

Título: El Derecho a la Salud: ¿hacia un derecho absoluto?

Autores: Ab. Esteban Soria Guidone – Ab. Agustín Carignani

Contenido: 1- Introducción; 2- Los Derechos Subjetivos; 3- Caracterización: El Derecho a la Salud; 4- Derechos Absolutos y Relativos; 5- Su alcance y límites: ¿pueden sujetarse los Derechos Subjetivos a “las leyes que reglamenten su ejercicio”? – El Derecho a la Salud Deviene en Absoluto a los fines de su resguardo; 6. Derecho a la Salud y Abuso del Derecho; 7- Los deberes que implica el Derecho a la Salud para su titular; 8- ¿Cuándo se abusa de un derecho?; 9- ¿Es posible “abusar” del Derecho a la Salud?; 10- Formas de abuso – La “solidaridad” de las consecuencias de las medidas judiciales (solidaridad “al revés”). Reclamos legítimos que se tornan en lesivos por el alcance del reconocimiento; 11- Apartamiento de indicaciones médicas o compromisos asumidos y reclamos posteriores por las consecuencias lesivas que se deriven de las mismas; 12- La amparización en Salud; 13- Conclusiones

1- Introducción

En el presente trabajo caracterizaremos, en primer término y a los fines de contar con un marco conceptual común, al Derecho a la Salud en cuanto derecho subjetivo y operativo *per se*, resaltando cómo el mismo ha sido receptado por la Jurisprudencia no sólo en cuanto a su caracterización y caracteres sino fundamentalmente respecto del alcance de su reconocimiento, esto es: en cuanto a qué prestaciones puede aspirar su titular, poniendo especial énfasis en aquellos casos en los cuales el sujeto pasivo de dichos deberes es el Estado. Nos concentraremos en supuestos en los cuales lo pretendido es la realización de una o más conductas positivas en pos del resguardo de este derecho.

Procuraremos también plantearnos si es posible *abusar* de este Derecho, en especial cuando el mismo deviene en objeto de reclamaciones judiciales, caracterizando la figura del abuso del derecho y correlacionándola con la temática analizada. Haremos un especial hincapié en cómo reclamaciones que en abstracto surgen como legítimas pueden tornarse abusivas o incluso lesivas respecto del alcance de su reconocimiento, sin dejar de evaluar los supuestos en los que las propias conductas del actor han contribuido a su cuadro.

Trataremos también, si bien con brevedad, el actual fenómeno de la amparización en salud, esto es la creciente tendencia a procurar el reconocimiento de este Derecho por vía judicial.

Ofreceremos en nuestras conclusiones una serie de pautas de valoración que estimamos como útiles a los fines de un mejor y más eficiente resguardo de este Derecho, destacando cómo la fijación de reglas y límites precisos contribuiría a una más equitativa cobertura sanitaria. No pretendemos efectuar una nueva sinopsis de la jurisprudencia y doctrina imperante, sino aportar puntos concretos de debate en la materia.

Intentaremos, por tanto, ahondar respecto del carácter de *absoluto* en que ha devenido actualmente el Derecho a la Salud, aspecto este someramente tratado no obstante las implicancias que ello acarrea. Y es que el admitir dicha característica (sólo atenuada en contadas

ocasiones) implica una serie de consecuencias que lejos de propender a una más amplia cobertura del mismo, ha tornado su justo reconocimiento en dificultoso, especialmente para los sujetos pasivos de ese derecho, llegando incluso a garantizar, desde un punto de vista jurídico, un sistema de salud absolutamente inequitativo para la sociedad: ¿cuánto debe hacerse para resguardarlo? ¿existe un límite hasta el cual es apropiado, justo y equitativo brindar prestaciones, y a partir del cual todo reclamo deviene en abusivo? ¿debe proveerse *todo* lo posible, aún cuando ello pueda implicar que no se contará con recursos para atender casos similares?. Todos esos interrogantes se plantean a diario en el ámbito de actuación de los sujetos de los distintos subsistemas de salud, muy especialmente en el ámbito del Estado (Nacional y Provincial), quien a través de la sucesiva suscripción de Tratados de Derechos Humanos ha asumido, con un alcance cada vez mayor, el deber de actuar en su defensa y vigencia. El actual esquema legislativo nos marca *qué* hacer, pero no precisa *hasta dónde* hacerlo.

Creemos también que los sucesivos pronunciamientos judiciales emitidos en la materia incurren, en algunos casos, en el yerro de no mirar la *imagen completa* del sistema de salud. Esta “falencia” (forzosamente encomillamos la palabra), si bien es comprensible hasta un cierto punto (dado que la función del juez es la aplicación del derecho en el caso concreto y no podría esperarse - no en nuestro actual sistema y estado jurisprudencial - que el mismo base su análisis en los efectos que sus pronunciamientos tendrán sobre el conjunto de la sociedad¹, la cual contribuye, en definitiva, al sostenimiento de los sistemas de salud públicos con sus impuestos), acarrea consecuencias sobre el sistema de salud en su conjunto y ha fomentado el alcance de *absoluto* que está adquiriendo el Derecho a la Salud.

Parecería una completa contradicción con el alcance actualmente reconocido a este derecho el plantear que el mismo pudiera siquiera imaginarse como sujeto a un límite o visualizarse como *mal ejercido*; las voces son coincidentes sobre su importancia y abunda una profusa y variada jurisprudencia que así lo ha receptado. Por el contrario, intentaremos desde aquí el sugerir, cual esbozos o puntos de partida para un mayor debate, una serie de pautas que creemos deben ser tenidas en cuenta en la materia, muy especialmente cuando el caso de análisis este dado por la necesidad de materializar una o más conductas positivas en pos del reconocimiento de este Derecho: ¿hasta dónde puede (o debe) hacerse o concederse para resguardar el derecho a la salud? Este Derecho: ¿se encuentra también sujeto a limitaciones en cuanto a su ejercicio o extensión, o ha devenido en un virtual *derecho absoluto*, al cual la sola idea de límites le resulta ajena?, y finalmente, en pos de garantizar el Derecho a la Salud, al menos como está planteado jurisprudencialmente, y en virtud de las numerosas sentencias judiciales que garantizan los tratamientos de salud que en muchas oportunidades están en contra de las normas de sanidad, las consecuencias económicas financieras son achacables a los administradores de éstas.

Entiéndase bien nuestro planteo: sería risible el pretender siquiera sugerir límites a la salud propiamente dicha, los cuales podrían verse desde el absurdo como tratar de indicar “a cuánta salud tiene derecho una persona”. Por el contrario, y enfocándonos en la amplitud del concepto base de tal derecho (la Salud), señalamos cómo ha devenido el mismo (y las prerrogativas que concede) en ilimitado, por no admitir (salvo pocas y circunscriptas excepciones) barrera alguna respecto de qué puede reclamarse en pos de su resguardo.

¹ Al menos no en materia sanitaria; no se nos escapa que el análisis de dichos efectos ha tenido lugar cuando los derechos en juego han sido de índole netamente patrimonial

Pretenderemos evidenciar así que si bien el bloque constitucional federal vigente en la República Argentina admitiría una posible limitación o, si se prefiere el término, condicionamiento en pos del resguardo de tal derecho (por vía del denominado “Principio de progresividad”²), tanto las reclamaciones particulares como aquellas que encuentran acogimiento en el ámbito jurisdiccional desconocen por completo, salvo en contadas excepciones, la posibilidad de que los destinatarios finales de tales reclamos - el Estado en especial - invoque límite o condicionamiento alguno a las acciones que deberán desplegarse en tal sentido.

No pretende este planteo sustraer a quienes tienen sobre sí el deber de resguardo de la Salud de los deberes a su cargo, sino por el contrario resaltar que un ordenado mecanismo de actuación, con límites precisos, y que evite la convalidación de conductas abusivas por parte de los sujetos activos, redundaría en un mejor y más eficiente sistema de salud, correctamente coordinado entre los diversos actores, con reglas claras que eviten el recurrir permanentemente a instancias judiciales o que promueva – no está de más decirlo – conductas omisivas de parte de los obligados primarios en materia de cobertura sanitaria, sabiendo que en última instancia el Estado “responderá por todo”.

En una sociedad donde los recursos y medios son naturalmente escasos, pero las demandas son crecientes y, virtualmente, ilimitadas, la fijación de parámetros de cobertura claros, coherentes, y suficientes permitirá brindar cobertura a más personas de un modo más equitativo, en lugar del actual criterio de “todo para quien reclama por vía judicial”, hasta que otra persona recurra a la misma instancia de reclamo en pos de su “todo”. Vaya este párrafo como adelanto de nuestras conclusiones.

No vaya aquí una crítica a tales reconocimientos, sino un necesario punto de reflexión sobre el alcance y efectos de los mismos. La vida y salud de las personas no pueden subordinarse al juego de lo económico, pero el menosprecio de tal aspecto puede repercutir negativamente en tales bienes jurídicos.

2- Los Derechos Subjetivos

Se hace necesaria una breve caracterización de los derechos subjetivos, categoría esta en la cual, adelantamos, se enmarca el Derecho la Salud. Esta alusión nos proporcionará, además de un marco conceptual unívoco, las notas características del este Derecho, las cuales, sumadas a los caracteres y principios aplicables, nos permitirán entender con mayor precisión el por qué este derecho recibe el tratamiento y reconocimiento jurisdiccional a que aludimos en los párrafos precedentes.

Así, y conforme hemos manifestado en otro artículo al tratar al Derecho a la Salud³, trajimos a colación que los Derechos Subjetivos son definidos por la doctrina como aquellos que aseguran al hombre el goce y respeto de todas las potencias o facultades inherentes a su condición humana, protegiendo las distintas proyecciones físicas o psíquicas de la persona

² Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 26; Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, artículo 2 inciso 1.

