

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Por el Prof. Dr. ANTONIO M. HERNANDEZ, Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Destacamos inicialmente el acierto de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en elegir un tema importante y de tan extraordinarias implicancias como “El derecho de la salud”, para la reunión conjunta de nuestras Academias Nacionales.

Por ello mismo, sumado a la vastedad y complejidad de la materia en estudio, nos vemos obligados a delimitar estas reflexiones. En tal sentido, nos referiremos exclusivamente al derecho humano “a” la salud y no abordaremos otros importantes temas conexos, como el derecho “de” la salud, que comprende la regulación jurídica del sistema nacional de salud, entre otros aspectos. Tampoco nos detendremos en otros problemas relacionados a la salud como la bioética, el genoma humano, el aborto o la eutanasia.

II. EL CONCEPTO DE SALUD

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, “la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida”.(1) En tal sentido, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948, se define a la salud como: “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Dentro del contexto de la promoción de la salud, la salud ha sido considerada no como un estado abstracto sino como un medio para llegar a un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva. La salud es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas”.(2)

Sobre otro documento internacional de importancia, la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, la OMS, Ginebra (1986) expresó: “De acuerdo con el concepto de la salud como derecho humano fundamental, la Carta de Ottawa destaca determinados prerequisites para la salud, que incluyen la paz, adecuados recursos económicos y alimenticios, vivienda, un ecosistema estable y un uso sostenible de los recursos. El reconocimiento de estos prerequisites pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre las condiciones sociales y económicas, el entorno físico, los estilos de vida individuales y la salud. Estos vínculos constituyen la clave para una comprensión holística de la salud que es primordial en la definición de la promoción de la salud. Hoy en día, la dimensión espiritual de la salud goza de un reconocimiento cada vez mayor. La OMS considera que la salud es un derecho humano fundamental y, en consecuencia, todas las personas deben tener acceso a los recursos sanitarios básicos”.(3)

Emerge de esto último, una de las características principales de este derecho, que es el de estar íntimamente interrelacionados con otros derechos humanos por una parte y por la otra, de necesitar el cumplimiento de importantes requisitos de tipo político, social, económico y ambiental, para el adecuado goce del mismo.

III. EL DERECHO A LA SALUD EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

IV. 1. EN LA CONSTITUCION NACIONAL

En primer lugar analizaremos la Constitución Nacional, donde debemos distinguir **el texto originario de 1853 y 1860** y lo acontecido posteriormente con la **reforma constitucional de 1994**.

El derecho a la salud no fue inicialmente incluido de manera expresa, sino implícita a través del art. 33 de los derechos no enumerados. 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, como lo sostuvo Germán J. Bidart Campos. (4)

Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema en este período, Néstor Sagüés recuerda los casos “Los Saladeristas” (Fallos, 31:274), en 1887, donde se hizo referencia a la obligación del gobierno de proteger la salud pública, al no autorizarse la instalación de un establecimiento industrial que pudiese afectarla y del que deduce el derecho a que los terceros no perjudiquen la propia salud. Después menciona el derecho a recuperar la propia salud, según voto del Dr. Petracchi. (Fallos, 308:1458). Asimismo indica el caso “Ponzetti de Balbín” (Fallos, 306:1907, Consid. 8º) donde el más alto Tribunal ubica la protección de la salud física mental y física en el art. 19 de la Constitución y por último, el caso “Baricalla” (Fallos, 310:112), donde la Corte precisó que el derecho a la salud era una secuela del derecho a la vida.

Finalmente, considera otros fallos relacionados a este derecho, como “Bahamondez” (sentencia del 6/4/93) donde considera el deber de curarse, o “Bazterrica” (Fallos, 308:1392) sobre el derecho a la autodegradación.(5)

La reforma constitucional de 1994 incorpora el derecho a la salud de manera expresa en las siguientes normas, que brevemente destacaremos y que han producido un cambio muy profundo en esta materia, acorde a los conceptos modernos de la salud, que antes mencionamos:

a) En el art. 41 sobre ambiente al prescribirse específicamente en relación a nuestro tema que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...(párrafo 1º) “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho,...”(párrafo 2º) “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (párrafo 3º). “Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

b) En el art. 42 sobre consumidores y usuarios al indicarse que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud,...(párrafo 1º). “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...(párrafo 2º). “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos,...previando la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (párrafo 3º).

c) En el art. 43 sobre el amparo, que se reconoce específicamente para las materias citadas en los incisos anteriores y para los derechos de incidencia colectiva en general.

d) En el art. 75 inc. 19 sobre la nueva cláusula del progreso que ordena como competencia del Congreso: “Proveer lo conducente al desarrollo humano,...(párrafo 1º) “Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al doblamiento de su territorio; promover políticas

diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones...”(párrafo 2º).(6)

e) En el art. 75 inc. 23 sobre discriminación inversa que dice: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

f) En el art. 75 inc. 22 sobre el reconocimiento de rango constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos, que expresa: “...La Declaración Americana de los Derechos del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.....”(párrafo 2º).

