo seguir adelante con su vida, como se le devuelve un espacio en una sociedad, una familia, un grupo de relaciones, un ámbito laboral. El medio social, el Estado y el Derecho, están en deuda con él. No son discapacitados, tampoco están enfermos. Pero el estigma los margina.

La investigación ambiental, ya perfilada en la ley 23.611, no ha avanzado significativamente, integrándose a estrategias y acciones de lucha contra el cáncer.

Colofón

Citando de nuevo a Lorenzetti, *“La realidad es que hay proliferación de derechos y escasez de bienes; que los derechos colisionan entre sí y es necesario decidir. En muchos sistemas jurídicos, como el de la Grecia antigua, el costo de la satisfacción de derechos de alta calidad era soportado por una masa de esclavos que no los gozaban. La democracia, la masificación y sobre todo el acceso igualitario de los individuos producen un incremento tanto de los derechos como de pretensores”*. (Lorenzetti, 2002). Se plantea así la aplicación

a una situación de soluciones contrarias o “antinómicas”, por lo que el ordenamiento jurídico busca respuestas para no perder coherencia.

Cuando se trata de antinomia entre principios y valores, enseña la doctrina especializada que “... *no hay opción sino ponderación y funcional criterios argumentativos*” (Alexy, 2009). No se trata de sacrificar ante el conflicto a uno de los principios involucrados por falta de validez; sino de establecer qué interés tiene mayor peso en el caso concreto, a la hora de establecer su tutela instrumental.

Entre los elementos esenciales del derecho-deber a la salud, se plantea un compromiso para el Estado. Por una parte, tutelar las múltiples aristas de su ejercicio por los ciudadanos. Por otra realizar el ejercicio proactivo de poner en práctica una Política Especial del Estado constitucionalmente establecida, a través de todas las acciones que estén a su alcance, con el fin de garantizar la protección de la salud pública en los términos del artículo 59 de la CP y la legislación dictada en consecuencia. Ello implica un compromiso presupuestario, financiero, de planificación, de conducción, de regulación, operativo, etcétera.

Relacionando lo expresado con el papel del Estado frente a la prevención o abordaje de las enfermedades neoplásicas, claro que está que no nos enfrentamos a un mero conflicto o tensión, sino a una necesidad individual, colectiva y del propio Estado de dar respuesta creciente a múltiples demandas y expectativas. Todo esfuerzo que el Estado realice a través de normas, a través de financiamiento y a través de efectores muestra con crudeza el carácter finito del recurso sanitario.

Existe un sinnúmero de operadores que en el campo de la salud se desenvuelven diariamente, y que necesitan respuestas o certezas. Pero no puede cargarse sólo al Estado responsabilidad en la búsqueda de respuestas, pues es necesario que la agenda pública se nutra, partiendo de una

predisposición de todas las partes involucradas, de ciertas bases de consenso que quizá aún no están presentes.

Si el resto de los sectores se retira, el Estado interviene, arbitrando, pero resolviendo conflictos o tensiones en la superficie, y carece de posibilidades para atacar el profundo problema que subyace, la persistencia en el tiempo de las condiciones culturales, socio ambientales y sanitarias que facilitan la propagación de las enfermedades, en este caso las neoplásicas.

En nuestro país, muchos ejemplos tenemos de trabajo estatal en este campo mediante instrumentos (legislación de provincias como Mendoza, Santa Fe, Buenos Aires, o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), efectores (Córdoba, Mendoza) y programas (algunos con base normativa, como los Registros de Tumores que funcionan en diversas jurisdicciones). Todavía no disponemos, al menos desde las disciplinas jurídicas y administrativas, de trabajos que permitan medir la calidad de las políticas relacionadas con los instrumentos y su implementación.

Los Tribunales están creciendo en este desafío, así también las Legislaturas. Lo mismo ocurre con las cátedras. Falta trabajo conjunto, en este sentido, entre profesionales y académicos de diversas profesiones. Puntos de encuentro, seminarios, investigaciones, tesis doctorales, etcétera, entre profesionales de la salud y del derecho.

Bibliografía.

ALEXY, R, "Derechos sociales y ponderación", Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

LORENZETTI, R, "*La empresa médica*", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011.

PETO, R, "*Mortality from tobacco in developed countries: indirect estimation from national vital statistics.*" Lancet, 1992.