³ SORIA GÜIDONE – MICAELLI, “*Tabaquismo y Derecho a la Salud*”, Práctica Jurídica de la Salud Pública, II Edición Ampliada y Actualizada, Pág. 195, Edit. Del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, Cba, 2011

natural⁴. Son aquellos derechos que tienen por objeto los modos de ser físico y morales de la persona.

Julio César Rivera, al referirse a la temática que nos ocupa, destaca que “*dentro de las manifestaciones físicas (de las personas) quedan comprendidos los aspectos fundamentales de las atribuciones que la persona tiene sobre su vida, su propio cuerpo, su salud y sobre sus despojos mortales, en un doble sentido: la posibilidad de efectuar actos de disposición y la protección frente a la agresión de terceros*”⁵.

Los derechos de la personalidad (alude al autor citado) “*tienen un fundamento único, el cual está dado por el reconocimiento de que la persona tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad*”, teniendo todo ser humano el derecho a que los otros cumplan con el deber de respeto hacia él, como persona, “*a no sufrir perjuicio en su existencia y en su propia dignidad*”⁶.

3- Caracterización: El Derecho a la Salud

La doctrina es relativamente pacífica al momento de señalar cuáles son las notas caracterizantes de los derechos subjetivos, señalando (sin perjuicio de las diferencias conceptuales y metodológicas que puedan presentarse al momento de su esquematización) a las siguientes:

a- Son **originarios** e **innatos**, por cuanto tienen su comienzo con el surgimiento mismo de la persona como tal, sin distinción ni impedimento alguno.

b- Son **necesarios**, ya que no se concibe el concepto de persona si su presencia.

c- Son **vitalicios**, desde que acompañan a la persona durante toda su vida, y aún más allá a criterio de algunos autores: “*Por regla general se considera que estos derechos se agotan con la muerte de la persona; no obstante, existe una notable tendencia a ampliar su marco de acción, estimándose que, por lo menos, ciertos aspectos se trasladan a los herederos del titular, pudiendo éstos ejercer algún tipo de acción; ello sucede particularmente en el ámbito de los derechos a la intimidad y al honor*”⁷

d- Son **inalienables**, no pudiendo disponerse de ellos en el sentido jurídico de un acto de disposición (ello no debe confundirse con la posible renuncia de algunos de ellos o de

⁴ LLOVERAS DE RESK, María Emilia y otras. “*Lecciones de Derecho Civil*” segunda edición, tercera reimpresión, ed. Advocatus, Córdoba, 1995, página 81.

⁵ Lexis N° 9204/003006, DERECHOS PERSONALÍSIMOS / 01.- Generalidades, RIVERA, Julio César (autor), LexisNexis, “*Instituciones De Derecho Civil - Parte General*”, 2007 (04/05/2009)

⁶ RIVERA, Julio César, “*La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, Rubinzal-Culzoni, pág. 42., citado por MARTINI, Luciano José, “*La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir*”, publicado en RCyS2011-VIII, 17

⁷ Lexis N° 9204/003006, DERECHOS PERSONALÍSIMOS / 01.- Generalidades, RIVERA, Julio César (autor), LexisNexis, “*Instituciones De Derecho Civil - Parte General*, 2007 (04/05/2009)

manifestaciones de los mismos, en los casos en que el orden jurídico lo permita, como sería un acto de disposición del propio cuerpo).

e- Son también “**oponibles erga omnes**”. En todas las demás personas recae una obligación pasivamente universal, en el sentido de que es deber de ellas respetar las facultades del sujeto titular de estos derechos.

Este último carácter, adentrándonos ya en materia del Derecho a la Salud, poseía una indiscutible inteligencia en las primeras épocas de reconocimiento de este Derecho, en las cuales los remedios existentes se orientaban a lograr un *no hacer* (o conductas pasivas) frente al mismo, evitando y logrando el cese de conductas que contribuían activamente a su lesión. Basta recordar a este efecto lo manifestado por la SCJN en el fallo de “*Los saladeristas*”⁸, en donde sostuvo que “... *los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no solo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos á los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión ó de una industria*” y que “*la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública, contra la cual no hay derechos adquiridos, recobre toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si estas no se cumplieran ó fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos*”.

Sin restarle vigencia a esta última nota distintiva (la cual subsiste, potenciada), debemos señalar que con motivo de un necesario e indiscutible proceso de evolución experimentado a lo largo del siglo XX el Derecho a la Salud dejó de ser visto como mera “facultad de enervar ataques” o de procurar su defensa frente a su afrenta o riesgo (esto es, y si se nos permite la expresión, de reclamar “conductas negativas”), sino que legitimó a sus titulares para exigir la realización de “conductas positivas”, verdaderas prestaciones “de hacer” para garantizar el ejercicio y reconocimiento de tal derecho.

Ya no bastaba con hacer saber a los terceros que debían abstenerse de lesionar nuestro Derecho a la Salud, so pena de hacer cesar tales ataques; por el contrario, ahora podía exigirse de parte de determinados legitimados pasivos que actuaran para asegurar ese derecho, incluso con carácter previo a la ocurrencia de la lesión.

“La universalidad de los derechos humanos también puede ser mirada desde el prisma de los obligados a respetarlos. Y en este sentido, si los derechos humanos, como se dice, son derechos frente a todos (erga omnes), entonces hay una nueva universalidad que predicar de ellos. Todos tenemos la obligación de promoverlos y respetarlos, el deber de no violarlos o conculcarlos. El derecho de cada uno aparece así unido al deber de todos. Esta consideración es extremadamente interesante, pero también plantea muchos problemas. Sólo es sencilla si consideramos aquellos derechos que se conculcan o violan mediante acciones de los seres humanos. Entonces es fácil decir qué debemos hacer todos los demás: abstenernos de realizar esas acciones, abstenernos, por ejemplo, de maltratar o de robar a nadie. Se trata de deberes negativos. Pero si consideramos los derechos humanos que se violan o conculcan por omisión,

⁸ “Los Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires” s/ indemnización de daños y perjuicios - 14/05/1887 - Fallos: 31:273

entonces para reconocer y realizar esos derechos debemos determinar, no qué es lo que debemos no hacer, sino qué es lo que debemos hacer, cuales han de ser las conductas positivas que lleven al reconocimiento de esos derechos”⁹

En este esquema, no cabe duda alguna de que el Derecho a la Salud es un Derecho personalísimo, el cual comparte los caracteres señalados supra.

“El derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida —garantizado por la CN—, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º, arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. (Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. 01/06/2000 - Fallos: 323:1339)

“... la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. (Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar. 18/12/2003 - Fallos: 326:4931).

Así, el concepto del derecho a la Salud como un derecho personalísimo, comprensivo de atribuciones y facultades que permiten actuar jurídicamente en pos de la defensa de las manifestaciones físicas de una persona, ha evolucionado tanto en la doctrina, como en su paulatina pero firme recepción legislativa desde su reconocimiento como parte esencial de los derechos humanos, como también mediante el reconocimiento del mismo por parte de la jurisprudencia ¹⁰.

4- Derechos Absolutos y Relativos

Es imprescindible incursionar en una conocida aunque no siempre bien comprendida clasificación de los derechos, la que los distingue en absolutos o relativos.

Conforme este parámetro, y tal cual lo señala (a los fines didácticos y en su expresión más básica) Eduardo Pablo Jiménez ¹¹, la respuesta ante el interrogante que plantea su delineado *“nos obliga a recordar las múltiples vinculaciones que genera el sistema constitucional. Por un lado estatuye una serie de derechos de los que `todos´ gozamos, y por otro, nos establece ciertos*

⁹ LAPORTA, Francisco J. “El concepto de los Derechos Humanos”, publicado online en <http://www.derechocambiosocial.com/revista002/humanos.htm>, 01/11/2011

¹⁰ SORIA GÜIDONE – MICAELLI, Ob. citada.

¹¹ JIMENEZ, Eduardo Pablo, “Los Derechos establecidos en la Constitución no son absolutos”, publicado online en <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro%20derconsti/2/13.pdf>, 01/11/11

límites. Es que en realidad, los derechos que la Constitución instituye son relativos. Y el sistema constitucional nos da la pauta de cual es la medida de tal relatividad: la ley democráticamente sancionada”

De tal modo, y siguiendo al autor citado, los derechos de que todos disponemos en el sistema constitucional Argentino son relativos porque se gozan y se ejercen conforme las leyes que los crean y reglamentan. Y en sentido contrario, *“los derechos de que todos gozamos no son absolutos, porque el disfrute que de ellos hacemos, se realiza en el marco de la convivencia social”*, no siendo posible usar y gozar de las libertades constitucionales en forma ilimitada, ya que ese modo de actuar implicaría invadir la esfera propia de otros individuos.

La limitación a los derechos reconocidos por la CN tiene un fin específico que plantea un severo límite a dichas restricciones: *“es al solo fin de tornarlos funcionales al goce por todos los habitantes del sistema constitucional. Con el objeto de eliminar – o al menos reducir – las posibilidades de conflictividad social. Por ello, la ley debe ser razonable y no arbitraria”*¹²

Así, *“La Constitución textual se ocupa de delinear el margen de esos modos de limitación: En principio, contamos con el artículo 19, que en una sola norma, legal nos ofrece dos formulaciones normativas diferentes. La primera pauta jusfundamental (principio de reserva) está enunciada en su primera parte, y – como vimos – clarifica cuales son los límites de la injerencia estatal a fin de esa limitación razonable. Esa zona vedada tiene por confines las acciones privadas de los habitantes, que hacen a su moral privada y por tal razón no afectan ni al orden, ni a la moral pública ni a los derechos de terceros. Traspasado ese umbral, entramos en el ámbito de las reglamentaciones razonables, que en modo permanente puede efectuar la ley al goce y ejercicio de los derechos fundamentales”*¹³

Tal criterio, esto es el entender que los derechos reconocidos en los textos constitucionales revisten el carácter de relativos, ha sido comprendido como aplicable incluso a los Derechos Humanos propiamente dichos, conforme ciertas interpretaciones jurisprudenciales. En efecto, la Jurisprudencia de la CS se ha enrolado por la inexistencia de derechos absolutos, al sostener que *“los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380; 320:196). El derecho a la intimidad -tutelado por el art. 19, Norma Fundamental- también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto como en relación a las facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen”*¹⁴.