Hemos mencionado esta norma al final para detenernos especialmente en ella, porque es la de mayor importancia, ya que introduce la fuente externa de reconocimiento del derecho humano a la salud, en consonancia con el salto cualitativo fundamental que produjo la reforma constitucional de 1994, de introducirnos en la faz más avanzada del derecho constitucional, que es el de la internacionalización de los derechos humanos.

En este aspecto, indicamos seguidamente las normas referidas a este derecho humano en los instrumentos internacionales respectivos, sin efectuar la transcripción pertinente, por razones de brevedad.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. VII y XI; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3, 8 y 25; en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6, 7 y 24; en la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4 inc. 1. 5 incs. 1 y 2, 19 y 25 y en la Convención sobre los derechos del Niño, arts. 3, 6, 23, 24 y 25. Asimismo también se puede inferir que existe una protección especial indirecta de este derecho humano a la salud de los otros tratados internacionales contra la discriminación, contra la tortura y otras penas crueles y contra el genocidio.

De estos instrumentos de excepcional importancia, que revelan la lucha notable de las Naciones Unidas por asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, -objetivo liminar y eterno del constitucionalismo desde su versión clásica o liberal-, queremos destacar el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, porque a través de la tarea de su Comité respectivo desarrolló de la manera más completa la materia que examinamos.

El artículo 12 del Pacto dice: “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

mortinatalidad 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”.

Como antes dijimos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, efectuó la interpretación del Pacto acerca del derecho a la salud y de la responsabilidad del Estado en su Observación General 14, aprobada el 11 de mayo de 2000. Sin poder detenernos en un examen exhaustivo del tema (7), así sintetizamos las **principales conclusiones que el Comité ha señalado** (8):

1. Que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humano.
2. Que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.
3. Que el derecho a la salud está estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos humanos y depende de estos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.
4. 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 la salud y el cuerpo de uno, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como asimismo 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.
5. El concepto del “más alto nivel posible de salud” tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado.
6. El derecho a la salud no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones saludables de trabajo y medio ambiente y acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluidas la salud sexual y reproductiva.
7. Las condiciones que deberán asegurar los Estados son las siguientes:
 - a) Disponibilidad: cada Estado deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y programas.
 - b) Accesibilidad: dichos establecimientos deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna. Esta condición requiere los 4 aspectos siguientes: 1. No discriminación, en especial para los sectores más vulnerables y desprotegidos de la población; 2. Accesibilidad física, que significa que los establecimientos deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población; 3. Accesibilidad económica, que importa que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos de los servicios deberán ser equitativos, especialmente para los sectores de menores recursos y 4. Acceso a la información, que comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir información acerca de la salud.

c) Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades.

d) Calidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico.

8. En cuanto a las obligaciones de los Estados, se prescriben las de “respetar, proteger y cumplir” el derecho a la salud.

El Comité menciona entre las obligaciones de respetar las siguientes: abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información sobre salud, etc..

Entre las obligaciones de proteger se indican: adoptar leyes para el acceso igual a la atención de la salud; velar porque la privatización del sector no represente una amenaza para el cumplimiento de los requisitos de los servicios de salud antes fijados; etc.

Con respecto a las obligaciones de cumplir se ordena que los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y velar por el acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas; se debe establecer también un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular, sobre el Sida, salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas (párrafo 36)

9. Que el derecho a la salud debe ser asegurado por el Poder Judicial: ya que toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos (párrafo 59 de la Observación General).

10. El papel de los juristas: pues los Estados deben alentar a los magistrados y a los demás jurisconsultos, a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a la violación al derecho a la salud (párrafo 61).

Consideramos que luego de este breve análisis de los cambios sustanciales operados por la reforma constitucional de 1994, resulta evidente que nuestro país presenta ahora en el ordenamiento constitucional supremo, el más amplio, claro, profundo y explícito reconocimiento posible de este derecho humano fundamental. Asimismo este derecho tiene ahora una doble fuente: interna y externa y cuenta también con tribunales nacionales e internacionales a los cuales recurrir para asegurar la vigencia del mismo. Por otra parte, también contamos ahora con una garantía constitucional adecuada para impetrar ante los tribunales: el amparo, reconocido en el art. 43, como otro de los grandes adelantos de la última reforma de nuestra Ley Suprema.

