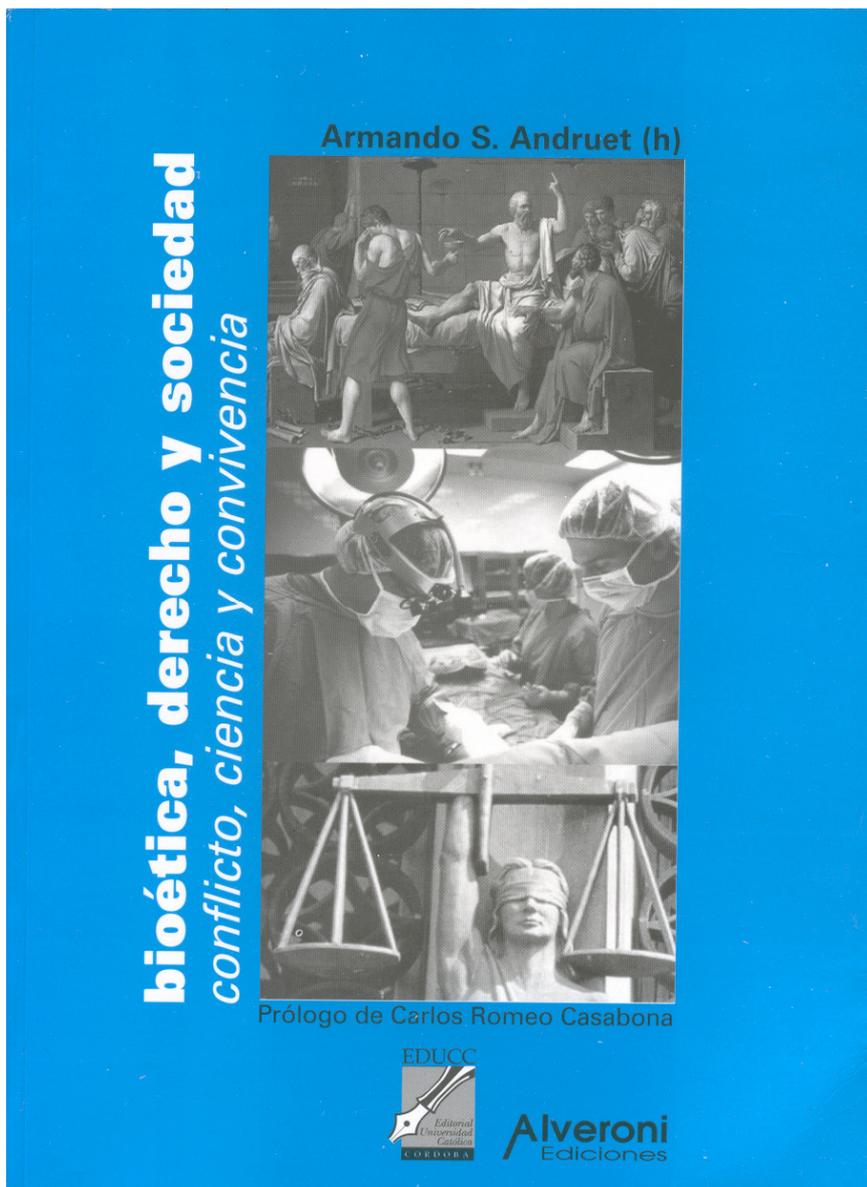


Bioética, Derecho y Sociedad

Conflicto, ciencia y convivencia.

Por
Armando S. Andruet.



**Ediciones
Alveroni.**

**Primera
edición:
2004.**

Córdoba.

**Este material
es de uso
exclusivamente
didáctico.**

Índice General

Prólogo.....	9
<i>Prefacio</i>	21
CAPÍTULO PRIMERO. BIOÉTICA. COMPRENSIÓN DE LA NOMINACIÓN y EXPOSICIÓN DE SUS SUPUESTOS. LA PERSPECTIVA CATÓLICA	
I. Aclaración previa.....	25
II.	
Concepto.....	27
III. Carácter interdisciplinar.....	30
IV. Bioética laica y confesional.....	32
V. Los principios de la bioética. Enumeración.....	38
CAPÍTULO SEGUNDO. LA RELACIÓN CLÍNICA y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	
I. Evolución de los modelos de relación clínica.....	49
II. Sobre el paternalismo médico.....	59
III. Sobre el autonomismo médico.....	69
IV. Conceptualización del consentimiento informado.....	75
V. Propuesta de un modelo superador.....	86
CAPÍTULO TERCERO. EL DERECHO A LA SALUD y DERECHOS DE LOS ENFERMOS	
I. La explosión de los Derechos Humanos.....	95
II. Derecho a la salud. La discusión iusfilosófica de su origen.....	106
III. ¿Qué es el derecho a la salud? Ejercicio y actores.....	111
IV. De la salud declarada a la realizada. El Estado y los particulares.....	116
V. Los derechos de los enfermos.....	124
VI. Clasificación de los derechos.....	130
CAPITULO CUARTO. ACERCA DE LA VERACIDAD A LOS ENFERMOS.	
I. En torno del enfermo y de la enfermedad.....	135
II. El tema de la verdad.....	143
III. Acerca de la verdad médica.....	148
IV. Pautas integradoras para la información veraz.....	155
Desarrollo particular de las pautas.....	162
1. El bien del enfermo.....	162
2. El acompañamiento del enfermo.....	164
3. Falibilidad del diagnóstico.....	165
4. Respeto a la vida y muerte del enfermo.....	167
5. Situaciones límite e información mendaz.....	172
CAPITULO QUINTO. LA EPILEPSIA: ENFERMEDAD, DISCRIMINACIÓN y LEGISLACIÓN	
I. Introducción general.....	175
II. Comentarios a la ley 25.404.....	182
CAPITULO SEXTO. LA INVESTIGACIÓN SOBRE SERES HUMANOS y EL CÓDIGO DE NUREMBERG	
I. Introducción.....	193
II. Reconocimiento jurídico de los derechos de personas sujetas a investigación.....	203
III. El Código Deontológico de Nuremberg.....	205

IV. Analítica del Código de Nuremberg y su evolución.....	210
V. Breviario de indicaciones éticas en la investigación con personas.....	213

CAPITULO SÉPTIMO. EXÉGESIS DEL LLAMADO "TESTAMENTO VITAL"

I. Excursus sobre la enfermedad y la muerte.....	223
II. Breve referencia histórica.....	228
III. Qué son los testamentos vitales.....	234
IV. Modelos básicos.....	240
V. Consideraciones jurídicas.....	244
VI. Juicio moral.....	257
VII. Apéndice Normativo.....	260
Ley de la X unta de Galicia sobre consentimiento informado.....	260
VIII. Apéndice Documental I.....	266
Testamento vital redactado por el "Euthanasia education council de Nueva York".....	267
IX. Apéndice Documental II.....	267

CAPÍTULO OCTAVO. UNA CONSIDERACIÓN SOBRE LA EUTANASIA. LA LEY HOLANDESA DE "TERMINACIÓN DE LA VIDA A PETICIÓN PROPIA"

I. Consideración previa.....	271
II. Los antecedentes legislativos y los contextos sociales.....	274
III. Aproximación en conjunto a la ley holandesa 26.691.....	277
IV. Breve exégesis de las "definiciones" (art. 1).....	280
Capítulo 1- Definiciones. Artículo 1º.....	280
A. El médico y la ciencia médica.....	281
B. La acción terapéutica de dar muerte al paciente.....	295
1. Del hacer morir al dejar morir.....	297
2. Acto de matar como acto médico.....	305
V. Comentarios a los "requisitos de cuidado y esmero profesional" (art. 2º).....	310
Capítulo 2 -Requisitos de cuidado y esmero profesional Artículo 2º.....	310
A. Petición voluntaria y meditada.....	311
B. Dolor insoportable sin mejora ulterior.....	315
1. Diferentes clases de padecimientos.....	315
2. Objetivar el dolor.....	316
3. Medicina paliativa y analgésicos: Opciones de vida.....	322
4. Irreversibilidad de la enfermedad.....	327
C. Información al paciente de la situación.....	330
D. Inexistencia de otra solución razonable.....	332
E. Consulta y visita por un médico extraño.....	335
F. Matar con el máximo cuidado y esmero profesional.....	336
VI. Texto completo de la ley 26.691 -Comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio y modificación del Código Penal y de la ley reguladora de los funerales (Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio).....	340

CAPITULO NOVENO. LA DIGNIDAD HUMANA y LA "DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO y LOS DERECHOS HUMANOS". COMENTARIOS CRITICOS

I. Consideraciones generales.....	351
II. La estructura de la declaración.....	359
III. Observaciones al núcleo ontológico de la declaración.....	364
IV. Los derechos del <i>homo genornus</i>	380
V. La investigación sobre el genoma.....	390
VI. <i>Modus operandi</i> de la actividad científica.....	394
VII. El genoma humano como prenda de solidaridad y cooperación internacional.....	395
VIII. La difusión de la información y el debate internacional.....	396

ANEXO DOCUMENTAL

1. Juramento Hipocrático.....	399
2. Código Internacional de Ética Médica.....	400
Deberes de los médicos en general.....	400
Deberes de los médicos hacia los enfermos.....	400
Deberes de los médicos entre sí.....	401
3. Declaración de Ginebra (A.M.M.).....	401
4. Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina.....	401
5. Código de Ética del Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba.....	418
6. Constitución de la Organización Mundial de la Salud.....	431
7. Constitución de la Organización, Panamericana de la Salud.....	432
8. Declaración de ALMA-ATA (1978).....	432
9. Sobre Promoción de la Salud (A.M.M.).....	436
10. Sobre la Prestación de Atención Médica en Cualquier Sistema Nacional de Atención Médica (A.M.M.).....	439
11. Sobre la Independencia y Libertad Profesional del Médico (A.M.M.).....	441
12. Sobre el Acceso a la Atención Médica (A.M.M.).....	441
13. Sobre la Responsabilidad Profesional por los Niveles de Atención Médica (A.M.M.).....	444
14. El Código de Nuremberg.....	445
15. Declaración de Helsinki. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos (A.M.M.).....	447
16. Sobre Derechos Humanos (A.M.M.).....	451
17. Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente (A.M.M.).....	452
18. Declaración de Venecia sobre la Enfermedad Terminal (A.M.M.).....	455
19. Sobre la Atención de Pacientes con Fuertes Dolores Crónicos en las Enfermedades Terminales (A.M.M.).....	456
20. Declaración Europea de Epilepsia.....	457
21. Declaración de Sydney sobre la Muerte (A.M.M.).....	458
22. Sobre la Eutanasia (A.M.M.).....	459
23. Sobre el Suicidio con Ayuda Médica (A.M.M.).....	459
24. Sobre el Proyecto Genoma Humano (A.M.M.).....	460
25. Sobre la Clonación (A.M.M.).....	462
26. Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma y Derechos Humanos.....	463
27. Proyecto de Resolución de la ONU contra la clonación de seres humanos.....	470
28. El Informe Belmont. Principios éticos en investigación en sujetos humanos.....	472
29. Declaración Bioética de Gijón.....	483
Bibliografía consultada.....	487
Índice Analítico.....	513

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO A LA SALUD y DERECHOS DE LOS ENFERMOS

"La vida oscila, como un péndulo, del dolor al hastío."

