

El derecho de la salud y los derechos humanos

Águeda Müller (1)

La salud es una actitud gozosa hacia la vida y una aceptación alegre de las responsabilidades que la vida exige del individuo"

HENRY SIGERIST

1. CONCEPTO DESALUD

Al afirmarse que existe un derecho a la salud, debe explicitarse cómo definiremos a la *salud* y llegar a un acuerdo, porque el ser humano no es solamente cuerpo, y menos una suma de cierto número de órganos. Como bien ha expresado Winiarski, "Es una unidad viviente, un cuerpo y un espíritu, un ser social, capaz de influenciar de manera dinámica su vida y su medio ambiente" (2).

Debemos preguntarnos ¿qué es la salud? porque el término salud, es impreciso, en consecuencia, intentaremos su esclarecimiento porque del alcance que le otorguemos dependerá el contenido y la operatividad de su tutela.

La palabra *salud* viene del latín, *salus, salute, salud, salvación* y denota el normal funcionamiento psicobiológico de la persona. Los romanos, siguiendo su costumbre con las palabras benéficas, entronizaron la palabra *Salus* dándole la cualidad de diosa de la Salud (*Salus*) con su templo correspondiente.

Los clásicos no tenían especiales dificultades en alcanzar una idea clara de lo que es la salud. Hablaban latín, y la sola palabra *Salus* ya les daba idea de su significado.

A lo largo del tiempo, este concepto ha variado pues, originariamente, se vinculaba a la ausencia de enfermedades, pero luego evolucionó hasta comprender el completo bienestar físico, psíquico y social, que ha significado además,

(1) Abogada por la USAL. Miembro de la Comisión Directiva de la Sociedad Argentina de Medicina Antropológica. Postgraduada en Derecho de la Salud y Herramientas de Gestión de Salud (UBA). Asesora Jurídica de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación.

(2) WINIARSKI, MICHAEL, "Visión de conjunto, el cuerpo humano trabajando", OMS, Área de Estudio e Investigación Área en Ciencias Sociales del Trabajo, 1989.

como señala Brena, "la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida" (3).

Nosotros, expresa el médico, Antonio Pardo profesor de bioética en la Universidad de Navarra al investigar ¿qué es salud? "debemos retroceder a la etimología para alcanzar lo que era evidente para ellos: *Salus* y *Salvatio* significan estar en condiciones de poder superar un obstáculo. De estas palabras latinas se derivan sus equivalentes castellanas: salud y salvación" (4).

El término castellano *salvarse* incluye el significado original de "superar una dificultad", y se aplica tanto a dificultades naturales (salvarse de un incendio, por ej.), como a las sobrenaturales (la salvación de los peligros que la vida presente supone para la vida del alma).

Si recuperamos para el término *salud* el significado, original y genuino, de "superar una dificultad", obtenemos una definición en toda regla: "Salud es el hábito o estado corporal que nos permite seguir viviendo", según lo señala Santo Tomás de Aquino (Suma Teológica I-II ae, q. 50, a. 1, c.), es decir, que nos permite superar los obstáculos que el vivir encuentra a su paso y me parece perfectamente válida también hoy. Porque, efectivamente, nos recuerda Pardo, (...) "vivir no es simplemente "estar", como está una piedra. Vivir implica una actividad interna del ser vivo que consigue mantener una cierta independencia y diferenciación de su ámbito exterior". Básicamente, podemos afirmar que una persona está sana cuando puede realizar sus actividades humanas normales: ir al trabajo, cuidar del hogar o de los hijos, leer, etc.

Sin embargo, el término salud no se entiende actualmente como ligado a dicho significado de "superar una dificultad". De ahí la gran variedad de definiciones, concluye Pardo, "a veces profundamente discordantes, otras veces más o menos de acuerdo en algunos puntos, y casi siempre eclécticas, que se limitan a agrupar las opiniones más en boga sobre la cuestión".

Por ello, desde los orígenes de la medicina se discute la definición de salud, quedando abierto un debate aun no cerrado.

Corresponde precisar que en el ámbito humanístico, con las generalizaciones, se cae en injusticias pues al contrario de las ciencias exactas, las particularidades y las diferencias son las que hacen esencialmente al ser humano. Puede aceptarse que todos tenemos *una idea intuitiva de lo que es la salud*, relacionada con la experiencia diaria y no con una definición formal.

En el lenguaje coloquial, salud y enfermedad son términos contrapuestos cuyo significado parece no plantear problemas: salud sería sencillamente *ausencia de enfermedad*, mientras que la *enfermedad* consistiría en *ausencia de salud*.

(3) BRENA, SESMA INGRID, *El Derecho y la Salud. Temas a reflexionar*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 104.

(4) PARDO, ANTONIO, "¿Qué es la salud?", Universidad de Navarra, Departamento de Humanidades Biomédicas, artículo publicado en la *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 1997, 41(2):4-9.

Hasta mediados del siglo pasado el concepto de salud que predominaba era somático y significaba "ausencia de enfermedad". La palabra enfermedad deriva del latín *infirmitas* que quiere decir "perdida o fuerza de la salud".

En la antigüedad, estar sano equivalía a poder desarrollar las actividades cotidianas. Alguien con capacidad para el trabajo y las relaciones familiares y sociales era considerada sana, aunque padeciese algunos de los procesos que hoy consideramos enfermedades, se trataba de una noción sumamente pragmática que hacía compatible la definición de sano con el sufrimiento de algunas molestias, siempre que éstas no afectaran, decisivamente, a la actividad ordinaria.

Las dificultades comienzan cuando se intenta superar esta noción vulgar basada en una mera exclusión mutua y manejar estos conceptos con alguna precisión.

Es sabido que este tipo de definición es incorrecta porque, al final de cuentas, no definida, porque todo ser humano "es una totalidad" y el equilibrio de su estado de salud, debe cuidarlo por sí mismo, en primer término, y en segundo lugar, el Estado se encarga de que la salud del individuo y la salud pública mantenga su mejor nivel. Tan ambicioso, resulta pretender definir la salud como la vida. Pero si podemos explicar una concepción de la salud, que basada en los conocimientos científicos que se poseen, expresen las notas fundamentales que interpreten su dinamismo.

Cabe recordar que en año 1946 se creó la "Organización Mundial de la Salud", en adelante (OMS) que incorpora en su carta Magna el concepto de salud como un "derecho humano universal". Todas las naciones son miembros de la Organización Mundial de la Salud y han aceptado formalmente, la declaración de los principios contenidos en su Constitución.

Al mismo tiempo considero importante destacar que la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948 fue el primer instrumento que estableció que los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad, habiéndose transformado desde su dictado en un ideal común y en una norma de comportamiento para todos los pueblos y Naciones.

Antes de considerar la definición de la OMS, veamos cómo define a la salud el "Diccionario de la Lengua Española" (*Del lat. salud*, "estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones") (5).

La "Organización Mundial de la Salud", en el año 1948, ha definido a la salud como: "un estado de completo de bienestar físico, psíquico y social".

"El disfrutar de el más alto nivel alcanzable de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano sin distinción de raza, religión, creencia po-

(5) Diccionario de la lengua española, publicación de la Real Academia Española, 19ª edición, año 1970, p. 1174.

lítica, condición económica y social..." (6). O sea que el bienestar es en efecto *parte de la salud*.

Esta definición nace del preámbulo de la Constitución de la OMS que nos aclara que no solamente bastará con "la ausencia de afecciones o enfermedades" (segundo párrafo). La definición integra un concepto negativo (ausencia de enfermedad) y otro positivo (promoción del bienestar) (7).

La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y en vigor desde el 7 de abril de 1948.

Como surge del párrafo anterior, este organismo internacional afirma, que el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica. La definición no ha sido modificada desde 1948.

Más tarde, la "Oficina Regional para Europa de la OMS", describió a la salud como "la capacidad desarrollar el propio potencial personal y responder de forma positiva a los retos del ambiente" definiendo así a la salud como un proceso dinámico en que la interacción entre el sujeto y el entorno tiene el protagonismo.

Esto añade a la anterior definición un concepto dinámico: el de capacidad funcional y potencial, es decir, considera la salud como un medio para lograr las mejores capacidades del individuo. La salud es, pues, un proceso continuado, no una situación estática (8).

Este enfoque que dimensiona la condición humana, se proyecta y dinamiza a través de las Estrategias de Atención Primaria de la Salud seguidas en la "Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud", reunida en Alma-Ata (Kazajstán, antigua Unión Soviética) los días 6 al 12 de septiembre de 1978, que reafirma, que la salud, que es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad; "es un derecho humano fundamental y que la consecución del nivel de salud más alto posible es un objetivo social prioritario en todo el mundo, cuya realización requiere la acción de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la Salud" (Punto I) (9).

(6) Organización Mundial de la Salud (OMS), <http://www.who.int/suggestions/faq/es/index.html>.

(7) "Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud", adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

(8) Oficina Regional para Europa de la OMS, www.who.int/about/regions/euro/es/index.html.

(9) Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, celebrada en Alma-Ata, Kazajstán, URSS; 6-12 de septiembre de 1978. www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm.

En la "1ª Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud", celebrada en Canadá en 1986, la OMS elaboró la "Carta Ottawa" y propone este concepto de salud (...) "Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente". "Las condiciones y requisitos para la salud son: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad" (10).

De acuerdo a esta concepción, la salud es el resultado de las condiciones de: alimentación, vivienda, educación, ingreso, medio ambiente, trabajo, transporte, empleo, libertad y acceso a los servicios de Salud.

En esta definición aceptada en la mayoría de los países occidentales se ha tratado de contemplar los tres aspectos de la persona que deben ser considerados como esenciales y básicos para asegurar la salud del hombre. La salud está forzosamente ligada a los cambios de nivel que la superación de las contradicciones promueve permanentemente en las tres esferas en que el hombre desarrolla su existencia: la naturaleza, la sociedad y el pensamiento. Sin embargo puede profundizarse y avanzar sobre esta interpretación planteando alguna disidencia conceptual, como veremos más adelante.

Así como los romanos consideraban a la salud, como un estado físico y mental (*Mens sana in corpore sano*) y como una cuestión que tenía que ver *específicamente con la higiene pública*, nosotros podemos dar actualmente un paso más y considerar la salud también con un sentido social.

Aunque no lo parezca, los dos juicios en que complementariamente se expresa el estado de salud, el subjetivo ("me siento sano") y el objetivo ("este hombre está sano"), llevan en su seno un considerable ingrediente social. Un individuo sano es un hombre equilibrado física y mentalmente y bien adaptado a su medio físico y social.

En este sentido, debemos reflexionar que, en su momento, esta definición de la OMS, constituyó un aporte innovador porque desplazó del campo de la medicina el concepto exclusivamente somático, propio de la teoría organicista y puso en evidencia, como opina Vidiella, la interacción de los componentes físicos, psíquicos y sociales que intervienen en el estado sanitario de las personas (11).

Con similar criterio, Mazzafero, entiende que a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud se introdujo una concepción integradora de lo mental y lo social, ampliando el criterio físico o somático que había prevalecido hasta entonces (12).

(10) 1ª Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud, celebrada en Ottawa, Canadá en 1986, la OMS elaboró la "Carta Ottawa" para la Promoción de la Salud. <http://www.paho.org/spanish/HPP/OttawaCharterSp.pdf>.

(11) VIDIELLA, GABRIELA, *Derecho a la Salud*, editorial Eudeba, año 2000.

(12) MAZZAFERO, VICENTE, "El desarrollo de la salud pública en las sociedades humanas", artículo publicado en el libro *Medicina en Salud Pública*, Editorial Ateneo, 1987.

Pero, igualmente algunas voces críticas, se preguntan ¿qué es el bienestar? y objetan que además la definición de la OMS, es excesivamente "utópica" poco realista ya que *el completo estado de bienestar no existe*. Si la salud se identifica con el bienestar y la felicidad estaremos siempre persiguiendo una utopía.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el Dr. Milton Terris, famoso salubrista norteamericano, propone, en 1975, una nueva definición: "la salud es un estado de bienestar físico, mental y social, con capacidad de funcionamiento y no únicamente la ausencia de malestar o enfermedad" (13) cuestionando este sentido absoluto de bienestar que incorpora la definición de la OMS, al plantear *la eliminación de la palabra "completo"* de ésta, y afirmar que esto está sujeto a dos cosas, por una parte es subjetivo (la sensación de bienestar), y por otra es objetivo y medible (la capacidad de funcionamiento).

Un examen de las distintas concepciones prevalentes de la salud no debería dejar de lado la definición planteada en el "X Congreso de Médicos y Biólogos de Lengua Catalana" celebrado en Perpiñán en 1976, donde se elaboró una definición de salud más dinámica y que apunta hacia una salud integral.

Se aceptó la propuesta de Jordi Gol, según la cual "La salud es una manera de vivir cada vez más autónoma, solidaria y gozosa" (14).

Como se ve, dice el Dr. Rogeli Armengol Millans se corrigió en parte la definición de la OMS y desapareció la alusión a la enfermedad.

Pero si adoptamos a severa Millans, la definición de la OMS o la de Perpiñán, "nos podemos ver obligados a entender que una persona que no tenga ningún síntoma o trastorno corporal o mental y que no sea feliz tendrá un problema de salud, lo cual parece absurdo y de aquí la gran importancia de ser precisos y realistas al elaborar y establecer las definiciones de las cosas. Una disquisición de carácter ideológico nos conmina a pensar que el infeliz o el desgraciado sería una especie de enfermo. Parecería más oportuno y adecuado, discernir y separar ambas situaciones y reservar el término salud para aludir a la ausencia de enfermedades bien clasificadas" (15).

Como podemos deducir de todos estos argumentos planteados por algunos autores, existen diversos criterios y el debate continúa porque la definición que da la Organización Mundial de la Salud (OMS), a pesar de su carácter holístico, carece de referencias a que entendemos por bienestar y a los aspectos espirituales de la salud.

Con respecto a los aspectos espirituales de la salud, citamos la opinión del actual Presidente de la Asociación Médica Argentina, el profesor Dr. Hurtado Hoyo, quien afirma que "la concepción filosófica sobre la conducta del hombre

(13) TERRIS, MILTON, *Conceptos básicos. Conceptos de Salud*, Universidad Estatal de Nueva York en Buffalo, 1957.

(14) "X Congreso de Médicos y Biólogos de lengua catalana", celebrado en Perpiñán en 1976.

(15) MILLANS, ROGELI ARMENGOL, "Sobre las definiciones de Salud: Salud Mental y Salud Corporal", discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina de Catalunya como académico correspondiente, Barcelona, 27 de Enero de 2009.

se modificó a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre (1948). De la medicina clásica vertical y paternalista se pasó a una situación de horizontalidad, donde prevalece el respeto por la vida, los fueros de la persona humana y de su contexto el medio ambiente. Se tiene que recordar, aclara que la Salud es una de las bases fundamentales de la civilización junto a la Educación, el Trabajo, la Justicia, la Seguridad y la Fe¹⁶.

Por eso nos propone una definición de salud de la OMS modificada, el objetivo de la Salud expresa se da en "el completo equilibrio del bienestar psico-físico-social y espiritual de la persona y de la comunidad" (16).