Como consecuencia de nuestra incorporación al derecho internacional de los derechos humanos, que supone obligaciones específicas a cumplir por el Estado en sus diversos niveles, debemos añadir además en relación a nuestro tema, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 3, dictada en su 5° período de sesiones de 1990, al referirse a estos derechos dijo que los Estados debían destinar “..hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente,

la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. De tal manera que existen directivas específicas en esta materia, a los fines de lograr que los Estados asuman sus importantes responsabilidades en esta cuestión fundamental.(9)

III. 2. EN EL CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL

En las Constituciones Provinciales se ha advertido también un reconocimiento de este derecho a la salud de manera expresa, sobre todo a partir de las reformas constitucionales producidas en el último período comenzado en 1986.

Creemos que un ejemplo de ello lo ofrece la Constitución de Córdoba (1987), que trata este derecho de manera integral como derecho personal, como derecho social y como deber personal.

Al referirse a los derechos personales enumerados en el art. 19, la Ley Suprema cordobesa dice: “Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: 1) A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal...”.

Con respecto a los derechos sociales, menciona en el art. 23 sobre los trabajadores, inc. 1, a las condiciones “salubres” y en el inc. 6: “A que se prevean y aseguren los medios necesarios para atender las exigencias de su vida y de la familia a su cargo, en caso de accidente, enfermedad, invalidez, maternidad, vejez...”.

Y por último, la salud es considerada además como un deber constitucional, ya que en el art. 38 se expresa: “Los deberes de toda persona son: inc. 9: “Cuidar su salud como bien social”.(10)

III. 3. EN LAS CARTAS ORGANICAS MUNICIPALES

Como consecuencia del avance del principio de la autonomía municipal, en su aspecto más importante que es el institucional, se han dictado más de 110 Cartas Orgánicas Municipales en nuestro país, que son verdaderas constituciones locales que trasuntan el ejercicio de un poder constituyente municipal. (11)

Sin poder realizar un análisis de tan vasta normativa, sólo citaremos el caso de la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba (12), que para nosotros constituye un ejemplo en la materia.

Dicho instrumento se refiere a la cuestión en el art. 9 inc. 1 sobre derechos de los vecinos y en el art. 12 inc. 8 sobre deberes de los mismos y en el Capítulo de Políticas Especiales y Sociales en el art. 33, que expresa: “El municipio reconoce la salud como derecho fundamental del hombre desde su concepción y en consecuencia garantiza su protección integral como bien natural y social. Promueve, planifica y ejecuta programas de medicina preventiva y reparativa, asegura el acceso al recurso terapéutico y tecnológico de que disponga equitativamente. Controla periódicamente los factores biológicos, psicológicos, ecológicos y sociales que puedan causarle daño cumpliendo un rol socioeducativo. Concreta políticas sanitarias con el gobierno provincial y federal, otros municipios y provincias, instituciones públicas, privadas y demás organizaciones comunitarias. Promueve el desarrollo intersectorial con especial énfasis en la atención primaria de la salud. Asegura la participación de la comunidad en la selección de prioridades de atención, en la instrumentación y evaluación de programas”.

Asimismo también se vinculan a la salud las siguientes normas de este Capítulo: políticas sociales, art. 26; ambiente, art. 28; consumidores y usuarios, art. 35; servicios públicos, art. 38 y ciencia y tecnología, art. 40.

De tal manera que también en el orden municipal contamos, como en el caso cordobés, con una completa normativa que reconoce el derecho a la salud y que establece políticas públicas especiales, de conformidad a los criterios más avanzados que hemos observado particularmente en las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales de las Naciones Unidas y en los aportes de la Organización Mundial de la Salud. Podemos sostener, luego de la revista efectuada en los diversos órdenes constitucionales de nuestro Estado Federal, que en Argentina existe bajo el punto de vista normológico, el más avanzado, moderno y completo reconocimiento del derecho a la salud, como derecho humano fundamental.