En similar sentido, *“Si bien la Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones a favor de la teoría de los derechos relativos, y que no hay derechos absolutos, ni siquiera el prístino derecho de propiedad, en relación a los daños ocasionados por la prensa, han existido diversas*

¹² JIMENEZ, Eduardo Pablo, Ob. citada.

¹³ JIMENEZ, Eduardo Pablo, Ob. citada.

¹⁴ CSJN, 30/09/2003, Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/inc. de apelación, Publicado en LA LEY 2003-F, 970

teorías sobre las entidades cualitativas entre los derechos a la personalidad y la libertad de expresión amparada constitucionalmente en nuestro artículo 14 y 32 de la Carta Magna”¹⁵

Sin embargo, algunos autores introducen un nivel más de diferenciación en el tópico que nos ocupa, al sostener que “*el segundo de los grandes rasgos que acompañan y definen a los derechos humanos es la pretensión de llevar consigo una particular fuerza vinculante. Se dice así a veces de ellos que son derechos absolutos. Esto es equivalente a decir que los derechos humanos son conjuntos de normas algunas de las cuales no admiten excepciones. ... Pero esto no es lo que se quiere decir cuando se afirma que los derechos humanos son derechos absolutos. Lo que se quiere afirmar con ello es que los derechos humanos implican deberes de realizar ciertas clases de acciones, y que tales deberes no admiten excepción alguna a priori. En ningún caso pueden tales derechos dejar de ser respetados por ninguna acción de la clase de acciones que exigen o prohíben las normas correlativas. Para apoyar la idea de que puede haber derechos absolutos se ha distinguido (Gewirth) entre satisfacer un derecho, cuando el deber correlativo se cumple, infringir un derecho, cuando el deber correlativo no se cumple, violar un derecho, cuando el derecho es infringido injustificadamente, y sobrepasar (override) un derecho, cuando es infringido justificadamente, es decir, cuando hay justificación para no cumplir el deber correlativo. Un derecho es absoluto -escribe Gewirth- cuando no puede ser sobrepasado en ninguna circunstancia, de forma que no puede ser nunca infringido justificadamente, y debe ser cumplido sin ninguna excepción”*. Esto basta para hacer notar la dificultad de analizar la idea de derechos humanos como derechos absolutos”¹⁶ (los subrayados nos pertenecen).

Adoptaremos esa última postura, por ser la que mejor explica, según creemos, el actual fenómeno experimentado en materia de Derecho a la Salud salvo por contadas excepciones; el criterio jurisprudencial que prima en la actualidad es el de considerar que este derecho, sin perjuicio de su relatividad, deviene también en absoluto (en los términos de Gewirth) por cuanto no se admite la invocación de justificativos para su no cumplimiento.

5- Su alcance y límites: ¿pueden sujetarse los Derechos Subjetivos a “las leyes que reglamenten su ejercicio”? – El Derecho a la Salud Deviene en Absoluto a los fines de su resguardo.

Es bien sabido que en su texto originario nuestra Constitución Nacional no contempló al Derecho a la Salud como un derecho autónomo, sino que el mismo se entendía incluido en las previsiones del artículo 33° de la misma (“*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”) como uno de los denominados “derechos implícitos”.

¹⁵ (MARTINI, Luciano José, “*La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir*”, Publicado en: RCyS2011-VIII, 17)

¹⁶ LAPORTA, Francisco J, Ob. Ctiada, aludiendo a GEWIRTH, A., “*Are there any absolute Rights?* “. En: Human Rights. Essays in Justification and Application. The University of Chicago Press, Chicago, 1982

No fue sino hasta la reforma constitucional de 1994 en donde el Derecho a la Salud es expresamente incorporado, por vía de los Tratados de Derechos Humanos contemplados en el artículo 75° inciso 22° de la CN, con jerarquía constitucional. Y en tal sentido, *“Los derechos y garantías reconocidos en el art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional poseen rango constitucional y son de aplicación y operatividad directa e inmediata en nuestro derecho interno. En este sentido, cabe destacar, respecto de los derechos individuales frente al Estado, la opinión de Gordillo al decir "La Constitución y las normas supranacionales no son en estos casos un programa de gobierno que puede cumplirse o no: son un orden jurídico imperativo, para el Estado y los habitantes". Por esta razón, agrega que ellas, "ofrecen un equilibrio de las atribuciones que otorgan: reconocen atribuciones al Estado, pero también derechos inalterables a los individuos. Ni unos ni otros pueden tener supremacía, ambos deben armonizarse dentro del orden jurídico”*¹⁷

Ahora bien, este derecho en particular – a la Salud – al cual incluimos, sin ninguna duda, entre los Derechos Humanos, ¿se encuentra también alcanzado por las previsiones del artículo 14° de la Constitución Nacional, pudiendo ser gozado ... *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio?*.

Nuevamente, debemos resaltar que este distingo no pretende ser abstracto sino que posee una eminente correlación práctica: si este derecho personalísimo se encuentra sujeto a reglamentación, entonces es posible que, con observancia del principios de razonabilidad contemplado en el Art. 28 de la Constitución Nacional se introduzcan razonables limitaciones a su ejercicio¹⁸, mientras que si aceptamos la tesis contraria (su no sujeción a reglamentación) sería inviable todo intento de regular tanto su ejercicio, aún de modo razonable, como tampoco (y conforme lo señalan los autores citados) eventuales excepciones a oponer.

Estimamos que el Derecho a la Salud es, desde lo conceptual, un derecho relativo, sujeto a reglamentación en cuanto a las condiciones de su ejercicio (entiéndase bien, por condiciones de ejercicio aludimos a las pautas y requisitos demandables para activar los mecanismos de resguardo, al menos bajo circunstancias ordinarias: afiliación a Obras Sociales o Empresas de Medicina Prepaga, observancia de determinados requisitos razonables para acceder a

¹⁷ MOLINELLI, Juana E. *“La obligación de no regresividad arbitraria para la tutela efectiva y eficaz del derecho a la salud”*, LA LEY2003-F, 311

¹⁸ *“La exigencia de razonabilidad en la interpretación proviene, en cambio, sólo de la jurisprudencia constitucional ... Basta aquí con decir que, de acuerdo con los avances más recientes, la máxima o principio de razonabilidad o proporcionalidad posee tres dimensiones o subprincipios: de adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el primero, la ley en examen debe ser idónea para alcanzar la finalidad que el legislador se propuso con su dictado. Según el segundo, la medida adoptada debe ser la menos restrictiva de entre las que tengan un grado similar de eficacia. El último juicio, por su parte, permite controlar que el legislador haya hecho un balance adecuado de los beneficios y los costos de la norma, y se abre y requiere, además, un análisis acerca de si se ha respetado el contenido esencial del derecho afectado por la regulación. Debe distinguirse, desde otra perspectiva, entre, de un lado, la interpretación irrazonable de los principios y reglas infraconstitucionales, y, de otro, la interpretación irrazonable de los principios y reglas con rango constitucional. Una ley será conforme con la Constitución o su interpretación será constitucionalmente aceptable en la medida en que sean razonables”*. CIANCIARDO, Juan , *“Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”*, LA LEY2009-B, 1249

determinadas prácticas, etc) pero que en los hechos, y especialmente por vía de actuación jurisdiccional, ha adquirido un carácter de absoluto, dado que no se admite – en general – la invocación de limitaciones que aparecen *prima facie* como justificadas (vgr: la no inclusión de la práctica requerida en el Programa Médico Obligatorio) para no cumplimentar la prestación exigida en pos de su resguardo.

Esta postura (no sencilla) y en ciertos supuestos desdibujada por algunos pronunciamientos judiciales, no obsta a que (creemos) se haya convertido en el criterio implícito en materia de Derecho a la Salud: el mismo acarrea un derecho subjetivo limitable en cuanto a las condiciones de su ejercicio, pero cuando éste se encuentra amenazado, no es posible invocar limitante alguno, ni siquiera justificados, para sustraerse de las conductas positivas exigidas en su resguardo. Y, señalamos también, además de absoluto en los términos sindicados lo podemos caracterizar también como ilimitado, por cuanto no se admiten límites materiales o económicos a los fines de su protección, como señalaremos más abajo durante el desarrollo del presente.

6. Derecho a la Salud y Abuso del Derecho

Caracterizado hasta esta etapa al Derecho a la Salud como un derecho subjetivo, encuadrado en el ámbito de los Derechos Humanos, el cual es generalmente admitido como susceptible de reglamentación a los fines de su ejercitación pero que, como señalamos, deviene en absoluto (por no admitir ser infringido justificadamente) y materialmente ilimitado respecto de la materialización de su resguardo, nos surge un ineludible interrogante: ¿es posible, no obstante lo fundamental – y loable – de su resguardo, incurrir en un abuso del mismo?