Otro aspecto de crítica, es su "carácter subjetivo" que obvia los aspectos objetivos, porque difícilmente podría encontrarse una persona verdaderamente sana. Tampoco facilita la medición de la salud de acuerdo con los parámetros que emplea. Su subjetividad hace que la definición de la OMS no ofrezca criterios de medición para cuantificar la salud. Ciertamente, esta definición tiene una reducida capacidad operativa, ya que, por ejemplo, todo aquel afectado incluso aunque no sea personalmente por la tiranía, la injusticia, la desigualdad, o la marginación social, no pueden ser incluidas en la definición y debería ser etiquetado como insano.

Ahora bien, de acuerdo con Lorenzetti, "esta es una definición descriptiva, es una aspiración. No es operacional y por ello no puede ser trasladada sin retoques al plano de las operaciones jurídicas. Una cosa es que estemos dispuestos a admitir que la salud es el completo bienestar y otra es que estemos dispuestos a obligar a alguien a procurarlo" (17).

La definición de salud, como aclara Kraut, integra un concepto negativo (ausencia de enfermedad) y otro positivo (promoción del bienestar) y los trabajos de la OMS no han precisado la definición ni las perspectivas del término "bienestar". La realidad indica, que la preocupación médica se centra en la enfermedad ignorando la repercusión negativa de los aspectos psíquicos y relacionales (18).

Llovet, continúa diciendo el citado autor, retraduce la definición de la OMS como el "estar bien (lo físico) y vivir bien (lo social) con arreglo a ciertos parámetros de valoración compartidos y dominantes en la sociedad en que cada uno se encuentra". Es decir que la salud equivale a la capacidad de existir y desarrollarse activamente, adaptado al medio natural y social (19).

(16) HURTADO HOYO, ELIAS, "Ética y realidad en Salud", Conferencia dictada en la Academia Nacional de Medicina de Paraguay con motivo de la incorporación del autor como Miembro Académico Correspondiente. Asunción, Paraguay 8 de julio de 2004. Publicada en *Revista de la Asociación Médica Argentina*, volumen 117, número 3, octubre de 2004, p. 24.

(17) LORENZETTI, RICARDO, "Cláusulas Abusivas en el contrato de Medicina Prepaga", *La Ley* 1997-III-p. 137.

(18) KRAUT, ALFREDO JORGE, *Los Derechos de los Pacientes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 197.

(19) LLOVET, JUAN JOSÉ, "Salud y Derechos Humanos", Editorial Abeledo-Perrot, 1993, p. 20. Conferencia dictada el 25/11/1993 en el curso *Los Derechos Humanos y la participación ciudadana* en la Subsecretaría de Derechos Humanos.

Conviene recordar a Ciuro Caldani, quien asevera que tal como lo ha expresado la doctrina, en los últimos tiempos, la noción de salud se ha incrementado superando ampliamente la mera falta de enfermedad (...) se encuentra hoy con el desafío de una nueva era, signada por enormes cambios científicos, técnicos y morales (20). Asimismo, sostiene que pese a la diversidad de conceptos de salud, consideramos muy importante no confundirla con la falta de enfermedad.

La palabra "salud", tiene su etimología en "salvo", pero creemos, reafirma Ciuro Caldani que ha de abarcar mucho más que esa referencia negativa (21).

En materia de salud, agrega, los hombres somos especialmente únicos, necesitamos con particular significación igualdad de oportunidades y nos desenvolvemos en una comunidad de realizaciones y riesgos. La comunidad conduce a la "res publica"; quizás pueda hablarse de una "res pública de la salud". También sostiene que la noción de salud, a menudo muy discutida y variable según el espacio, el tiempo y las personas, posee gran significado en el enriquecimiento de todo el pensamiento jurídico y cultural (22).

Como se desprende de lo dicho, se reconoce a la salud en conexión ulterior con el bien vida, y en palabras de Morello "El derecho está en la vida y ésta es su gran argumento. Entre la vida y la muerte, la preocupación es el derecho a la salud. Es uno de los grandes temas de nuestro tiempo" (23).

A esto agregamos lo que para Bidart Campos es la noción actual de lo que es salud: una situación personal de bienestar físico, psíquico, mental, moral integral, que excede en mucho a "no estar enfermos" para convertirse en "estar completamente sano" Así como la integridad personal cubre lo corporal, lo psíquico, lo moral, la salud abarca análoga integridad para que la persona se instale en una situación de bienestar, abarcativa de todas esas facetas que componen la compleja personalidad humana" (24).

Mientras que si reflexionamos desde un punto de vista cristiano o religioso, el Nuevo Testamento refuerza el valor de la persona al decir "amad al prójimo

(20) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Los Derechos de los Pacientes como parte de una nueva rama jurídica del Derecho a la Salud", Ponencia presentada en XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011, San Miguel de Tucumán.

(21) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Estrategia Jurídica* Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, UNR Editora - Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2011, capítulo "Aportes Trialista a la estrategia del Derecho de la Salud", p. 191 y p. 194 (notas). Publicado en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>. Publicado en www.centrodefilosofia.org.ar.

(22) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Filosofía Trialista del Derecho de la Salud", *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Revista del Centro I.F.J. y F.S.*, Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Nro. 28, p. 31. Publicado en www.centrodefilosofia.org.ar.

(23) MORELLO, AGUSTÍN y MORELLO, GUILLERMO, *Los Derechos Fundamentales a la Vida Digna y a la Salud*, Librería Editora Platense, La Plata, 2002.

(24) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Lo explícito y lo implícito en la salud como Derecho y como Bien jurídico Constitucional", artículo incluido en la obra colectiva *Salud, Derecho y Equidad*. Directora Gladis Mackinson, Editorial Ad-Hoc, 2001, p. 23.

como a ti mismo". La *consideración del enfermo* como prójimo, debe poner en movimiento todos los recursos de la caridad religiosa, pues si bien no estamos obligados a contribuir al bienestar de otros, la caridad nos manda ayudar a aquellos que no tienen derecho a nuestra ayuda. La palabra "próximo" al igual que "prójimo" proviene del latín *proximus*, el más cercano, que está muy cerca por lo tanto, es cualquier ser humano respecto de otro, pero con la nota y la resonancia de la cercanía vital. El prójimo se encuentra y se reconoce en la convivencia pues integra y sobrelleva con nosotros una suerte común.

Siguiendo estos lineamientos, el Catecismo de la Iglesia Católica, que fue promulgado en 1992 por el Papa Juan Pablo II, señala que (...) "el bien común exige el bienestar social y el desarrollo del grupo mismo. El desarrollo es el resumen de todos los deberes sociales. Ciertamente corresponde a la autoridad decidir, en nombre del bien común, entre los diversos intereses particulares; pero debe facilitar a cada uno lo que necesita para llevar una vida verdaderamente humana: alimento, vestido, salud, trabajo, educación y cultura, información adecuada, derecho de fundar una familia, etc." (25).

Recordemos que el art. 2° de la Constitución Nacional reconoce como institución y persona jurídica a la Iglesia Católica cuando dice que "el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico y romano" o sea, que Dios se encuentra ligado a la sociedad argentina desde su fundación y nuestra Constitución así lo reconoce.

Debemos mencionar que en año 1970, en la "XXIII Asamblea Mundial de la Salud" que es el órgano decisorio supremo de la Organización Mundial de la Salud, se afirmó que: "La salud es un derecho fundamental del hombre" refiriéndose, además, al derecho a la asistencia sanitaria y a la obligación jurídica de brindar esa asistencia tanto a personas individuales como comunidades conforme se ha reconocido, como veremos en las diferentes constituciones del siglo XX.

En este sentido, el rol del Estado es fundamental, debe recordarse que Carrillo, primer Ministro de Salud de la Nación, quien fue el primero en aplicar en la Argentina una política sanitaria, manifestó: "que el Estado no puede quedar indiferente ante los problemas de salud de un pueblo, porque un pueblo de enfermos no es ni puede ser un pueblo digno. La salud, repito no constituye un fin en sí mismo, para el individuo ni para la sociedad, sino una condición de vida plena, y no puede vivir plenamente si el trabajo es una carga, si la casa es una cueva, y si la salud es una prestación más del trabajador". Específicamente él advierte que lo social es clave y promueve en el campo de la medicina y de la salud una concepción sobre el hombre en su triple dimensión bio, psicoespiritual y social. "Es fundamental que el médico se aparte un poco del microscopio y deje de ver la lesión del órgano, para ver más las lesiones del sentimiento, del espíritu, del nexo social y familiar y social".

(25) Catecismo de la Iglesia Católica, Tercera Parte, "La vida en Cristo", Primera Sección, "La Vocación del Hombre-La vida en el Espíritu", Capítulo Segundo, "La Comunidad Humana", artículo 2, "La Participación en la Vida Social", II. El bien común, Párrafo, 1908.

Carrillo, "sostiene que es evidente que actualmente no puede haber medicina sin medicina social y no puede haber medicina social sin una política social de estado". (...) Cuando se produce el fenómeno de un enfermo, este hecho individual es un índice del problema colectivo" (26).

Como lo señala Lara y Mateos, teniendo en cuenta los aspectos culturales y regionales algunos países del tercer mundo, especialmente los africanos han propuesto, la llamada definición estratégica de salud que estipula que "el mejor estado de salud de la población de un país corresponde al mejor estado de equilibrio entre los riesgos que afectan la salud de cada individuo y de la población y de los medios existentes en la colectividad para controlar esos riesgos, teniendo en cuenta la cooperación activa de la población" (27).

Esta es una definición operacional afirma Di Iorio, porque "de todas estas definiciones resulta claro que el problema de la salud y de la enfermedad no solo es privativa del médico, ya que siempre está relacionado con el ambiente, la vida de la población y del individuo, con su cultura y su educación, con los comportamientos sociales y con el nivel de desarrollo social. En resumen, no parece posible definir la salud en términos absolutos y solos objetivos; tampoco pensar que ella es la simple ausencia de enfermedad. La salud engloba aspectos subjetivos (bienestar mental y social, alegría de vivir) y aspectos objetivos (capacidad para la función) y aspectos sociales (adaptación y trabajo socialmente productivos)" (28).

Coincido, dice el médico Carlos Gherardi, "con las limitaciones y críticas que la definición de salud ha recibido desde el mismo momento de su aparición hace más de sesenta años. Y resulta claro que hubo que hacerla aunque mas no fuera para definir el objetivo que la creación de una organización internacional dedicada al mismo demandaba en ese momento. Aunque en este complejo tema los límites de una definición sobre un concepto que comprende tantas variables sociales, éticas, médicas y epistemológicas siempre sufrirán el encierro de un conjunto de palabras, lo mejor sería no repetir el error con otro texto y en cambio precisar con reflexiones los alcances y limitaciones del concepto que todavía llamamos salud. Las virtudes de la definición original que siguen intactas son no creer que la salud es ausencia de enfermedad y extender su vigencia más allá de lo físico. Resultaría más bien una situación de equilibrio constante entre el sujeto y el medio en la búsqueda constante de una relación armoniosa que, según sus resultados, en un caso entrará dentro de la normalidad y en otro dentro de lo patológico. Parece claro entonces que la salud es una cuestión más filosófica que científica" (29).

(26) CARRILLO, AUGUSTO RAÚL y CARRILLO, ARTURO, *Ramón Carrillo, El Hombre... El Médico... El Sanitarista*, 1ra. edición del autor, Buenos Aires, 2005, p. 115.

(27) LARA y MATEOS, ROSA MARÍA, *Medicina y Cultura: Hacia Una Formación Integral del Profesional de la Salud*, México, Plaza y Valdez, 1994, p. 222.

(28) DI IORIO, JOSÉ PABLO, "¿Cómo Podemos Definir la Salud? Su Construcción en Base a la Cultura, al contorno físico y social", artículo incluido en la obra colectiva *Salud y Conciencia Pública*, Directora Lidia M. R., Garrido Cordobera, Editorial Fundación Sanatorio Gûemes, 2011, p. 145.

(29) GHERARDI, CARLOS, "La Salud está necesitando un poco de Filosofía", artículo del 31 de Enero de 2011. Publicado en <http://www.intramed.net/contenido/ver.asp?contenidoID=69429>.

Otra definición más moderna de salud, al considerar a la de la OMS como algo utópica como meta a lograr, es la del Licenciado en Psicología Saforcada, (año 1988) que considera a la "salud" como: "Situación de relativo bienestar físico, psíquico y social, el máximo posible en cada momento histórico y circunstancia social determinada, considerando que dicha situación es producto de la interacción permanente y recíprocamente transformadora entre el individuo (entidad biológica-psico-socio-cultural) y su ambiente (entidad físico-química-psicocultural y económico política)" (30) concepto citado por Tullio, en su Diccionario Médico Legal (31).

Por lo tanto, cuando se habla de salud, no siempre nos referimos a lo mismo ya que la noción de salud no es de fácil definición. El interrogante de qué es la salud continúa todavía sin una respuesta única. Un aspecto a tener en cuenta sostiene Saforcada es que "la salud forma parte de los aspectos básicos que acunaban el concepto de derechos humanos. Es así que la salud trasciende el campo de las responsabilidades individuales para constituirse en responsabilidades del conjunto de la sociedad" (32).

Por otra parte desde el punto de vista sociológico Torrado, define a la salud como un momento particular de un proceso que implica también como componente a la enfermedad. Se parte de la constatación de que el Proceso de Salud-Enfermedad (PSE) es de naturaleza histórico-social es decir que se manifiesta diferentemente en el espacio y en el tiempo (33).

En consecuencia, suscribimos a la concepción de salud, como un proceso que varía según los contextos históricos y culturales de cada sociedad. Esta se construye como un supuesto estado de bienestar a alcanzar, un parámetro que diferencia que es salud y que no lo es. Así, la salud, la enfermedad y la atención responden a procesos históricos que se encuentran atravesados por distintos factores: sociales, políticos culturales y/o económicos determinando y definiendo que se va a entender por salud y por enfermedad. Por lo tanto, los procesos de salud-enfermedad, son procesos (y no situaciones de "salud total" o de "enfermedad total") que constituyen la vida cotidiana, y organizan la vida individual, familiar y social.

2. CARACTERES DEL DERECHO A LA SALUD

En primer término, podemos decir, como afirma Suárez "que de manera genérica, el derecho a la salud es un derecho "multidimensional", porque su satisfacción implica la consecución de varios estándares de calidad de vida (fisi-

(30) SAFORCADA, ENRIQUE, *Calidad de Vida y Salud*, MIMEOUBA, Buenos Aires, 1988.

(31) TULLIO, ÁNGEL ANTONIO, *Diccionario Médico Legal*, editorial Abeledo Perrot, año 1999, p. 425.

(32) SAFORCADA, ENRIQUE, "Calidad de Vida y Salud". Disponible en <http://textosdepsicologia.blogspot.com.ar/2010/08/la-definicion-de-salud-de-la-oms-que-la.html>.

(33) TORRADO, SUSANA, "La Familia en el Eje del Bienestar", artículo publicado en Suplemento Especial del *Diario Clarín* de fecha 18 de Noviembre de 2005, Ciclo de Debates Abiertos a la Sociedad, Mesa sobre Desarrollo Social y Salud.

co, mental, etc.). Es, también, un derecho de "tendencia expansiva" ya que su contenido no es estático: la evolución del hombre en el tiempo y los adelantos tecnológicos y científicos (en pos del bienestar de los pueblos, por cierto) han ido variando los estándares mínimos que conforman una "existencia digna" para cualquier habitante de una sociedad dada. Además afirma que el derecho a la salud abarca no sólo la salud individual sino también la salud colectiva, la salud es un bien de toda la comunidad, un bien social (34).