V. CARACTERIZACION DEL DERECHO A LA SALUD

Consideramos que estos son los caracteres del derecho a la salud:

- a) Tiene una naturaleza mixta y compleja al participar de las características de los derechos individuales civiles como de los sociales. En efecto, a lo largo de nuestra historia constitucional –como en la del constitucionalismo comparado- se ha producido la evolución desde el constitucionalismo clásico o liberal, con el reconocimiento de los derechos individuales civiles y políticos, al constitucionalismo social con el reconocimiento de los derechos sociales y finalmente de éste hacia el constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos. En consecuencia, aquél derecho a la salud de la primera etapa importaba actitudes abstencionistas del Estado para no dañar el derecho, esencialmente anclado en lo individual. Pero luego, con el constitucionalismo social se produce un cambio profundo en la materia, y el Estado debe intervenir en estas cuestiones sociales, que significan prestaciones positivas de dar y de hacer y que se observan nítidamente en el derecho a la salud, con programas positivos que deben impulsar los respectivos órdenes gubernamentales de nuestra federación. Finalmente, con la última etapa, aparece la reafirmación de esta doble naturaleza de este derecho, sumado al reconocimiento internacional del mismo y a las obligaciones que se imponen a los Estados, en cumplimiento de los Tratados Internacionales sobre la materia. (13)
- b) Es un derecho de protección y de prestaciones (14), que comporta obligaciones de dar, hacer y de no hacer. Ha sostenido al respecto Susana G. Cayuso que este derecho es una obligación impostergable del Estado Nacional (y de los otros órdenes estatales y gubernamentales agregamos nosotros) de inversión prioritaria y que está ligado al concepto de prestaciones esenciales.(15) El Estado en sus diversos niveles debe abstenerse de dañar la salud y de tener injerencias arbitrarias en el derecho a la salud de las personas y de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra. O sea lo vinculado a la obligación estatal de respetar el derecho a la salud, como lo expresamos en los puntos 4 y 8 de la síntesis de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Y por el contrario, debe dar y hacer a través de actividades como las mencionadas en los puntos 6, 7 y 8 de dicha síntesis, o sea lo vinculado a las obligaciones estatales de proteger y cumplir el derecho a la salud.
- c) Es un derecho universal, interdependiente e indivisible de los otros derechos humanos. Esta característica fue enunciada por la Declaración y Programa de Viena de la Conferencia Mundial, celebrada en Viena en 1993, en cuyo punto 1.5 expresa: “Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están

relacionados entre sí”. Recuérdese en este aspecto el punto 3 de la síntesis que efectuamos sobre la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

- d) Es un derecho colectivo o de incidencia colectiva. Su naturaleza mixta individual y social también ha significado que luego de la reforma constitucional de 1994 (art. 43) tenga el carácter de derecho colectivo o de incidencia colectiva, con una mucho mayor garantía a través del amparo respectivo, que puede ser planteado ante los Jueces con una legitimación procesal notablemente más amplia que la correspondiente a un derecho individual.
- e) Es un derecho fundamental expresamente reconocido, cuyo sujeto pasivo principal es el Estado en sus diversos niveles, además de otros como las obras sociales, entidades de medicina prepaga, empleadores, aseguradores, etc. y las otras personas en general.

VI. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION EN LA MATERIA LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.

Nuestro más alto Tribunal ha producido una importante jurisprudencia en la materia, a través de sucesivos casos que veremos, que van afirmando una posibilidad de cumplimiento de la normativa constitucional y supranacional antes analizada.

- a) En primer lugar tenemos el caso “Policlínica Privada c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos 321:1684 del 11 de junio de 1998, en que la Corte dispuso rechazar un recurso extraordinario que había interpuesto la demandada contra la pretensión de una empresa de medicina prepaga que había solicitado el pase de una menor internada en terapia intensiva a un hospital público municipal y que había sido ordenado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Entre los fundamentos de la Corte se indica que no podía producirse la privación de cobertura asistencial de la niña, según lo indicado en los arts. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- b) Luego el caso “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional”, fallado el 1 de junio de 2000, en que la Corte basándose en el Dictamen del Procurador General Nicolás Becerra del 22 de febrero de 1999 responsabilizó primariamente al Estado Nacional en el suministro de medicamentos para enfermos de Sida, en cumplimiento de la Ley N° 23.798 y de las normas constitucionales y tratados internacionales que obligan al mismo para asegurar el derecho a la salud. En este sentido, el Procurador había recordado al art. 75 inc. 22 de la Constitución y a los 2 Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además del Pacto de San José de Costa Rica.
- c) En tercer lugar, señalamos el caso “Campodónico de Beviacqua Ana c. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, fallado el 24 de octubre de 2000, donde el más alto Tribunal confirma los fallos de primera y segunda instancia que habían condenado al Estado a la entrega de las drogas respectivas para el niño A.S.B., que tenía problemas en su médula ósea. Entre sus fundamentos la Corte cita la Ley 23.661 que instituyó el Sistema Nacional de Salud con los alcances de seguro social “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin

discriminación social, económica, cultural o geográfica” (art. 1) y cuyo objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud..” (art. 2). Asimismo se refiere a las obligaciones del Ministerio de Salud y Acción Social que es la autoridad de aplicación para la política del seguro nacional de salud y de medicamentos y al que le corresponde articular y coordinar los servicios que presten las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país (arts. 3, 4, 7, 15, 28 y 36). También la Corte menciona la Ley 22.431 de “Protección integral de las personas discapacitadas”, a la que adhirió la Provincia de Córdoba, donde se planteara el caso.

