

LA SALUD: ¿DERECHO CONSTITUCIONAL INDIVIDUAL O COLECTIVO?

UNA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL SOBRE UN DILEMA QUE COMPROMETE AL ÁMBITO UNIVERSITARIO



Por **Claudia Madies***

La trascendencia asignada por la Constitución Argentina al derecho humano a la salud –como derecho fundamental–, impone reconocerle su naturaleza compleja. Para su estudio no alcanza analizar las normas que lo tutelan (dimensión normativa), se requiere considerar las concepciones ideológicas que las animan (dimensión valorativa) y las conductas ínter subjetivas a las que da lugar (dimensión de la realidad). Ello obliga a conocer en la dimensión normativa su génesis y evolución, criterios éticos y concepciones antropológicas que subyacen en aquellas en la dimensión valorativa y el juicio de compatibilidad que el operador jurídico debe efectuar entre el interés individual y el interés social, y por ende, la repercusión social que determinadas acciones pueden llegar a tener, en el plano de la realidad.

La salud como derecho social, también llamado de segunda generación, surgió con el constitucionalismo social. Esta corriente de pensamiento sostiene que la comunidad organizada debe crear las condiciones necesarias para su goce eficaz, y obligan al Estado a actuar positivamente en la categoría subjetiva prestacional, para garantizar el acceso a la comunidad al goce de tales derechos (Constituciones de México de 1912 y de Weimar de 1919, o varias Constituciones Provinciales argentinas).

La salud es definida por la OMS como el pleno estado de bienestar físico, psíquico y social y como

tal, es un bien jurídico individual y social. La salud humana es un bien jurídico individual regido en la relación médico-paciente por los principios de la bioética de beneficencia y de autonomía de la voluntad. También en un bien jurídico social, entendido como un derecho de segunda generación, y así ha quedado consagrado este derecho en nuestra Constitución Nacional, con la reforma de 1994, mediante el reconocimiento de rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El derecho a la salud es el derecho social de la población a acceder en igualdad de condiciones a servicios de salud suficientes para una adecuada protección y preservación de la salud. Ello, expande este derecho desde la prestación, al acceso en igualdad de condiciones y compromete al Estado y también a los particulares en su garantía. El derecho internacional, hoy consagra ampliamente estos derechos y entre ellos el derecho a la salud. Nuestra Constitución Nacional, reconoce supremacía constitucional a estos tratados y pactos internacionales de derechos humanos, a partir de la reforma del año de 1994. Además, reconoce la organización política federal del país, y se ve integrada también con las constituciones provinciales que en materia de salud muchas suelen haber progresado más con relación a los derechos sociales, que la nacional. Además, conforme el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional el poder legislativo debe proveer al progreso económico con justicia social, según el inciso 23

* Claudia Viviana Madies, abogada UBA especialista en sistemas de salud y seguridad social de la Universidad Isalud, Directora del Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho de la Universidad Isalud, actual asesora de la Subsecretaría de Política, Regulación y Fiscalización del Ministerio de Salud de la Nación, ex titular de esa Subsecretaría y ex integrante del Directorio de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación. Autora de varias publicaciones y capítulos de libros, e investigaciones científicas, entre otras para OPS, OIT y PNUD.



legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la real igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos. Por ello, la Ley de presupuesto debe dictarse de conformidad con el inciso 8, siguiendo el diseño económico social que le impone la Constitución. Estas obligaciones estatales comprometen a sus tres niveles de gobierno y la cláusula federal del artículo 5 de la Constitución Nacional, claramente obliga a los gobiernos provinciales a reconocer internamente en sus constituciones las declaraciones derechos y garantías que la Nación reconoce.

Resulta difícil tutelar procesal y efectivizar los derechos sociales tales como el de “la salud” atento resulta indefinido generalmente el sujeto pasivo obligado a dar o hacer. Es que en estos derechos no se verifica una relación estrictamente directa como sucede en los derechos subjetivos, y aparece una obligación “activamente universal” del Estado frente a todos, y no a cada uno en particular, que debe satisfacerse a través de políticas promotoras del bienestar general capaces de abastecer las necesidades humanas fundamentales a que apuntan esos derechos sociales. Los particulares deben también cooperar con el cumplimiento de las obligaciones que contraen por sus actividades, o con las que pesan sobre los poderes públicos.

La cuestión suele centrarse en sede judicial en dirimir la tensión entre el sistema de propiedad y la vida humana, si bien se reconoce que ambos tienen raigambre constitucional. La discusión deriva de distintas posiciones individualistas o comunitaristas sobre el derecho de propiedad, así como las anarquistas y socialistas o autoritarias y democráticas, sobre la función del capitalismo. En el derecho argentino la posición individualista se refleja en el Código Civil de Velez Sarfield y

“Se verifica una tensión entre la legitimación democrática para limitar la propiedad u organizar el sistema de salud y la legitimación autocrática de los jueces, con una superioridad técnica, científica o moral, para dirimir el conflicto”

la más colectivista en la reforma de 1968, que reconoce que los derechos no son absolutos.

El desafío se presenta en la urgencia de estos casos que obligan a reducir la duración del proceso judicial y limitar el derecho de defensa de propiedad, anteponiendo sobre el mismo el derecho a la vida, resolviendo las demandas judiciales inaudita parte. Pero para asegurar el derecho a la vida un régimen justo puede verse compelido a desproteger los derechos a la salud de otros individuos, dando por ciertos los argumentos de los letrados patrocinantes de que los mismos no se afectan, prescindiendo de informes técnicos objetivos, fallándose en la ponderación de los valores en juego al no observar la definición de bien común social y formal o legalmente consagrada.