El derecho a la salud ha sido calificado por Sagüés como un uno de los derechos integrantes del derecho a la condición humana "derecho constitucional fundante" y personalísimo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos" (35).

En segundo término afirman Serrano Escobar, y Tejada Ruiz no es un derecho "de" sino un derecho "a", es decir un "derecho prestacional" que da lugar a una prestación exigible del Estado (36).

Además no debemos olvidar que el velar por una adecuada, digna y suficiente prestación del servicio de salud para toda la sociedad, es una de las funciones indelegables asumidas por el Estado, aún en su estructura más prescindente (el Estado liberal antes y el moderno Estado regulador ahora). Existe acuerdo actualmente en considerar a la salud como un derecho del individuo. Hoy en día pensamos en un "derecho a la salud" titularizado en las personas, concretamente en toda persona y en que este derecho debe ser garantizado por el Estado.

Por otra parte, deseamos recalcar que el derecho a la salud, es importante para todos los Estados: todo Estado ha ratificado por lo menos un tratado en el que se reconoce ese derecho. Además, los Estados se han comprometido a protegerlo en el marco de declaraciones internacionales, leyes y políticas nacionales y conferencias internacionales.

Conforme lo señala la "Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos" (OACDH) que dirige los esfuerzos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, los Estados "deben garantizar un nivel mínimo de acceso a los componentes materiales esenciales del derecho a la salud, por ejemplo el suministro de medicamentos esenciales y la prestación de servicios de salud materno infantil. A pesar de las limitaciones de recursos, algunas obligaciones tienen un efecto inmediato, por ejemplo garantizar el derecho a la salud sin discriminatoria alguna y elaborar leyes y planes de acción específicos

(34) SUAREZ, ENRIQUE LUIS, "Políticas Públicas de Prevención y Tratamiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida en la Provincia de Buenos Aires: algunos lineamientos sustantivos e instrumentales", Ed. del 9 Feb 2009. MJ-DOC-4212-AR | MJD4212 Microjuris. hñoticias.com.ar/assets/.

(35) SERRANO ESCOBAR, LUIS GUILLERMO y TEJADA RUIZ, CLAUDIA PATRICIA, *Responsabilidad Civil y del Estado en la Prestación de Servicios Médicos Asistenciales*, ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1994.

(36) SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 259-270.

u otras medidas análogas a efectos de la plena realización de este derecho, como con cualquier otro derecho humano” (37).

Queremos destacar que en su Resolución 2002/31, la “Comisión de Derechos Humanos” creó el mandato de “Relator Especial sobre el derecho a la salud”.

Los métodos de trabajo del Relator Especial consisten en realizar misiones a los países, investigar cuestiones que son motivo de preocupación, examinar las comunicaciones de personas o grupos en las que se denuncien presuntas violaciones del derecho a la salud, y mantener, cuando proceda, conversaciones con los gobiernos en relación con presuntas violaciones, y presentar informes anuales a la Asamblea General y al Consejo de Derechos Humanos.

De la misma forma los derechos sociales como afirma Mertehikian, —entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud— no constituyen para los individuos un derecho de actuar, “sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado, cuando éste hubiera organizado el servicio” (38).

Para Mackinson, la justicia distributiva aplicada a la distribución de recursos en salud puede contribuir al ideal de justicia. Empero —observa— “la decisión última no es jurídica, médica o académica: depende exclusivamente de proyectos políticos sustentables, de cumplimiento efectivo” (39).

3. DERECHO DE LA SALUD COMO RAMA AUTÓNOMA

¿Es el “Derecho de la Salud” una nueva rama del mundo jurídico?

En este tema, precisábamos comprender lo que significa la evolución y la complejidad del concepto de salud, cuestión que hemos aclarado en el primer punto de este trabajo, para que la expresión “Derecho de la Salud” tenga un sentido común para las personas en general y para que los operadores del derecho sean capaces de sacar todas las consecuencias de tal afirmación, y garantizar, hasta sus últimas instancias, este derecho.

Queremos precisar, en lo referente a esta pregunta, que no existe una adhesión en el ámbito internacional sobre las características inherentes a una rama del Derecho centrada en el tema de la salud, pues las diversidades en la concepción y ejercicio de la medicina en los diferentes sistemas sociales dificultan la uniformidad de una doctrina al respecto. Recordemos que según la “Real Acade-

(37) “Derecho de la Salud”, Folleto Informativo sobre Derechos Humanos Nro. 31. Publicación de la “Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>.

(38) MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La Protección de la Salud” como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido; Fallo Comentado por Eduardo Mertehikian, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, 02/06/1998, Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social. (La Ley, 1998-F, 303).

(39) MACKINSON, GLADYS J., “Salud Pública, Asignación de Recursos y Justicia”, *Cuadernos de Bioética*, n. 6, p. 57, Buenos Aires, septiembre 2000.

nia de la Lengua" el Derecho es el "conjunto de leyes preceptos y reglas a la que están sometidas los hombres en su vida social" y además la "ciencia que estudia las leyes y su aplicación". Por ello, el Derecho, como elemento regulador de las relaciones sociales, reviste una importancia especial en todas las acciones humanas.

La palabra derecho proviene del vocablo latino *directum* que significa "dirigir, gobernar" "un lugar a donde se va", "lo que es recto, lo que no es torcido", todo aquel comportamiento conforme a reglas dentro de cualquier sociedad, y que estas reglas pueden ser acatables por legitimidad.

Como subraya Dallari, el derecho a la salud tiene una historia similar al de otros derechos humanos. Nace como una demanda social de trabajadores a la vista de sus precarias viviendas, condiciones de trabajo y asistencia sanitaria y, más tarde, después de las dos guerras mundiales, surge como una necesidad para todos los ciudadanos a ser aportada por el Estado, capaz de proporcionar la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y, desde luego, la recuperación y rehabilitación de la salud (40).

Sobre todo a partir de la Edad Moderna el Derecho se ha ido diferenciando en diversas áreas con características propias que habitualmente son denominadas ramas del mismo. El Derecho de nuestro tiempo, suele ser considerado en compartimientos estancos que responden en gran medida a criterios utilitarios, pero como afirma Ciuro Caldani, urge enriquecer ese enfoque con otros planteos que a menudo, *transversalmente*, rescaten aspectos profundos de la persona, ahora ocultos por esa compartimentalización. En efecto, a la luz de la consideración del complejo jurídico se advierten las exigencias de otras "ramas jurídicas" que complementan a las ramas tradicionales como el Derecho de la Salud, el Derecho a la Ancianidad, el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc. Las posiciones de los enfermos, los ancianos, los usuarios de procreación asistida, los investigadores, los artistas, los educandos y educadores etc. no pueden quedar reducidas solo a enfoques relativamente superficiales y compartimentalizados que pueden darle el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo etc. Diversos valores que la justicia debe consagrar como la salud, la verdad, la belleza, el amor etc. quedan hoy marginados por la compartimentalización de las ramas jurídicas tradicionales (41).

Es importante, reitera Ciuro Caldani que la composición de las ramas del mundo jurídico, guarde relación con las necesidades de espacio, tiempo y personas.

En nuestros días de cambio de era histórica, en donde se desenvuelve una gran tensión entre economía capitalista y tecnología por una parte y democracia

(40) DALLARI, SUELI GANDOLFI, "Uma Nova Disciplina: o Direito Sanitário". In: *Revista de Saúde Pública, São Paulo*, v. X, n. 22, ps. 327-334, 1988.

(41) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Filosofías de las ramas del mundo jurídico y "Nuevas Reflexiones sobre la autonomía de los Derechos de los Menores". Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/487/367> y <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/211/573>.

y derechos humanos *por la otra*, resulta relevante la consideración de "nuevas ramas" llamadas a enriquecer, no a sustituir, los planteos tradicionales, demasiado vinculados al capitalismo y a la tecnología. Una de esas ramas nuevas a tener en cuenta a nuestro parecer, continua diciendo este autor, es el "Derecho de la Salud" (42).

El "Derecho de la Salud" es en nuestra opinión, una disciplina fuertemente emergente en el ámbito sanitario, como consecuencia de la interacción entre el mundo jurídico y el mundo médico.

Sentado este punto de partida, cabe recordar lo expresado por González Díaz, doctrinario cubano, quien afirma que en este amplio espectro de interacciones, se ha fomentado y consolidado uno, revestido de connotaciones muy especiales determinado por las complejidades propias del "Sector de la Salud" y lo singular de las relaciones que genera, propiciatorias de la aparición de un conjunto de regulaciones, disposiciones y leyes propias de este sector, que constituyen, sin duda, "una rama del Derecho con características definitorias de muy amplio espectro" (43).

La actividad del profesional de la salud en el desarrollo del arte de curar es, en la actualidad, objeto de interés creciente. El acceso a la comunicación hace que la práctica médica sea cuestionada continuamente, lo que deriva en acciones judiciales que intentan encontrar responsabilidad ante eventos calificados de adversos. Por ello, como hemos ya analizado en este trabajo, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina se ocupan cada vez más del tema. La esencia del "Derecho de la Salud" radica en la necesidad de regulación de las relaciones sociales que se producen en el proceso salud-enfermedad y en las labores de promoción, prevención y rehabilitación de la salud.

Por otra parte Pregno, sostiene que el "Derecho de la Salud" viene a orientar la búsqueda de respuestas a los dilemas y conflictos que el avance de la Biotecnología y la Biomedicina plantean. La justificación de la autonomía de este neorama del derecho radica en el carácter transversal que aporta respecto de las demás ramas jurídicas.

El "Derecho de la Salud", no se descuelga del tronco madre, sino que constituye un verdadero *by-pass* hacia el interior del mundo jurídico desde que es preciso realizarla articulando la totalidad de las ramas, las tradicionales y las no tradicionales, en él confluyen en todas sus manifestaciones el derecho público el derecho privado y las ramas colectivas. Ciertamente la transversalidad de esta *nueva rama del derecho* verbigracia el "Derecho de la Salud", no denuncia más que la problematicidad de la existencia y la pantonomía del complejo vital en su *máxima expresión (en última instancia, está en juego la vida y la plenitud de la vida de las personas)* pero a nuestro modo de ver, dice Pregno, las dificultades se

(42) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Filosofía Trialista del Derecho a la Salud". Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent284.pdf> y <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/555/453>.

(43) GONZÁLEZ DÍAZ, CARLOS, "En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud". Disponible en http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol19_4_05/ems01405.pdf.

incrementan si ni podemos sistematizar la "facilidad" con que uno se enferma y sana en el mismo día" (44).

Volviendo a la opinión de Ciuro Caldani, sobre el "Derecho de la Salud" este autor, nos explica que se trata de un término mucho más *abarcativo* del, a veces llamado, "derecho a la salud". Se trata de una perspectiva que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud; de modo que las distintas ramas tradicionales, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal, no resultan suficientes para plantear y resolver satisfactoriamente las cuestiones jurídicas respectivas. La jerarquía de la problemática de salud, la complejidad científico-técnica de las respuestas al respecto y en especial la debilidad del enfermo son puntos de vista principales para hacer que los pliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración. Las cuestiones de salud "enrarecen" los problemas jurídicos haciendo, por ejemplo, que la apertura o el cierre de un hospital o un sanatorio no sean, v. gr., cuestiones administrativas o comerciales comunes. (...) El "Derecho de la Salud" tiene a menudo despliegues administrativos especiales, que alcanzan v. gr. la configuración de Ministerios; posee, por ejemplo en el Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el desarrollo docente de un "Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Salud" que brinda una muy especial capacidad pedagógica que llega a plantear a la salud como uno de los soportes de todas las potencias que se adjudican en el mundo jurídico. El desarrollo de las ramas del mundo jurídico, prosigue Ciuro Caldani, depende en gran medida de la apreciación de su autonomía material, constituida por las particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas antes referidas y del despliegue de las autonomías legislativa, judicial, administrativa, científica, docente y pedagógica. Creemos reitera, que sin perjuicio de otras exigencias específicas, que en el "*Derecho de la Salud, es necesaria la protección del al menos posible enfermo*" (45).

Ciuro Caldani, vuelve a repetir este concepto, al afirmar que la jerarquía de la problemática de salud, la complejidad científico-técnica de las respuestas al respecto y en especial la *debilidad del enfermo (in firme, infirmus)* son puntos de vista principales para hacer que los despliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración. Las cuestiones de salud, sostiene *enrarecen* los problemas jurídicos haciendo, por ejemplo, que la apertura o el cierre de un hospital o un sanatorio no sean, v. gr., cuestiones administrativas o comerciales comunes (46).

(44) PREGNO, ELIÁN, "El Derecho de la Salud como una nueva rama del mundo jurídico una respuesta justa". Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1327/1468>.

(45) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo", http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_11.pdf.

(46) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Filosofía Trialista del Derecho de la Salud". Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent284.pdf> y <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/555/453>.

Retomando la afirmación de González Díaz, el "Derecho de la Salud" puede ser definido: "como la rama del Derecho que regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto la salud humana y su protección, entendida la salud como una actitud de armonía que abarca los estados de completo bienestar físico, mental y social, lograda en un medio ambiente que garantice la sostenibilidad de este equilibrio".

Del análisis de la definición expuesta se deduce que las relaciones médico-paciente son sólo un aspecto, quizás el más reconocido, del objeto de estudio de esta disciplina; pero su campo de acción es mucho más amplio. Por tanto, es fácil entender que el Derecho de la Salud es un concepto o categoría mucho más abarcador que el usualmente utilizado de Derecho Médico o Derecho Sanitario ya que el término "Derecho de la Salud" comprende relaciones jurídicas en las que la tradicional relación médico-paciente no está necesariamente presente, como es el caso de las políticas sanitarias o acciones que pueden influir en el estado de salud de la población, bien sean determinadas por un factor de tipo ambiental o psicosocial y otras que se apartan de los procedimientos médicos más específicos.

Para este autor, cuyo postura transcribimos *existen dos subramas del Derecho de la Salud*: la sub rama denominada *Derecho Médico* es "el conjunto de normas jurídicas, y preceptos ético-morales, de carácter Público y Privado, que regulan la actividad del médico con motivo de su profesión, la relación jurídica médico-paciente y las consecuencias derivadas de ella; estableciendo así los principios generales de la responsabilidad legal médica" y otra sub rama del Derecho de la Salud: el *Derecho Sanitario*, descrito como la sub rama del Derecho de la Salud integrada por el conjunto de normas jurídicas que atañen a aquellos factores físicos, químicos, biológicos y sociales del entorno del hombre que pueden ejercer efectos significativos y detectables sobre la salud de las poblaciones.

Dentro de esta línea de acción, el Derecho Sanitario ofrece la base necesaria para establecer las disposiciones que garanticen las acciones de prevención y control epidemiológico, en las que todos los trabajadores del sector salud desempeñan un papel fundamental, sobre todo aquellos que por su relación directa con los usuarios del sistema pueden propiciar la divulgación y adquisición de hábitos y estilos de vida saludables y establecer los procesos de tratamiento y rehabilitación, según los principios que establece el Derecho Médico.

Actualmente, existe una tendencia internacional a agrupar el conjunto de instrumentos jurídicos vinculados al tema de la salud, bajo una "rama del Derecho".