Nuevamente, debemos advertir que la búsqueda de una posible respuesta a este interrogante se orienta a la elaboración de parámetros de actuación concretos y aplicables, por cuanto una respuesta afirmativa tornaría a tal conducta abusiva en reprochable jurídicamente y habilitaría, con un adecuado fundamento, a enervar las solicitudes de satisfacción de dicho derecho que revistan las características de ser abusivas.

Para responder a este interrogante, vamos a definir brevemente qué es el abuso del derecho en tanto figura estudiada y receptada por la doctrina y jurisprudencia, procurando explorar algunas posibles formas de abuso (y las vías intentadas para ello) que pueden detectarse en este ámbito.

7- Los deberes que implica el Derecho a la Salud para su titular

No podemos dejar de referirnos, por considerarlo íntimamente vinculado al punto tratado, a los deberes que implica el Derecho a la Salud. En efecto, el Derecho a la Salud no sólo implica para su titular, según entendemos, una serie de atribuciones de actuación jurídica en pos de la debida defensa del mismo (notas estas caracterizantes y definitorias de todo derecho subjetivo), sino también una serie de deberes que podemos definir, intentando aportar un concepto propio, como “*el conjunto de conductas que, con fundamento en el principio de solidaridad, debe*

observar toda persona respecto de su propia integridad física o psicológica, a fin de evitar inflingirse daños de cualquier tipo o de agravar cuadros lesivos ya existentes (autoprovocados o no), por cuanto la no observancia de dichas conductas, en aquellos casos en que las consecuencias de dichos actos no son asumidas por el sujeto, deberán ser afrontadas por los sistemas de salud vigentes, con o sin desmedro de la capacidad de debida atención hacia el resto de los usuarios”

Analicemos el concepto propuesto:

- Decimos “*conjunto de conductas*”, por cuanto este deber adquiere características dinámicas, activas y pasivas, y permanentes a ser observadas por el titular del Derecho a la Salud o por aquellos que, sin ser los titulares propiamente dichos, tiene a su cargo el velar por el resguardo de personas a su cargo (patria potestad, tutela, guarda judicial, etc.). Este deber no se agota tampoco en el ámbito médico, ya que creemos debe encontrarse presente en todo el actuar de la persona, traducándose, como señalamos, en conductas que se traduzcan en un obrar (efectuarse controles periódicos, ejercitarse, toma de medicación recetada, seguimiento de instrucciones médicas, etc) o en un no hacer, incluyendo en este punto conductas omitivas.

- Lo fundamos, primeramente, en el “*el principio de solidaridad*”, el que estimamos funciona en ambos sentidos. Nos explicamos: así como se invoca la existencia de este principio para requerir que otras personas efectúen aportes o contribuciones para el sostenimiento de los sistemas de salud, esto debería guiar a los sujetos a evitar incurrir en conductas que, por haber sido evitables, acarreen una carga innecesaria hacia esos sistemas. No creemos que la frase “para eso lo pago” sea atendible, máxime cuando se encuentran en juego sistemas públicos o de Obras Sociales.

- De más está decirlo, este deber pesa sobre “personas físicas”, y lo es con respecto a su propia integridad (la integridad de terceros incursiona ya en el deber de respeto que, con carácter de erga omnes, pesa sobre el resto de las personas) tanto física como psicológica (adoptamos el concepto de Salud en su más amplia acepción), evitando el inflingirse daños, cualquiera sea su clase o alcance (incluyendo daños “nuevos” o agravando cuadros lesivos ya existentes, omitiendo su tratamiento o agravándolos), con independencia de si los daños fueron causados por el titular del derecho (autoagresión) o por terceros (v.gr.: accidentes).

Destacamos aquí que no deben incluirse en supuestos de “inobservancia” de este deber a aquellos supuesto en los que el sujeto titular asume expresamente las consecuencias de sus actos, ni las hipótesis de Directivas Anticipadas contrarias a la prestación de cuidados médicos, cualquiera sea la causa por la que los mismos se requieran.

- A modo de elemento valorativo, y en estricta relación con el principio de solidaridad, agregamos que contribuye a terminar de configurar un incumplimiento a este deber el que las consecuencias que impliquen el resguardo del derecho a la salud en crisis deban ser afrontadas por los sistemas de salud vigentes, independientemente del desmedro de la capacidad de debida atención hacia el resto de los usuarios que ello ocasione. No creemos que la existencia o no de ese desmedro sean gravitantes para tener por acaecido ese incumplimiento configurar.

Hemos atribuido como principio fundante de este deber al denominado principio de solidaridad, haciendo la necesaria salvedad respecto de los casos en los que el mismo no devendría en esperable ¹⁹, esto es aquellos casos en los que el sujeto pasivo de este deber asume las consecuencias de su inobservancia. No obstante ello, destacamos que el deber de cuidar la salud posee un expreso sustento positivo que alcanza al bloque constitucional federal mismo. Así, destacamos:

a) La “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (Pacto de San José), “Deberes de las Personas”, artículo 32° “Correlación entre deberes y Derechos: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”

b) La “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, Artículo XXIX “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad” y Artículo XXXV “Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”

c) La “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”, Artículo 22 “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” y Artículo 29 “inc. 1) Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”; y el Inc. 2 “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”

d) El “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales*”, artículo 3° “Los Estado Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual trato de todos los derechos enunciados en el presente Pacto” y Artículo 4° “los Estados Partes en el presente pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”

e) En el caso particular de la **Constitución de la Provincia de Córdoba**, esta contempló en el artículo 38°, y como deber “*de toda persona*” (adviértase la amplitud del precepto) el de “*cuidar su salud*”, a la cual ha calificado como un “*bien social*”, en razón de su trascendencia. Y

¹⁹ Nótese que no empleamos el término exigible, ya que este deber presenta una peculiar característica, y es la de no ser , valga la redundancia, completamente exigible su cumplimiento u oponible su incumplimiento respecto del sujeto pasivo del mismo

es que, como señalaremos más abajo, la salud de una persona posee, en nuestro actual esquema constitucional, implicancias y repercusiones que trascienden de ella misma y se proyectan hacia la sociedad, en especial cuando es Salud se encuentra amenazada.

8- ¿Cuándo se abusa de un derecho?

Hemos pretendido destacar que la Salud, además de un por demás amplio derecho subjetivo, acarrea para su titular la observancia de una serie de deberes cuyo “incumplimiento” debería ser oponible en, al menos, un cierto grado.

Pasamos ahora a adentrarnos en el eje de este punto, ya que para saber si la Salud en cuanto derecho puede ser abusado debemos caracterizar primeramente a la figura del abuso del derecho, al menos en sus aspectos conceptuales básicos. No pretendemos, como hemos intentado a lo largo de este trabajo, traer conceptos jurídicos al solo efecto ilustrativo, sino pretendiendo vincular a los mismos con las consecuencias normalmente aceptadas y asociadas a ellos. Además, y tal cual se señalará, el abuso del derecho ha sido expresamente receptado en nuestra legislación de fondo, cuando el Código Civil Argentino dispone en el artículo 1.071 de su actual redacción: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*

No ha sido sencillo para la doctrina el caracterizar en su absoluta plenitud a esta figura. Se ha sostenido, con precisión, que *“Sentada la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos. Porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias. Y si es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos”*²⁰

Es posible incluso detectar más de un elemento caracterizante del mismo, como minuciosamente señala PRIETO MOLINERO²¹ en términos que merecen ser reproducidos respecto de los tres niveles de análisis que identifica respecto del abuso del derecho, a saber: *“A) El plano funcional: lo que el abuso del derecho va a hacer es garantizar que los derechos subjetivos, en tanto partes del Derecho objetivo que son, actúen de conformidad con éste; algo que se logra, entre otras cosas, impidiendo que la mera aplicación ritualista y aislada de los preceptos legales que consagran facultades pueda llevar a la degradación del sistema legal como un todo. Es precisamente aquí donde aparecen las famosas palabras de Josseland en el sentido de que los derechos subjetivos “tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos una finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su*

²⁰ BORDA, Guillermo A., *“Tratado De Derecho Civil Argentino”*, Editorial Perrot, 5ª edición, 1970, t. 1, p. 40, citado por GARCIA BELSUNCE, Horacio A. en *“El abuso del derecho en el derecho público”*, Publicado en La Ley On Line, 26/10/2011

²¹ PRIETO MOLINERO, Ramiro J. , *“Las Tres Dimensiones Axiológicas Del Abuso Del Derecho”*, La Ley On Line.

espíritu del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; no pueden ser ejercitados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo ... esta primera dimensión que es la funcional está dada por el hecho de que el abuso del derecho no es más que la exteriorización lógica de la circunstancia de que los derechos subjetivos, en tanto partes integrantes del Derecho objetivo, no pueden ser empleados como instrumentos dirigidos a crear conflictos sociales que, precisamente, cualquier ordenamiento jurídico, por el solo hecho de ser tal, procura evitar; B) La dimensión moral: Desde esta perspectiva, difícilmente un ordenamiento pueda ser calificado como "civilizado" si se vuelve contra sus propios creadores ... la propia idea de que un ordenamiento cuente o reconozca derechos subjetivos no es "moralmente aséptica", sino que importa una decisión ética tendiente a privilegiar a cada individuo integrante de la sociedad donde ese sistema ha de regir y es precisamente en un ordenamiento jurídico de estas características donde también encontraremos reglas como la de no dañar irrazonablemente a otros y aun la de comportarse con los demás de manera leal y respetuosa; todo lo cual, nos lleva a que el principio de buena fe será uno de los cimientos sobre los que se estructurará el sistema; C) La dimensión dogmática: El instituto procura, pues, alcanzar una solución de compromiso entre justicia y seguridad jurídica y, por ese motivo, la dimensión dogmática del abuso del derecho pasa por preservar los aspectos funcionales y morales previos que también hacen al instituto, pero sin que esto represente tirar por la borda la idea de legalidad que también resulta indispensable para garantizar la concreción de ese valor de justicia que se aduce poner en primer lugar ... La ilicitud en el abuso del derecho reside, pues, en el hecho de ejercer una prerrogativa legal de una manera que es reputada "abusiva" y no por la prerrogativa en sí; todo lo cual, nos lleva a que, cuando el abuso tenga lugar, no estaremos dogmáticamente hablando frente a un acto "abusivo", sino, lisa y llanamente, ante uno ilícito"

La claridad de las opiniones traídas a colación nos eximen de mayores abundamientos: se abusará de un derecho cuando las prerrogativas que son atribuidas a su titular son ejercidas de modo contrario a los fines que se tuvieron en miras al momento de su reconocimiento, desvirtuándolo y desnaturalizándolo, muy especialmente cuando de ese ejercicio antijurídico se desprende lesión a terceros.