A. Schopenhauer¹

I. La explosión de los derechos humanos. II. Derecho a la salud. La discusión iusfilosófica de su origen. III. Qué es el derecho a la salud. Ejercicio y actores. IV. De la salud declarada a la realizada. El estado y los particulares. V Los derechos de los enfermos. VI. Clasificación de los derechos.

I. LA EXPLOSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, sin lugar a dudas, ya han perdido todo tipo de connotación ideológica² o denostativa que durante tantos años se le atribuyó; ellos están en la base de cualquier cultura jurídica que se precie de ser tal; pues por ello bien ha podido sostenerse, que el fenómeno de los derechos humanos se ha convertido en el gran fenómeno cultural y político de la última etapa del siglo veinte³. Bien se podría decir, que los mismos integran parte de una categoría jurídica en expansión, de la cual hoy todavía no tenemos total delimitación de sus extremos finales, pues para decirlo metafóricamente: es lo análogo a un universo en expansión.

En principio es cierto que todo derecho humano⁴ se agota en el mismo ser humano, de manera tal que los derechos humanos si no tienen por fin, objeto y sujeto al hombre, integran parte del discurso teórico que cualquier sociedad puede asumir y también instrumentalizar, pero sin apego y respeto alguno al hombre. La historia reciente es proficua en la realización de constituciones políticas, que declaran los derechos humanos en sociedades que ultrajan sistemáticamente los derechos básicos de cualquier hombre.

Al respecto no se puede dejar de señalar, de que manera es que ellos han tenido una feliz y continua evolución⁵. Desde los llamados derechos humanos de la primera generación⁶, que se

¹ Schopenhauer, A., *El mundo como voluntad y representación*, cap. IV, § 57, Barcelona, Orbis, 1985, p. 130.

² Una muestra notable de ello, se encuentra en la afirmación de Enrique Haba que escribe: "Si se me permite una expresión a modo de proverbio, podría afirmarse: ¡Dime quién eres y te diré lo que entiendes por derechos del hombre!" ("Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies", en *Archives de Philosophie du Droit*, N° 29, París, Syrey, 1984, p. 328).

³ Cfr. Castro Cid, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 30.

⁴ Aun a costa de parecer excesivos hemos querido anotar alguna definición de ellos, así: "Se entiende por derechos naturales aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana" (Femández Galiano, A., *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Universidad Como plutense, 1977, p. 141). También se ha dicho que desde una perspectiva positivista son derechos humanos los regulados como tales en las Constituciones políticas de los Estados o, más modernamente, en las Declaraciones de los organismos internacionales que, como la ONU, pretenden sentar las bases de una ordenación jurídica de carácter universal. Neutra, sin descartar un fondo de valores objetivos, es la definición del delegado de los Estados Unidos ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Morris B. Abram: "Aquellos derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso, en virtud puramente de su calidad de ser humano y que, por tanto, toda sociedad que pretenda ser una sociedad auténticamente humana debe garantizar a sus miembros" (Ezcurdia Lavigne, J., *Curso de derecho natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 1987, p. 18).

⁵ *Vide* Closas, M., "Las tres generaciones de derechos", en *Curso de Derecho Constitucional*, Bs. As., La Ley, 2001, ps. 101 y ss.

afirmaban en el valor del individuo dentro del agregado social o político y que fueron, sin duda alguna, el resultado mediato de la organización política del primitivo estado de derecho en los albores del siglo XVIII; pasando por los nombrados como de segunda generación, que se materializan cuando el centro de preocupación deja de ser el individuo en tanto político, y pasa a instalarse como una individualidad que reclama una debida atención social, y con la cual se afirman a su alrededor los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se destaca obviamente el de la salud, teniendo ello claro auge, con el advenimiento de las conversiones luego de la revolución industrial del siglo XIX.

Finalmente se ha alcanzado la existencia de los llamados derechos humanos de tercera generación, como resultado de una visión mundial del hombre y de su entorno, por la cual se asientan los nombrados, en una dimensión solidaria de la naturaleza humana y que como tal, excede el mero marco antropológico, extendiéndose a la totalidad del hábitat del ser hombre, siendo propio en tal análisis el derecho a la paz, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Sin embargo, no se puede dejar de advertir las no pocas contradicciones que la realidad muestra entre la nombrada fuerza expansiva de los derechos humanos, desde la fecha de la sanción de la Carta Universal de los mismos (1948), y la situación concreta y singular de no pocos pueblos del planeta, en los cuales la miseria, hambre, pobreza, enfermedad y mortalidad, son los síntomas más tangibles de dicha contradicción, de la cual parece también, que nadie está dispuesto a hacerse cargo para encontrar alguna vía de solución⁷.

Tan grave como la violación a los derechos naturales de las personas, es el olvido que los otros tienen de aquellos que por dicha razón sufren, son torturados o brutalmente asesinados. El omitir mirar el dolor del hombre y consentir con el silencio la profanación a sus derechos humanos, es un grave atentado, entre otras cosas, a la justicia que no se puede soslayar ni dispensar. La dignidad de los seres humanos⁸, no es un atributo que se les adosa a los hombres, acorde a alguna temporalidad y exigencia de la Nación, sino que acompaña al mismo mientras vive, y por lo tanto, no es dispensable, renegable o modificable ni cuando sufre, ni cuando muere; por ello tampoco es que los derechos humanos precisen de ser positivizados para ser existencialmente atendidos⁹.

En ello radica el mismo fundamento último de los derechos humanos, sin más. La misma dignidad supera y sobrepasa cualquier rasgo o dimensión que se quiera anexas al hombre desde el Estado, pues simplemente lo coloca al mismo sobre el resto de cosas y seres de lo creado. Se ha dicho que esta "personidad y su dignidad propia son, por lo tanto, el título de un derecho de respeto y de salvaguardia que se determina a través de una variedad de derechos concretos, que se refieren a las diferentes dimensiones de la existencia y del perfeccionamiento de la persona humana"¹⁰.

Los países pobres, los hombres pobres en definitiva, son espacio de debate y reflexión teórica entre los que promocionan los éxitos de la globalización¹¹, y aquellos otros que atribuyen

⁶ Una breve pero igualmente completa historia de la evolución de los derechos humanos, puede ser consultada en Vidal Rarnírez, F., *Del ius romano a los derechos humanos en la convención americana*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, ps. 9 y ss.

⁷ Los vientos de genocidio de diferentes puntos cardinales todavía soplan fuertemente, las llamadas limpiezas étnicas y los no menores odios fundamentalistas tanto de unos como de otros, sigue siendo una evidencia irrefutable. Pues por caso valga recordar que Amnistía Internacional informa que existen casi una centena de países en los que la tortura es una práctica aceptada, con gravedad integran la lista: Israel, Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

⁸ Atento a la cuantiosa bibliografía que existe a tal respecto, preferimos nombrar sólo dos trabajos que vinculan la mencionada problemática con lo jurídico, a saber Legaz Lacambra, L., "Consideraciones sobre la dignidad de la persona y de la vida humana", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 53, Madrid, Reus, 1976, p. 20; Bloch, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Aguilar, 1980. Desde una perspectiva más mundana Arendt, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993.

⁹ Se ha indicado que los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Nacional aluden aciertos bienes que pertenecen, de suyo, esto es, por su propia condición de tales, a los seres humanos, con entera prescindencia de su reconocimiento o, aun, de su desconocimiento por parte del ordenamiento jurídico" (Rabbi Baldi Cabanillas, R., "Los derechos humanos como derechos anteriores o preexistentes: un examen a partir de la jurisprudencia de la CSJN", en *En* 175-816).

¹⁰ Massini, C., "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en *El iusnaturalismo actual*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, p. 213.

¹¹

a ella ser la madre de todos los vicios¹²; pero entre tanto del discurso teórico, diariamente miles de hombres de todas las edades o mueren o ingresan a la categoría de espera de tal circunstancia, sin posibilidad de retorno alguno¹³. Los derechos humanos son de los hombres, pero sin duda que hay algunos hombres que tiene un "mejor derecho", "privilegio o preferencia" para ejercerlos: la prioridad de ser ciudadano del imperio¹⁴, es seguramente uno de los pasaportes aptos para ello¹⁵.

Como se advierte la dicotomía entre "ciudadanos" y "ciudadanos del imperio", no es una mera categoría epistemológica o si se quiere teórica del problema, sino por el contrario, tiene ella un carácter notablemente pragmático, a tal grado es ello, que de alguna manera es la que permite diferenciar luego en gran escala, el gozo del vivir o la espera del morir¹⁶. Pues huelga recordar, que hay muchas maneras en que los pueblos y los hombres que los habitan hacen lo uno y lo otro; no podemos ignorar que existen hombres que aun realmente vivos están

¹² Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998. 158 Cfr. Stiglitz, J., *El malestar en la globalización*, Madrid, Taurus, 2002; Chomsky, N., *El terror como política exterior de Estados Unidos*, Bs. As., El Zorzal, 2001; *Estados canallas*, Bs. As., Paidós, 2002; Klein, N., *No logo*, Barcelona, Paidós, 2001.

¹³ Conviene recordar que en la República Argentina, que tiene 37 millones de habitantes, más del 51 %, esto es 19 millones, viven por debajo del umbral de la pobreza. Además de lo grave de ello, no menos es la vertiginosidad con que es posible que ocurre, pues el 60% de estos nuevos pobres hasta hace un año pertenecían a la clase media. La información periodística indica que "Hasta la devaluación del mes de enero (2002) que sumió al país en su peor crisis, Argentina era el segundo país de Latinoamérica en inversión sanitaria pública. En estos momentos, con un gasto de 184 dólares per cápita en salud, está por detrás de países como Costa Rica (224), Chile (331) o Uruguay (516), España tiene más de 1.200 dólares" (Diario *El País*, Madrid, 12.X.02).

¹⁴ Gore Vidal acaba de publicar un último libro y en el mismo, pone de manifiesto, quizá con la valentía que otros compatriotas suyos que lo piensan no lo dicen, e intenta responder a la pregunta ¿por qué nos odian (a EE. UU.)? Cuestiona a su República que "Somos el Estado más canalla de todos [...] No hacemos caso de tratados. Desdeñamos los tribunales internacionales. Atacamos por decisión unilateral allí donde nos place. Damos órdenes a las Naciones Unidas pero no cumplimos con nuestros deberes. Nos quejamos de que haya terrorismo, pero nuestro imperio es el mayor terrorista de todos. Bombardeamos, invadimos y subvertimos otros Estados" (*El último imperio. Ensayos 1922-2001*, Madrid, Síntesis, 2002). También Hardt, M. -Negri, A., *Imperio*, Bs. As., Paidós, 2002).

