

MIRADA ACTUAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Por **Carolina Nicole Irisarri González Deibe¹**, **Noelia Giselle Irisarri González Deibe²**, **Bernardo David Marotta³** y **Adriana Beatriz Villani⁴**

Fecha de recepción: 29 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 29 de noviembre de 2021

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/a05vm9g73>

¹ Abogada de la Universidad Católica Argentina (UCA). Doctoranda en Derecho por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Miembro del Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos (UCES). Investigadora de UCES en el Proyecto de Investigación “Los Derechos Humanos en Argentina ante los nuevos desafíos” bajo la dirección de la Dra. Paola Urbina y co-dirección del Dr. Darío Spada.

² Abogada de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ). Master en Derecho Internacional y Europeo Público y Privado (*Université de Nice*). Doctoranda en Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Miembro del Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos (UCES). Investigadora de UCES en el Proyecto de Investigación “La protección de la salud y dignidad de las personas bajo la luz de la bioética en Argentina” dirigido por la Dra. Paola Urbina.

³ Abogado de la Universidad de Morón (UM). Doctorando en Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial del Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE). Especialista en Derecho Tributario por la Escuela del Cuerpo de abogados del Estado (ECAE). Especialista en Asesoramiento Jurídico del Estado (ECAE). Docente en el Instituto Universitario Gendarmería Nacional. Instructor Sumariante Especializado por Concurso Público Nacional Abierto, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Miembro del Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos (UCES). Investigador de UCES en el Proyecto de Investigación “Los Derechos Humanos en Argentina ante los nuevos desafíos” bajo la dirección de la Dra. Paola Urbina y co-dirección del Dr. Darío Spada.

⁴ Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Secretaria de Asuntos Constitucionales y Electoral del Superior Tribunal de Justicia del Chubut. Secretaria del Tribunal Electoral Provincial. Doctoranda en Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto aportar una reflexión personal sobre el derecho a la salud.

A tal fin se determina qué comprende el derecho a la salud desde una perspectiva jurídica, internacional y nacional.

Abstract

The purpose of this work is to provide a personal reflection on the right to health.

To this end, what is included in the right to health is determined from a legal, international and national perspective.

Resumo

O objetivo deste trabalho é proporcionar uma reflexão pessoal sobre o direito à saúde.

Para tanto, o que está incluído no direito à saúde é determinado a partir de uma perspectiva legal, internacional e nacional.

Palabras clave

Derecho, Derecho a la salud, perspectiva jurídica, perspectiva internacional, perspectiva nacional.

Keywords

Law, Right to health, legal perspective, international perspective, national perspective.

Palavras chave

Direito, Direito à saúde, perspectiva jurídica, perspectiva internacional, perspectiva nacional.

1. Introducción

A través de este trabajo nos proponemos reflexionar sobre el derecho a la salud, para lo cual consideramos necesario determinar de qué se trata y qué comprende desde una perspectiva jurídica internacional y nacional.

2. El derecho a la salud desde una perspectiva jurídica internacional

La Organización Mundial de la Salud, OMS, organismo especializado en el sistema de las Naciones Unidas, nace en 1946. Su Constitución fue firmada el 22 de julio de 1946 por 61 Estados en ocasión de la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en la ciudad de Nueva York, de los Estados Unidos de América. La Constitución entró en vigencia el 7 de abril de 1948 (OMS, 2020).

En el preámbulo de la mencionada Constitución se desarrollan una serie de principios básicos en torno a la salud, comenzando por una definición: "...estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (p. 1). Entendemos que esta definición no puede ser escindida del principio que le sigue y dice: "...el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social" (Constitución OMS, p. 1).

Asimismo, entre los demás principios hallamos el carácter esencial de extender a todos los pueblos los beneficios que surjan de los conocimientos médicos y afines para lograr el más alto grado de salud. En la misma tesitura, cerramos estas

menciones en un todo de acuerdo con el siguiente principio: "...los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas" (Constitución OMS, pp. 1-2).

En el año 2015, los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas ONU, convinieron en la puesta en marcha de un plan de acción y trabajo para conseguir un futuro sostenible, terminar con la pobreza, proteger el planeta y mejorar la vida de las personas de todo el mundo (ONU, 2021).