No obstante, es oportuno señalar que esta corriente que hemos venido analizando presenta algunos detractores que consideran que la legislación en materia de salud, no posee las premisas necesarias para el desarrollo de una rama del Derecho, postura con la que estamos en desacuerdo.

Finalmente, en nuestra opinión a la pregunta si ¿Existe un Derecho de la Salud? sin entrar en análisis conceptuales que exceden el contenido de este trabajo, podemos concluir, que si existe un Derecho de la Salud con perfiles y naturaleza

propia que complementa los planteos tradicionales, como hemos ido demostrando al analizar las reflexiones de esta corriente de ilustres juristas, que nos han permitido descubrir una nueva rama jurídica, el Derecho de la Salud, superadora de otros compartimientos estancos, la cual debe responder siempre a la exigencia integral de justicia de adjudicar a cada individuo, la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona.

Debemos, entonces, reconocernos próximos al pensamiento de Ciufo Caldani y Pregno, que consideran que en nuestro país se perfila el "Derecho de la Salud" como una novedosa rama autónoma del derecho, con objeto de estudio y base legislativa propia y bien definidas que por su especificidad requiere de la interdisciplina y del diálogo con las disciplinas ya existentes.

Por su parte, Cortesi afirma, conforme con este criterio, que el "Derecho de la Salud" es un derecho que se encuentra en pleno proceso de "construcción" y en el que el avance tecnológico y la actualización de la normativa existente es constante (47).

Siguiendo, este nuevo paradigma de protección de la salud, se creó en Chile, en el año 2012 en la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, el primer "Programa de Magister en Derecho de la Salud", de dos años de duración y de carácter multidisciplinario, y el "Programa de Diplomado en Derecho de la Salud" de ocho meses de duración, mediante los cuales que se aspira avanzar y profundizar en el conocimiento de esta nueva rama del Derecho que, como tal, requiere de investigación, de integración de conocimientos y de ampliación del espectro disciplinar de análisis (48).

Como hemos venido examinando, en los párrafos anteriores en el campo del derecho, se ha ido estableciendo un diálogo progresivo, multi e interdisciplinario, con el intercambio de métodos, modelos y conceptos, lo que admite la creación de nuevas disciplinas dentro del amplio campo de la ciencia jurídica, y entre esas disciplinas en nuestra opinión, se encuentra el "Derecho de la Salud".

En conclusión, la construcción del "Derecho de la Salud", va incrementando su importancia, al punto de estar erigiéndose en categoría autónoma conceptual que requiere una visión en la que no haya un solo centro que sirva como lugar para resolución de enfermedades, tales como los "hospitales", o de los conflictos como los "tribunales", el derecho de la salud debe ser ejercido por toda la sociedad en su conjunto, en todos sus aspectos, no solo en sus aspectos físicos, sino también mentales y sociales, requiriendo el aporte multidisciplinario tanto de las generaciones presentes como de las futuras en la elaboración y en la implementación de las normas y acciones destinadas a la promoción, a la protección y a la recuperación de la salud.

(47) CORTESI, MARÍA CRISTINA, "Derecho y Salud". Disponible en <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/>.

(48) "Programa de Magister en Derecho de la Salud" y el "Programa de Diplomado en Derecho de la Salud", Universidad de los Andes, Chile. Disponible en <http://postgrados.uandes.cl/postgrado/magister-en-derecho-de-la-salud/>.

4. EL DERECHO A LA SALUD EN LA DOCTRINA NACIONAL

A nivel doctrinario nacional, podemos tener en cuenta lo vertido por Gabriela Fernanda Muñoz (49), quién reproduce lo que afirman Augusto Mario Morello y Gabriel A. Stiglitz quienes sostienen que el derecho a la vida, del que derivado el derecho a la salud, es un presupuesto ineludible para el pleno y digno desarrollo de la personalidad.

Coincidimos con Casanabe, quien asevera que "el derecho a la salud" es el umbral del derecho a la vida y sin duda uno de los presupuestos básicos de la dignidad y el desarrollo de la persona (50).

Recordemos que Naciones Unidas en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), creado en 1965 con la función de contribuir a la mejora de la calidad de vida de las naciones, ha conceptualizado el desarrollo como un proceso que va otorgando con amplitud mayores oportunidades al ser humano, entre las cuales se incluye la de disfrutar de una vida "saludable", es decir, una buena situación de salud.

Por su parte Gómez Paz, destaca que el "derecho a la salud", es un derecho natural porque tiene su origen en las leyes universales de la naturaleza, como la conservación de las especies, y por consiguiente el hombre lo adquiere por solo el derecho de nacer y constituirse en un representante de su especie. Sin su amparo, la existencia de sus miembros, y por ende, la sociedad, no podría subsistir (51).

Bidart Campos, sostiene que "la salud es un derecho (no enumerado o implícito) de los habitantes que hace parte de los que, como enumerados, tienen su eje en el art. 14, y el sujeto pasivo es el Estado, que asume un deber negativo de abstención consistente en no violar ni dañar la salud de los habitantes" añade, asimismo que "era un derecho individual anexo al derecho a la vida y su sujeto pasivo era el Estado que debía abstenerse de violar o dañar la salud" (52).

Marienhoff, considera conforme lo cita, Muñoz, en el artículo ya mencionado, que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del *derecho a la vida*, valor supremo en un Estado de Derecho, que "en las prerrogativas humanas ocupa el primer puesto" (53).

(49) MUÑOZ, GABRIELA FERNANDA, "Algunas Consideraciones Teóricas con respecto al Derecho a la Salud y la garantía prevista para su respaldo: la acción de amparo". Disponible en: <http://www.conhist.org/Vol%20III/munozsalud.PDF>.

(50) CASANABE, SUSANA, "Amparo y Prestaciones médicas de alto costo o complejidad: Sustentabilidad del sistema vs. Derecho a la Salud" (nota a Fallo SC Mendoza, Sala I, 2005/09/16-Sarmantano, Carolina V. c. Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza).

(51) GÓMEZ PAZ, JOSÉ B., "Introducción al Derecho a la Salud", DT, 1989-B, 1729.

(52) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Lo Viejo y lo nuevo en el Derecho a la Salud: entre 1853 y 2003", La Ley, 2003-C, 157.

(53) MARIENHOFF, MIGUEL, "El Derecho a la Libertad integral del Ciudadano", Artículo publicado en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, año XII, 2ª época, n° 9.

En efecto, como manifiesta Corti, “el derecho fundamental que protege la vida digna en cuanto bien, es el derecho a la vida, que a su vez comprende un sinnúmero de facetas, tales el derecho a la salud y el derecho a una vida decente (54).

Gherzi, afirma, el derecho a la salud, es un derecho derivado del derecho personalísimo a la vida, la salud es una situación, estado y una dinámica que le permite al ser humano estar óptimo con su cuerpo, mente y espíritu, y el desarrollo de su proyecto de vida, individual y social. Es un “derecho universal, personalísimo y de la familia” al que se obligaron los Estados modernos especialmente la Argentina desde 1853. Este derecho humano esencial que es la prestación de salud, debe ser sin distinciones de clases, nacionalidades y especialmente a los que denominamos los “grupos vulnerables” (55).

Según Roemer, resulta más correcto hablar del “derecho a la atención a la salud”. Sostiene que por lo general, se considera que la atención de la salud comprende una variada gama de servicios: protección ambiental, promoción de la salud, tratamiento y rehabilitación (56).

Por su parte, es trascendente tener en consideración las precisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (CSJN) órgano jurisdiccional máximo de nuestro país que ha expresado que “el derecho a la vida es primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional” (Fallos 302:1284, 310:112) (57).

También ha dicho “que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico, y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. (Fallos 316:479, votos concurrentes). Ver Considerando 10 del “Monteserín, Marcelino c/ Estado Nación - Ministerio de Salud y Acción Social. (Fallos 324:3571 del 16/10/2000) (58).

Además nuestro más alto tribunal ha forjado una señera jurisprudencia en los conocidos casos “Campodónico de Beviacqua, Ana c/ Ministerio de Salud - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos 323:3229 del 24/10/2000) (59) y “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social, Estado Nacional s/ amparo ley 16.986 (Fallos 323:1339

(54) CORTI, HORACIO, *Derecho Constitucional Presupuestario*, 1ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

(55) GHERZI, CARLOS, *Análisis Socioeconómico de los Derechos Personalísimos*, Cátedra, Buenos Aires, 2010.

(56) ROEMER, RUTH, “El Derecho a la Atención a la Salud. El Derecho a la Salud en las Américas”, Organización Panamericana de la Salud, *Publicación Científica N° 509*, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud.

(57) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 302:1284, 310:112.

(58) Monteserín, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”. Fallos 324:3571 del 16 de octubre de 2001.

(59) “Campodónico de Beviacqua, Ana c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas Sanitarios y Banco de Drogas”, sentencia del 24/10/2000. Fallos 323:3235.

del 1/06/2000⁽⁶⁰⁾ consolidando en estos precedentes el razonable marco del derecho a la salud en los cuales ha reiterado su doctrina respecto a la obligación del Estado Nacional de "garantizar" el derecho y acceso efectivo a la salud, haciendo referencia a la ratificación por la Argentina del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otros tratados para reafirmar el rango constitucional del derecho a la salud.

Prosiguiendo con este tema queremos recordar una sentencia de la "Corte Interamericana de los Derechos Humanos", frecuentemente mencionada por su importancia por diferentes autores, recaída en Villagran Morales y Otros c. Guatemala —conocido como el caso de los "Niños de la Calle"—, en donde se sostiene que: "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. (...). Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él". Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, n° 63. (párr. 144) (61).

La importancia de este caso radica en que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se pronunció, por primera vez, sobre la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños y para su interpretación recurrió a al artículo 19 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" que trata del derecho de todo niño a ser destinatario de todas aquellas medidas especiales de protección que por su condición requiere.

Creemos como dice Bolis, que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sientan una "ética global" y crean para los estados que los suscriben y ratifican la obligación de emitir legislación dirigida a darles cumplimiento. Estos instrumentos internacionales de ámbito mundial o regional, prosigue Bolis contienen disposiciones que fundamentan la salud como un derecho con alcance general, o en consideración a las necesidades específicas de grupos en condiciones de riesgo (62).

En este orden de ideas coincido con lo dicho por Abramovich y Courtis, que consideran que "es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución, sino que necesariamente implica condicionar

(60) "Asociación Benghalensis y Otros c. Ministerio de Salud y Acción Social", Fallos 323:1323, 01/06/2000. (La Ley, 2001-B, 123).

(61) "Villagran Morales y otros c. Guatemala". Corte Interamericana de Derechos Humanos —conocido como el Caso de los "Niños de la Calle"—, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, Nro. 63. (párr. 144). Publicado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.

(62) BOLIS, MÓNICA, "El Derecho a la Salud desde el enfoque de la Extensión de la Protección Social". Artículo presentado en las *Jornadas Subregionales de Defensores de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 14-16 de marzo de 2005. Publicado en <http://www.paho.org/spanish/dpm/shd/hp/defensorias-cor-2mb.pdf>.

todo el poder público, incluido el que ejerce el poder judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos" (63).

En consecuencia, conforme lo define Ferreyra, el *derecho a la salud*, sería aquel que detenta todo individuo de un Estado a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto de la prevención como en el asistencial, cuando pueda hallarse en peligro o se encuentre afectada la salud de las personas (64).

5. EL DERECHO A LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS. ETAPAS GENERACIONALES

La generación de los derechos económicos, sociales y culturales surge recién a partir del siglo XX acuñado por el constitucionalismo social, a diferencia de la generación de derechos civiles y políticos que fueron perfeccionados por el iluminismo clásico del constitucionalismo liberal en el siglo XVIII.

Punto culminante de este proceso fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en París el 26 de agosto de 1789 que da nacimiento:

1ro.) Al Estado de Derecho Democrático Liberal que reconoce las libertades individuales, y 2do.) A través de duras luchas sociales, al Estado de Derecho Democrático y Social de reconocimiento de las libertades y de los derechos sociales de los individuos.

El derecho a la salud, comprendido como una de las especies del género de los derechos sociales se generalizó, al ser considerado como un elemento básico de toda política social de bienestar del Estado benefactor.

A partir de lo reseñado en los párrafos anteriores, se puede colegir el carácter de social que se le atribuye a este derecho. El espectro de los casos que conciernen al derecho a la salud, son de sensible interés social. Hay situaciones de extrema gravedad, que afectan intereses humanitarios y convocan a la solidaridad social, movilizand o a vastos sectores del Estado mismo en la búsqueda de soluciones.

Nuestra preocupación, es desentrañar el perfil de este derecho a la salud de rango constitucional, atribuyéndole el carácter de un "derecho de incidencia colectiva" como haremos en el punto 6 de este trabajo.

Ampliando esta línea de pensamiento creemos que, como entienden Morrel y Cafferata, que "el Derecho de la salud pasó de ser un derecho subjetivo, individual, personalismo, básico humano de *Primera Generación*, Ej. Derecho a la libertad de culto, a la libertad de pensamiento, a la movilidad, etc., a un derecho de *Segunda Generación* social, prestacional, activo en el que varía el rol del

(63) ABRAMOVICH, VICTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 72.

(64) FERREYRA, RODOLFO FABIAN, *El Derecho a la Salud a la luz de Nuestro Régimen Constitucional*. Nota a Fallo publicado en *La Ley Noroeste* 2006 (Septiembre), p. 906.

Estado y de los terceros relacionados (obras sociales, seguros, mutuales etc.)". Ej. Derecho de toda la población a la salud, a la vivienda, a la educación, a la seguridad (65).

Como veremos más adelante el derecho a la salud es incorporado a varios documentos de la legislación internacional en el período de esplendor económico posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, para dar un gran salto e internarse en la *Tercera Generación* de derechos basados en la paz y en los valores de cooperación y vinculados al desarrollo humano y al desarrollo del medio ambiente, y al patrimonio común de la humanidad que se funda según Gross Espiell, en la idea de la solidaridad entre los hombres (66).

Con respeto a la expresión empleada por la doctrina, "generación de derechos humanos" Bidart Campos señala refiriéndose al empleo de la palabra generación, que el hecho de *generar* significa *engendrar, dar origen, hacer nacer*. El sustantivo *generación* implica "reproducción de seres", y viene a ser sinónimo de *fecundación*; asimismo da idea de *filiación* o de "descendencia de padres a hijos"; y finalmente apunta al conjunto de "todos los que viven en una misma época" o de cuantos "comparten con edad semejante algo común". Debemos preguntarnos, ¿Estas acepciones implican, necesariamente, que una nueva generación cancela a aquella a la cual sucede? ¿Las generaciones pasadas que, con sentido biológico han desaparecido no aportan algo a las posteriores y a las futuras? volvamos al vocablo acumular: cada una de las tres generaciones se ha sumado acumulativamente a las otras; la primera a las dos siguientes, y así sucesivamente, para componer la triada indivisible y subsiguiente. Se añade y no se resta, se amplía y no se disminuye (67). Postura doctrinaria a la cual nos adherimos, pues como reflexiona el citado autor con normas y sin normas "hay derechos nuevos y contenidos nuevos en derechos viejos".

6. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO COLECTIVO

La disciplina constitucional coincide en que los derechos colectivos, también llamados *derechos de incidencia colectiva*, constituyen los denominados "derechos de tercera generación", debido a su reciente aparición y a la posterioridad de su creación con respecto a los derechos de *primera generación*. La salud, como sostiene Iñiguez es un bien jurídico, íntimamente ligado a la vida revistiendo, en consecuencia, la categoría de derecho colectivo o derecho de incidencia colectiva (68).