¹⁵ Siendo el suscripto Presidente de la Comisión Nacional de Justicia y Paz instituida por la Conferencia Episcopal Argentina, se elaboró un trabajo intitulado *Documento sobre los Derechos Humanos. Por la Vida y por la Justicia a la Luz del Evangelio*, que recordaba los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que fuera leído públicamente el día 10.XII.98; en el mismo destacamos los principales puntos de controversia en el futuro inmediato, en orden al respeto de los derechos naturales. "A saber: 1) La Constante escasez de recursos naturales para una adecuada conservación de la especie humana, se verá agravada en el futuro a parámetros hoy no imaginables. Ello importará que algunos países en manera abusiva, efectúen acopio de recursos con el inevitable deterioro para las comunidades que carezcan de ellos, sea para conseguirlos o poseyéndolos naturalmente se encuentren carenciados de tecnología para manufacturarlos. La pobreza y el hambre serán el flagelo más severo del siglo que viene. 2) Consecuente con lo anterior, se debe rechazar por falso el convencimiento en un número cada vez más significativo de comunidades y hombres, que la pobreza extrema debe ser tolerada. Se torna como una afirmación irracional y sin sentido, que no puede tener dispensa alguna. 3) Admitir que la pobreza de unas naciones o de continentes enteros, resulta ser una condición necesaria para que otros pueblos, sean ricos o más ricos, y por lo tanto garantes de los demás; aun de la pobreza de los que nada tienen, resulta una vía intransitable y repugnante a la misma racionalidad del hombre, y sobre la cual, cabe alertar por sus nefastas consecuencias futuras. Cuando, lo realmente central para el milenio que adviene, es elaborar pautas de acción mundiales en orden a cómo se debe distribuir equitativamente la riqueza y la pobreza entre los pueblos, para que lo desterrado sea la pobreza como hecho social a la cual hoy se consiente en manera implícita. La deliberada generación de pobreza, es una violación ala misma dignidad del hombre. 4) Otro de los aspectos, se vincula con la disposición que acerca de la propia vida el hombre realiza o que los Estados favorecen mediante sus legislaciones, cuando ella está afectada en su potencia o existe alguna pérdida en su misma calidad. Los privilegios desmedidos a desarrollos que promueven sólo la autonomía, la libertad y la inmanencia de la misma naturaleza humana, omiten una consideración plenamente humana del hombre. Tales aspectos, no podrán ser desatendidos en una proyección del problema de los derechos humanos. 5) En una sociedad mundializada y globalizada como será la del futuro, y que seguramente tendrá por rasgo común, la pérdida de la fraternidad entre los hombres, una dimensión novedosa de los derechos humanos será la de promover sanamente los espacios de concordancia y amistad cívica, para que así, la convivencia entre los hombres no pierda su rasgo humanitario que como tal, la diferencia de cualquier otra".

¹⁶ "Bregar por una globalización ética, por la mundialización de la solidaridad y la justicia, es la única forma de convertir lo que Jesús Conill ha llamado una " Jungla Global" en una comunidad humana, en la que quepan todas las personas y todas las culturas humanizadoras" (Cortina, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza, 1999, p. 261). En igual sentido se puede consultar con interés a Puyol, A., *El discurso de la igualdad*, Barcelona, Crítica, 2001, especialmente cap. I y III.

moralmente muertos, pues acaso que cabe decir sino, de niños que nacen con severísimas carencias de alimentación y que en realidad no tendrán mayores expectativas de mejorar ello en el futuro inmediato o mediato. Es allí sin dudar, donde lo metafórico de la filosofía existencial se torna irrefutablemente biográfico en cada uno de quienes tienen preanunciada su muerte, tan pronto conocen la vida.

Irremediablemente a la luz de dicha dicotomía se puede afirmar, que hoy existen comunidades que a pocas decenas de años no habrán de existir, no porque sean arrasadas las mismas por venideras conflagraciones de gran escala o porque impensados fenómenos naturales así lo impongan, sino por el mismo proceso de inculturación que ejercitan aquellos que como tal tienen pasaporte del imperio y que en función de lo cual, ensayando un neo-cosmopolitismo que hace gala de ser bárbaro, aunque se produzca el mismo -en el mejor de los supuestos- con una estrategia cuidadosa y estéticamente respetuosa, indefectiblemente arrasará hasta con la última piedra sobre la cual, la cultura, civilización y cosmovisión anterior existía.

Ocurrirá lo análogo a lo que acontece con idiomas minoritarios y dialectos, que según refiere la literatura autorizada en el tópico, entran en peligro de extinción cuando un treinta por ciento de sus niños no la aprenden¹⁷, de allí que periódicamente mueran algunos de ellos, sea ya porque no hay quienes lo utilicen o porque el proceso del imperialismo lingüístico, que se exterioriza mediante la unidimensionalidad de la lengua, así lo va disponiendo¹⁸. A lo que se debe sumar y no con menor preocupación que siendo dicho predominio planetario del inglés americano¹⁹ y de ninguna otra lengua, se advierte un claro y evidente reduccionismo en ella misma por la pérdida de universalidad que como tal dicho idioma posee, y ello entraña la gravedad que se advierte, porque si bien es cierto que fue posible el despertar de la cultura de occidente en la confluencia de sólo dos culturas lingüísticas como fueron la griega y latina, la pregunta kantianamente formulada sería, ¿qué nos cabe esperar de una lengua hegemónica, cuando a la vez ella no es lengua de cultura o lengua erudita?²⁰

En particular a nuestro tema principal de análisis, implicado tal como se advierte dentro de los mismos derechos humanos o naturales²¹, se puede agregar que se advierte la clara existencia de un progresivo derecho protectorio a la salud, pero que sin embargo y en paralelo, se producen notables olvidos a la vida misma, no a la salud, que es consecuencia genuina de ella en comunidades completas²².

¹⁷ Se anota en el informe de la Unesco denominado "Atlas de los idiomas del mundo en peligro de desaparecer" publicado en febrero del año 2002, que existen miles de idiomas minoritarios y dialectos del planeta que tiene los días contados. De las 6.000 lenguas que se hablan en el mundo, la mitad podría desaparecer bajo la presión de idiomas más dominantes o de políticas represivas de los gobiernos. Se apunta en el mismo, que en América del Sur, sobreviven todavía unas 375 lenguas, muchas de las cuales están en peligro y una buena proporción están moribundas.

¹⁸ Se ha indicado que existen tres maneras diferentes de morir las lenguas: transformación, sustitución y extinción (cfr. Hagege, C., *No a la muerte de las lenguas*, Bs. As., Paidós, Barcelona, 2002, ps. 77 y ss.).

¹⁹ "El poder económico y tecnológico del inglés americano se extiende como una apisonadora por todo el globo. En el momento actual es difícil dar una réplica eficaz a esta soberanía homogeneizadora. El español avanza y el chino parece inexpugnable. Pero, incluso en Hispanoamérica y en China, el inglés americano es la segunda lengua indispensable y el vehículo de la ciencia y el comercio. La idea de un mundo más o menos monóglota no es ya inconcebible" (Steiner, G., *Errata. El examen de una vida*, Madrid, Siruela, 1999, p. 131).

²⁰ Vide en dicho orden Gadamer, H., "La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo", en *Arte y Verdad de la Palabra*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 115. También Bordelois, I., *La palabra amenazada*, Bs. As., El Zozal, 2003, especialmente cap. IV.

²¹ En realidad preferimos la denominación de derechos naturales antes que la de humanos. En este sentido nos orientamos con la conceptualización que Legaz Lacambra formulara indicando que resulta "indiscutible que los derechos humanos son derechos naturales y que en la existencia de éstos consiste la realidad del derecho natural" (Vide Prólogo a la obra de Castán Tobeñas, J., *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus, 1985; en igual sentido García López, J., *Los derechos humanos en Santo Tomás*, Pamplona, Eunsa, 1979, p. 11). Lo que ocurre sin embargo, es que cualquiera de los dos posicionamientos temáticos, permiten otorgar respuestas desde ideologías -o al menos cosmovisiones- diferentes y en función de ello, es que tratando de ser ecuanímenes nosotros, resulta que son criticables por las mismas razones según sea el lugar del observador.

²² De pronto se advierte que la aflicción de la comunidad internacional se focaliza más, en programas protectorios de la salud, con fuerte olvido del derecho a la vida misma. En dicho orden de cuestiones no se puede dejar de señalar, por resultar paradigmático, que durante la segunda guerra mundial en Inglaterra, para 1942 se pone en marcha lo que se llamara el Plan Beveridge, y que tiene como elemento sustancial no consolidar derecho a la vida alguno, sino un

De tal guisa que en orden rigurosamente cuantitativo se puede afirmar, que el derecho primario a la salud tiene entidad real cada vez para menos personas en el planeta. Existe una gran masa de individuos, diferenciándose sin duda alguna los que son ciudadanos de los países pobres de aquellos otros ricos, que están excluidos mundialmente de la salud, entre otros: los pobres, desempleados, indigentes, jubilados, ancianos. Triste conclusión la de sostener, que en el siglo de los derechos humanos la exclusión de algunos hombres de ellos, deviene como una aceptación resignada de una realidad inmodificable.

No se puede olvidar de meditar a este respecto, la siempre anunciada "revolución de los pobres" que sólo los ricos propician con notable despreocupación, cuando se generan grandes bolsones de pobreza a costa de pequeños grupos que concentran la economía mundial; pues la pregunta que en rigor no se puede dejar de formular es interrogar, ¿cuánto tiempo más, podrá funcionar una economía internacional tal como es la existente? la cual se asienta sobre la gigantesca especulación del dinero y que no genera en modo alguno productividad²³.

Sólo por ella es que existen cada vez más, comunidades enteras asoladas por la pobreza y mayor dinero concentrado en pocas personas jurídicas, las que a su vez polarizan con notable desequilibrio la misma balanza planetaria. A dichos efectos basta con recordar que fuera la ONU, al promediar el año 1979, quien tenía dicha preocupación, y en función de la cual procuró como prioridad para el año 2000 que sea el año de "salud para todos", lo cual poco más de veinte años después de dicha propuesta, sigue siendo hoy un deseo tan improbable como antes.

En nuestro país en particular, se advierte una prueba empírica de la notable decadencia del sistema sanitario en general, cuando se toma conocimiento efectivo de la manera en que ha aumentado el uso de los servicios públicos vinculados con la salud, debiendo destacarse que la nombrada ejecución, no ha sido en modo alguno resultado de una opción libremente elegida, sino de una dirección que la desdichada realidad de los hechos ha impuesto a un número mayor de la población. Cada vez hay más gente sin cobertura médica, como así también los índices de morosidad de afiliados a las conocidas medicinas privadas son cada vez más numerosos, y por lo cual no están ellos en condiciones de poder acceder aun servicio pleno.

Además, no se puede dejar de apuntar que el hospital público cada vez se encuentra más deteriorado, cuando no propiamente desmantelado en insumos básicos, puesto que la atención de los vencimientos de la mal abultada deuda externa nacional²⁴, impide con total objetividad y dificultad atender los gastos en salud que hoy exigen no sólo medicamentos y fármacos, sino la especialización en sus médicos y aparatología adecuada en su funcionamiento²⁵. Una visita a un

derecho más cuantioso y complejo como es el derecho a la salud. En realidad se afirma, que es con dicho Plan cuando "la salud se transforma en objeto de preocupación de los Estados, no básicamente para ellos mismos, sino para los individuos, es decir, el derecho del hombre a mantener su cuerpo en buena salud se convierte en objeto de la propia acción del Estado [...] Con el Plan Beveridge la salud entra en el campo de la macroeconomía" (Foucault, M., "La crisis de la medicina o la crisis de la antimedicina", en *La Vida de los Hombres Infames*, La Plata, Altamira, 1996, p. 67).

²³ Vide Lindblom, Ch., *El sistema de mercado: Qué es, cómo funciona y cómo entenderlo*, Madrid, Alianza, 2002.

²⁴ En el documento de trabajo del Banco Mundial para el año 2002 en lo referido a salud, se apunta que "Los ingresos de la seguridad social nacional han caído: entre el primer semestre de 2001 y el primer semestre de 2002, la recaudación total del Sistema Nacional de Seguro de Salud -que cubre a aproximadamente 11 millones de ciudadanos sin contar al Pami- cayó 12% [...] Se presume que en el interior del país, el 80% de las OSN no cumplen con el Plan Médico Obligatorio (PMO). Por ello, el gobierno se ha esforzado en reformular un PMO de emergencia [...] los hospitales públicos atienden a unos 15 millones de argentinos que no tienen seguro de salud y enfrentan un retraso en el flujo normal de fondos. Entre octubre del 2001 y mayo del 2002, el porcentaje de la población que sólo tiene cobertura a través del hospital público subió del 36% al 43%" (Diario Comercio y Justicia, Córdoba, 26.XI.02).

El Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) está integrado por un conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los agentes del seguro de salud que tiene vigencia desde el 19.IV.02 y mientras dure la emergencia sanitaria nacional dispuesta por el decreto 486/02 (Cfr. Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 201/02).

²⁵ "El hospital público y gratuito no es más que un apéndice importante y valioso en el complejo de la política sanitaria, siendo, a su vez, una carga para los gobernantes intervenir en beneficio de la población y, en especial, de los niños y carentes, los cuales son, desafortunadamente, pacientes habituales. Hubo épocas en que esto no sólo era una realidad, sino también una situación de honor para los profesionales que habitualmente prestaban servicios en los distintos nosocomios [...] Todo esto comenzó a deteriorarse irremisiblemente hasta nuestros días, y hoy, podríamos decir, está casi en extinción" (Ghersi, C. -Weingarten, C. -Ippolito, S., *Contrato de medicina prepa*, Es. As., Astrea, 1999, p. 7).

hospital público no sólo en la República Argentina, sino prácticamente en cualquiera de los restantes países de América del Sur, es un viaje aun sub-mundo atroz que más parecen estar conformados para quebrar psicológicamente al enfermo, que un hábitat dispuesto para la sanación de la población. Huelga señalar que no se trata ello, por una cuestión de racionamiento de los recursos económicos escasos para atender a una demanda en salud cada vez más tecnologizada, tal como puede ser en países del primer mundo; se trata en realidad de no tener económicamente siquiera el umbral básico, para poder racionalizar después²⁶.

II. DERECHO A LA SALUD. LA DISCUSIÓN IUSFILOSÓFICA DE SU ORIGEN

No es esta la ocasión para efectuar un desarrollo pormenorizado acerca de si ciertos y determinados derechos, a los que corrientemente nombramos como derechos humanos, no les corresponde en rigor de verdad ser llamados también derechos naturales, tal como apuntáramos más arriba.

En verdad hay que señalar que la discusión que insinuamos no es menor, porque en rigor los "derechos humanos" son derechos que convencionalmente han sido así reconocidos y luego positivizados, lo cual aconteciera en el año 1948 cuando se elabora la ya indicada Declaración Universal de ellos, y que con el tiempo y el desvelo de los pueblos, cada vez han sido más los Estados que se han sumado a la lista de países que reconocen al tales o cuales derechos allí proclamados²⁷. Ello no excluye que existan otros derechos más importantes y naturales, que no han sido recogidos en el cartabón internacional, y por lo cual para no pocos Estados ellos no existen.

Huelga destacar, que al ser los derechos humanos derechos que han sido convencionalmente positivizados en la Declaración en cuestión, no escapan ellos a la regla primera de la politología básica, que sostiene que todo aquello que por leyes dispuesto por el Príncipe, por otra ley el Príncipe lo puede modificar o suprimir.

Por ello es que la noción de derecho natural, que reconoce un nudo ontológico en el mismo ser humano y que ha sido captada ella intelectivamente por el mismo entendimiento práctico, y verbalizada corrientemente como derecho humano, deja a salvo y resguardo a dicha naturaleza de toda contingencia política. Los derechos son del hombre por su misma condición natural²⁸, resultando una variable -importante sin duda- socio política que merezcan o no reconocimiento. Pues los derechos naturales, en realidad no es que se deban respetar porque han sido ellos proclamados o positivizados -tales como podría acontecer si fueran meramente derechos humanos-, sino por- que su misma fuerza intrínseca a ello lo impone.

De allí entonces, que la salud no sólo debe ser garantizada porque es un derecho que está positivizado en dicha Declaración Universal, como así también en la mayoría de los textos constitucionales de los Estados, sino porque es antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Huelga decir que es tal derecho natural, por ser sin más, el

²⁶ "La mayor dependencia respecto de la tecnología médica, unida al progresivo envejecimiento de la población y a una multitud de factores [...], nos están conduciendo a una situación en que la demanda social de asistencia sanitaria está superando con creces la oferta. El resultado es una creciente preocupación social y la aparición de políticas de racionamiento de los servicios sanitarios entre la población" (Puyol, A., *El discurso de la igualdad*, Barcelona, Críticas, 2001, ps. 240).

²⁷ No se puede desconocer en dichos temas, que ha sido precisamente la tradición europea una vez más, la que se ha preocupado por hacer de los derechos humanos una realización efectiva en la vida de los hombres, para lo cual la instrumentación de su protección mediante diferentes mecanismos como son los prescriptos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del cual se ha dicho que se trata del "instrumento más acabado y eficaz de protección de los derechos del hombre, precisamente por establecer remedios procesales" (cfr. Pérez Triviño, J., "Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el convenio europeo de derechos humanos", en *Revista Doxa*, N° 17/18, Alicante, 1995, ps. 469 y ss.).

²⁸ "El paso de la dignidad ontológica del ser humano al plano deóntico de la exigibilidad de los derechos, se produce por la vía de la inteligencia; en efecto, es el entendimiento práctico el que, por vía de la evidencia y del discurso, capta las realizaciones deónticas reales y las presenta a la voluntad como exigencias éticas" (Massini, C., "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en *El iusnaturalismo actual*, Es. As., Abeledo-Perrot, 1996, p. 214).

mismo, una clara extensión -prolongación, derivación o corolario- del propio derecho a la vida²⁹.

El derecho a la salud, en definitiva, no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida; la ausencia de salud es primero enfermedad y finalmente no-vida; obviamente que también entre nacer y morir, el mencionado derecho a la salud se interrelaciona con una totalidad de otros derechos, que hacen seriamente pensar que sin salud -aunque ontológicamente es antes siempre la vida- resulta inaccesible de gozar de otros derechos³⁰.

De todas formas no se puede dejar de señalar, que algunos autores no comparten la mencionada consideración, y a la hora de establecer una suerte de jerarquización de los derechos humanos y buscar aquel que se encuentra en el vértice de dicha pirámide, no lo hacen consolidando el derecho a la vida³¹, sino en el mismo reconocimiento al hombre de ser persona humana, y que también puede ser conocido como de la personalidad³². En realidad nosotros creemos que una tal ponderación deviene excesiva, puesto que el mismo fundamento que sostiene al derecho humano, impone *per se* la misma personalidad del sujeto de derecho, y que como se ha indicado, radica en su misma naturaleza digna³³.

Tampoco se puede dejar de señalar, que no ha sido menor la discusión que en la teoría se ha formulado a la hora de realizar la taxonomía de los derechos humanos, y tal como se puede colegir, dependerá de cuál sea la manera en que ellos estén sistematizados, para así saber cual es la fuente tópica-epistemológica que cabe acordar al derecho a la salud, sin perjuicio de destacar, que resulta más conveniente sistematizar con un criterio pedagógico, estableciendo entonces sólo "criterios distintivos", sea ello: por el contenido del derecho en cuestión, por el ámbito de aplicación del mismo, por el sujeto titular del nombrado, o por las fuentes y garantías que del mismo se ocupen.

Mas volviendo a la línea de clasificación ortodoxa, bien podría estar ubicado el derecho a la salud -y tomando la propuesta por Sánchez Agesta³⁴- en el ámbito de los derechos civiles, puesto que ellos como tal, protegen la vida personal individual -propiamente los derechos de la intimidad personal-, sancionando la violación de los bienes garantizados y especificando los supuestos, la autoridad y el procedimiento; y también dentro de la categoría de los derechos sociales en estricto sentido, porque los mismos implican una prestación positiva del Estado, inspirándose en los principios de justicia social y seguridad social.

Sin embargo desde la enunciada por Albert Auber, se ubicaría el derecho a la salud dentro de los llamados "derechos biológico-existenciales", por oposición a los "derechos espirituales"; o si fuera el caso, desde el miramiento de Luis Legaz Lacambra, dentro de los derechos de la

²⁹ Cfr. Padilla, M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Es. As., Abeledo-Perrot, 1993, t. II, p. 24; Mosset Iturraspe, J., *Visión jurisprudencial de la vida humana*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 90.

³⁰ Puede ser estudiada dicha interrelación en el ámbito del derecho nacional argentino, con un ilustrado catálogo de la jurisprudencia de la CSJN en Camota, W., "La salud como bien constitucionalmente protegido", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética Jurídica: Civil y Penal*, Es. As., La Ley, 2002, p. 140.

³¹ Vide el enjundioso estudio a dicho respecto de Hernández, H., *Derecho subjetivo. Derechos humanos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000, ps. 217 y ss.

³² Recuerda Legaz Lacambra "Hay, por eso, un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. La persona implica, por de pronto, un substrato físico, el cuerpo, y en esta realidad se basan el derecho a la vida, a la integridad, a la subsistencia; [...]" (*Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 725).

³³ No podemos acaso soslayar el indicar acerca de lo paradójico de nuestro tiempo en orden a la noción misma de dignidad; pues tal como se ha apuntado, por un lado existe un consenso acerca de que deben evitarse en todas las circunstancias ciertas prácticas sobre el hombre por ser contrarias a su dignidad; mas a la vez, no hay acuerdo en torno a la justificación teórica de ella. Bien ha dicho Andorno que "De cualquier manera, una cierta aproximación al concepto de dignidad es posible. En líneas generales puede afirmarse que con esta idea nos referimos habitualmente al valor único e incondicional que reconocemos a todo individuo humano, independientemente de cualquier cualidad accesoria que pudiera corresponderle. Es su sola pertenencia al género humano lo que genera un deber de respeto hacia su persona, sin que sea exigible ningún otro requisito" (Andorno, R., "Una aproximación a la bioética", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética Jurídica: Civil y Penal*, Bs. As., La Ley, 2002, p. 4290).

³⁴ La nombrada clasificación completa es la siguiente: a) Derechos civiles: a') los derechos de la intimidad personal, b') los derechos de seguridad personal, c') derechos de seguridad económica, d') derechos de libertad económica; b) Derechos públicos; c) Derechos políticos; d) Derechos sociales: a') derechos del desenvolvimiento personal, b') derechos sociales estrictos" (Sánchez Agesta, L., *Lecciones de derecho político*, Barcelona, Granada, 1954, p. 562). 182 Citado por Castán Tobeñas, J., *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus, 1985, ps. 28/29.

persona en su "abstracto físico", y no integrando parte de las restantes categorías, a saber: en razón del señorío sobre el mundo exterior, o en su vida social, o finalmente, en el plano de la vida personal que tiene su eje en la intimidad³⁵.

En orden a una cierta precisión terminológica desde lo jurídico, corresponde hablar de la "protección "a" la salud" antes que, "protección "de" la salud"³⁶. La diferente preposición en uno y otro caso, se relaciona en que el derecho a la salud es propiamente lo que se conoce como un derecho prestacional³⁷.

El débito³⁸ que dicho derecho genera en cabeza del cumpliente del mismo, es el que impone una prestación -realización u opus- que es reclamada en manera primaria al Estado³⁹; en función de ello, es que el Estado tiene que concluir por reconocer que en dicho tópico, quien gasta dinero no está en realidad efectuando un gasto social en salud, sino propiamente una inversión en salud, y que se materializa ella por la diversidad de cuestiones o cosas que como restricción resultan evidenciadas cuando hay ausencia sanitaria, por caso: menor índice de sobrevida, enfermedades congénitas en la población, índices de alfabetización reducidos, etcétera.