Nuestro más alto Tribunal recuerda además al anterior caso “Asociación Benghalensis” y se refiere a las obligaciones asumidas por el Estado en cumplimiento del art. 75 inc. 22 y los tratados internacionales antes mencionados y en particular, analiza el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 12 y menciona al Comité respectivo.

Asimismo recuerda la cláusula federal del Pacto de San José de Costa Rica en su art. 28, que obliga al Estado nacional al cumplimiento de dichas obligaciones, sin perjuicio de las correspondientes a los Estados subnacionales que integran una federación.

- d) En cuarto lugar, indicamos el caso “Etcheverry Roberto c. Omint Sociedad Anónima y Servicios”, resuelto por la Corte el 13 de marzo de 2001 donde el más alto Tribunal también incluyó entre los obligados a dar tratamiento a los enfermos de Sida a las entidades de medicina prepaga. Se destaca en este aspecto el dictamen del Procurador General Dr. Becerra que se refiere a esta responsabilidad de las entidades tanto por las condiciones pactadas del servicio como por las obligaciones establecidas en la legislación nacional y en los tratados internacionales, conforme lo indica la Ley 24.754 sobre estas entidades.
- e) En quinto lugar referimos el caso “Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social”, fallado por la Corte el mismo día del caso anterior, donde se rechaza el planteo de la actora que había demandado la inconstitucionalidad de la citada Ley 24.754, en base a los arts. 14, 17, 28 y 33. El más alto Tribunal sostiene que dicha legislación que obliga a las entidades de medicina prepagas fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado.
- f) En sexto lugar citamos el caso “Monteserín Marcelino y otros c. Estado Nacional-Amparo” fallado el 16 de octubre de 2001, donde la Corte Suprema ratifica la jurisprudencia anterior sobre la obligación del Estado a prestar los servicios básicos de rehabilitación en esta oportunidad de un menor afectado por parálisis cerebral, en cumplimiento de la Ley 24.901 (para personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de obras sociales, arts. 3 y 4) y de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (art. 23).
- g) En séptimo lugar, tenemos el caso “Ramos Marta R. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros-Amparo”, que fue fallado por la Corte Suprema el 12 de marzo de 2002. En esta causa, la actora por derecho propio y en representación de sus 8 hijos menores plantea un amparo contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Prof. Juan P. Garrahan para que se respeten sus derechos a una alimentación sana, a

la salud, a la educación y a una vivienda digna y que se les suministre una cuota mensual alimentaria. Asimismo demanda para que se otorgue a su hija M.S.R. por parte de los demandados las prestaciones médicas necesarias de acuerdo a su estado de salud.

En fallo dividido, la Mayoría resolvió rechazar el amparo al considerar dicha vía inadmisibles pues “no surge que los accionados hayan negado en forma directa el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas” y expresando además: “En tales condiciones, cabe agregar que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte Suprema, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (Fallos, 300:1282 y 301:771), ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32 (Fallos, 251:53)”.

Por su parte, la Minoría disidente integrada por los Ministros Fayt y Boggiano admitió el amparo, en base a esta argumentación sobre el párrafo anterior: “Sin embargo, una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no puede compartirse. Ello por cuanto no se están requiriendo en el caso medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquéllas que a juicio de los peticionarios, darían satisfacción a sus derechos más primarios. En esas condiciones, dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos afectados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado (“Felicetti Roberto y otros”, Fallos 323:4130, disidencia del juez Fayt)”. Este fallo mereció la crítica de Germán Bidart Campos que se refirió al voto de mayoría calificando a sus afirmaciones de estériles y erróneas y que finalizó con el reclamo de una “judiciabilidad dinámica, capaz de interpretar las normas que hay y de integrar los vacíos producidos por las que no hay, todo a favor de un estado social y democrático de derecho”.(16)

- h) Finalmente, en octavo lugar citamos los casos “Orlando Susana” y “Ortiz Ana María”, fallados por la Corte Suprema el 24 de mayo de 2005, donde se hacen lugar a respectivos amparos y se ratifica la jurisprudencia anterior en relación a las obligaciones del Estado para asistir a dos personas que sufrían de esclerosis múltiple y que eran discapacitadas.

VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

“Bastaría repasar las dolorosas imágenes que nos ha venido exhibiendo nuestra televisión con niños hambrientos, raquíticos, moribundos, o ya muertos –decía con dolor y valentía el recordado maestro Bidart Campos (17)- 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 la Constitución merecen calificación desaprobatoria, y no responden al mínimo test de bienestar general (físico, psíquico, mental, integral, etc.) tan incumplido en materia de alimentación, vivienda, empleo y puntos suspensivos... Desnutrición,

miseria, carencia de recursos, falta de trabajo, condiciones laborales insalubres o indignas, horarios laborales denigrantes, ausencia de descanso suficiente, desprotección en materia de seguridad social –por ejemplo en accidentes de trabajo- nos lleva a preguntar si allí no se acumulan condiciones de insalubridad, o sea, 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 mirar muchas de nuestras Provincias”.

En igual línea de pensamiento que compartimos, Maljar (18) refiere que pese a estos acertados precedentes judiciales de nuestra Corte, la realidad nos muestra que el Estado abdica de sus compromisos -especialmente de los prescriptos en los tratados internacionales- y que pocos casos llegan a los Tribunales, ante la falta de información de la población. Por otra parte, los incumplimientos se observan claramente ante la situación deplorable de los hospitales públicos, la falta de control de las obras sociales y de las entidades de medicina prepagas que no pocas veces anteponen criterios económicos a la adecuada prestación de los servicios médicos y en general, la ausencia del Estado -en sus diversos niveles- en el cumplimiento de sus indelegables obligaciones para asegurar este derecho de tanta importancia individual y social.

Agregamos nosotros que quien puede negar que en nuestro país se violan los requisitos fijados sobre las condiciones de prestación del derecho a la salud, en cuanto a no discriminación, equidad, etc. Y qué decir de los pésimos resultados que se observan en las encuestas sobre consumo de alcohol, tabaco y drogas, especialmente entre nuestros jóvenes. O de las lamentables condiciones ambientales que se sufren en nuestras grandes ciudades y en nuestros ríos y lagos...

En definitiva, se comprueba que también en esta materia de los derechos sociales y en particular del derecho a la salud, existe una notoria distancia entre las normas y la realidad. Se trata de otro capítulo de la anomia que padecemos, conforme lo hemos destacado en nuestra última obra “Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica”. (19)

VII. PROPUESTA

Desde nuestro ámbito específico proponemos:

- a) Que es imprescindible luchar por la vigencia plena de nuestro ordenamiento constitucional, 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.
- b) Que debe promoverse la realización de estudios interdisciplinarios para profundizar el conocimiento del derecho a la salud.
- c) Que debe redactarse una verdadera carta de derechos, libertades y deberes sobre este derecho fundamental en los diversos órdenes gubernamentales y luego difundirse entre nuestra población.
- d) Que resulta fundamental el papel del Poder Judicial para asegurar el cumplimiento de la normativa constitucional y legal vigente en esta materia.
- e) Que es menester fortalecer el rol de los cuerpos legislativos y de los órganos judiciales para asegurar un mayor control de las funciones de administración del sistema nacional de salud.
- f) Que es necesario garantizar a las personas el acceso a la información en lo vinculado al sistema de salud.

- g) Que 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.

NOTAS

- (1) Brena Sesma Ingrid, “El derecho y la salud- Temas a reflexionar”, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2004, pág. 104.
- (2) Cfr. Brena Sesma Ingrid, obr. Cit., pág. 104.
- (3) Cfr. Brena Sesma Ingrid, obr. Cit., págs. 104/5.
- (4) Germán J. Bidart Campos, “Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003”, La Ley, T. 2003-C, Sec. Doctrina, pág. 1235.
- (5) Cfr. Néstor Pedro Sagüés, “Elementos de derecho constitucional”, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, págs. 48/52.
- (6) Sostuvo al respecto Germán Bidart Campos: “12. En el programa de Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) el desarrollo ha sido conceptualizado 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. Un “estar-bien” en el bien-estar general del preámbulo de 1853, anudando la salud a al vida para satisfacer la “vida saludable”? Afirmativamente, la vida saludable hace falta para abastecer el desarrollo humano, y la salud como bien colectivo hace falta para abastecer el bienestar general”. (“Lo viejo y lo nuevo...”, tr. citado, pág. 1237.
- (7) Para lo que remitimos al artículo de Daniel E. Maljar, “Responsabilidad del Estado en materia de derecho a la salud según la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005-II, junio 29, 2005 y al libro de Miguel Carbonell “Los derechos fundamentales en México”, editado por la UNAM y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 2004, donde analiza el Derecho a la protección de la salud, págs. 813 y sgts..
- (8) En base a los excelentes aportes previamente citados de Maljar, págs. 4 a 14 y de Carbonell, págs. 826 a 841, de los que hemos formulado esta síntesis.
- (9) Véanse al respecto Miguel Carbonell, obr. Cit., págs. 786 y sgts., donde además analiza otras Observaciones generales del Comité vinculadas al cumplimiento del Pacto; Absjorn Eide, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, N° 43, diciembre de 1989 y Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Madrid, Trotta, 2001.
- (10) Véase al respecto el Capítulo de Derechos de nuestra autoría, en el libro “Las nuevas constituciones provinciales” de Frías y otros, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- (11) Véase al respecto nuestras obras “Derecho Municipal”, 2ª. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, Cap. III y “Derecho Municipal- Parte General”, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2003, Cap. III.
- (12) Porque se trata de la primera carta dictada en nuestro país y América Latina para un municipio de más de 1.000.000 de habitantes y porque es la que mejor conocemos, ya que tuvimos el honor de presidir la Convención Municipal Constituyente que la sancionó el 6 de noviembre de 1995, hace ya más de 10 años, lo que hemos destacado en el artículo “Los 10 años de la Carta Orgánica de Córdoba” (La Voz del Interior, Córdoba, del 26 de noviembre de 2005).