(65) MORELLO, AGUSTIN y CAFFERATA, NÉSTOR, "La Dimensión Social del Derecho a la Salud. Problemas enfoques y perspectivas. Doctrina", *El Derecho*, tomo 213-937, ps. 939 y 942. *El Derecho*, Diario del 11 de agosto de 2005.

(66) GROSS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 1985.

(67) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Las Tres Generaciones de Derechos*, La Ley, 2003-F, Sección- Columna de Opinión, 1485.

(68) IÑIGUEZ, MARCELO DANIEL, *Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos*, Ed. Rubinzal-Culzoni.

Dentro del grupo de los derechos de *Primera Generación* podemos encontrar aquellos derechos que surgen como consecuencia del constitucionalismo liberal del siglo XIX. Asimismo, dentro del grupo de los derechos de "*Segunda Generación*" se enrolan los derechos nacidos como consecuencia del constitucionalismo social.

La nota de color de los derechos de "*Tercera Generación*", entre los cuales se encuentran los "*derechos de incidencia colectiva*" son, desde simples grupos hasta la sociedad en su conjunto. Es la solidaridad nacional, vale decir, una visión macro del derecho a la protección y promoción de la salud integral de las personas y el derecho a la atención sanitaria en condiciones de igualdad efectiva.

Se trata, entonces, no solo de derechos sociales sino también "derechos humanos de la Solidaridad" que implican la satisfacción de un interés común (sumatoria de derechos individuales). Son los llamados *intereses difusos* entre los que encontramos el derecho a un medio ambiente sano y apto para el desarrollo humano y el derecho a la paz. Pero lo que no ha podido unificarse aún es la concepción de los distintos autores acerca de la definición exacta de los llamados "derechos de tercera generación".

Bidart Campos, caracteriza estos derechos en base a la presencia de un conjunto de características esenciales: (I) su reciente aparición —cronológica—, (II) su dimensión "...colectiva y transindividual...", (III) que "...exhiben una intersección entre el derecho público y el derecho privado...", (IV) su relación con "...muchísimos otros derechos..." de "primera" y de "segunda" generaciones (69).

Por su parte, Sagüés, postula que el listado de los derechos personalísimos comienza por el reconocimiento de ciertos derechos fundantes, básicos y necesarios para la realización de todos los demás. En ese orden de ideas, cabe concluir primero los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud y dignidad, al nombre, nacionalidad, honor y a la propia imagen. Todos ellos atañen a algo indispensable: que al ser humano se le reconozca su condición de tal.

Entiende este autor, como parte de la doctrina (Bidart Campos, Quiroga Lavie) que el derecho a la salud, como derecho constitucional no enumerado tiene su fuente constitucional en el art. 33 (70).

Bidegain, manifiesta opiniones similares a las previamente reseñadas sobre la titularidad de estos derechos y sostiene que "...sus titulares son una serie de personas indeterminadas, o de muy difícil determinación..." y "...su objeto son bienes indivisibles, como la defensa del medio ambiente, valores culturales, la protección del consumidor..." (71).

(69) BIDART CAMPOS, GERMAN, *Estudios Constitucionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud*, Ed. Astrea, 1995.

(70) SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, t. 2, ps. 259-270. 2ª edición actualizada y ampliada, 1997.

(71) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Abeledo-Perrot, t. V, 1991.

Quiroga Lavié, acentúa el carácter *colectivo* de estos derechos, como opuesto al derecho *individual* de los integrantes de la clase afectada, y encuentra en ello su nota diferenciadora: "suscita polémica el alcance del concepto derecho de incidencia colectiva, lo cual tiene impacto en el tema de la legitimación para solicitar su tutela. Está claro que la Constitución no se ha hecho cargo de la tutela de los derechos o intereses difusos, sino de los derechos de incidencia colectiva; ello tiene importancia porque si la Constitución hubiera tutelado solamente a los primeros, es decir a los intereses difusos, los pequeños usuarios o consumidores, cuyos derechos revisten poca monta patrimonial, no podrían considerarse parte de un colectivo de derechos afectados y, por lo tanto, ni el Defensor del Pueblo ni las asociaciones reconocidas se encontrarían legitimadas para interponer la acción en su defensa".

Consideramos, en cambio, que al no haber hecho referencia el texto constitucional a la tutela de los intereses difusos, sino respecto de los derechos de incidencia colectiva, la sola afectación de un usuario o consumidor, aunque estuviera identificado el daño, impacta al colectivo que se encuentra en equivalente situación. Es por ello que la Constitución ha hablado de *derecho de incidencia colectiva*: porque lo que afecta a uno, *afecta a un colectivo de personas que se encuentra en la misma situación* (72).

En este sentido Gil Domínguez, nos aclara que los derechos económicos, sociales y culturales fueron configurados como derechos expansivos del poder estatal mediante *actividades prestatarias*, a diferencias de los denominados derechos civiles y políticos que siempre han sido contemplados como *derechos de abstención* del poder estatal (73).

Al respecto, podemos señalar que el término "derecho humano a la salud" contiene hoy un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida, como afirma Gladys J., Mackinson, y configura, en el decir de Carnota, *un derecho de naturaleza prestacional*, un derecho de la población al acceso —*in paribus conditio*— a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud" (74).

Coincidimos, que la salud no es ausencia de enfermedad sino un estado de bienestar físico y psíquico, y consideramos además, como lo que expresa, Garrido Cordobera, que puede ser calificado como un "bien social tanto individual como colectivo" (75).

(72) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Ed. Zavalia, 2000, 3^{ra} ed. QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, ps. 293 a 343.

(73) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *En busca de una interpretación constitucional nuevos enfoques de la reforma de 1994*, ed. Ediar, 1997.

(74) CARNOTA, WALTER, "Proyecciones del Derecho Humano a la Salud" en: *El Derecho*, 128, ps. 879 y 880.

(75) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., "La Salud como Derecho Humano" en: *Revista DFyP*, octubre, La Ley, 2011, 191.

Porque como dice Mackinson, la conceptualización desde la que nos posicionamos respecto a la categoría salud o al derecho a la salud es integral y no solo ausencia de enfermedad (76).

Pero la ausencia de enfermedad requiere no solamente afirma Rajland, de "buena fortuna" sino que pensamos que depende fundamentalmente de contar con medios propios, (fruto del trabajo digno) y de políticas públicas, y sociales dirigidas a garantizar una buena alimentación, una buena higiene, condiciones dignas de hábitat, medidas preventivas de cuidados sanitarios, educación y otras más que garanticen un buen crecimiento de los niños y jóvenes, y el desarrollo de la vida adulta.

En el Prefacio del "Informe sobre Desarrollo Humano 2000", del PNUD, en este sentido recuerda Rajland se lee: "...no basta con que los países otorguen los derechos económicos y sociales solo en teoría, No se puede crear con legislación buena salud y empleo. Se necesita una economía suficientemente sólida para ofrecerlos... los derechos humanos no son como se ha sostenido a veces una recompensa del desarrollo. Más bien son fundamentales para lograrlo" (77).

7. EL DERECHO A LA SALUD EN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO

Definido el derecho a la salud, ahora restaría su encuadre normativo tanto a nivel nacional como internacional. En los últimos 30 años la salud aparece como un "derecho político" enunciado como tal en convenios o acuerdos internacionales de los que nuestro país es signatario.

a. Hasta la reforma de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que explícitamente hiciera mención al derecho a la salud.

La Constitución del 1953, que en gran medida respondía, al modelo de constitución liberal-burgués, conforme señala Clérico, "no reconocía expresamente al derecho a la salud". En ese modelo de Constitución no parecía haber lugar para un derecho a la salud que implicara deberes estatales positivos más o menos reglados (78).

En efecto señala, Carrillo, la salud como materia de Estado, comienza recién a estructurarse en 1853, cuando se celebran las primeras conferencias internacionales. Por eso, nuestra Constitución no habla ni una palabra sobre salud pública, a lo sumo menciona el concepto de bienestar general pero no adque-

(76) MACKINSON, GLADYS J., "Derecho a la Salud" en *Derecho al Desarrollo*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho UBA, ps. 81-115, 1997.

(77) RAJLAND, BEATRIZ, "La Contradicción entre Salud y Mercado", artículo incluido en el libro colectivo *Salud, Derecho y Equidad*. Directora, Gladis Mackinson, Editorial Ad-Hoc, 2001, ps. 123 y 131.

(78) CLERICO, LAURA, "El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad. El derecho a la salud en las personas con discapacidad", artículo publicado por la *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Disponible en www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf.

re dicho concepto las precisiones que tiene el texto en materia de educación, aduana o defensa militar nacional. "La incorporación de los derechos sociales a la Constitución Nacional en la reforma de 1949, su parte dogmática, concreta el derecho a la salud y, por consiguiente, el deber de los gobernantes de proveer a las prestaciones para que se haga efectivo" (79).

Pero igualmente podemos afirmar, que, aún antes de las modificaciones sufridas por el texto constitucional, la doctrina y la jurisprudencia eran contesten en considerar a la salud como un derecho constitucional comprendido dentro de los derechos y garantías implícitas del art. 33 de la Carta Magna, desprendiéndose asimismo de los art. 14 bis y del propio preámbulo de ésta.

Según recuerda Stein, antes de la reforma constitucional de 1994 la doctrina sostenía que el art. 14 bis (que introducido por la Convención de 1957 consagrara el beneficio de la seguridad social) reconocía el derecho social a la salud. "En el nuevo texto constitucional, el derecho a la salud aparece reconocido en relación con el derecho a condiciones dignas de labor (art. 14.1 bis, CN), con el derecho a un medio ambiente sano (art. 41.1, CN) y en el nuevo (art. 42 de la CN) que dispone la protección de la salud en el contexto particular de la relación de consumo" (80).

En cuanto a esto último, el derecho a la salud implica la obligación del Estado de ejercer el control de calidad de alimentos, productos medicinales etc., a fin de que estos productos no sean perjudiciales a su integridad psíquica y física, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, se refiere a este derecho en sus artículos 5° y 6°.

Como ha sostenido Cayuso, el constituyente reformador de 1994 no ha sistematizado normativamente el derecho a la salud. Sin embargo, no cabe duda que ha ampliado, reforzado y complementado el plexo de derechos fundamentales y, en consecuencia, los alcances de la protección efectiva. "En materia de derechos fundamentales, concepto en el cual se incluye el derecho a la salud, el Estado no sólo debe abstenerse de interferir sino que tiene el deber de realizar prestaciones positivas de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio" (81).

b. Es en las Constituciones Provinciales y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se lo ha receptado en forma concreta al derecho a la salud. De las mismas extraemos los siguientes textos:

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (año 1996).

Capítulo Segundo. Salud. Art. 20. Se garantiza el *Derecho a la Salud integral* que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de ali-

(79) CARRILLO, RAMÓN, "Política Sanitaria Argentina", Textos elegidos, capítulo XI, Política Sanitaria Argentina, disertación realizada en la Liga por los derechos de los trabajadores el 29 de julio de 1948, versión taquigrafiada del periódico *Octubre*, reproducido en los archivos de la Secretaría de Salud Pública.

(80) STEIN, ENRIQUE, "La pertenencia al Sistema de Medicina Prepaga", *La Ley*, 1999-B, 936.

(81) CAYUSO, SUSANA, "El Derecho a la Salud. Un Derecho de Protección y Prestación", *La Ley*, 2004-C, 303.

mentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directa. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas de cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones.

Constitución de la provincia de Buenos Aires (1994).

En los artículos 10, 11, 12 y 36, inc. 8° refiere el derecho de toda persona a ser protegidos en su vida, al respeto de su dignidad, de su honor, su integridad física, psíquica y moral, como así también el carácter de bien social que reviste el medicamento, materia toda ésta que será comentada en oportunidad de analizar el rol de garante que pese sobre el Estado respecto de los mismos.

Art. 10.—“Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida...”.

Art. 11.—“Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución”.

Art. 12.—“Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1°. A la vida, desde la concepción y hasta la muerte natural”... 3°. “Al respeto de la dignidad, al honor la integridad física, psíquica y moral”.

Art. 36.—“La Provincia promoverá la eliminación de obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: (...). 8.—“A la salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con las funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación, promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico dependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización”.

Las constituciones más modernas definen la salud como un derecho inherente a la vida, sin perjuicio de resaltar que se trata de un “Bien Social”. Es un dato fundamental que la salud es un bien y su privación es un mal.

Para Aguilera, la salud es un gran bien pero no es el único, ya que su prosecución debe inscribirse entre los bienes de la persona, y el cómo se inserta es

determinado por las propias elecciones de la persona, y esta determinación solo puede ser hecha por ella (82).

Por su parte, la mayoría de las Constituciones Provinciales contienen cláusulas expresas que obligan a cubrir el derecho a la salud.

- *Constitución de Salta* (art. 40) "La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades".
- La *Constitución de Santa Fe* (art. 19) "tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad".
- La *Constitución de Tucumán* (art. 35) "Dentro de la esfera de sus atribuciones la Provincia procurará que las personas gocen de los siguientes derechos: 1) A una existencia digna, desde la concepción con la debida protección del estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad de oportunidades...".
- La *Constitución de Córdoba* (art. 19) "Reconoce un derecho a la vida, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal" (art. 38) "Los deberes de toda persona son: 9) Cuidar su salud como bien social".
- Las *Constituciones de Jujuy* (art. 21) y de *San Luis* (art. 57) definen la salud con una manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social.
- Con el mismo sentido, enuncia el concepto de salud la *Constitución de San Juan* (art. 61). "El Estado garantiza el derecho a la salud a través de medidas concretas que la aseguren para toda persona sin discriminación ni limitaciones de cualquier tipo y mediante la creación de condiciones económicas, sociales, culturales y psicológicas favorables. También el Estado asigna a los medicamentos el carácter de bien social básico y debe garantizar por ley el fácil acceso a los mismos. La actividad de los profesionales de la salud debe considerarse una función social".
- En la *Constitución de Santiago del Estero* (art. 22) todo habitante tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a él así como a su familia, la salud, alimentación, el vestido la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales adecuados (...) Dentro del capítulo "Régimen de Salud", se indica que el "Estado provincial asegurará la salud como derecho fundamental de la persona humana. Para ello, creará una organización técnica adecuada que garantice la promoción, prevención, reparación y rehabilitación de la salud física, mental y social, pudiendo convenir al respecto con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas" (art. 70).

(82) AGUILERA, PABLO, *En la Frontera Vida/Muerte: Problemas Éticos*, Santiago de Chile, Universitaria, 1990, p. 93.

- La Constitución de Formosa (art. 80) reconoce explícitamente el derecho a la salud como un hecho social y un derecho humano fundamental tanto de los individuos como de la comunidad, contemplando sus diferentes pautas culturales. Asumirá la estrategia de la atención primaria de la salud, comprensiva e integral, como núcleo fundamental del sistema de salud, y se propone implementarla con el espíritu de la justicia social.
- La Constitución de Río Negro (art. 59) establece que la salud “es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar la salud y asistirse en caso de enfermedad” y establece que los medicamentos son un bien social básico y fundamental.
- La Constitución de la Provincia de Santa Cruz (art. 57) “La provincia velará por la higiene y salud pública. A tal fin se organizará un régimen sanitario preventivo y asistencial, creando centros de salud en los lugares y con medios necesarios”.
- La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 14) Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos.