Así resulta que si bien el gasto en salud carece de contraprestación inmediata, no significa que no la tenga, pues sólo está diferida ella. Los Estados que no asumen la inversión en salud, irremediablemente pagarán los costos en el futuro, y para evitar ello, se requiere de una comprensión que en las políticas sociales, de las cuales los Estados se deben ocupar en lo concerniente a la salud tiene un lugar primordial; y que el gasto en salud no puede continuar siendo un elemento meramente accidental⁴⁰.

Además, cabe señalar que con la indicación de la defensa y resguardo del derecho a la salud, se están efectuando otro conjunto de referencias a temas que se encuentran conexos al mismo y que lo conforman en su especie propia, a saber: calidad de vida, debido cuidado a los enfermos, naturaleza de los tratamientos sanitarios cumplidos -esto es no-cruentosos o degradantes-, protocolos vinculados con la investigación en seres humanos, como así también para tratamientos médicos ambulatorios o de internación en general.

III. ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA SALUD? EJERCICIO y ACTORES

Tal como lo hemos adelantado ya, se trata de un derecho de segunda generación, y que además de ello tiene una naturaleza prestacional, como que quien debe cumplir con dicha prestación inexorable y primariamente, es el Estado⁴¹. El derecho a la salud requiere entonces de actuaciones positivas por el Estado; la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha dicho en algunas ocasiones⁴², y lo ha señalado como consecuencia propia del derecho a la vida⁴³. En dicho marco se debe comprender que en el año 2001, en ocasión de la celebración del Día Mundial de la Salud, fuera la OMS quien destacara que la salud constituye un derecho inalienable que abarca todos los ámbitos de la vida de las personas.

³⁵ Citado por Catán Tobeñas, J., *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus, 1985, ps. 28/29.

³⁶ Cfr. Serrano Escobar, L. -Tejada Ruis, C., *Responsabilidad civil y del Estado en la prestación de servicios médicos asistenciales*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994, p. 81.

³⁷ Cfr. Carnota, W., "Proyecciones del derecho humano a la salud", En 128-877.

³⁸ O sea la acción, omisión o dación rectamente debida al otro.

³⁹ En el excelente libro de Alfredo J. Kraut -que hemos utilizado en manera sistemática en este capítulo- se anota que "Para hacer realidad el derecho a la salud (que incluye cuidados profesionales, provisión de medicamentos, laboratorios, etc.), el Estado debe brindar un nivel mínimo de atención sanitaria que satisfaga las necesidades básicas de la población, en el marco del respeto por los derechos de los pacientes" (*Los derechos de los pacientes*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 199).

⁴⁰ "Una política de salud implica la definición de la salud como un problema público en el cual el Estado asume un rol activo y explícito. Definir políticas de salud es decidir qué rol desempeña el Estado en salud" (Tobar, F., "Políticas de salud", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética Jurídica: Civil y Penal*, Bs. As., La Ley, 2002, p. 1316).

⁴¹ Recuerda N. Sagüés que el Estado debe velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella. Existiendo así, un derecho constitucional a exigirlo, teniendo el ciudadano un derecho personal a que un tercero no perjudique su propia salud (*Elementos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2001, t. II, p. 331).

⁴² Cfr. *in re* "Bazterrica" (Fallos 308:1458), "Ponzetti de Balbin" (Fallos 306: 1907, consid. 8).

⁴³ Cfr. *in re* "Baricalla" (Fallos 310:112).

De cualquier manera no se puede dejar de advertir que es a pesar de todo lo dicho, una noción la del derecho a la salud sin duda equívoca, y ello es fruto principalmente de los cruzamientos, que como tal el mismo tema tiene, con casi la totalidad de órdenes del desarrollo humano, a saber: éticos, económicos, jurídicos y propiamente sanitarios.

Respecto a los éticos, se advierte la vinculación, entre otras cosas, con las técnicas de reproducción humana asistida, manipulación y experimentación en seres humanos. En lo económico, por la implicancia existente con las masas poblaciones excluidas de todo servicio de salud, en razón de economías empobrecidas.

Finalmente en lo concerniente a lo jurídico, porque en la proyección histórica de la relación dialéctica salud-enfermedad, ha resultado como categoría propia la de los usuarios o consumidores de salud, que como tal hoy tienen reconocidos los unos y los otros sus propios derechos y deberes. Además de ello, las cuestiones vinculadas con la mala praxis médica ha tenido su incidencia y la atención o no, de ciertas minorías que terminan discriminadas, sea por cuestiones étnicas o ideológicas en general. Finalmente respecto a la implicancia con la propia dinámica sanitaria, no se puede dejar de advertir los conflictos vinculados con la distribución masiva de medicamentos, el control de las epidemias, la contaminación ambiental, los índices de mortalidad, el funcionamiento de la organización de los subsistemas de salud privada, como obras sociales⁴⁴ y prepagas.

En lo que respecta al ejercicio efectivo del derecho a la salud, pues aunque resulte obvio decirlo, gozar del derecho a la salud no implica que su titular no vaya a ser sujeto pasivo de alguna enfermedad; mas en la proyección biográfica del individuo, puede significar que quien lo posee, tiene más chances reales de curarse de la misma enfermedad que otro que es careciente de dicho derecho, y por lo cual este último queda altamente expuesto a la muerte.

Por ello destacamos que el derecho a la salud es prestacional, porque reclama una realización y que en términos generales, se expresa en que la sociedad tenga acceso a servicios médicos suficientes para una adecuada protección de su naturaleza física y psicológica. A ello hay que contestar en manera absoluta, que al menos en nuestro país gran parte de la población se ve excluida de tener acceso a dicho goce jurídico, tanto en el orden público como privado. En el primero de los nombrados, porque en realidad está casi en vísperas de quedar completamente desmantelado por un estado de absoluto abandono, en función de una ausencia deliberada de políticas sanitarias coherentes, y en el segundo caso, porque quienes tienen acceso a ella, son siempre un número proporcionalmente inferior de la población.

Adviértase que se trata de un derecho el que nos ocupa, de contornos prácticamente ilimitados y a la vez, excluyente mente humano. Es el más humano de los derechos; principia su vigencia antes que el hombre nazca⁴⁵, toda vez que se reconoce la personalidad jurídica al nasciturus desde el embarazo de la madre, de quien se diferencia en su reconocimiento de personalidad⁴⁶; como a la vez, preserva la naturaleza humana hasta después de la muerte mediante todo lo vinculado con la trasplantología de órganos.

Quien está obligado a prestar el derecho a la salud es el Estado según se ha dicho, aunque también lo son en carácter subsidiario los mismos particulares, a cuyo efecto se constituye un frondoso entramado normativo que se da en conocer como la legislación sanitaria, que abarca ella el conjunto de normas que en forma directa o indirecta refieren a la promoción, prevención, asistencia y rehabilitación de la salud del hombre⁴⁷. El Estado se ocupa de ello en una manera

⁴⁴ Reconocemos de todas maneras que dicha inclusión puede ser discutible. Sostenemos lo indicado sobre la base que progresivamente habrá de existir mayor libertad para la afiliación voluntaria, con lo cual el pago compulsivo del afiliado se transforma en voluntario.

⁴⁵ La Constitución Nacional en el art. 75 inc. 23 encomienda al Congreso "[...] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

⁴⁶ Ha relatado Barra a tal respecto que "Es cierto que la norma comentada se dirige a un fin distinto, a un fin de seguridad social, que puede no ser cumplido, ya que la ley pertinente podría ser nunca dictada. Pero también es cierto que, existiendo esta clara guía constitucional, no podrían dictarse leyes que contradijeran no sólo aquel fin tuitivo, sino tampoco otras que desconociesen la calidad de sujeto de derechos en el por nacer ya que para la Constitución es sujeto de derechos" (Barra, R., *La protección constitucional del derecho a la vida*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, p. 79).

⁴⁷ Hotschewer, R., "La legislación sanitaria argentina", en *Bioética y Bioderecho*, Bs. As., Universidad, 2002, p. 49.

positiva y por lo tanto, asistiendo sanitariamente a los ciudadanos, y los particulares no alterando con sus conductas positivas o negativas, un cierto estado de salud que los otros individuos hayan podido alcanzar. De tal modo, que de nada serviría que el Estado cumpliera adecuadamente con las tareas de prevención en salud, sin que existiera en paralelo, una conciencia social de lo importante -además de ontológicamente bondadoso- que es tener socialmente sano el agregado societario.

El Estado, a dichos efectos, organiza propiamente un llamado sistema prestacional de salud pública⁴⁸, como a la vez también permite y vigila el restante de la salud privada, que se encuentra conformado por tres subsistemas: Obras Sociales, Medicina Prepaga y Medicina Privada propiamente dicha⁴⁹. En orden a las obligaciones del Estado pueden ser sintetizadas ellas en los siguientes aspectos: a) Promover el acceso a la salud de la población, y b) No perturbar el desenvolvimiento lícito de la medicina privada. Por su parte los particulares que son prestadores de salud, están impuestos de: a) Suministrar los servicios sanitarios a los que se han obligado como prestadores y también, b) La exigencia de someterse a las regulaciones del Estado para su contralor.

A guisa de conclusión del tema, no se puede dejar de apuntar que se advierten incumplimientos evidentes desde cada uno de los extremos en cuestión. El Estado, en rigor de verdad hay que decirlo, no promueve la salud a la sociedad con fuerte celo, es decir que no fomenta en modo alguno la importancia de la misma custodia y promoción que de la misma cabe realizarse, por estar implicado en ello el mismo bien común que así lo impone. y los ámbitos privados tampoco suministran -al menos espontáneamente- la totalidad de la prestación sanitaria que en el mejor de los supuestos, ofertan a los consumidores de salud⁵⁰, que a veces tiene que ser compelido judicialmente, lo cual se hace, en la mayoría de los casos, por la vía procesal del amparo judicial⁵¹.

Ante dicha deficiencia desde ambos costados del problema, hay que decir que siendo tan valioso el bien jurídicamente protegido como es el de la salud, no puede el Estado desentenderse de lo sanitario, dejando que la actividad privada atienda y cubra la totalidad de contornos vitales en los cuales la salud pueda aparecer comprometida, como así tampoco, puede la medicina privada asumir primariamente dicho rol del Estado, porque definitivamente no es a ese ámbito a quien ello corresponde.

El último de los puntos considerados, nos coloca frente a una tensión definitiva que existe en el tema en consideración. Por una parte: ¿cómo se soluciona el déficit desde lo jurídico, del Estado incumpliente frente al derecho prestacional que la sociedad reclama y exige por salud?, y por otro costado, ¿qué defensas existen frente a la medicina prepaga incumplidora de sus propios compromisos? Las respuestas transitan un camino diferente, lo vinculado con el Estado lo es por el marco jurídico constitucional, que como tal regula el derecho a la salud y que impone soluciones desde el derecho público, y en lo privado, por las consideraciones propiamente contractuales que han sido celebradas entre el particular y el prestador del servicio médico, con lo cual la respuesta surca el camino del derecho privado.