- ¿Qué plazo estimaron? 15 años, año 2030 como horizonte.
- ¿De qué forma? A través del logro de diecisiete (17) objetivos, conocidos como los "Objetivos de Desarrollo Sostenible", ODS, y que conforman la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Para cumplir con esos objetivos, se fijaron metas al interior de cada uno.
- ¿Cómo se avanzó durante el primer lustro? No como se esperaba: "...si bien se han logrado avances en algunas áreas, todavía existen enormes desafíos. Las evidencias y los datos destacan las áreas que requieren atención urgente y un progreso más rápido para lograr la visión final de la Agenda 2030" (ONU, 2019, p. 3). Consecuencia de ello, se ha impulsado la iniciativa conocida como "Década de acción" por los diez años restantes con el fin de avanzar y acelerar el grado de cumplimiento de los objetivos, "...sin dejar a nadie atrás" (ONU, 2021 a).

En lo que respecta a la salud, nos interesa específicamente el Objetivo 3 de "Salud y Bienestar" que consiste en "Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades". Entre sus varias metas internas, resaltamos la siguiente: "Lograr la cobertura sanitaria universal, en particular la protección contra los

riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos” (ONU, 2021 b).

Comentamos este objetivo en particular por su estrecha vinculación con nuestro trabajo, pero entendemos que los diecisiete objetivos no pueden cumplirse separadamente, sino que son interdependientes.

3. El derecho a la salud en la Constitución Nacional

Urbina (2017) señala que podemos encontrar el derecho a la salud en los artículos 33, 41, 42, 43 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, CN.

A continuación, acompañamos un breve resumen de su contenido:

- artículo 33, derechos implícitos;
- artículo 41, derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano desde una mirada de sostenibilidad;
- artículo 42, derechos de consumidores y usuarios en la relación de consumo, protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno;
- artículo 43, mecanismos de defensa: acción de amparo y *habeas data*;
- artículo 75, inc. 22, jerarquía supralegal e infraconstitucional de tratados internacionales en general y jerarquía constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, DDHH, con más listado abierto, en razón del mecanismo de votación especial previsto para que el Congreso

Nacional otorgue jerarquía constitucional a otros tratados y convenciones de DDHH como aconteció, por ejemplo, en el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante Ley 27.044; y,

- artículo 75, inc. 23, deber del Estado de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno ejercicio y goce de derechos reconocidos en nuestra CN y tratados internacionales de DDHH vigentes, en particular respecto a niños/as, mujeres, personas mayores y personas con discapacidad.

Del listado de tratados internacionales de DDHH elevados a jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22 CN, traemos a colación el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— de 1966, en vigor desde 1976, ratificado por Argentina en 1986 y en nuestra CN por la reforma de 1994. Su art. 12 reconoce el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y enumera una serie de acciones tendientes a su plena efectividad como, por ejemplo, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (artículo 12.2.d).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la supervisión y seguimiento de la aplicación del PIDESC, observa que el derecho a la salud es un derecho inclusivo que abarca la atención de salud oportuna y apropiada, además de los “factores determinantes de la salud” que enunciarnos (OG 14, 2000):

- acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas;
- suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada;
- vivienda adecuada;
- condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente;

- acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva;
- participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

De la enumeración que precede, podemos colegir que el derecho a la salud también comprende los derechos contenidos en el art. 14 bis de nuestra CN.

4. Nuestra opinión

En razón de lo expuesto, creemos enriquecedor compartir nuestras opiniones personales sobre el estado de salud en nuestro país.

Compartimos que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental reconocido en numerosos instrumentos internacionales y nacionales. Es esencial e imprescindible para el goce, ejercicio y desarrollo de los demás derechos humanos. Sostenemos que todas las personas tenemos derecho al más alto nivel posible de salud para vivir con calidad y dignidad.

Para ello, “sostenemos” coactivamente, a través de impuestos y otros tributos al Estado, que está obligado a brindar este servicio y garantizar la salud, así como también, educación y seguridad. Simplificado, es un pago por una contraprestación. Habría que analizar qué acciones nos compete tomar ante las deficiencias e incumplimientos de los deberes legales del Estado.

Asimismo, determinar qué es el derecho a la salud importa asumir que puede haber tantos conceptos sobre su significado como personas hay.

De hecho, como punto de partida destacamos que la OMS considera que es un estado de completo bienestar y que ese bienestar debe existir en tres aspectos: en un aspecto físico, mental y social.