2) A la Salud, a la integridad psicofísica y moral, y a la seguridad personal (. .).

Esta regulación específica a nivel provincial no es otra cosa que consecuencia de la adopción por parte de nuestro país de un sistema federal.

De toda la normativa reseñada, no caben dudas que la garantía del resguardo de este derecho constitucional podría definirse como el derecho que tiene todo individuo a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto preventivo como en el asistencial, cuando se encuentre afectada o en peligro su salud.

Como asevera Hooft, el reconocimiento de la salud es una precondition o valor instrumental necesario para la posible realización de otros valores y el ejercicio de otros derechos de raigambre constitucional (83).

Desde la perspectiva del derecho constitucional, y del derecho internacional de los derechos humanos, reflexiona este prestigioso juez provincial y profundo cultor de la bioética y la filosofía jurídica, siguiendo al maestro Germán Bidart Campos, que la red que se teje desde el derecho a la salud y alrededor de él, lleva a definir la salud como un bien jurídico constitucional dotado de valiosidad por lo que no sería raro sostener que también es un valor, y como tal se realiza en

(83) HOOFT, PEDRO FEDERICO, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, Ed. Depalma, ISBN 950-14-1689-5, Buenos Aires, 1999, con prólogo de Germán J. Bidart Campos y José Alberto Mainetti, 314 páginas, 2ª edición, Lexis Nexis, Depalma, 2004.

las conductas humanas que le confieren efectividad en la convivencia societaria (84).

8. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FEDERAL

Por otra parte el derecho a la salud a igual que el derecho a la vida ha sido considerado por la doctrina dentro del repertorio de los "derechos implícitos" cuya nómina no forma parte expresamente del orden normativo de la constitución formal, pero se reputan incluidos en ella a tenor de numerosas pautas y bases.

No puede dejarse de compartir la interpretación de Morello que enfatiza que el derecho a la salud, "implícito en nuestra Constitución Nacional, con fundamento en el artículo 14 bis, no puede quedar circunscrito a la mención hecha en el artículo 42 de los derechos de los consumidores y usuarios a la protección de la salud del citado ordenamiento, pues importa un aspecto parcial de tal garantía. Este derecho reclama una interpretación más amplia. No se trata de un mandato resultante de la ley fundamental, sino que se encuentra reconocido en diversos Tratados Internacionales de Derechos humanos ratificados por nuestro país y que gozan de jerarquía constitucional conforme a lo dispuesto por el artículo 75, inc. 22 de tal ordenamiento" (85).

Pizzolo Calogero reflexiona que en nuestro ordenamiento jurídico, tamaño *vacío normativo* fue llenada por la acción dinámica del derecho internacional de los derechos humanos. Con la elevación a jerarquía constitucional de muchas de sus normas (cfr. art. 75, inc. 22, CN), el Bloque de Constitucionalidad Federal (en adelante BCF) así constituido pasó a dotar de un fundamento normativo sólido y una jurisprudencia internacional respaldatoria al derecho a la salud (86).

Gil Domínguez al respecto dice que el derecho a la salud e integridad física está reconocido expresamente en el Bloque de Constitucionalidad argentina.

De dicho Bloque de Constitucionalidad, surge con claridad que el Estado debe garantizar el derecho a la salud a través de "acciones positivas" que se instrumentan por medio de políticas puras tendientes a su efectiva tutela (87).

La Argentina tiene suscriptos y ratificados alrededor de cuarenta tratados de derechos humanos. En el año 1994 se seleccionaron diez para ser incluidos con jerarquía constitucional en la ley suprema. Entre las normas convencionales in-

(84) HOOF, PEDRO FEDERICO, "Derechos Individuales vs. Derechos Colectivos en Salud: Ética y Justicia", La Ley, 2004-C-Sec. Doctrina.

(85) MORELLO, A. y MORELLO, G., *Los Derechos Fundamentales a la Vida Digna y a la Salud*, La Plata, Librería Editora Platense, 2002. MORELLO, AUGUSTO, "El Derecho Fundamental a la Vida Digna", ED, Sup. Derecho Constitucional, 24/11/2000.

(86) PIZZOLO CALOGERO, "La Salud Pública como Bien Colectivo" en: *La Ley* del 21 de noviembre de 2006. (La Ley, 2006-F, 507).

(87) GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, *Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 28-29.

ternacionales que integran el BCF como normas básicas de referencia que reconocen expresamente el derecho a la salud y sus contenidos se destacan:

- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (año 1948)

Art. I— Derecho a la vida... “Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Art. XI - Derecho a la preservación de la salud y al bienestar “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (año 1948)

Art. 25. 1: “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; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (año 1948)

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, en su Art. XI - Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Establece que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

- *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. PIDESC* (año 1966)

Art. 12.— 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En el marco del PIDESC, en 1985, se dispuso la creación de un “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que es el órgano encargado de llevar a cabo un seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, So-

ciales y Culturales, que en general es considerado el instrumento fundamental para la protección del derecho a la salud.

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (año 1969)*

Art. 4°. Derecho a la Vida. Punto 1) hace mención de manera indirecta al reconocer que toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Art. 5°. Punto 1) Derecho a la Integridad Personal. "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

Para el *Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Año 1985)* el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el artículo "más exhaustivo del Derecho Internacional sobre el Derecho a la salud". La salud afirma este Comité "es un derecho humano indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente...".

Este *Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* es el órgano al que los Estados remiten sus informes periódicos, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESD. Además de esta función, el Comité, emite *Observaciones Generales* que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto por parte del propio órgano de contralor. El reconocimiento de los DESC por parte de los Estados no corresponde a simples actos de buenas intenciones sino a obligaciones que se derivan directamente de tratados internacionales de derechos humanos. Si no se garantizan los DESC, los derechos humanos no son respetados ni protegidos.

Hasta fecha, el Comité ha emitido 21 *Observaciones Generales* que tratan de derechos que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas dentro de un concepto de dignidad humana, que se traducen en alimentación, seguridad social, salud física y mental, vivienda, trabajo, sindicalización, educación, medio ambiente sano y agua.

Queremos recordar lo que establece la OG Nro. 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud".

- *Observación General n° 14: (año 2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aclara que:

"El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud" (punto 8); "Un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección

yla adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

Queremos recalcar lo destacado en dicha Observación n° 14 de este Comité en su punto 39, donde se expresa (...) que para cumplir las obligaciones internacionales que los Estados han contraído en virtud del Art. 12, los Estados partes tienen que *respetar* el disfrute del derecho a la salud en otros países e impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países siempre que puedan sobre esos terceros ejercer influencia por medios legales o políticos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional aplicable.

Asimismo, en su punto 53 con el título *Aplicaciones en el Plano Nacional – Legislación Marco –*, se aclara: “Cada Estado tiene un marco de discreción para determinar qué medidas son la más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas...”.

Observación General N° 9. Aplicación Interna del Pacto “Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: y el primero es reflejado en el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* que determina “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”. En otras palabras los estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones que emanan de los tratados en que sean parte. (punto 3) El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

A estos principios nosotros pensamos que debemos agregarle el principio clásico “*pacta sunt servanda*” que es una locución latina, que se traduce como “lo pactado obliga”, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado y que está reflejado en el Art. 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 y mismo artículo de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* de 1986 que expresamente declara que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

- *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (año 1966) (art. 3):

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la *igualdad* en el goce de todos los derechos civiles y políticos enumerados en el presente Pacto”.

Queremos destacar que en el marco de este Pacto se crea un Comité de Derechos Humanos, al efecto de ejecutar el Pacto, velar por su cumplimiento y tramitar las denuncias por violaciones de derechos.

- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (año 1988). "Protocolo de San Salvador" (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General)*

Art. 10.- Derecho a la Salud. 1. Toda persona tiene el derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho (...).

- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (año 1967) (art. 12)*

1. "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". 2. "Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

- *Convención sobre los Derechos del Niño (año 1989)*

Art. 24.— 1.— "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2.— Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la mala nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post-sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y el ambiente, la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban

apoyo en la aplicación de esos conocimientos: f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3.— Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4.— Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Art. 25.— “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de la salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

Art. 26.— 1.— “Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2.— Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963 [resolución 1904 (XVIII)].

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de Enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Art. 5) En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el Artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (...).

También desde el *punto de vista internacional* los gobiernos están obligados a proteger a sus pueblos contra las enfermedades transmisibles, las drogas y la contaminación, provenientes del interior del país o de otros países.

Al respecto existen diversos acuerdos internacionales, como el primer *Reglamento Sanitario Internacional—RSI—* (1969), que es un instrumento jurídico

internacional de carácter vinculante para 194 países, entre ellos todos los Estados Miembros de la OMS. Tiene por objeto ayudar a la comunidad internacional a prevenir y afrontar riesgos agudos de salud pública susceptibles de atravesar fronteras y amenazar a poblaciones de todo el mundo, ayudar a vigilar y controlar enfermedades graves que tengan un potencial considerable de propagarse entre los países, e instaurar normas internacionales con el fin de reforzar la seguridad sanitaria nacional, regional y mundial. La 58ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en Ginebra el 16-25 de mayo de 2005 adoptó la revisión del Reglamento Sanitario Internacional en el año 2005. En junio de 2007, el mundo comenzó a aplicar el *Reglamento Sanitario Internacional —RSI— (2005)*.

Este acuerdo contribuyó significativamente a mejorar la seguridad internacional en el ámbito de la salud pública al facilitar un nuevo marco para coordinar la gestión de los eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, y permitió reforzar la capacidad de todos los países para detectar, evaluar y notificar las amenazas a la salud pública y responder a ellas.

También podemos mencionar la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988)* por la cual los Estados Miembros de las Naciones Unidas establecen un sistema de fiscalización internacional del tráfico de sustancias psicotrópicas, preocupados por la salud física y moral de la humanidad, al advertir con inquietud los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias sicotrópicas que deben ser combatidas por todos los medios morales, legales e institucionales, a nivel nacional, regional e internacional. La Convención, que contenía restricciones a las importaciones y exportaciones junto con otras reglas que apuntaban a limitar el uso de drogas, excepto para propósitos científicos y médicos, reforzó significativamente la obligación de los países a imponer sanciones penales para combatir todos los aspectos de la producción ilícita, posesión y tráfico de drogas, fue aprobada por nuestro país por la ley 24.072.

Asimismo, podemos nombrar varios *instrumentos regionales* de derechos humanos, como la "Carta Social Europea" (1961) que en su forma revisada reconoce el derecho a la salud. (Art. 11) Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1.- Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2.- Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a ésta. 3.- Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.

El *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, Consejo de Europa (1997) establece en el artículo 3º: "Las partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso igualitario a los beneficios de una atención sanitaria de calidad apropiada...".

Igualmente, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981 establece (art. 16): 1. Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible. 2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos.

También se reconoce la importancia de la temática de salud en el *Tratado de Asunción* de 1991. Este tratado dio origen al esquema de integración económica denominado "Mercado Común del Sur". Fue aprobado por el Congreso Nacional argentino el 15 de agosto del mismo año por ley 23.981 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 4 de septiembre siguiente.

Cabe señalar, además, que en el año 1995 se organiza la Reunión de Ministros de Salud, a través de la Decisión del Consejo del Mercado Común 03/1995. Por lo tanto, examinando la jerarquía y relevancia del tema en la XXIV Reunión del Grupo Mercado Común, realizada en la ciudad de Fortaleza, Brasil, entre el 12 al 14 de diciembre de 1996, el Grupo Mercado Común aprueba, a través de la *Resolución GMC N° 151/1996* la creación del "Subgrupo de Trabajo n° 11 "SALUD".

La Resolución GMC 04/1998 establece y aprueba las pautas de trabajo de dicho Subgrupo, cuya tarea es armonizar legislaciones y directrices de las legislaciones nacionales en materia de regulación de la salud y la compatibilización de los sistemas de control sanitario entre los Estados Partes, además de promover la cooperación técnica y coordinar las acciones necesarias para el proceso de integración entre los Estados partes en el área de salud, que deberá ser aprobado luego por el Grupo Mercado Común. Debemos aclarar que dentro de la Reunión de Ministros de la Salud, existen diferentes *subgrupos* llamados *Núcleos de Articulación*: N° 1 Sistema de Información y Comunicación en Salud; N° 2 Salud de Fronteras; N° 3 Atención Médica y Uso Racional de la Tecnología; N° 4 Cooperación Internacional en Salud.

El más reciente proceso de integración regional es la creación en el año 2004 de la "Unión de Naciones Suramericanas", UNASUR que cuenta con el "Consejo de Salud Suramericano" (UNASUR Salud) creado el 16 de diciembre 2008, que propone "consolidar Suramérica como un espacio de integración en salud que contribuya a la salud para todos", incorporando e integrando los esfuerzos y logros subregionales, durante los debates y foros internacionales del sector salud.

El "Consejo de Salud Suramericano" considera que Salud es un derecho fundamental del ser humano y de la sociedad y además es un componente vital del y para el desarrollo humano y desarrollo económico de la Región.

El 21 de abril del 2009 los países miembros del Consejo de Salud Suramericano propusieron una Agenda de Salud que prioriza cinco áreas de trabajo: i) Escudo Epidemiológico, ii) Desarrollo de Sistemas de Salud Universales, iii) Acceso universal a medicamentos, iv) Promoción de la salud y acción sobre los determinantes de la Salud, y v) Desarrollo y gestión de Recursos Humanos en Salud.

Resumiendo, podemos aseverar como lo hace Quaranta, que en líneas generales, todos estos *instrumentos internacionales y regionales* nos hablan del de-

recho que tiene toda persona al disfrute del más alto nivel de vida, de salud, de bienestar, como así también de la obligación que pese sobre los Estados partes, de satisfacer las necesidades asistenciales y terapéuticas requeridas por sus habitantes para de esta manera garantizar plenamente el goce de los mencionados derechos (88).

Sin perjuicio de lo expuesto en párrafos anteriores es importante aclarar que a nivel de la *Constitucional Nacional* contamos con una referencia expresa a la protección de la salud en materia de *derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios* en su relación de consumo (art. 42).

Vale decir, como afirma Bonpland, que “la normativa en materia de Derecho a la Salud con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: sufrió una transformación de carácter revolucionario” (89).

De toda la normativa reseñada, no caben dudas que la garantía del resguardo de este derecho constitucional podría definirse como el derecho que tiene todo individuo a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto *preventivo como en el asistencial*, cuando se encuentre afectada o en peligro su salud.

En síntesis nos corresponde someter bajo examen el *derecho a la salud* entendido como dice el autor Ariza Clerici “aquel que, integrado por el conjunto de obligaciones tendientes a asegurar el acceso a una asistencia sanitaria, impone al Estado a darles cumplimiento a través de la ejecución de una conducta de vida, garantizada a toda la población” (90).

De todo lo que hemos dicho sobre la recepción normativa en el derecho interno y en el derecho supranacional, surge un *mandato para las autoridades públicas de cualquier nivel de jurisdicción*, a saber: a) *para los legisladores*: de organizar y mantener un sistema sanitario de salud, destinado a la población en general, que no es más que una inversión humana necesaria, finalista y solidaria del sistema; b) *para los funcionarios del ejecutivo*: de implementar prácticamente dicha política de estado; y c) *para los jueces y magistrados*: de mantener la vigencia y efectivo respeto por el derecho ante omisiones y/o abusos de quienes deben proveer a ese derecho, según la forma de prestación en que nos situemos. No olvidemos que el vocablo “autoridades” contenido en el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución Nacional ha sido interpretado en senti-

(88) QUARANTA, ALFONSO JOSÉ, “¿Es Jurídicamente factible establecer un Registro Nacional Obligatorio de Entidades de Medicina Prepaga en la Argentina?”. Publicado en <http://www.revista-persona.com.ar>.