El remedio procesal del amparo, que contribuye a reparar situaciones de incumplimientos de obligaciones importantes de los actores del sistema de salud, también puede introducir situaciones de justicia o injusticia, e incluso contrariar el ordenamiento legal vigente. Hoy la judicialización aqueja al sistema de salud, y si bien las sentencias, suelen dar respuesta al reclamo del derecho subjetivo a la salud, aunque algunas, omiten reconocer la real naturaleza social de este derecho o contradicen las políticas públicas de salud. Los amparos, las medidas cautelares autónomas, y las medidas autosatisfactivas si bien, son idóneas para resolver en la urgencia situaciones extremas, no suelen avanzar en una crítica fundada y razonada sobre la correcta asignación de recursos que le compete al Estado, inhibiéndole la posibilidad de ofrecer propuestas alternativas que contemplen la armonización de los valores en discusión.

Se verifica una tensión entre la legitimación democrática para limitar la propiedad u organizar el sistema de salud y la legitimación autocrática de los jueces, con una superioridad técnica, científica o moral, para dirimir el conflicto. Cualquiera-

“El derecho social a la salud implica para los ciudadanos el derecho de que se le brinde un servicio ya organizado, o para que lo organice en el cual el valor justicia debe superar la omisión, ya que es a la vez poder protector y obligante”

ra sea el caso, los más necesitados y débiles por lo general carecen del amparo y tutela de los tres poderes del Estado, y son quienes se ven afectados por los subsidios cruzados y superposiciones de cobertura que algunas decisiones estatales y/o judiciales involucran, padeciendo de una discriminación negativa respecto de los restantes beneficiarios de prestaciones sociales, al no acceder a la prestación, mientras se prioriza la atención de personas con cobertura.

Los debates parlamentarios, por su parte no avanzan en pos de concretar un sistema de salud más universal, justo, integrado, equitativo y solidario. Por ejemplo, se mantiene la vigencia de la ley 23.661, del Seguro Nacional del Sistema de Salud, que careció de efectiva aplicación y que sirve de fundamento a una porción importante de los decisorios judiciales, en la inteligencia de que se está frente a un sistema único de salud, desconociéndose que en realidad se trata de un sistema fragmentado, segmentado y con los problemas de coordinación y articulación propios de un estado federal.

El bien común es un cometido de toda sociedad organizada, a través de fines que solo pueden ser alcanzados por el Estado mismo, pero en el caso de la salud hay fines que el Estado procura y requieren del concurso de los particulares o de otros Estados. La obligación del Estado asegura el derecho a la salud, brindando la protección adecuada, con arreglo a los recursos existentes, crea una cuestión previa de prioridades que debiera ser resuelta por el legislador, o en su caso por la administración y que compromete a toda la sociedad para su debate y realización, incluso a las autoridades provinciales y municipales en nuestra forma de gobierno federal.

El derecho social a la salud implica para los ciudadanos el derecho de que se le brinde un servicio ya organizado, o para que lo organice en el cual el valor justicia debe superar la omisión, ya que es a la vez poder protector y obligante. Como poder coacciona, como valor obliga éticamente y debe resolver la tensión entre derechos. Aquí debe armonizarse el derecho a la autonomía de la voluntad con el derecho de beneficencia-no maleficencia, que procura el mayor beneficio para el paciente, su mejor interés sin ocasionarle daño, sopesando con el principio de justicia, en cuanto a la mejor protección a los valores en juego desde la perspectiva de los derechos de terceros y de

la sociedad en su conjunto. Ello, no inhibe eventuales conflictos de valores y derechos en los que resulte necesario jerarquizar algunos de los valores o derechos en crisis en detrimento de otros, en cuyo caso cabe priorizar el que más respete la dignidad inherente al ser humano.

En materia social debería primar la justicia distributiva –lo debido por el cuerpo social a sus miembros– en cuanto a la asignación de los recursos de salud. Tal como indica Walter Carnota, es sabido que en la asignación de recursos en salud importa el dilema de decidir frente a altos costos y escasos recursos, y la competencia entre los distintos reclamos que es necesario atender proponiendo una organización de las instituciones y servicios privilegiando los públicos en beneficio de los menos favorecidos (principio de diferencia) incluso a la hora de tutelar la igualdad de acceso a los servicios.

El desafío esta en no negar la vocación social de ese derecho. Se trata de una obligación activamente universal, que impone el desarrollo y despliegue de políticas de bienestar en el ámbito de las necesidades básicas del hombre entre ellas las sociales y sanitarias, por que solo de ese modo se subsanará la omisión por inconstitucionalidad que vulnera el incumplimiento de los derechos humanos consagrados y ello, nos convoca a establecer un pacto social, que sienta las bases para dicha concreción de derechos. Dando cuenta de ello, por ejemplo recientemente el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Dr. Lorenzetti, ha llamado a discutir entre los tres poderes del Estado, cuestiones de relevancia social judicializadas, y entre ellas las vinculadas con este derecho.

La Universidad como institución de trascendencia en el campo científico y social, no puede permanecer ajena al debate de cómo alcanzar la efectivización del derecho a la salud. Por ello la Universidad Isalud está dando inicio a un Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho (Cedesabio), que desde una perspectiva plural e interdisciplinaria, persigue contribuir a la construcción social del derecho de la salud, a partir del desarrollo e impulso de ambas disciplinas y desde su mismo origen articular en red, con instituciones académicas del país y de Latinoamérica, comprometidas en alcanzar sistemas de salud más justos, equitativos e inclusivos. 