9- ¿Es posible “abusar” del Derecho a la Salud?

Creemos que la respuesta afirmativa se impone, sin desconocer ni sustraernos del impacto que una aseveración tal como “*abuso del derecho a la salud*” pueda acarrear.

Y es que este Derecho subjetivo, susceptible de reglamentación (y por ende de limitación²²) razonable en pos de su ejercicio armónico con el resto de la sociedad, dado que su titular es una persona inserta en un contexto social e institucional al que le reclamará respuestas en pos de su resguardo, puede derivar en un supuesto de ejercicio abusivo cuando el mismo quiebra el límite funcional y moral a que PRIETO MOLINERO hace alusión, esto es cuando es ejercido de modo tal que implica desmedro, aún leve, de la regla de no dañar a otros y burla el valladar que el principio de buena fe impone.

²² Nuevamente, aludimos a límites en el sentido señalado en el presente trabajo.

Sin perjuicio del análisis de fenómenos particulares a los que identificaremos como posibles formas de abuso en concreto de este Derecho, es posible adelantar que se incurre en abuso del mismo en los siguientes supuestos genéricos:

a) Cuando se emplean servicios de salud, públicos o “pagos”²³, con carácter preventivo en mayor número de veces a los recomendados como *prudentes*²⁴, generando un saturamiento de los sistemas de turnos u ocupando tiempo y recursos en desmedro del resto de los pacientes.

b) Cuando se pretende obtener una o más prestaciones sin espera o sometimiento a requisitos previos razonables, procurando un tratamiento diferenciado carente de justificativo en razón de las circunstancias

c) Cuando se omite, total o parcialmente, la observancia de requisitos razonables a salvar previo a brindar la prestación requerida, quebrantando uno de los deberes que se derivan del Deber de Cuidado de la Salud, el que consiste en brindar la cooperación necesaria para poder proveer la prestación requerida.

En este punto enrolamos a aquellos casos en los que se abandona, injustificadamente, el curso de actuaciones administrativas a los fines de procurar respuesta por vía judicial, por considerar que esa vía es “más rápida” o efectiva.

d) Cuando se acude a vías jurisdiccionales procurando mandas “por las dudas”, en casos en los que el derecho a la salud estaba siendo debidamente atendido en sede administrativa pero ante la posibilidad de que la prestación se modifique a futuro se procura asegurar lo actualmente recibido a futuro.

e) Cuando se omite injustificadamente el cumplir instrucciones médicas o administrativas proporcionadas, agravando su cuadro lesivo, y pretendiendo posteriormente la cobertura no sólo del cuadro dañino originalmente existente sino también de las que fueron generadas por la propia actuación.

f) Cuando se procura *todo*, esto es absolutas e ilimitadas prestaciones con menosprecio (en especial cuando ello es conocido por el reclamante) hacia personas en similar situación que requerirían de las mismas prestaciones, sabiendo que los recursos para afrontarlas se verán resentidos.

g) Cuando se rechaza el tratamiento ofrecido por considerar, sin el debido asidero, que aquél deseado por el reclamante es mejor o más eficiente. Es bien sabido, por el contrario, que el parámetro “mejor calidad de vida” ha sido receptado ampliamente por la jurisprudencia para dirimir estas cuestiones, y no creemos que, en resguardo del sistema prestacional, se deba oponer al requirente cualquier alternativa tan sólo por ser la más viable económicamente.

h) Nos animamos a plantear, con base a lo detallado al momento de referirnos a los deberes que el Derecho a la Salud implica, que se estará también ante un supuesto de abuso cuando, existiendo los medios, no se toman las necesarias previsiones económicas para afrontar su resguardo preventivo, siempre que este se encuentre al alcance del titular del mismo.

²³ Empresas de Medicina Prepaga, Obras Sociales, etc.

²⁴ Conforme criterio y pautas médicas

Estas hipótesis no son abstractas, sino que pueden ser advertidas a diario en nuestra actividad. Y, por supuesto, estamos excluyendo aquellos casos en los que existió una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que habilite la promoción de acciones judiciales. No se trata de negar lo que corresponde, sino de evitar que se provea en exceso de ello, máxime cuando de tal conducta se deriva lesión al interés de terceros. Coincidimos así en un todo con JALIL cuando plantea, en alusión a los límites necesarios en la materia:

“¿cuáles serían los límites?; o por ejemplo, ¿Por qué la fertilización asistida sí y una cirugía estética mamaria no?, si al fin y al cabo el concepto de "enfermedad" de la OMS es completamente amplio, y dentro de éste pueden verse incorporados una serie de tratamientos y enfermedades por las cuales la obra social debe responder, aun cuando no se encuentren incluidas en el plan contratado.

La lógica de este razonamiento nos lleva a resultados absurdos, pues bajo estas premisas podemos incorporar una gran cantidad de enfermedades o tratamientos. Entonces; ¿qué sentido tendría la escisión de planes dentro de las obras sociales, si al fin y al cabo quedarían comprendidos en cualquier tratamiento con cualquier cobertura, y éstas estarían compelidas a cubrirlos ante el más mínimo requerimiento del afiliado?”²⁵

10- Formas de abuso – La “solidaridad” de las consecuencias de las medidas judiciales (solidaridad “al revés”). Reclamos legítimos que se tornan en lesivos por el alcance del reconocimiento

Como ya lo expresáramos, cada día se hace palmario la utilización de la vía de amparo, no ya como la medida excepcional que le dio origen, sino como una medida de naturaleza plenamente operativa por medio de la cual se accede a un sistema de salud que garantice el acceso a la salud de las personas. No obstante ello, notamos cómo este acceso a la justicia, dista mucho de ser justa o ecuánime.

Ahora bien, estimamos acertado analizar otra cara del amparo que debe preocupar seriamente a los operadores jurídicos, sean estos los abogados litigantes, los representantes de la administración y los jueces.

Si la salud y la vida de las personas es naturalmente el bien de extrema importancia de la humanidad, concluimos que garantizarlo, es de plena justicia.

Recorriendo el principio de justicia esbozado por Jhon Rawls²⁶ siempre y cualquier persona debe ser considerada en condiciones de igualdad, y para que la misma no se pierda “es justa la acción que tenga consecuencias desiguales para los diversos involucrados cuando resulta en beneficios compensatorios para cada uno, y particularmente para cada uno de los miembros menos favorecidos, menos afortunados de la sociedad”.

²⁵ JALIL, Julián Emil, “La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización “in vitro””, LA LEY 31/08/2011, 31/08/2011, 7

²⁶ RAWLS Jhon, *A theory of Justice*, 1971.

En el presente acápite, consideramos oportuno traer a colación lo planteado por el Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria ²⁷ tomado a su vez, de la Organización Mundial de la Salud “...En todo el mundo, los recursos son insuficientes para hacer frente a la demanda de atención sanitaria. El desfase entre lo que se necesita y las necesidades que pueden atenderse obliga introducir el establecimiento de prioridades como aspecto indispensable en todos los sistemas de salud, sean ricos o pobres”.

Debemos reconocer el rechazo a tratar el tema de costo-oportunidad cuando lo que se pone en juego es la salud y como accesorio de ella, la vida de las personas individuales.

Sin embargo, no podemos desconocer que, ante la responsabilidad de administrar los recursos limitados del sistema de salud, y la innegable limitación de los recursos económicos, no podemos negar el hecho de que existirá un costo de oportunidad. Pero corresponde hacer una aclaración en este punto, cuando hablamos de costo oportunidad, estamos midiendo en términos de beneficios sanitarios, como años de vida salvados, muertes evitadas o mejoras en la calidad de vida de la colectividad de los afiliados.

Tenemos que aclarar que en el ámbito Administrativo en que participamos, si bien la política está claramente delimitada en cuanto a tratamientos y medicaciones cubiertas, existe una cuota de alea que escapan a la previsibilidad económica de cualquier administración y ello es, precisamente, lo que pone en jaque la sustentabilidad económica de la misma.

Esa alea está constituida por los recursos de amparos que se interponen para garantizar la cobertura de procedimientos médicos no basados en evidencia, medicación que no está aprobada por el organismo regulador (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología), entre otros.

Debemos aclarar una cosa, la buena administración de un Seguro de Salud no implica el reporte de beneficios, sino que sí implica la buena administración de los recursos disponibles y necesarios para garantizar el objetivo de protección de la salud de sus afiliados. Así las cosas, supongamos que por el incumplimiento irresponsable de los tratamientos médicos prescriptos por un médico tratante de un paciente con una patología (vgr. diabetes, etc), dicho paciente demanda una medicación producto exclusivo de su propia negligencia, cuyo costo repercute de manera directa en el presupuesto existente para la cobertura de salud de toda la colectividad de afiliados, no podemos dejar de considerar el costo de dicha medicación. Y estaría bien considerar tal costo, por las siguientes razones:

Primeramente, aunque el impacto del mayor costo repercute en \$0 sobre el presupuesto total anual, no menos cierto es que el verdadero costo de haber utilizado el importe necesario para comprar la medicación reclamada en ese tratamiento, son todos los beneficios sanitarios que se podrían haber obtenido de haber utilizado esos recursos en otras intervenciones, quizás más efectivas o eficientes.