(89) BONPLAND, VIVIANA, “El Derecho a la Salud: Su Evolución Histórica y su vigencia en la Argentina del Tercer Milenio, el Rol del Estado Nacional en la materia políticas públicas para el sistema sanitario. Apuntes para una reforma del Estado aún pendiente”. Artículo incluido en la obra colectiva *Estudios de Derecho Administrativo* en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira. Director Julio Rodolfo Comadira. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1ª ed., 2009, p. 349.

(90) ARIZA CLERICI, RODOLFO, “El Derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Publicado en <http://www.jurice.com.art/doctrina/salud.htm>.

do amplio, abarcando a cualquier autoridad pública, sin distinción de jurisdicción, ni de pertenencia a órgano estatal alguno.

Por otro lado conforme se adelantó, al enmarcarse el derecho a la salud como uno de los denominados derechos sociales, el *Estado* se encuentra obligado a desplegar *prestaciones públicas positivas* que en el caso concreto estarían dadas por *prestaciones de salud*, máxime ello si se tiene en cuenta que, a partir de la reforma constitucional de 1994 y el carácter otorgado a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ha asumido un verdadero compromiso internacional respecto de éstas.

La operatividad de los derechos sociales afirma Tettamanti, es esencial para otorgarles plena eficacia. En tal sentido, nos recuerda esta autora, el discurso del Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti, pronunciado el 19 de febrero de 2008, durante el acto de apertura del año judicial, quien ha resaltado que “en esta etapa de nuestro país creo que es fundamental luchar por la efectividad de los derechos. La efectividad consiste en que estos derechos y garantías que la justicia declara sean aplicados de modo efectivo y en tiempo razonables” (91).

De los párrafos anteriores se puede concluir como asevera el maestro de la Gastroenterología y fundador de la “Sociedad de Ética en Medicina” y de la “Sociedad de Medicina Antropológica”, Dr. Marcos Meerhoff, que el concepto que la “medicina es el arte de curar” ha sido superado. El médico de antaño que afe-rraba su profesión al “curar” ha sido reemplazado por el médico que intenta salvaguardar al individuo, a través del individuo mismo o de medidas colectivas. En el camino primero —juega la medicina asistencial curativa y preventiva, en tanto por el segundo— lo hace la medicina sanitaria, social o política. Cuando alguien consulta llega consigo todos sus problemas físicos, psíquicos y sociales. La ciencia y el arte de curar no son algo mecánico o técnico, implican una tarea convivencial. Es la relación médico-individuo sano o enfermo, la que mueve el aparato de la Medicina (92).

En suma, merced a todas las medicinas de orden preventivo o sanitario o social o asistencial, la medicina de la actualidad es la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social, reiterando la necesidad de una conducta ética individual por parte del médico. Porque como decía en 1972 el destacado médico pediatra y sanitarista el Dr. Florencio Escardo, en su *Carta abierta a los Pacientes*, todo el que padece en su persona sea en su área física, psíquica o social es un paciente... la salud trasciende del ser singular para jugarse como un hecho interpersonal, es decir social. “Hay que cuidarse de considerar a la salud y a la enfermedad, como fenómenos independientes y antagónicos. Lo útil es entender que se trata de expresiones distintas del mismo fenómeno vital. Porque salud y enfermedad son un continuo, sin límites ni fronteras precisas. Esta tan enfermo

(91) TETTAMANTI, ADRIANA, “Los Derechos Sociales en la Agenda Institucional de la Corte Suprema”, Suplemento Extraordinario Constitucional 75 Aniversario, Ed. La Ley, agosto de 2010, p. 130.

(92) MEERHOFF, MARCOS, *Medicina Antropológica*, Asociación Médica Argentina, 1992, p. 224.

aquel que tiene un absceso en un riñón como quien vive sin agua potable y en hacinamiento" (93).

El desarrollo de este concepto coincide con la expansión de los derechos humanos de la Tercera Generación o derechos a la solidaridad tendiente como vimos a corregir asimetrías personales y sociales y diversas formas de discriminación, exclusión y marginación que atentan contra la dignidad marcando la transición del Estado de Derecho al Estado de Justicia. Por ello el sistema sanitario debe actuar conjunta y armoniosamente con el componente colectivo, lo que requiere una activa participación comunitaria y como ordenador superior, el respeto a la totalidad fisiológica, psicológica y espiritual del paciente.

9. CONCLUSIONES

A continuación, se presentan las conclusiones a que hemos llegado con relación a nuestra pregunta inicial sobre si *la salud es un derecho humano de 4^{ta} Generación*. Llegando al final de estas breves reflexiones, queremos dejar sentada nuestra postura. Como se ha evidenciado en el presente artículo el concepto de salud, se redimensiona mucho más allá de la sola ausencia de enfermedad, integra el conjunto de capacidades que facilitan el desarrollo del ser humano en sus diferentes facetas, conlleva niveles de calidad de vida, acceso a servicios básicos y debe entenderse este anhelo en el marco del Estado social de derecho instaurado en el texto constitucional.

Por todo lo expuesto, vemos que el hombre del siglo XXI es un hombre en Sociedad. Ha dejado de ser el ser aislado de la sociedad, de impronta marcadamente individual. Y que los bienes de uso y disfrute también se viven en forma solidaria como asimismo acontece con el consumo y los recursos sustentables que constituyen la apoyatura esencial de su existencia. Por eso pensamos que el derecho a la salud (individual) y el derecho a la salud (colectivo) han de compatibilizarse.

Los derechos de incidencia colectiva —y la salud lo es— exigen del operador político y jurídico un equilibrio extraordinario de modo de actuar con la habilidad de un cirujano frente a un caso de alta complejidad médica. La ética, los derechos humanos y los aspectos jurídicos se entrelazan, marchando muchas veces acompasadamente.

En las últimas décadas, el ejercicio de la medicina se complejiza día a día a la luz de los cambios en la orientación de la práctica profesional y los adelantos técnicos. Mientras que el hombre impersonal e indiferenciado se ha ido integrando a movimientos colectivos, a ONG en una especie de soberanía compartida con otros, iguales o que padecen de problemas homogéneos similares que los unen, muchas veces en situaciones de angustia colectiva insatisfecha que necesitan que el Estado los provea de soluciones expeditas rápidas y efectivas. Dentro de

(93) ESCARDO, FLORENCIO, *Carta Abierta a los pacientes*, 1^a edición. Presentación y actualización BARANCHUK, NORBERTO S., Editorial Sociedad Argentina de Pediatría, Fundación FUNDASAP, 2004, ps. 13, 29, 30.

las funciones mínimas que el Estado Nacional debe cumplir se halla la salud pública. (Informe Banco Mundial, 1997).

En nuestra opinión, el "derecho a la salud" es uno de los grandes temas de nuestro tiempo y como hemos podido apreciar es un "derecho controvertido" porque nos plantea, ocasionados por el extraordinario desarrollo científico, graves dilemas éticos que requieren de una profunda reflexión. Como nos recuerda el Doctor en Medicina, y Presidente de la Sociedad Argentina Antropológica, Francisco Maglio, "desde Hipócrates hemos estado *al lado* del paciente, llegó la hora de estar *del lado* del paciente". Su objetivo es, así, llegar a una medicina que contemple al paciente en forma holística, como un ser humano somato-psico-social (94).

En el presente trabajo, a lo largo de su desarrollo lo que se ha intentado destacar es la trascendencia que ha cobrado la reforma constitucional de 1994, (artículo 75, inc. 22) mediante el reconocimiento de la jerarquía constitucional que se les concede a los tratados de derechos humanos entre los que obra el PIDESC a través de la cual se ha modificado sustancialmente el criterio jerárquico de fuentes de nuestro derecho, supeditando los derechos fundamentales por sobre las razones de Estado.

Como acertadamente ha sostenido Fernández, "la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, no solo ha importado el aumento y la reafirmación de los derechos que comento, sino ha implicado sumergir al derecho interno en la práctica jurídica internacional al ser relevantes no solo aquellos instrumentos internacionales, sino las interpretaciones efectuadas por los órganos internacionales de aplicación: Cortes, Comités y/o Comisiones" (95).

Este material brindado ha pretendido analizar las pautas internacionales a las cuales el Estado argentino debe ajustarse, con relación al derecho a la salud a fin de afianzar y promover un Estado de Derecho, tan democrático como social.

Por todo lo planteado en los párrafos anteriores, concluimos este trabajo, coincidiendo con lo formulado por los Doctores Augusto M. Morello y Néstor Cafferatta, al expresar que el "derecho a la salud, es una cuña en la esfera de los derechos de la Cuarta Generación", porque estamos preocupados, (con la niñez en primer lugar), en asegurar mejores condiciones de vida en *vista al futuro*. En preservar las condiciones de viabilidad y perfección de los que nos siguen". (...) Toda vez que, como bien lo explican estos autores "están comprometidos intereses propios y colectivos, de generaciones presentes y futuras (la salud de nuestros hijos, nietos y descendientes y de las generaciones venideras" (96).

(94) MAGLIO, PACO, *La Dignidad del Otro. Puentes entre la Biología y la Bibliografía*, Editorial Libros del Zorzal, 2008, p. 104.

(95) FERNÁNDEZ, BETTINA, "Garantizar la dignidad humana: una obligación de preeminencia para el estado. Sucinto repaso por los derechos económicos sociales y culturales", *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, 11 de mayo de 2012 N-3.

(96) MORELLO, AGUSTÍN y CAFFERATTA, NÉSTOR, "La Dimensión Social del Derecho a la Salud. Problemas enfoques y perspectivas. Doctrina", ED, 213-937, ps. 939 y 942, *El Derecho*, diario del 11 de agosto de 2005.

De tal modo, se ha comenzado a hablar de la *cuarta generación de derechos humanos* que conllevan la observación de verdaderos deberes actuales a favor de las generaciones futuras, de *los que vendrán* considerándose con ese rango además, con el fin de proteger a los seres humanos —tanto presentes como futuros— de la manipulación genética que conlleva singulares avances tecnológicos como la clonación humana, el derecho a la “propia identidad genética” (o derecho a ser diferentes o a ser uno mismo) (97).

Por su parte, Cafferatta vuelve a reiterar este concepto cuando expresa, nosotros creemos, que reviste “carácter intergeneracional, futurista, y como tal reporta en una 4^a generación de derechos humanos” (98).

Resumiendo, podemos responder a nuestra pregunta inicial acerca si, ¿es la salud un derecho humano de 4ta. generación?, afirmando que en la actualidad existe un Derecho a la Salud: como derecho individual, como derecho social, como derecho solidario, y como derecho a la salud de las personas futuras, que coexisten, y no se anulan. Como muy bien sintetiza el Dr. Eduardo Tinant (99), cuyo pensamiento transcribimos como una buena forma de cerrar este trabajo, existen y coexisten:

1) *Derecho a la Salud Individual*: cuyo bien jurídico es la salud individual, en el marco de la relación entre el paciente el médico o equipo de salud.

Este derecho a la salud individual entraña libertades y derechos e impone a la sociedad la no interferencia. Se trata de un Derecho Humano de *primera generación* (art. 33 de la Constitución Nacional).

2) *Derecho a la Salud Social*: cuyo bien jurídico social, en el marco de las prestaciones asistenciales, sanitarias y farmacológicas por parte del Estado cuando éste se hubiera comprometido a ello. Se trata de un derecho de naturaleza prescricional, que impone al Estado una acción o actividad material determinada.

Se trata de un Derecho Humano de *segunda generación* (artículos 14 bis, 41, 42 y 75, incisos 19, 22, y 23 de la Constitución Nacional).

3) *Derecho a la Salud Solidario*: bien jurídico colectivo, en el marco de las políticas nacionales de salud pública de *corto y mediano plazo*, que impone al Estado la instrumentación de políticas y acciones concretas, Derecho Humano de *tercera generación* (artículos 41, 42, 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional).

4) *Derecho a la Salud de las Personas Futuras*: bien jurídico colectivo en el marco de las políticas de mediano y largo plazo que impone al Estado políticas y

(97) MORELLO, AUGUSTO, *Estudio de derecho procesal. Nuevas Demandas. Nuevas Respuestas*. Editorial Platense, t. II, cap. LXI, “Los Derechos del Hombre de la Tercera y Cuarta generación”, La Plata, 1998.

(98) CAFFERATTA, NESTOR, “Derecho a la Salud y Derecho Ambiental”, La Ley, 2006-C, 409, Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, Tomo II, 537.

(99) TINANT, LUIS EDUARDO, “El Rol del Derecho y la Salud Mental”, artículo incluido en la obra colectiva *Bioética y Salud Mental*, capítulo 4. Directora Alicia Losoviz, Ed. Akadia, Buenos Aires, 2006.

acciones concretas, Derecho Humano de cuarta generación (artículos 41, 42, 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional).

Como conclusión, resulta indudable que el concepto del Derecho a la Salud, ha ido evolucionando a través del tiempo. Como expresa Tobar, el desafío “es incluir salud, se trata de incorporar más protecciones para más personas”.

“Aunque en todas las Constituciones de la región se proclama el derecho a la Salud una realidad efectiva resulta lejana... Los denominados Objetivos del Milenio, promovidos desde las Naciones Unidas (ODM) involucran un primer avance en ese sentido. La premisa es organicemos todos nuestros esfuerzos (la cooperación internacional y la política nacional) para conseguir ocho grandes objetivos en el 2015. Cuatro de estos objetivos involucran esfuerzos directos en el área de salud” (100).

Frente a las situaciones que vulneran la salud y la vida de los habitantes para Garrido Cordobera, “los jueces deben apreciar adecuadamente las circunstancias del caso, a fin de establecer conforme a derecho, a quien le es atribuible la obligación de cubrir este derecho humano fundamental, aplicando para ello todo el plexo normativo emana del ordenamiento jurídico nacional e internacional. No es una cuestión de populismo, de activismo judicial, sino de humanismo y de cumplimiento del control y equilibrio entre los poderes” (101).

De allí es que opinemos, que resulta imperioso tomar conciencia y crear las condiciones para que el derecho a la salud, sea efectivamente satisfecho, a través de una política sanitaria humanística, que llamamos así porque no solo hace del hombre su objeto fundamental sino que lo concibe además como el motor directo de las acciones de salud.

Como manifiesta Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Por supuesto que hay límites insuperables, pero hay una gran proporción que podemos modificar. Solo hace falta como dijera Borges, en uno de sus últimos poemas que exista un grupo de hombres y mujeres que tomen la extraña decisión de ser razonables”.

En definitiva, debemos prestar atención a la influencia que ejercen importantes actores de la sociedad (como las universidades, los legisladores, y los médicos) y como éstos inciden en los avances o retrocesos de la medicina, su aplicación a la sociedad y la relación médico-paciente, para asegurar la plena vigencia del derecho a la salud.