Más allá de la integralidad que puede comprender la existencia de un derecho natural a gozar de un bienestar en estos tres órdenes, es menester tomar en cuenta que ese derecho al completo bienestar tiene sus limitaciones fácticas.

Para expresarlo en un viejo adagio médico, no se enferma el que quiere sino el que puede, y ello deriva en que la voluntad del sujeto dirigida a mantenerse sano no siempre implica un buen estado de salud, sino que es determinado por otros factores.

En cuanto a la historia de la Humanidad, la medicina ha sido un arte devenido en ciencia, y desde tiempos inmemoriales asistimos a la realización de dichas prácticas en todos los pueblos del mundo. Desde lo empírico, se ha demostrado que el instinto de supervivencia del ser humano lo ha llevado a tal situación, donde se produce la búsqueda de un estado de bienestar físico, que en la actualidad podemos afirmar que abarca una integralidad tal y como venimos exponiendo.

Ello implica reconocer que el ser humano a través de los siglos ha buscado tanto evitar el deterioro como lograr la restitución de quienes han perdido la salud, reflejada como forma de prolongar la vida y la subsistencia de la especie humana.

Observamos que lo antedicho ha estado y aún está condicionado por los desarrollos científicos respecto de estudios de análisis para la determinación de la existencia de enfermedades, de su tratamiento, cura y prevención; de la elaboración de medicamentos; del desarrollo tecnológico que permita superar aquellas limitaciones impuesta por el orden natural, remarcando que el Estado debe, sin lugar a dudas, perseguir estos objetivos, invertir y poner todos los medios a disposición, entre ellos, financieros, tecnológicos y de investigación para lograr un apropiado desarrollo y cumplimiento, que a su vez, resulte en un proceso de evolución como humanidad.

Sin embargo, para lograr que una persona pueda ser considerada como poseedora de un estado de salud digno, no basta el desarrollo tecnológico; para lograr el acceso a la salud, el derecho de estar en un estado físico, mental y social de bienestar es necesario articular mecanismos que permitan sobrellevar los costos de los procedimientos y técnicas necesarias para poder hacer frente a tal situación.

Según la OMS, en cuanto al criterio que adopten los diferentes Estados, se advierte que el desarrollo y la puesta al servicio de la comunidad de todas estas prácticas, determinará quién o quienes financiarán el sistema, y el liderazgo en su desarrollo.

Hay Estados que consideran que el financiamiento y desarrollo debe ser privado y que sólo se pueda acceder abonando el precio del servicio; mientras otros, de alguna manera solidarizan el riesgo en forma privada, mediante el uso de sistemas de seguros, obras sociales, medicina prepaga, entre otras; por último, están los que consideran que debe ser estipulado de manera pública, donde los contribuyentes financian al Estado que, a su vez, es quien financia los tratamientos de sus ciudadanos/as.

Por la estructura del funcionamiento del mercado de producción de bienes y servicios, a medida que se sostienen en el tiempo las técnicas y desarrollos tecnológicos, estos bajan, logrando generar un servicio con menores costos operativos, y con ello, solidarizar el sistema y aprovechar las nuevas tecnologías y técnicas.

Es decir, permiten dar progresividad al derecho de acceso a la salud, pues inevitablemente en este tema hablamos de las posibilidades reales de acceder a gozar de ese bien y a sabiendas de que las declaraciones de derechos no bastan para garantizar su existencia. Es decir, para que el derecho exista es menester que, al momento en que un sujeto o institución intente vulnerarlo, el afectado pueda tener las posibilidades de exigir su respeto en tiempo y forma, haciendo especial hincapié en la importancia del tiempo en las cuestiones de salud.

Así, sucintamente podemos advertir que para que exista el derecho a la salud debemos enfocarnos en algunos aspectos:

- Desarrollo tecnológico y científico.

- Financiamiento de la puesta en operación de dichos desarrollos, el que estará determinado por la situación económica general de un determinado lugar y tiempo.
- Solidarización del riesgo.
- Determinación de los mecanismos y formas de acceso a los tratamientos.
- Protección jurídica de las partes involucradas, con una clara determinación de derechos y obligaciones.

Destacamos que estos aspectos enumerados en forma enunciativa deben estar abarcados por el sistema que pretendamos establecer para garantizar el mantenimiento de lo que consideramos un derecho a la salud que, según entendemos, debe manifestarse a la brevedad como una ley de protección integral de salud.