- (13) Existe actualmente una tendencia a relativizar la diferencia entre los derechos individuales y sociales, como así también entre los derechos humanos llamados de distintas generaciones. Ello apunta a dotar de ejecutividad a los derechos sociales, dejando de lado distinciones como la de cláusulas operativas y programáticas, que impedían o demoraban la vigencia de los mismos. Véase al respecto Miguel Carbonell, en su análisis de los puntos sobre el Estado social como estado constitucional y sobre los derechos sociales, obr. cit., págs. 771 y sgts.; Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Madrid, Trotta, 1999, págs. 59/65 y “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Madrid, Trotta, 2001, págs. 180/196; Víctor Abramovich y Chistian Courtis, obr. Cit.; Susana G. Cayuso, “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2 de abril de 2004, págs. 36 y sgts.; etc.
- (14) “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares. Cuando de habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”. Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de Ernesto Garzón Valdes, Madrid, CEPC, 2002, pág. 482.
- (15) Véase Susana G. Cayuso, art. citado, pág. 43.
- (16) Véase Germán J. Bidart Campos, art. cit., pág. 1240. Asimismo para una consideración más extensa de los casos jurisprudenciales antes citados, véase a Daniel E. Maljar, art. cit., págs. 14 y sgts..
- (17) Véase Germán J. Bidart Campos, art. cit., pág. 1237.
- (18) Véase Daniel E. Maljar, art. cit., pág. 36.
- (19) Véase Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, “Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica”, editada por la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, en 2005, en base a un proyecto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional que presidiera y de Internacional Idea, cuyo Director Regional para América Latina es el Dr. Daniel Zovatto. Una encuesta similar se realizó previamente en Méjico y el proyecto continuará en otros países, en el marco de un estudio comparado latinoamericano.

Para concluir con este análisis de los incumplimientos constitucionales, consideramos conveniente efectuar otras consideraciones sobre la realidad de nuestro sistema de salud, para lo cual agregamos seguidamente un Anexo Estadístico con datos que hemos conseguido sobre el gasto de salud en el país y sobre la extensión de la cobertura en nuestra población.

Con respecto a lo primero, adviértase la magnitud del gasto efectuado en particular por las provincias, dentro del sector público y especialmente, por el sistema de seguridad social, que es el que efectúa las mayores erogaciones. Asimismo, en relación a esto, destacamos que el 6,6 % del Producto Bruto Interno de la Unión Europea se destina como promedio a la salud, mientras que esa proporción es de exactamente la mitad, o sea el 3,3 en América Latina. Asimismo no podemos dejar de mencionar que especialistas de salud pública con los cuales hemos dialogado nos han manifestado que se calcula que el 30 % del gasto destinado a salud queda en manos de quienes gerencian y administran dicho sistema, lo cual es una cifra altísima. Por otra parte, no se puede desconocer la falta de transparencia

que caracteriza la administración de la salud, lo que nos enfrenta una vez más a problemas muy graves de nuestra administración: la falta de eficiencia y la corrupción.

En relación a lo segundo, los datos sobre la cobertura de salud son de extrema gravedad pues indican que ha aumentado desde el 36,9 % al 48,1 % entre 1991 y 2001 la población que carece de cobertura.