En segundo lugar, proveer de asistencia en salud a una persona que, por desidia se aparta de un programa establecido para el tratamiento de su enfermedad, claramente se estaría violando no solo el deber que hemos caracterizado en el presente trabajo, sino que se estarían violando los

²⁷ IECS – Parte IV – Editorial- Recursos escasos, decisiones difíciles.-

principios más elementales de las personas, que son el acceso a una salud de manera equitativa y eficiente.

Sin dudas, lograr organizar un sistema de mayor control de tratamientos, no sólo redundará en beneficio a los usuarios de los servicios de salud quienes se sentirán acompañados en el largo proceso de cuidado y curación de este tipo de enfermedades, no sólo redundará en beneficio de la administración que le permitirá tener un mayor seguimiento sobre el estado de salud de los afiliados con enfermedades crónicas, sino que además de todo ello, garantizará a la sociedad el buen uso de los recursos asistenciales y colaborará con la sustentabilidad del sistema de salud.

Reconociendo que existe una gran brecha entre los recursos disponibles y las necesidades, entendemos que quienes deseen sistemas de salud más equitativos y eficientes deberán enfrentar tarde o temprano, el reto de establecer prioridades. Sin dudas la instrumentación del proyecto que se presenta lleva aparejado un cambio muy profundo, y no resulta tan fácil.

11- Apartamiento de indicaciones médicas o compromisos asumidos y reclamos posteriores por las consecuencias lesivas que se deriven de las mismas

Del título propuesto, se devienen dos preguntas que consideramos “lógicas”. La primera de ellas, ante la negativa de la administración de suministrar un tratamiento determinado (negativa basada en informes técnicos), ¿deviene una responsabilidad funcional?. Y la segunda pregunta, ¿existe la posibilidad de excluir del deber de responder por tratamientos alternativos en aquellos casos en los cuales se haya incumplido con el deber de efectuar los tratamientos impuestos por el médico tratante, a los fines de garantizar la salud de las personas como asimismo una óptima calidad de vida?.

Claro es que la salud es un recurso para la vida diaria, y no el objetivo de la misma. Con este precepto, y tomando como referencia el objetivo principal de la administración pública (en sentido lato), es decir, la de brindar cobertura de salud, debemos procurar efficientizar y poder conocer el estadio de la enfermedad de las personas sujetas a un tratamiento de salud, particularmente en los casos de enfermedades de largo tratamiento o también conocidas como enfermedades crónicas.

Ello, redundará en beneficio principalmente por el debido cuidado de la salud de los pacientes, pero asimismo, repercute de manera directa en los mayores costos que se reportan por el tratamiento de las enfermedades que, de haberse seguido el programa de los tratamientos según lo establecido por el médico tratante, en muchas ocasiones, se podría haber contenido la patología médica, y siempre, de manera más eficaz.

Asimismo, lo que se propone, tiene como objetivo primeramente concienciar a los enfermos sobre la importancia de velar por el cuidado de su propia salud y en segunda instancia, pero no de menor importancia, la necesidad de concienciar a éstos sobre la responsabilidad social del deber de cuidar de la propia salud como interés general.

Ahora bien, para poder tomar conciencia de lo que aquí se plantea decimos que de ninguna manera cuestionamos la necesidad de garantizar la cobertura de salud. Sin embargo,

caben preguntas tales como ¿Cuántas consultas médicas pueden hacerse en virtud del derecho a la asistencia sanitaria cuando las causas de la preocupación no son absolutamente obvias o son sobre llevables; o acaso imaginarios, el achaque o la dolencia? ¿A cuánta medicina preventiva es lícito aspirar? ¿Un chequeo completo cada año con escrutajes, análisis de todo tipo, etc?...²⁸

Teniendo en cuenta 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, debemos tomar en cuenta lo que nos enseñara Bidart Campos:

“...en la salud hay algo más que en el derecho individual a no sufrir daño o violaciones. Será que dejó de ser un derecho individual de los habitantes para convertirse en un derecho colectivo? ¿Habrà de tener sitio entre los derechos humanos? Cuando la salud como bien colectivo sufre amenaza o daño, está a la vez comprometida la salud del individuo del conjunto social al cual pertenece y donde se sitúa el bien colectivo. En este sentido, la vida privada se tiñe de pública²⁹.

Planteado esto, las políticas de salud pública deben tener como principales objetivos no sólo el de garantizar el derecho a la salud, sino asimismo garantizar la sustentabilidad del sistema de salud, siendo necesario velar por un sistema que no represente una amenaza para dichos objetivos.

Analizando los caracteres que presentan el derecho a la salud, decimos que el mismo se presenta como 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 individual³⁰”.*-

Por su parte, la Ley Nacional N° 23.661 ha creado el Sistema Nacional de Salud, con los alcances de un 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...”. Su artículo 1° prevé: “Proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible que garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo de nivel de prestación, eliminando toda forma de discriminación sobre la base de un criterio de justicia distributiva”. Su artículo 2° prevé a) un derecho a la salud; b) fija un límite a su ejercicio en relación a la calidad disponible (desarrollo progresivo en relación a los recursos)...”.

Mientras que la demanda de salud es por naturaleza infinita, los medios de la salud son limitados, están determinados a lo menos por tres parámetros: los progresos del saber médico, el

²⁸ PEÑA, Lorenzo y Ausín Txetu, “Cabe un abuso de los derechos positivos”, en <http://digital.csis.es> (09/05/09).

²⁹ LLC 2006, 409 –Derecho Constitucional- Doctrinas esenciales Tomo II, 537.

³⁰ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.una.edu.ar>. *Reflexiones Constitucionales sobre el Derecho a la Salud*. Prof. Dr. Antonio M. Hernández.

coste económico de las técnicas que permiten la aplicación de ese saber y por fin los importes financieros que una colectividad acepta dedicar a la salud de sus miembros.-

12- La amparización en Salud.

Debemos puntualizar que desde su origen pretoriano en los casos “Siri” y “Kot” ha sido prevista y diseñada como un remedio urgente “contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares” de carácter estrictamente “excepcional”, lo cual se consolidó en la Reforma Constitucional de 1994, mediante la introducción del art. 42.

Sentencias judiciales han fundado la procedencia de la acción de amparo en materia de salud, basando dicho fundamento en que resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la vida como a la salud y a la integridad psicofísica, encontrando aprobación dicho extremo en maestros de la talla del Dr. Germán Bidart Campos en su obra titulada “Una presentación de salud justamente discernida por la vía de amparo” publicada en La Ley con nota aprobatoria de la Dra. Susana Albanese. Siguiendo con este razonamiento, el Dr. Augusto Mario Morello, considera la acción de amparo como procedimiento o vía de tutela esencial, juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa, para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales.

Cabe recordar que permite ser interpuesto de manera individual o colectiva, por personas físicas o jurídicas que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, afecte o amenace con ilegalidad manifiesta las libertades, derechos y garantías reconocidas...” Encontramos que, atento en parte por los argumentos vertidos antes, una acción de naturaleza excepcional y subsidiaria, que es procedente únicamente ante una amenaza o lesión de magnitud y urgencia según lo plantea el Dr. Luis Carranza Torres, en su obra *Práctica del amparo*, Alveroni, 2004, p 38, y sts es cada vez más utilizada como la regla y no la excepción, siendo esta característica constatada no sólo en la Argentina sino asimismo en países vecinos como es el caso del Perú.

Con esta brevísima referencia de marco teórico, y adentrándonos ahora en el caso particular que nos ocupa, nos encontramos que ante la interposición de una medida judicial de esta naturaleza, es decir, ciñéndonos a los casos de amparos en salud o como también fue denominada, los “bioamparos” como lo denominó el Dr. Walter F. Carnota en su trabajo publicado en La Ley en el año 2000.

Sobrado está decir que siendo la primera obligación la de brindar cobertura de salud, cuando las demandas de salud presentadas en las administraciones que representamos son insatisfechas, muy a nuestro propio pesar, es cuando surgen los problemas que pretendemos analizar.

Al margen de todas aquellas acciones judiciales que se presentan por su urgencia, por la excepcionalidad de la medicación que se pretende, etc, múltiples son los problemas que se nos presentan, y a los fines de una mera enunciación mencionamos entre otras, prestaciones que no están previstas por nomenclador, drogas que no son aprobadas por la autoridad de aplicación, medicamentos que aunque son aprobados, no lo son para la utilización que se la solicita, tratamientos que no están basados en evidencia, cuestiones económicas entre muchas otras.-

Sobrada doctrina y jurisprudencia existe en base a los temas planteados, cuestiones que han sido puestos en evidencia a los jueces en su oportuno momento y pocas veces resuelto de manera favorable³¹.