Dicho esto, podemos afirmar que el reconocimiento expreso de la salud como derecho humano pleno a partir de la última reforma constitucional de 1994 fue un primer y gran paso que nos enfrenta al desafío de dilucidar los factores, circunstancias, contextos, en definitiva, características particulares que faciliten o dificulten el ejercicio del derecho a la salud.

Detectamos como uno de los dilemas que puede oficiar como paraguas del resto de los interrogantes respecto del ejercicio pleno del derecho a la salud la visión parcializada de la salud que redundo en un conglomerado de normas especiales que carecen de integralidad. A pesar de los variados intentos legislativos por regular las situaciones novedosas en materia sanitaria, cierto es que aparecen como un conjunto de compartimientos estancos que le impiden a las/os ciudadanas/os conocer el alcance real de sus posibilidades de acceso a las prestaciones, beneficios, tratamientos que hacen al ejercicio efectivo de su derecho a la salud.

Por ello, ponderar los factores sociales, económicos y políticos que inciden en la salud de las personas exige un fuerte compromiso de los Estados como garante del ejercicio libre del derecho que nos ocupa y de los derechos en general.

Para concluir, creemos haber establecido satisfactoriamente que cuando hablamos de Derecho a la Salud nos referimos a todo lo que involucra, no sólo a lo que atañe a la medicina y al cuerpo humano, sino a lo cultural, económico, político, laboral, es decir, todos los aspectos que forman parte de la vida de las personas a diario.

Es más, creemos que debe ser considerado no sólo como un derecho humano fundamental sino como el origen de todo el derecho en sí mismo, dado que está interrelacionado con todas las diversas ramas de esta ciencia y debe, además, ser puesto en el nivel de vital importancia que merece dado que sin salud no sólo se pierde el derecho a la vida, dignidad, integridad física y psicológica, entre otros derechos inherentes al ser humano, sino que con una mala salud o con la ausencia de la misma, la persona pierde calidad de vida, queda desamparada, y hablar de otras cuestiones litigiosas, cuales fueran, resultaría banal.

La salud es la base fundamental de la civilización de antaño y de la que conocemos hoy día, junto a la educación, el trabajo, la justicia y la seguridad.

Las personas que no gozan de un sistema de salud que les asegure su subsistencia y una vida plena en la medida de sus capacidades son personas abandonadas por el Estado.

De hecho, con la reciente pandemia ocasionada por el virus Sars-CoV2 (COVID-19) ha quedado expuesto el impacto que reviste la salud, el sistema sanitario y los derechos que involucra; dichas falencias crean un efecto dominó en todos los aspectos de la sociedad, creando un estado de desequilibrio, cuasi caótico, donde el pacto social podría incluso ponerse en duda.

Teniendo en consideración que no son sólo los/as usuarios/as los/as afectados/as, sino también sus familiares y su círculo social por un mal sistema, una mala praxis, un consentimiento no tan informado que deben firmar los familiares en una situación de extrema vulnerabilidad, un rechazo de cobertura, una enfermedad poco conocida o con un medicamento de costos inalcanzables cotizados en dólares, el camino sólo se hace cuesta arriba.

Por lo expuesto, enfatizamos que la salud, la investigación y educación en el campo deben ser prioridad en todos los Estados, creando un efecto multiplicador de impacto positivo y alcance global que se refleje en su presupuesto, jerarquía y legislación, repercutiendo en una mejora de la calidad de vida de las personas.

5. Bibliografía y fuentes de información

5.1 Bibliografía

Urbina, P. (03/2017). El derecho a la salud como obligación estatal. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS)*.
<https://salud.gob.ar/dels/entradas/el-derecho-la-salud-como-obligacion-estatal>

5.2 Fuentes de información

Consejo Económico y Social. Naciones Unidas (11 de agosto de 2000). Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Ley 24.430. Constitución de la Nación Argentina.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Organización de Naciones Unidas (2019). Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019_Spanish.pdf

Organización de Naciones Unidas (2021 a). La Agenda para el Desarrollo Sostenible.
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

Organización de Naciones Unidas (2021 b). Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 3. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>

Organización Mundial de la Salud (1946). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En *Documentos básicos* (49 ed., pp. 1-19). Autor.

Organización Mundial de la Salud. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). El derecho a la salud. Folleto informativo N.º 31. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>

Organización Mundial de la Salud (2020). *Documentos básicos*. 49 edición. https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf#page=7