Al mismo tiempo, facilitar que todas las personas puedan desarrollar su completo potencial de salud y mediar a favor de la salud entre los distintos intereses encontrados en la sociedad. También son protagonistas aquí los jueces, ya que a través de sus pronunciamientos han iniciado una corriente jurisprudencial de

(100) TOBAR, FEDERICO, *Cambio de paradigma en salud pública*, 2008. XII Congreso del CLAD, Buenos Aires, Publicado en www.federicotobar.com.ar.

(101) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., “Virtualidades de la Salud como Derecho Humano”, Artículo incluido en la obra colectiva *Salud y Conciencia Pública*. Directora Lidia M. R., Garrido Cordobera, Editorial Fundación Sanatorio Güemes, 2011, p. 54.

carácter bioético que ha subsanado una deficiente técnica legislativa que puede crear dificultades al tiempo de resolver un conflicto concreto. Ampliando y en esta línea de pensamiento entendemos que como bien dice Morello, "el desafío es frontal y demanda al Derecho y a sus operadores un sagaz despliegue de imaginación y responsable tarea superadora".

En mi opinión, creo que en especial se debe comprometer a los profesionales de la salud para el cabal ejercicio y comprensión acerca de la Promoción de la Salud —PS— en términos de derechos humanos. Cada uno de nuestros ciudadanos debiera ser un agente multiplicador de estilos de vida saludable. Es nuestra tarea, nuestro compromiso y nuestra obligación.

Por otra parte, las respuestas del Estado y de la sociedad frente a la dimensión social del "derecho a la salud" implican la obligación de crear las condiciones a través de políticas y legislaciones para que la obligación se materialice. Sólo de este modo la sustentabilidad de los derechos humanos en el tiempo dejará de ser un ideal a seguir, virando en un proceso de construcción de ciudadanía, como el modo de expresión más certero de lo que una democracia contemporánea hoy demanda.

PROPUESTAS

En este tema, tan crucial y específico de la salud, y en línea con lo que vengo desarrollando —creo personalmente— que es un error contraponer el derecho individual a la salud, al derecho social, porque en el derecho a la salud, se soportan bienes e intereses vitales del hombre y de la sociedad en su conjunto, tal cual lo expresan Morello y Cafferatta (102).

- Si bien la salud es siempre la de cada ser humano, o sea el derecho a la salud es el de cada persona, afirma Bidart Campos que hay aspectos *grupales* que desde la salud como bien jurídico individual permiten pensar a la salud como una especie de *bien colectivo*. (Así, quienes se enferman son siempre seres humanos y no la "sociedad", pero hay enfermedades y epidemias que por su difusión masiva comprometen aquella dimensión colectiva de la salud e influyen en la salud individual (103).

- Para el prestigioso constitucionalista, la salud hace falta para abastecer el desarrollo humano, y la salud como bien colectivo hace falta para abastecer el bienestar general. Se aspira a que la salud, en cuanto situación de bienestar, cuente, en palabras de Bidart Campos, con protección y fomento durante toda la vida de cada hombre: antes de enfermarse (prevenir), durante la enfermedad, (para curarse), después de la enfermedad (para rehabilitarse). Si a cada una de éstas la denominamos prevención, tratamiento y recuperación, es fácil percibir

(102) MORELLO, AGUSTÍN y CAFFERATTA, NÉSTOR, "La Dimensión Social del Derecho a la Salud. Problemas, enfoques y perspectivas. Doctrina", *El Derecho*, 213-937, ps. 939 y 942.

(103) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional", Artículo incluido en la obra colectiva *Salud, Derecho y Equidad*. Directora Gladis Mackinson, Ed. Ad-Hoc, 2001, p. 23.

que cubriéndolas a todas existe un control permanente. Pero aquí tampoco conciben los aspectos de la salud, porque se ha hablado también de su promoción —con provisión de recursos y servicios— para optimizar el acceso a una mejor salud de todos y cada unos de los miembros.

- Reiteramos *¿es la salud un Derecho Humano?* A mi entender coincidiendo con González García, “la salud es quizás, el primer derecho humano, es el derecho a la vida y a una vida sana. Se dice que la libertad es el mayor de los derechos, pero la cárcel del cuerpo enfermo es terrible. La salud no debe ser garantizada solo en la Constitución debe ser garantizada también con políticas activas” (104).

- El derecho a la salud es indiscutiblemente uno de esos derechos fundamentales y básicos. Diariamente escuchamos hablar sobre el concepto de “Derechos Humanos” desconociendo en muchas situaciones que la salud se encuentra dentro de la órbita de ellos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC contiene, como ya hemos señalado el artículo más completo sobre el derecho a la salud de toda la legislación internacional relativa a los derechos humanos. (Véase el párrafo 1 y 2 de su art. 12 ya transcrito en el punto 7 de este trabajo y el art. 11.1 que describe el derecho a la salud como “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”).

- A los fines de asegurar el derecho a la salud, de conformidad a lo dispuesto particularmente por la “Observación General 14” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, debe promoverse la creación de entes de usuarios y otras entidades no gubernamentales para asegurar una mayor participación democrática y controles en el sistema de salud.

- A ese respecto debemos recordar el texto del decreto 455/2000 que establece el marco estratégico político de salud de los argentinos por el cual el Gobierno Nacional guiará su accionar en materia de salud que dice: “la salud es una situación de relativo bienestar físico, psíquico y social, producto de la interacción permanente transformadora entre el individuo, la sociedad en la que participa y su ambiente. Que el logro de una salud integral está vinculado a la satisfacción de las necesidades de alimentación, vivienda, educación, cultura, trabajo y vestido”.

- Ortega y Gasset señalaba “que la vida para tener valor y sentido no necesita de ningún contenido determinado. No menos que la justicia, que la belleza o la beatitud, la vida vale por sí misma” (105).

(104) GONZÁLEZ GARCÍA, GINES, “Derechos Humanos y Salud”. Artículo publicado en la Revista del Instituto Universitario ISALUD, Volumen 1, Número 2, junio 2006.

(105) ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, “Historia como sistema”, Obras Completas, *Revista de Occidente*, Madrid, 4^{ta} ed., 1958, t. VI.

En consecuencia consideramos, que es necesario la participación y la responsabilidad de las personas, los grupos, las instituciones y las comunidades, en el desarrollo continuo de la salud. Un elemento que es sumamente importante, especialmente cuando la defensa del Derecho a la Salud se asume con *colectivos, es el trabajo alterno y coordinado con los afectados directos o sus familiares.*

- Como destacan Abramovich y Courtis, “la empresa de garantizar el goce de derechos sociales incorporados en la Constitución es una tarea gradual, que involucra múltiples actores. Entre ellos se encuentran, indudablemente, los abogados y los tribunales de justicia” (106).

- Se debe garantizar a las personas el acceso a la información en lo vinculado al sistema de salud (ley 26.529 de Derechos del Paciente). Pienso que todo ser humano tiene derecho no sólo a ser asistido por los servicios de salud para su curación y rehabilitación, sino también a ser el objeto de políticas de información para la prevención de las enfermedades. Esto es, actuar antes de que se produzcan patologías que con una adecuada información podrían evitarse.

Asimismo se deben comunicar “hábitos” y “prácticas saludables” a través de profesionales de la salud y de periodistas especializados en salud pública.

- Debemos pensar la salud no ya vinculada a simples posibilidades de “compra” de la cura de los males sino a partir de ahora a la actividad prestadora del Estado. Por lo tanto el “derecho a la salud” en nuestra opinión, pasa a imponerse como un “derecho a la prestación”, independientemente de las posibilidades personales.

- De la misma forma se deben promover la realización de estudios interdisciplinarios para profundizar el conocimiento del derecho a la salud. Proponemos que los recursos económicos destinados a los servicios de salud han de ser específicos y transparentes, y no sólo han de cubrir las necesidades sanitarias de los ciudadanos, sino procurar un desarrollo sostenible del sistema sanitario con un adecuado fomento de la investigación clínica y la formación continua de todo el personal sanitario, para mantener constante una calidad en la asistencia y formar profesionales que conciban a la salud mas allá de lo biológico.

- Los poderes públicos, sin descuido de lo anterior, también han de proporcionar al ciudadano canales adecuados para hacer saber al sistema sanitario cuáles son sus fallos, y de ese modo reaccionar y resolver tales problemas. Ponemos como ejemplo el Boletín de Jurisprudencia *Derecho a la Salud* en la base *online* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que contiene fallos sobre el derecho a la salud desde 1996 en adelante.

De ahí la importancia como afirma Ferreyra, de remarcar, “la función que desempeña el Poder Judicial en el cumplimiento de la responsabilidad que tiene todo estado de respetar y proteger los derechos y garantías de quienes están

(106) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, nota a fallo “Beviacqua”, La Ley, 2001-D, 22.

sujetos a su jurisdicción, función que es de importancia capital en una sociedad democrática” (107).

- La incorporación del cargo del “Defensor del Beneficiario” creado por el Decreto 1547/2007 que aprueba la estructura de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) organismo descentralizado en la órbita del Ministerio de Salud, cuya misión será asistir a los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud en aquellas cuestiones atinentes a sus reclamos, en el marco de la normativa vigente. Esta figura es un trascendente avance para evitar la llamada “judicialización de la prestación”, y es tan elemental como la existencia de las distintas “asociaciones de pacientes”, que conocen en qué puntos el sistema falla o se ha de reforzar su atención.

- Siguiendo esta línea de acción proponemos prestarle atención a la “Carta Compromiso con el Ciudadano” creada por decreto 229/2000.

El Programa tiene por objeto la instrumentación de compromisos de servicio por parte de los organismos públicos prestadores directos, donde se transparenten las condiciones y modalidades operativas de las prestaciones así como los derechos que con relación al tema, asisten a los ciudadanos.

Ponemos como ejemplo la firma de la primera “Carta Compromiso con el Ciudadano” por parte del INCUCAI en diciembre de 2007 que fue un paso importante para el organismo, a través del cual se ratificó formal y públicamente el compromiso diario de brindar a la población un acceso transparente y equitativo al trasplante.

- El ciudadano, o el titular del derecho de salud, por tanto, no sólo ha de manejar información adecuada sobre asistencia y prevención, sino también sobre su derecho a recurrir al Defensor del Beneficiario y a las distintas asociaciones de pacientes para mejorar con ello el sistema sanitario tanto a nivel local, como regional, o nacional. Porque coincidimos con que el mundo jurídico es el mundo de la convivencia social *no es algo hecho* decía el Profesor Goldschmidt sino que es “algo por hacer”.

- Los ciudadanos, por su parte, han de aprovechar los Programas de Salud nacionales y provinciales destinados a proporcionarles información adecuada tanto para la prevención de enfermedades, como para comprender mejor su tratamiento y ser responsables en el cumplimiento terapéutico, porque la información es el mejor remedio.

- Además es indispensable que en la justicia se forme un *cuerpo de peritos judiciales* que haya certificado ante sus pares el nivel y actualización de su formación para que asesore debidamente a los magistrados y evitar la judicialización de la salud, ya que como afirma el juez Ricardo Li Rosi “los problemas que acarrea la prueba científica en los procesos judiciales son muchos y no es uno menor el que el juez tenga claro cuándo una opinión posee verdadero aval científico y

(107) FERREYRA, RODOLFO FABIAN, “El Derecho a la Salud a la luz de nuestro régimen constitucional”, nota a Fallo publicado en La Ley Noroeste 2006, LLNOA 2006 (septiembre), p. 906.

cuándo no. Bien lo ha sintetizado la Corte Suprema de los Estados Unidos de América cuando en el famoso caso *Daubert* les asignó a los jueces el rol de guardianes de la entrada de la ciencia como prueba en los procesos judiciales con la finalidad de asegurar la idoneidad de la prueba, evitando la opinión falaz que distraiga interesadamente la convicción judicial de la misión augusta que la sociedad le ha conferido" (108).

- De la misma forma debemos resaltar la importancia del asesoramiento de los *Comités de Ética* creados en 1996, por la ley 24.742 ante los dilemas éticos que se venían planteando. El Comité tiene que ser multidisciplinario e interdisciplinario e ir construyendo con el tiempo un "lenguaje adecuado". Tendríamos que tener en todos los lugares públicos y privados un Comité, para que ante cualquier duda consultemos, pero el tema es que no en todos los lugares están conformados, por lo tanto queremos destacar que no se está cumpliendo la ley.

- Asimismo es imprescindible diseñar el "modelo argentino de salud" para lo cual necesitamos comenzar a discutir una "*Ley Nacional de Salud*" donde se defina qué debe hacer el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y los municipios, qué deben hacer las obras sociales, las prepagas, los hospitales, los centros ambulatorios, o sea que asegure idénticos cuidados para idénticas necesidades porque como dice Tobar, "no podemos postergar más que modelo de salud queremos".

- Como hemos ido analizando, en esta sociedad contemporánea, se ha ido consolidando en nuestra opinión, el estudio de una nueva rama jurídica: el "Derecho de la Salud" con un cuerpo de doctrina y jurisprudencia propio y un número significativo de normas, donde concurren el derecho y la medicina.

Por lo tanto, sostenemos que las distintas estructuras de gobiernos regionales y locales, más cercanos al usuario de todo servicio de salud, deben proporcionar al ciudadano un sistema de bienestar que se acerque a los objetivos marcados por todas las normativas nacionales e internacionales mencionadas al principio de este trabajo.

Pero también debemos reflexionar sobre la naturaleza de la salud y de la enfermedad, porque me interesa subrayar, sostiene González García, que algunas enfermedades son biológicas, pero muchas son sociales porque, son consecuencia de la pobreza (109).

Recordemos lo que decía Bidart Campos refiriéndose, precisamente a este tema, "Bastaría repasar las dolorosas imágenes que nos ha venido exhibiendo nuestra televisión con niños hambrientos, raquíticos, moribundos, o ya muertos, para saber que en la República Argentina (sin necesidad de recordar lo que antes veíamos con horror en BIAFRA, por ejemplo) las políticas de salud exigidas por

(108) LI ROSI, RICARDO, autor del Prólogo de la *Guía de Especialistas Certificados* por el Consejo de Certificación de Profesionales Médicos (CCPM) (1993-2005) Auspiciada por la Academia de Medicina y la Fundación OSDE, p. 7.

(109) GONZÁLEZ GARCÍA, GINÉS, "Derechos Humanos y Salud". Artículo publicado en la Revista del Instituto Universitario ISALUD, volumen 1, número 2, junio 2006.

la Constitución merecen calificación desaprobatória, y no responden al mínimo test de bienestar general (físico, psíquico, mental, integral, etc.) (...) y son contrarias a la vida saludable y a la salud como derecho y como bien de naturaleza individual y de incidencia colectiva.

Y hay que decir que sí, aunque de vergüenza. No hace falta ir a BIAFRA. Basta con mirar muchas de nuestras Provincias" (110).

Por ello, la salud como ya mencioné, no solo debe ser garantizada en la Constitución Nacional, debe ser garantizada con políticas activas. Porque para ser activo en una sociedad el individuo debe estar sano y los derechos nacionales deben moverse hacia delante, con dinámica mediante como dice Lorenzetti o sea con medidas activas y positivas en favor del débil.

Coincidiendo con esta autorizada opinión, creemos que todos debemos contribuir a crear un mundo en el que las comunidades más vulnerables puedan disfrutar su derecho a salud y bienestar. Pero también debemos tener presente, que los *pacientes son personas* y no deben ser convertidos en un *expediente judicial*, es la medicina la que debe decidir y no la justicia.