⁴⁸ Se ha definido la salud pública como "la ciencia y arte de prevenir enfermedades, de prolongar los esfuerzos de la comunidad por la sanidad del ambiente, el control de infecciones comunitarias, la educación de los individuos en los principios de higiene personal, la organización de servicios médicos y de enfermería para la detección temprana y tratamiento preventivo de enfermedades y el desarrollo de una maquinaria social que asegure a cada individuo en la comunidad un estándar de vida adecuado para el mantenimiento de la salud". Corresponde a Edward Amory Winslow efectuada en el año 1920 y citada por Fuenzaliza, H. y otros; "El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado", *Publicación Científica* N° 509, Organización Panamericana de la Salud, p. 611.

⁴⁹ Su estructura y análisis pormenorizado en Garay, O. -Madies, C., "El régimen de obras sociales y del seguro de salud"; de los mismos autores "Aseguramiento de la salud privada. Empresas de medicina prepaga", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética Jurídica: Civil y Penal*, Bs. As., La Ley, 2002, ps. 1391 y 1445, respectivamente.

⁵⁰ De tal manera que violan en manera doble el mismo orden jurídico. Por una parte, porque no cumplen lo que contractualmente suscribieron como personas jurídicas, como así tampoco, son fieles con ello a la misma información que al consumidor sanitario se le brinda, y que luego de la reforma constitucional del año 1994 aparece como una norma jurídica de tal carácter y que debe ser esencialmente adecuada y veraz. Tal ello, lo que resulta del art. 42 de la C. N. y obviamente ahora, de la ley 24.240 de defensa del consumidor (*vide* Tinti, G., *Derechos del consumidor*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1994).

⁵¹ A todo efecto Hiruela, P., *El amparo en la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2002.

IV. DE LA SALUD DECLARADA A LA REALIZADA. EL ESTADO y LOS PARTICULARES

En lo que concierne a la dimensión del Estado y el debido cuidado a la salud, se advierte que en ninguna de las facetas que contemporáneamente la salud tiene como componentes, tal como resulta de la misma declaración de ella, efectuada en el Preámbulo de la Constitución de la OMS, que la declara como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente como la ausencia de enfermedad"; pues se colige que ella no es atendida ni positivamente como compromiso de promover el bienestar en un sentido entonces auténticamente liberal y tampoco negativamente, o sea evitando la enfermedad⁵².

A ello por obvio sentido común, se le deben adicionar dos perfiles, que por no estar enunciados no se pueden desconocer, porque así hacerlo implicaría afectar la misma realización histórica del individuo, como es lo psicológico y lo relacional.

La realidad demuestra en manera incontrastable, que existe una verdadera distancia entre lo proclamado normativamente en los textos jurídicos y lo vivido existencialmente por los ciudadanos en su mismo estar en el mundo, pues de allí que en realidad se tenga que afirmar que el grueso de la legislación en torno al derecho a la salud, es típicamente programática y que se diferencia de la legislación operativa, porque no tiene una ejecución directa y a veces, aquellos instrumentos que operativizan la legislación como tal requiere, nunca son sancionados.

Se ha reconocido positivamente por el Estado, por la vía del derecho constitucional, tal como se ha dicho del mismo derecho a la salud; sin embargo los indicadores demuestran, que cada vez hay más distancia entre quienes tienen dinero y pueden acceder por ello a un servicio de salud privado, de aquellos otros quienes no lo poseen y quedan reducidos, en consecuencia, a la magra atención de una salud pública realmente enflaquecida y que como tal, se debate sin éxito entre dos variables que no logran ser acertadamente ordenadas: "equidad en el acceso a los servicios de salud" y "justicia en la asignación de los recursos económicos". Mientras ambas ponderaciones sigan una línea no paralela, los desajustes serán mayores y la exclusión tenderá a ser más grave.

Quizás el Estado debiera comprender definitivamente, que un acceso real y existencial de la sociedad a la salud, presupone no sólo tener materialmente edificios con nombres de "Hospital Público", sino que en ellos existan recursos económicos, sea para atender las remuneraciones de su cuerpo profesional, como que tenga existencia de medicamentos e insumos para su utilización, y que pueda atender a la capacitación de sus médicos, como así también disponga de una adecuada mejora en la aparatología, es decir sin más, que se actualicen las potencialidades que la "salud pública" impone⁵³. Finalmente no se puede dejar de señalar la severa contradicción de un hospital que no puede otorgar sanación alguna a sus enfermos, porque carece de toda posibilidad para ello⁵⁴, aunque en realidad lo único que a veces cuenta en su haber, es sólo vocación médica y espíritu de artesano, que fuera de cualquier análisis ennoblece de gran modo

⁵² Cfr. Kraut, A., *Los derechos de los pacientes*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p.197.

⁵³ La salud pública se refiere "a todo lo que atañe al mantenimiento de condiciones mínimas e indispensables para garantizar el estado sanitario de la población, incluyendo las facetas especificadas: promoción, prevención, asistencia y rehabilitación. Este aspecto está reconocido como de responsabilidad primordial del Estado, en cuanto organización política que debe tutelar los intereses de la comunidad que representa" (Hotschewer, R., "La legislación sanitaria argentina...", en *Bioética y Bioderecho*, Es. As., Universidad, 2002, p. 50).

⁵⁴ Se ha escrito "En suma, la salud pública, brindada mediante hospitales nacionales, provinciales y municipales, se encuentra al borde del colapso.

Constante y recurrentemente aparecen situaciones de fallecimientos o lesiones irreversibles por falta de servicio, o el caso de los médicos que no cuentan con materiales o tecnología para realizar los actos quirúrgicos más elementales. Por otro lado, las obras sociales que también han sufrido un notable deterioro, obligan implícitamente a los sectores de clase media y alta a buscar cobertura en la medicina privada. En cuanto a los de clase media-baja, la búsqueda de medicina para su familia es una constante burocracia que muchas veces termina por acabar con la vida de sus enfermos, antes de completar la tramitación requerida" (Gherzi, C. -Weingarten, C. -Ippolito, S., *Contrato de medicina prepaga*, Bs. As., Astrea, 1999, ps. 13 y ss.).

al oficio de la medicina; mas lo cierto es que en el camino de la historia, en los umbrales del siglo XXI, por más importante que sea, resulta claramente insuficiente.

En la medida que ello no acontezca, el acceso real a la salud estará más alejado de lo declarativo y legislado, y la legislación será cada vez más programática y menos operativa, como en realidad se advierte, que es parte de una rutina en países pobres⁵⁵. Pues por ello también habría que ponderar, que todo lo concerniente a la juridización de la medicina o la medicalización del derecho, debe ser realizado con un criterio de suficiente razonabilidad, y por ello, respetando los contextos socio políticos de la sociedad y de los tiempos de ella.

Por ello también es que habrá que insistir de manera firme, en generar una educación ciudadana en la salud y para la salud, lo cual presupone hacer entender a los ciudadanos -y antes también al Estado- que los muchos o pocos recursos que se asignan en salud, deben ser paradójicamente hablando, sanamente ordenados, puesto que siempre resulta más gravoso aquello a lo que no se puede acceder sin salud en la sociedad. Ciudadanos sin salud no tienen proyección de vida, no tienen adecuado índice de alfabetización, no tienen en definitiva espacio para ninguna vida digna.

Aunque también hay que señalar, que el sólo hecho de tener materialmente partidas relativamente importantes de dinero para afectarlas a las políticas de salud, no asegura tampoco éxito en dicha gestión. Deviene corriente que en tal materia, las importantes afectaciones presupuestarias que se realizan, son en gran manera desacertadas o son pocos los casos, para decirlo de manera diferente, de aquellos Estados que hacen una equilibrada y exitosa afectación presupuestaria en salud⁵⁶.

Se podrían efectuar consideraciones teóricas impecables acerca de qué manera, tanto la Constitución Nacional⁵⁷ como la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en manera inveterada⁵⁸, se han referido a la importancia del derecho a la salud, y de cómo la misma doctrina lo ha señalado como un derecho ahora -luego de la reforma constitucional del año 1994- expresamente denominado en el texto⁵⁹. La primera declarándolo, los restantes sin duda que resguardándolo en concreto.

⁵⁵ Por oposición a ello, el discurso de los países ricos denuncia una medicalización de la vida, hasta irritante. Así es como los grupos intelectuales franceses señalan que "Vivimos en una sociedad más y más medicalizada, donde la medicina, si no atiende a ello, o mejor la ideología panmédica, propende a reemplazar la relación con el mundo, con los otros, con uno mismo, en otras palabras a hacer las veces de cultura, por no decir de moral o de religión" (Comte Sponville, A" *Impromptus*, Santiago, Andrés Bello, 1999, p. 86).

⁵⁶ Vide García Díaz, C., "La ética médica en la transición del poder médico al poder económico", en *Perspectivas Bioéticas*, N° 9, Madrid, Gedisa, (2000), ps. 17 y ss.

⁵⁷ Constitución Nacional, arts. 33, 41, 42 y 75, inc. 23. El primero de los nombrados es nuclear a la hora de ordenar la producción de los conocidos derechos no enumerados y que siendo la C. S. el último intérprete de la Constitución Nacional, se ha podido demostrar que la hermenéutica que de dicho artículo se ha ido conformando demuestra que los derechos consagrados -explícita o implícitamente- por la Ley Fundamental no son sino aquellos que, "tras un continuo esfuerzo de desvelamiento por parte de la razón, emergen de los variados actos en que se despliega la vida humana como consecuencia de la consulta a las exigencias fundamentales de la persona en orden a, como decía Aristóteles, colmar su naturaleza" (Rabbi Ealdi Cabanillas, R., "Los derechos humanos del art. 33 de la C. N.: La exégesis de la CSJN", en *Anuario de Derecho* N° 4, Es. As., Universidad Austral, 1998, p. 210).

El artículo que sigue incorpora lo correspondiente al derecho civil y social para la preservación del ambiente como hábitat sano; el que continúa asegura para consumidores y usuarios la protección de la salud, y el último incorpora como derecho civil y social la protección especial de niños, mujeres, ancianos y discapacitados, así como la seguridad social desde el embarazo y para la vida del lactante.

⁵⁸ Desde fallos primitivos, por caso *in re* "Los Saladeristas..." (Fallos 31:274) se afirma que el gobierno está "obligado a proteger la salud pública, o el individuo tiene derecho a que un tercero no la perjudique, o que la pueda recuperar" (también Fallos 308:1458, 310:112).

⁵⁹ Cfr. Bidart Campos, G., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1994, t. IV, p. 262. De cualquier manera no se puede dejar de señalar, que autores también de valía, han señalado que dicha reforma constitucional ha desaprovechado la ocasión de entronizar el derecho a la salud, habiéndolo hecho a ello sólo de una manera elíptica cuando se refiere a "un ambiente sano y equilibrado" (art. 41 ib) o la referencia a la protección de la salud del consumidor (art. 42 ib) (*vide* Carnota, W., "La salud como bien constitucionalmente protegido", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, Bs. As., La Ley, 2002, p. 138).

A ello se suma con fuerte valor los aportes que vienen por la incorporación de los Tratados Internacionales⁶⁰ al texto constitucional, y que amplían de gran manera la totalidad de derechos de segunda generación⁶¹ entre los que se encuentra el de la salud; como así también las Constituciones Provinciales, que por su parte, se han ocupado en cada una de la Provincias de la República de proclamar con mayor o menor extensión el derecho a la salud⁶²; sin embargo, mal que nos pese, la realidad es la que todos conocemos. En no pocas ocasiones, los reconocidos jurídicamente como "consumidores de salud", deben promover acciones judiciales -vía amparo- para encontrar abrigo a sus expectativas de salud y en rigor de verdad, ello es un despropósito.