Ahora bien, vemos como el concepto de salud previsto en nuestra Constitución Nacional, e incluso lo previsto en nuestra Constitución Provincial es interpretado como un derecho absoluto e ilimitado. Y no es para menos, nadie puede imaginarse un derecho más supremo que el derecho a la salud y correlativamente el derecho a la vida de las personas. Pero bien, como operadores jurídicos no podemos evitar preguntarnos, es ese un derecho ilimitado?, existen barreras al mismo?, porque si tomamos a la salud en su concepto más amplio, en esta instancia debemos preguntarnos: el trabajo, influye en la salud de las personas, gozar de una vivienda digna, influye en la salud de las personas, el bienestar familiar?, la salud de los hijos?, el nivel educacional?, el nivel social?, etc. Llegando a concluir que sólo un escaso 10% de estos factores hacen esencialmente a las prestaciones médicas, sanatoriales y medicinales. Ahora debemos preguntarnos, si ese derecho a la salud es ese bien supremo que establece la Constitución Nacional, los Pacto Internacionales, etc, el Estado y los Seguros de Salud Provinciales, deben garantizar todo esto???. Parecería que desde el antecedente del caso de Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social (CSJN – 2000-) donde se subrayó que “la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los Estados Provinciales, sin mengua de organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios” llevó a un deber absoluto en cuanto a responsabilidad en salud se trata, marcando una preeminencia sustantiva del derecho a la salud y la prioridad que tienen en todo momento el suministro de remedios cuando se encuentra en juego la vida de una persona.-

Lo cierto es que formamos parte de un movimiento social y legal marcado por el alto impacto del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en nuestro país a partir de la reforma de nuestra constitución en el año 1994, producto de dicha internacionalización hoy nuestro sistema judicial, le atribuye al derecho de la salud un peso abstracto sumamente alto y ello lleva a la aplicación directa y operativa de las normas constitucionales. Adviértase que ello no está sucediendo con otros derechos, como por ejemplo el derecho a tener un trabajo digno, que no deja de ser un derecho meramente declarativo o programático.

Ahora bien, dicho movimiento importante y de avanzada, en materia de derecho a la salud, paradójicamente y con el Poder Judicial a la cabeza, está poniendo en jaque a los

³¹ “Como primera consideración, es preciso señalar que este tipo de requerimientos se plantean normalmente a través de la acción de amparo. Pues, por nuestra parte, creemos que en la mayoría de los casos no se configuran los minuciosos recaudos exigidos por la ley para su procedencia, principalmente en lo que atañe a su ilegalidad manifiesta y a la urgencia. En este sentido, se recomienda la lectura del impecable fallo de la C. Apel. de Puerto Madryn en los autos: Waimann, Vanesa y Hernandez Moresino, Rodrigo Daniel s. acción de amparo”, (SIF, Registrada bajo el N° 01/10), donde se percibe la fina pluma del Mag. VIVAS, y donde pueden apreciarse, en detalle, los recaudos exigidos para la acción amparo en este tipo de casos. Ellos, —como señalamos—, son estrictos, precisos y de difícil adecuación a esta clase de pretensiones”. JALIL, Julián Emil, “La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización “in vitro””, LA LEY 31/08/2011, 31/08/2011, 7

encargados de materializar y financiar ese mismo derecho mediante un sistema de salud posible y para todos.

Antes de la reforma del '94 y del auge de este movimiento, podíamos responder a esta simple pregunta de si el derecho a la salud es ilimitado. La respuesta estaba dada en la propia constitución que nos enseñaba, que no existen derechos absolutos y que los mismos se ejercen conforme las normas que reglamentan su ejercicio. Por ello, junto con el Poder Legislativo nos ocupamos de reglamentar, de crear leyes para un sistema de salud posible, que teniendo en cuenta las contingencias (sociales, económicas, de tiempo y lugar, etc) pudiera dar respuesta sanatorial y medicinal a la universalidad de personas que necesiten de estas coberturas.

Esa respuesta ya no la tenemos, los jueces mayoritariamente desconocen las leyes reglamentarias, convirtiéndose en verdaderos colegisladores, y es esta actividad co-legislativa, la que está incidiendo sistemáticamente en la concreta administración y financiamiento de los recursos económicos.

No caben dudas que probar la virtual coadministración judicial y consecuente desfinanciamiento de quienes administran sistemas de salud, resulta ser una tarea casi imposible en el caso concreto (amparo) que se presenta ante los estrados del juez. Por ello y luego de un análisis profundo que nos aqueja, llegamos a la conclusión de que no resulta estratégico defensivamente hablar directamente de una coadministración judicial, más bien, debemos centrarnos en el problema primario y fácilmente comprobable que se encuentra en esta suerte de colegislatura judicial, la cual incide claramente en la administración.

La incidencia e impacto de esta coadministración indirecta fruto de esta actividad legislativa-judicial repercute ampliamente en todo el sistema de salud, no sólo en lo que hace al financiamiento o desfinanciamiento de las obras sociales y el Estado, sino también se inmiscuye en el juego legal de atribuciones de responsabilidad.

Lo expuesto nos lleva de manera ineludible a la valorización de los menoscabados intereses de la sociedad, en pos de "asegurar" la salud para la individualidad de esta. Todo lo cual, nos lleva a volver a re plantearnos la raíz del problema, en una relación dialéctica. Lo importante es determinar cuáles son los límites válidos de este derecho a la salud. Desde la óptica de considerar al derecho de la salud como un concepto de derecho social y colectivo, el artículo "El deber de cuidar la salud" publicado en el libro *Práctica Jurídica de la Salud Pública* del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, planteado como un límite, dice: *"ligado a los límites válidos al derecho a la salud, se plantean dos extremos: de un lado del respeto por la libertad personal, del otro la obligación jurídica de no abusar del derecho. En este marco es que se plantea el deber de cuidar la salud, pero como un bien con impronta social, de modo que de ninguna manera se invada la esfera de privacidad de la persona, pero que tampoco signifique un uso abusivo y extralimitada de los servicios de salud, atentando de esta manera contra la seguridad social"*.-

Muchos de estos problemas han sido resueltos en distintos países, pero consideramos traer como testigo el modelo adoptado por Brasil, no sólo por la proximidad geográfica, sino asimismo por el planteo del concepto de salud previsto en la constitución de ese país, planteando a la salud como un derecho social. En su artículo 23 establece que es competencia común de la Unión de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios: ...II cuidar de la salud y asistencia pública, de la protección y garantías de las personas portadoras de deficiencias..... Dicho

concepto es fortalecido en su artículo 30 cuando establece que Compete a los municipios prestar, con la cooperación técnica y financiera de la Unión y del Estado, los servicios de atención a la salud de la población...

No obstante la legislación prevista en la suprema carta, dicho país responde a un Sistema Único de Salud (SUS), de acceso universal, con la participación de los tres niveles de gobierno. Este sistema está organizado en Concejos, de manera independiente al estado político, integrado por profesionales de todas las ramas, entre los que encontramos contadores, abogados, médicos, etc. que tienen como objetivo garantizar el sistema de salud de la población de Brasil en su territorio, de manera eficiente y eficaz garantizando la subsistencia del sistema y simultáneamente la cobertura de la misma. Importante trabajo se ha realizado desde la Fundación Oswaldo Cruz con gran incidencia de la OPS, publicada en el libro “O Direito Achado Na Rua” donde se tratan principios sociales, filosóficos y políticos sobre el tema que nos ocupa.

En el ámbito del MERCOSUR, y como contrapuesto a lo planteado en relación al Estado de Brasil, la República Oriental del Uruguay, en su artículo 44 expresa claramente que “*Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad*”. Llama la atención el hecho de que el Estado solamente proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

De manera preliminar, debemos manifestar como necesario plantear soluciones concretas al problema que se nos plantea al momento de elaborar las defensas judiciales. Estas propuestas, son presentadas al margen de las oportunamente conversadas y relativas a la modificación de la ley de amparo, la inclusión de una etapa de conciliación previa a toda medida judicial –medidas cautelares, etc.-, o bien, la definitiva implementación de una junta médica permanente en el Poder Judicial para este tipo de acciones.

En este orden de ideas, proponemos como primer medida, remarcar con énfasis lo previsto en relación al ejercicio abusivo del derecho a través del artículo 1071 del CC, buscando evitar con ello actos abusivos del ejercicio del derecho, desviándose del fin para el cual el mismo ha sido reconocido. En este orden de ideas, ya lo dijo Alexy Robert: “*Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción*”.

Consideramos importante remarcar lo oportunamente resuelto por el Tribunal Constitucional español cuando afirma “*que los derechos fundamentales reconocidos por la constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos*”.-

Como corolario de todo lo planteado, entendemos como objetivo social, garantizar el acceso a la salud de todos los afiliados, desde un derecho de acceso igualitario a la misma. No obstante todo lo planteado, el abuso del derecho a la salud debe ser analizado de manera concreta, en cada caso en particular, para que oportunamente cada unidad jurídica elabore conforme más corresponda, la implementación y defensa de estos conceptos.-

Finalmente, y ahora permitiéndome parafrasear al Sr. Andrés Chianalino –Interventor de la Obra Social Luz y Fuerza de Córdoba en el 46° Coloquio anual de empresarios de Mar del

Plata, realizado en el pasado mes de Octubre- me queda decir que si bien la salud es un derecho absolutamente indiscutible y universal, la misma se financia con recursos limitados tanto desde el punto de vista económico como administrativo, lo que necesariamente en algún punto, obliga a priorizar.

13- Conclusiones

Arribamos a esta etapa convencidos de haber evidenciado una problemática cierta y seria, la cual, y sin por ello pretender darle el carácter de inédito a este trabajo, es pocas veces tratada con el rigor y la profundidad que ella exige.

Nuestra primera conclusión es que el debido resguardo del Derecho a la Salud no puede ser circunscripto a ninguna disciplina en particular, sino que debe ser necesariamente interdisciplinario, abordándolo desde una faz que, sin dejar de ser humana, contemple las necesarias realidades médicas, jurídicas, administrativas y económicas que si bien suelen ser ágilmente soslayada en los análisis, están siempre presentes y gravitan con singular peso en las consecuencias de las decisiones a adoptar.