Con estas referencias insistimos en nuestra convicción sobre la necesidad de avanzar en estudios interdisciplinarios para mejor comprender las realidades sobre las que debe operar la ciencia jurídica.

ANEXO ESTADISTICO

Gasto en Salud Años 2002 y 2001

	En millones de pesos		En % del PBI (*)	
	2002	2001	2002	2001
Atención Pública	5.734	5.625	1,83	2,09
Nacional	911	750	0,29	0,28
Provincial	4.027	4.016	1,29	1,49
Municipal	796	859	0,25	0,32
Seguridad Social	8.151	8.015	2,61	2,99
Obras Soc. Nacionales	3.621	3.696	1,16	1,38
INSSJyP	2.402	2.169	0,77	0,81
Obras Soc. Provinciales	2.128	2.150	0,68	0,80
Sector Privado	s/d	9.559	s/d	3,57
Total	s/d	23.199	s/d	8,65

Fuente: Ministerio de Economía, excepto Sector Privado, cuya estimación corresponde a la Fundación Isalud, Programa de Investigación Aplicada

(*) La caída del gasto en salud en términos de PBI entre 2001 y 2002 se debe a la variación del denominador: el PBI en pesos corrientes pasó de 268.696,7 millones de pesos en 2001 a 312.580,1 millones en 2002.

Cobertura médica en Argentina

Evolución de la población con cobertura de obra social y/o plan de salud privado o mutual

Censos 1991 y 2001

	1991	2001	
	%	%	Población
Tiene	63,1	51,9	18.836.120
No tiene	36,9	48,1	17.424.010

Entre 1991 y 2001, la población sin cobertura de salud se aumentó del 36,9% al 48,1% del total.

Población sin cobertura de obra social y/o plan de salud privado o mutual -Provincias y grupos de edad-

Jurisdicción	Censo 1991	Censo 2001			
		Total	Pob. De 0 a 2 años	Mujeres 15 a 49 años	Pob. de 65 y + años
Ciudad de Buenos Aires	19,7	26,2	33,0	29,9	9,3
Provincia de Buenos Aires	36,7	48,8	57,4	51,4	18,4
Partidos del Gran Buenos Aires	38,5	52,0	59,9	54,6	21,1
Resto de la Provincia	33,6	43,5	53,1	45,9	14,6
Catamarca	36,8	45,0	60,1	46,6	19,2
Córdoba	37,8	45,8	54,6	47,9	16,5
Corrientes	48,4	62,1	73,4	62,8	35,3
Chaco	52,2	65,5	78,8	64,8	33,1
Chubut	32,6	39,5	45,4	39,4	26,1
Entre Ríos	38,5	48,7	61,3	49,9	20,8
Formosa	57,3	65,8	79,5	64,3	43,9

Jujuy	44,0	54,2	65,7	55,4	32,9
La Pampa	35,2	45,5	54,5	46,9	20,8
La Rioja	34,0	40,8	53,1	41,1	15,7
Mendoza	42,2	50,6	58,5	52,7	22,4
Misiones	49,8	57,8	67,6	56,7	38,5
Neuquén	40,3	48,7	54,6	49,2	28,1
Río Negro	38,8	49,9	56,7	50,4	28,8
Salta	48,7	60,4	72,0	61,2	30,0
San Juan	40,9	53,0	64,2	55,2	22,1
San Luis	37,6	51,6	58,0	52,4	27,0
Santa Cruz	23,0	29,2	34,3	31,1	18,0
Santa Fe	29,0	42,0	55,7	44,1	12,5
Santiago del Estero	55,4	63,7	78,0	63,6	31,7
Tierra del Fuego	30,8	30,1	32,5	30,4	21,3
Tucumán	35,3	48,2	61,1	48,6	19,7
Total País	36,9	48,1	59,3	49,8	18,7

Las jurisdicciones donde más crece la población sin cobertura de salud son San Luis, Corrientes, partidos del Conurbano, Chaco y Santa Fe. Sólo en Tierra del Fuego se registra una leve reducción.

Fuente: Censo Nacional 2001, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC)

Notas - Plan de salud privado o mutual: Modalidad de aseguramiento de la salud, caracterizada por la adhesión voluntaria y el pago del servicio por parte del beneficiario en su totalidad. Se excluyen los servicios de emergencias médicas. **Obra Social:** Cobertura de salud que obtienen las personas que trabajan y sus familiares mediante afiliación obligatoria, incluyendo la cobertura legal que reciben las personas jubiladas o pensionadas.

Medicina prepaga

Población cubierta a diciembre de 2003: 2.614.197

Fuente: Asociación de Entidades de Medicina Prepaga (Ademp)