Una mirada ahora a la medicina privada, no resulta siempre mucho más alentadora. No porque intrínsecamente ella sea negativa, sino porque el Estado, sobre la existencia de una medicina privada buena, regular o mala; cada vez se desentiende más de su gestión en dicho ámbito, y entonces lo que para el ciudadano debía ser subsidiario⁶³, pasa a ser primario y absolutamente necesario, so pena de quedar sin más expuesto al abandono por ausencia de medicina pública. Con la no menor consideración y que intrínsecamente no tiene connotación negativa alguna, que las empresas privadas que asisten al ciudadano en su salud, son empresas en términos jurídicos y también económicos y por ello su finalidad en modo alguno es de puro altruismo.

No tienen ellas por qué efectuar filantropía sanitaria, y no deben tampoco asumir el pesar de que cada vez existen más excluidos de la medicina pública por ineficacia del propio Estado en su adecuada administración y organización, y que a la vez, tampoco pueden tales excluidos acceder a la medicina privada por falta de recursos económicos. Con lo cual en realidad, de verdad lo que acontece con dicha masa poblacional importante, es que son doblemente excluidos: una vez por el Estado que los aparta del sistema, y luego por la medicina privada que no habilita su servicio mientras no exista una contraprestación dineraria, a la que la inmensa mayoría poblacional no está en condiciones de satisfacer.

Hemos señalado antes, que los conflictos que se generan por las controversias entre las medicinas prepagas y sus asociados son del derecho privado, lo cual es rigurosamente cierto por el marco contractual que han dispuesto entre ellos. Y si bien las variables que cualquiera puede tener para optar en su elección por una u otra empresa son de diversa entidad, en rigor lo que efectúa en síntesis el contratante, es una ponderación de al menos tres variables, y que en cada uno tendrán un peso específico diferente, a saber: a) la visión de la ética o el modelo bioético que se propone públicamente desde dicho lugar; b) la confianza -sea ella por la aparatología, estructura edilicia, y equipamiento que se advierte o por el staff de profesionales que en ella cumplen labores profesionales- que extrínsecamente como empresa ella genera en la misma sociedad, y c) por la variable vinculada a los costos económicos de su servicio.

Lo primero que se ha indicado, porque a todos nos interesa saber, de qué manera nos habrán de considerar cuando padezcamos una enfermedad; por caso, si seremos meramente cosificados y expuestos a encarnizamientos médicos desmedidos o habrá por el contrario, una consideración respetuosa y digna de la naturaleza humana enferma; desde esta perspectiva, sin duda alguna que la respuesta correcta a dicho cuestionamiento, sólo puede ser indagada en cuanto dicha institución hospitalaria contabilice dentro de su haber, con la existencia de un comité de ética y

⁶⁰ Art. 75, inc. 23, de la C. N. En particular al derecho a la salud en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 24, 25 y 26; Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer, art. 12. Con particular detalle puede leerse a dicho respecto Pérez Hualde, D., "Derechos sociales en la Constitución Argentina", en *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, t. I, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995, ps. 245 y ss.

⁶¹ Recordamos ahora que se llaman tales "los que se le reconocen al hombre, no como individuo abstracto, sino en relación a sus actividades profesionales ya sus necesidades económicas" (Ekmekdjian, M., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Bs. As., Depalma, 1994, p. 3).

⁶² Ciudad Autónoma de Buenos Aires, arts. 20, 21 y 22; Buenos Aires, art. 36; Catamarca, art. 64; Córdoba, arts. 19, inc. 1, 38 y 59; Chaco, arts. 15 y 36; Chubut, arts. 18, 72 y 73; Formosa, arts. 80 y 81; La Pampa, art. 6; La Rioja, art. 57; Misiones, art. 39; Río Negro, art. 59; Salta, arts. 41 y 42; San Juan, art. 61; San Luis, art. 57; Santa Cruz, art. 57; Santa Fe, art. 19; Santiago del Estero, arts. 21, 22, 23, 24, 25 y 26; Tierra del Fuego, art. 35; Tucumán, art. 35.

⁶³ De acuerdo con el principio de subsidiariedad de la ética social una organización un poco más grande debe venir en ayuda del individuo si el grupo inferior no dispone de los medios para atenderlo.

el mismo a su vez, tenga suficientemente desarrollada la función normativa, que en definitiva es de donde originariamente deben proveerse dichas líneas operativas⁶⁴.

Por otro lado, la confianza se asienta en que resulta importante para ambos contratantes, que lo ofertado en el paquete contractual del servicio médico sea en rigor de verdad cumplido primariamente, porque ello ha sido materia de la oferta y posiblemente también de la conclusión de dicha contratación. Lo que se advierte como más complejo, al momento del requerimiento prestacional, es decir cuando la Empresa tiene que otorgar el servicio médico al cual se obligó, porque el individuo, fácticamente enfermo, carece en realidad de posibilidades para discutir la entidad del servicio recibido. Desde este punto de vista, se puede decir que no existe confianza sino existe previsibilidad en el cumplimiento de lo que fuera ofertado.

En último lugar destacamos que la variable económica es sin lugar a dudas determinante. No se puede desconocer que [los servicios médicos que se ofertan dentro de la medicina prepaga, en modo alguno son semejantes⁶⁵, sino que los núcleos prestacionales varían, y por lo cual existen diferentes niveles de la oferta y que constituyen una escalera descendente de mayores a menores servicios que son cubiertos, y que el costo de afiliación impone uno u otro⁶⁶.

Para concluir marcamos dos cuestiones más: 1) Que el hecho objetivo y real de que el contrato de afiliación a una prepaga sea un contrato de consumo⁶⁷ sobre cláusulas a las que se adhiere el contratante, y por lo cual no está en condiciones de discutir las mismas en particular, no lo torna por ese sólo hecho en abusivo y deleznable como tan ligeramente se dice; 2) Que el hecho de que la empresa efectúe una delimitación real a ciertos y determinados riesgos, siempre que ello no llegue al extremo de desnaturalizar el mismo servicio de medicina prepaga que oferta, no importa abuso ni falsedad a la confianza del contratante. Lo único que sí debe asegurarse, es la claridad en la información que se traslada, de manera tal que no queden dudas de cuáles servicios son prestados y cuáles se excluyen.

Agregamos que no se puede dejar de señalar, que de la misma manera que el Estado, primaria y principalmente, ha resultado incumpliente en lo que le corresponde como tal en el tópico de la salud, también lo han sido, en determinadas circunstancias, las empresas privadas que de ello se ocupan. Siendo tal extremo en la mayoría de los casos, fruto de la falta de precisión que de manera deliberada o no, en ciertas y determinadas cláusulas se ha dejado, y por lo cual tienen las mismas una interpretación dudosa desde la ofertante del servicio, y que en términos concretos significan la exclusión de tal cobertura para el afiliado y, en la misma proporción, un ahorro o un enriquecimiento para la empresa. Entre esas cláusulas dudosas o equívocas se pueden señalar las siguientes: la extinción del contrato por haber alcanzado cierta edad el afiliado, y la limitación a ciertos servicios de urgencia y cuidados intensivos.

Parece oportuno marcar que ante el conflicto por la interpretación de las cláusulas en dicho contrato, en manera pacífica la jurisprudencia, vía amparo judicial promovido en contra de las empresas de medicina privada, ha otorgado el crédito que favorece al acreedor de salud, por resultar débil en la contratación y estar eventualmente comprometido el valor vida; si ello es

⁶⁴ La función normativa de los Comités Hospitalarios de Ética "consiste en la elaboración de directrices -protocolos de actuación ética-, formulando lineamientos para ciertos tipos de casos o procedimientos, por ejemplo, para la prestación del consentimiento informado, para la toma de decisiones de no resucitar, para facilitar las visitas de los familiares de pacientes en estadio terminal. Por supuesto, para que sean de cumplimiento efectivo, estas directivas deben ser elevadas a la categoría de normas internas del hospital mediante resolución de su dirección" (Blanco, L., "Comités hospitalarios de ética", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, Bs. As., La Ley, 2002, p. 706).

⁶⁵ Vide Garay, O., *La medicina prepaga*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002.

⁶⁶ "La conjugación entre ética, confianza y economía es un aspecto no desarrollado en la Argentina. La conducta ética de los médicos mejorará su imagen y disminuirán los gastos destinados a la prevención y la relación con el paciente. La mejora de la confianza disminuye la necesidad de controles" (cfr. Lorenzetti, R., *La empresa médica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 68). La cuestión en modo alguno es menor. Le corresponden la totalidad de principios que vertebran dichos contratos a partir de la ley 24.420.

⁶⁷ La cuestión en modo alguno es menor. Le corresponden la totalidad de principios que vertebran dichos contratos a partir de la ley 24.420.

injusto, es responsabilidad de las empresas de medicina prepaga en no haber sido objetivos, precisos y claros en la información al afiliado⁶⁸.

V. LOS DERECHOS DE LOS ENFERMOS

Indudablemente que el tema referido a los derechos de los enfermos, no es uno de aquellos que se pueda decir que tiene una dilatada tradición en la misma literatura jurídica en general⁶⁹, y mucho menos en aquello que existencialmente ha acontecido al hombre enfermo, lo cual pone el análisis en una situación paradójica como es, que quien por el sólo hecho de estar enfermo tiene una mayor vulnerabilidad a su persona, y no ha sido a quien se le ha reconocido originariamente un derecho subjetivo para hacerlo valer. Todo lo contrario, la consolidación de una noción jurídica fuerte en dicho sentido, es en verdad una conquista de nuestro tiempo; para intentar ser más precisos, diremos en realidad que es de nuestras últimas décadas, a partir de los procesos reformistas constitucionales del derecho público provincial⁷⁰.

Se han conceptualizado ellos como "la relación circunstanciada de ciertos derechos de la personalidad que pasan aun plano especial en virtud de las circunstancias en las que deben ser ejercidos y respetados", ellos se cumplen o son ejercidos por la persona natural cuando padece una enfermedad y lo hace frente a quienes accionan sobre él⁷¹.

A ninguno de nosotros escapará que para la consolidación de dicho concepto, hubo que asumir la existencia de al menos los grandes excesos cometidos en la segunda guerra mundial, que hicieron a su vez de acicate para una reflexión no sólo antropológica del hombre enfermo, sino también jurídica acerca de qué trato, condición y/o estatus cabía brindarles a quienes en dicho estado se encontraban. Así la inauguración de tales construcciones jurídicas, que luego de la Declaración de Nüremberg se realiza, no pueden bajo aspecto alguno ser omitidas. Se trata dicho Código, del *dies a qua* de los derechos de los enfermos, asumidos ellos con verdadera preocupación sistemática y normativa por la misma comunidad médica, en primer lugar, y por la jurídica en general ulteriormente⁷².

Sin perjuicio de ello, en verdad no se puede ignorar, que aún para no pocas comunidades la cuestión de los derechos de los enfermos sigue siendo claramente inexistente. En algunos supuestos es así, porque ideológicamente de esa manera se orienta una tal comunidad política⁷³; en otras, porque el primitivismo de quien conduce a la comunidad⁷⁴ no ha permitido organizar adecuadamente una política de salud y, obvio es, que no afiada ella, con mucha mayor razón es que no se pueda luego, sostener la existencia de derechos de los enfermos.