El brindar soluciones en materia de resguardo al Derecho a la Salud no puede efectuarse desde la abstracción de un análisis puramente jurídico; si ese es el prisma, la conclusión será tan simple y extensa en cuanto a su alcance que permitiría omitir, casi con comodidad, el analizar todo otros parámetros también valederos y merecedores de consideración.

No procuramos con esto arribar a una conclusión meramente formal, de aquellas que con cierta frecuencia en cuestiones de incidencia social procuren obtener consensos hipotéticos o de noble pero ilusoria realización; por el contrario, señalamos que urge la adopción de criterios que, contando con el debido fundamento médico (siempre en primer término) y jurídico (por cuanto debe observarse el orden constitucional y los principios que lo informan), tome debida razón de las consecuencias económicas de las medidas que se adopten y, también, de las resultas de no considerarlas.

Los sistemas de salud no pueden transformarse en meras masas de recursos disponibles que se asignen en más o en menos según quién o cómo lo reclame, ni dejar de tener en cuenta que si el sistema debe abordar a cada sujeto como un todo ilimitado en cuanto a sus necesidades, poco bastará para que los demás se descubran sin la debida cobertura, o con un sistema en donde los recursos para imprevistos superen a lo que debería ser una eficiente y planificada atención ordinaria.

No estamos en contra de dar el mejor esfuerzo en pos de resguardar este derecho, ya que creemos que cada persona merece la mayor y mejor oportunidad de que se dispone. Pero, por el contrario, nos oponemos a que en base a ello deba admitirse un desmedro hacia los demás usuarios del sistema, sea cual sea su naturaleza, en razón de que lo exigido lo es en un exceso injustificado de las opciones también viables y disponibles. Eso es lo que en una parte de este trabajo llamamos “solidaridad al revés”, esto es el solidarizar no la cobertura de servicios de salud, sino las consecuencias de una inequitativa utilización de los mismos respecto del resto de los aportantes, que verá afectado su eventual requerimiento.

No sería justo que alguien vea afectada su salud o las posibilidades de su recupero por no disponer de mayores recursos. Pero tampoco lo sería agotar los medios, o comprometerlos, ante requisitorias que, no obstante el derecho invocado, devienen en abusivas dadas las particularidades del caso. Los sistemas de salud deben asistir en igualdad de condiciones a quienes se encuentren en iguales circunstancias. Brindar prestaciones idénticas a un significativo grupo de aportantes y proveer otras de mucho mayor costo y complejidad a quienes, no obstante estar en idénticas circunstancias que ese grupo, optaron por una vía de reclamación “más rápida” lo desnaturaliza y atenta contra el principio de buena fe e igualdad.

A no dudarlo: respecto de las prestaciones requeridas para su satisfacción, el Derecho a la Salud ha devenido en un derecho absoluto, que no obstante ser conceptualmente *limitado* como todo derecho subjetivo, no admite excepción alguna – ni siquiera justificada – que pueda ser válidamente opuesta cuando se exija una determinada conducta positiva en pos de su resguardo.

En tal sentido, deben precisarse criterios y pautas que introduzcan *razonables límites* a las prestaciones a que las personas pueden aspirar, las que deben ser brindadas sin dilación ni excepción alguna, hasta el agotamiento de las mismas. Ello permitirá que este Derecho sea apropiado, equitativa y eficientemente satisfecho, con un verdadero sentido y observancia del principio de solidaridad.

La adecuada adopción e implementación de límites consensuados entre los diversos actores del sistema de salud aportará certidumbre y previsibilidad tanto a los agentes del sistema como a los usuarios, y permitirá concentrar (de modo ordenado) mayores recursos para enfrentar episodios excepcionales, sin el actual desmedro que ello implica para el resto de los usuarios.

No creemos tampoco que la Salud deba ser tratada como una mercadería, pero no podemos desconocer las implicancias económicas y – también – comerciales asociadas³²

Realizar un planteo de esta naturaleza prevé presuponer que estamos ante una clara contradicción. Es decir, si es un derecho, nunca podría ser tratada la misma como una mercadería. Claro es que la salud no puede tener un precio, pero en cuanto a intereses económicos, sin duda que la misma sí lo tiene.

Ahora bien, si la gente está dispuesta a pagar por su propia salud, la oferta surge naturalmente, al final de cuentas, vivimos en una economía capitalista y los costos de los tratamientos son altos, por lo cual, no es raro que los precios también sean altos.

En verdad, lo que sorprende en esta realidad no es que la salud sea tan cara, pero sí que exista mucha gente que está dispuesta a lucrar con ella, y pocas cosas parecen ser tan chocantes como ello, por decirlo de alguna manera, es un “capitalismo sanitario”, llegando a ver que hasta la vida misma puede ser un factor de lucro.

Por todo ello, quizás ni el más liberal de los economistas sean capaces de defender el libre comercio en el área de la salud. En el lenguaje económico, la salud es un bien público que

³² Consideramos traer a colación el tema tratado por el Mgr. Cintra Guilherme, “*O Directo Achado Na Rua*”, 2008

genera actividades positivas, proactivas y aquí el mercado es imperfecto (en términos técnicos económicos) y el Estado debe intervenir necesariamente, sea para garantizar el acceso a los servicios de la población con bajos recursos, sea para imponer límites a la “sed de lucro” de las empresas.

En la República Federativa del Brasil, el tratamiento jurídico-constitucional dado a la salud, constituye un ejemplo positivo atendiendo a las luchas y reivindicaciones del movimiento social por la reforma sanitaria y la Constitución de ese país, definió a la salud como un derecho básico del ciudadano, universalizando el acceso e instituyendo un sistema único (Sistema Único de Saúde –SUS) integrando y regionalizando, para garantizar el tratamiento universal e integral para todos.

Garantizar el sistema de salud es un gran desafío y claro es que necesitamos hacer cambios. Quizás es en este punto cuándo debemos preguntarnos si lo necesario es la toma de una decisión política y jurídica del más alto rango, o si lo necesario es reconocer al derecho a la salud, no como un derecho individual y personal, sino como un derecho colectivo y social resaltando el valor intrínseco de la salud para la comunidad entera.

Sirva este breve ensayo de reflexión sobre aspectos propios del Derecho a la Salud y sus implicancias, así como también de partida hacia un necesario debate que, lejos de anecdótico, debe forzosamente concluir con la adopción de pautas, criterios y límites razonables que permitan que la Salud sea un derecho responsablemente ejercido, por todos y para todos por igual.

Bibliografía

Las distintas fuentes consultadas, tanto impresas como virtuales, para la realización del presente trabajo fueron las siguientes:

- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.una.edu.ar>. *Reflexiones Constitucionales sobre el Derecho a la Salud*. Prof. Dr. Antonio M. Hernández.

- BIDART CAMPOS, Germán J. “*La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud*” LA LEY 2001-F, 906 (04-05-2009)

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, Novena edición ampliada y actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1997

- Corte Suprema de Justicia de la Nación
Derecho a la Salud. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010.

- DROMI, Roberto. *“Derecho Administrativo”*. Ed. Ciudad Argentina, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, 1995
- G. de COPELLO, Maitena – PERES, Victoria, *“Educación para la Salud”*. Ed. Estrada, Argentina, 1993
- GARCIA BELSUNCE, Horacio A. en *“El abuso del derecho en el derecho público”*, Publicado en La Ley On Line, 26/10/2011
- IECS – Parte IV – Editorial- Recursos escasos, decisiones difíciles.-
- JALIL, Julián Emil, *“La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización "in vitro”*”, LA LEY 31/08/2011, 31/08/2011, 7
- JIMENEZ, Eduardo Pablo, *“Los Derechos establecidos en la Constitución no son absolutos”*, publicado on line en <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro%20derconsti/2/13.pdf>, 01/11/11
- LAPORTA, Francisco J. *“El concepto de los Derechos Humanos”*, publicado online en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/humanos.htm>, 01/11/2011
- LLC 2006, 409 –Derecho Constitucional- Doctrinas esenciales Tomo II, 537.
- LLOVERAS DE RESK, María Emilia y otras. *“Lecciones de Derecho Civil”* segunda edición, tercera reimpresión, editorial Advocatus, Córdoba, 1995
- MARTINI, Luciano José, *“La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir”*, publicado en RCyS2011-VIII, 17
- Mgr. Cintra Guilherme, *“O Directo Achado Na Rua”*, 2008
- MOLINELLI, Juana E. *“La obligación de no regresividad arbitraria para la tutela efectiva y eficaz del derecho a la salud”*, LA LEY2003-F, 311
- MORALES LAMBERTI, Alicia, *“Derecho Ambiental – Instrumentos de Política y Gestión Ambiental”*, Ed. Alveroni, Buenos Aires, 1999
- Derechos Humanos - Colección Legislación, Valletta Ediciones, Bs. As., 1995
- PEÑA, Lorenzo y Ausín Txetu, *“Cabe un abuso de los derechos positivos”*, en <http://digital.csis.es> (09/05/09).
- PRIETO MOLINERO, Ramiro J. , *“Las Tres Dimensiones Axiológicas del Abuso del Derecho”*, La Ley On Line.
- RAWLS Jhon, *A theory of Justice*, 1971

- RIVERA, Julio César (autor), LexisNexis, “*Instituciones de Derecho Civil - Parte General*”, 2007 (04/05/2009) - Lexis N° 9204/003006, DERECHOS PERSONALÍSIMOS / 01.- Generalidades

- SORIA GUIDONE – MICAELLI, “*Tabaquismo y Derecho a la Salud*”, Práctica Jurídica de la Salud Pública, II Edición Ampliada y Actualizada, Pág. 195, Edit. del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, Cba, 2011