Precisamente una circunstancia como la que acabamos de señalar, es la que se advierte existente en no pocas Repúblicas donde formal y jurídicamente existe el derecho a la salud, y se reconocen en el mismo los derechos de los enfermos, pero que sin embargo se advierte, por falta

⁶⁸ Una visión panorámica de la jurisprudencia a tal efecto puede ser suficientemente consultada en Hooft, p., *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Es. As., Depalma, 1999.

⁶⁹ En realidad lo que ha tenido de alguna manera crecimiento doctrinal y también jurisprudencial es la mala praxis médica; la cual, es en verdad, el capítulo más patrimonial de la relación médico paciente y que a veces es el único que puede ser objetivable cuando la relación empática ha sido frustrante para los intervinientes en ella.

⁷⁰ Morello, A. -Morello, G., *Las libertades fundamentales y la ética*, La Plata, Platense, 1992. En los ámbitos provinciales se puede enunciar, sin con ello ser completo ni mucho menos, los siguientes aportes: Provincia de Córdoba en la ley 8835/00, art. 6°; en la Ciudad Autónoma de Es. As., en la ley 153/99, capítulo 2, art. 4°; en la Provincia de Tucumán mediante la ley 6952/99, art. 1°; en la Provincia de Río Negro mediante la ley 3076/97, entre otras.

⁷¹ Vide Bertoldi de Fourcade, M., "Los derechos del paciente", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, Es. As., La Ley, 2002, p. 157.

⁷² Una breve evolución histórica de ellos puede ser consultada en Garay, O., *Código de derecho médico*, Es. As., Ad-Hoc, 1999, ps. 447 y ss.

⁷³ Se trataría del caso en donde determinados sectores de la comunidad, no reciben asistencia médica básica por el solo hecho de pertenecer a una etnia o pensamiento diferente a quien detenta el mismo poder.

⁷⁴ El nombrado aspecto puede ser indicado en su origen o en su proyección histórica. No dudamos acerca de comunidades tribales aún hoy existentes en muchos lugares del planeta, donde ello acontece y en general a ninguno de sus miembros ese mismo hecho, le genera alguna preocupación. Otro caso, es aquel en donde habiéndose superado dicho momento originario, lo que existe es imprudencia en la misma conducción de la cosa pública y ello se manifiesta como en otros ámbitos, en lo Vinculado con la salud de los ciudadanos.

de disposición económica, que la que no existe en realidad, es una continuidad efectiva entre la declarado en modo normativo y la ejercitado existencialmente.

En tales circunstancias los derechos de los enfermos en rigor de verdad existen, los textos los nombran, mas los ciudadanos la que no pueden hacer es vivirlos por un impedimento en general macroeconómico del país. De tal guisa, que nos encontramos frente aun supuesto antes ignorado, como es el del enfermo humillado en sus derechos, porque en realidad conoce que los tiene, más está imposibilitado de facto, de su realización misma⁷⁵. De seguro que las dificultades económicas en una nación, se hacen presentes en muchos espacios de su mismo funcionamiento ordinario, mas uno de los primeros ámbitos en donde ello se materializa, es en el grado de empobrecimiento sanitario que sufren sus ciudadanos.

La pobreza de los hombres muestra entre otras cuestiones, no sólo el grado de pérdida económica relativa que dicha parte de la población tiene, comparativamente con otros de la misma comunidad; lo cual en realidad no sería tan grave si a la vez no se generara, casi como correlato necesario de ello, que junto ala pobreza esa parte de la población, accede paradójicamente a un valor agregado no deseado, como es sin más el de la humillación, al que queda expuesto por ese mismo hecho y que ano dudarlo, se potencia de gran manera cuando el pobre que es humillado está enfermo.

En realidad se ha afirmado con total criterio, que lo que verdaderamente otorga la medida de la civilización de una determinada sociedad contemporánea, es el grado de preocupación decente que en ella se tiene por los pobres⁷⁶; con mucha mayor razón cuando además de pobre requiere de asistencia sanitaria, y por dicho hecho se advierten severas dificultades para obtenerla. De cualquier manera, lo que no se puede desconocer tampoco, que con sus luces y sombras, algunas sociedades occidentales contemporáneas, felizmente, transitan un camino - algunas más rápido que otras- hacia una vivencia inevitable, en donde los derechos de los enfermos, particularmente de quienes además son de condición humilde, son una evidencia.

Para ello no se puede dejar de anotar las fuertes influencias que han generado, al menos, dos vertientes sociológicas que sin duda han colaborado en re definir en gran medida, la manera en que el servicio de salud es ofertado y también es utilizado. Nos estamos refiriendo al papel que han cumplido como auténticos consolidadores del tópico⁷⁷, la cada vez mayor entidad que se le brinda a todo grupo que haya sufrido alguna tradición discriminante, como igualmente a la conciencia que todo ciudadano ha tomado, acerca de que su elección respecto del producto y/ o servicio que toma, en primer lugar no debe ser humillante sino adecuado y razonable al mismo costo que por ella ha decidido pagar, conociendo también, que existirán umbrales mínimos de los cuales una cierta oferta no pueda prescindir.

De cualquier manera, no se puede dejar de señalar que la misma afirmación de "derechos de los enfermos" es siempre una tal, que resulta estrecha frente a la geografía particular que tiene el hombre que sufre. Pues lo jurídico, fuera de toda duda está ello, que no se puede hacer cargo de los problemas metajurídicos que atraviesan a una relación clínica, donde ya no estamos frente a un médico y un enfermo, sino a un conjunto de múltiples aspectos y en los que las variables que operan como tal, lejos de ser económicos y/o contractuales, son en gran medida emocionales, psicológicas, además claro está, de fisiológicas.

La construcción de derechos de los enfermos emergen como es lógico en lo jurídico, con aquellos aspectos no precisos desde lo general y habitual que ellos poseen; puesto que si bien

⁷⁵ "La humillación es un tipo de conducta o condición que constituye una buena razón para que una persona considere que se le ha faltado al respeto [...] Una sociedad decente es aquella que combate las condiciones que justifican que quienes forman parte de ella se consideren humillados. Una sociedad es decente si sus instituciones no actúan de manera que las personas sujetas a su autoridad crean tener razones para sentirse humilladas" (Margalit, A., *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997, pso 21 y 22 respectivamente).

⁷⁶ Bruce, "The coming of the welfare state", p. 109, en Margalit, A., *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997, po 176.

⁷⁷ Se apunta dentro de dichos factores, especialmente en los EE. UU. los movimientos vinculados al de los derechos civiles, en relación con la minoría negra; el feminismo y también el de los consumidores. También se apunta que varios factores constituyen a desarrollar la sensibilidad social hacia los derechos del enfermo. La educación progresiva en materia de salud es uno de ellos, el aumento de los costos sanitarios es otro, y la multiplicación de juicios de mala praxis es también un vector importante (cfr. Elizari Basterra, F., *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, p. 217).

algo caracteriza a la relación que se establece entre médicos y enfermos, es la existencia o no de una cierta cuota empática que a ella la vitaliza e ilumina.

Por ello reiteramos que la noción de "derechos de los enfermos", en realidad es un reduccionismo jurídico a una realización que se encuentra excedida por otros contornos de cuestiones y en modo alguno, susceptibles de ser nombrados jurídicos, y al ser ello de esta manera, impone que junto a la noción jurídica técnica de "derechos de los enfermos", se deba evaluar en dicha realización, una fuerte presencia de la dimensión axiológica que les corresponde a los participantes de la misma relación, y que ello no podrá ser desconocido cuando se tengan que juzgar los propios incumplimientos en los derechos de los enfermos⁷⁸.

Por caso, la sensibilidad variada que despierta en los pacientes el tratamiento que se brinde al tema de la verdad de su propia enfermedad, y que el médico debe revelar -parcial o totalmente- o no a dicho enfermo, bien puede ser tomado como caso testigo del mencionado problema; esto es, que la sola receta jurídica como cartabón del tópico, entrecorta sustancialmente lo que a los derechos de los enfermos concierne⁷⁹.

Con alguna preocupación se puede leer en los anales de jurisprudencia que no siempre los jueces son conscientes de tales aspectos, y utilizan a los fines del juzgamiento un conjunto de criterios uniformes y pétreos, propios de la formación dogmática imperante todavía en las mismas facultades de derecho, desconociendo que no todos los derechos de los enfermos pueden ser satisfechos por los médicos de igual manera en todos los enfermos, aun cuando ellos tengan una dolencia semejante o parecida. En realidad, ese reduccionismo jurídico de los derechos de los enfermos -como tópico estrictamente jurídico-normativo-, es una suerte de monismo procedimental que cobija no pocas injusticias.

No desconocemos que ha existido una suerte de exceso en la ignorancia por parte de médicos de los mismos derechos de los enfermos -y a veces de los básicos y fundamentales-, y en función de lo cual han manipulado en manera excesiva su conveniencia frente a ellos, amparados de algún modo en que la misma estancia hospitalaria de los enfermos en general resulta breve, y tan pronto quien ha estado enfermo recupera su salud, quiere olvidar dicho estado anterior, aunque haya sido y sepa que fuera en tal trance, sujeto pasivo de algún tratamiento humillante o descalificante por el médico, por el equipo sanitario o el establecimiento asistencial.

Como así también por lo que a veces significa en complicación, poder construir adecuadamente un cuadro objetivo probatorio que demuestre la violación al derecho del enfermo, y que si bien ha sido ello más o menos equilibrado por modernas teorías probatorias en el proceso judicial, la dificultad de hacer una propuesta judicial de demanda en tales cuestiones, es siempre complicado⁸⁰.

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Corresponde luego de lo que ha sido indicado, adscribir a una de las clasificaciones, que respecto al mencionado tema de los derechos de los enfermos, ha sido propuesta por la doctrina, y que se contemplan en ella diferentes esferas de actuaciones conflictivas en el cumplimiento de la relación sanitaria en general. A saber:

⁷⁸ Ha apuntado Alfredo Kraut que "El reconocimiento de los derechos de los pacientes debe comprenderse así, como parte del discurso ético-jurídico en relación con las personas que se hallan más expuestas en razón de su enfermedad o discapacidad, circunstancias que se agravan cuando a la dolencia se le agregan pobreza y marginalidad. En tal sentido, el rol de los operadores jurídicos incluye el bregar por la justicia, la equidad, la solidaridad y la dignidad como valores superiores y esenciales del ordenamiento ético-legal" (*Los derechos de los pacientes*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 21).

⁷⁹ Una buena manera de advertir la realidad de lo que estamos indicando, es cuando tomamos razón de que a veces las declaraciones que se hacen en el ámbito de lo médico, y que no son otra cosa que exhortaciones a la comunidad de que se ajusten en su comportamiento profesional a este otro que ha sido considerado deseado; que en ellas el contenido sensitivo aparece mostrado con evidencia.

⁸⁰ Ello es lo que ha llevado a que algunos autores se ocupen acerca de instruir en modo operativo, pues de qué manera se debe efectuar la preparación de un pleito de dichas características; cfr. López Miró, H., *Responsabilidad civil médica. Cómo preparar una demanda*, Rosario, Zeus, 2001.

a) Así es Como resultan los derechos de los enfermos vinculados con el tratamiento que sobre los mismos se cumplen, y en tal caso se pueden predicar conductas relacionadas con lo que hace a la elección del terapeuta; por el optar -admitiendo o rechazando- costos sanitarios -razonables o no-; como también el efectuar la misma selección de métodos invasivos que sobre el propio enfermo se habrán de ejecutar; o para someterse -o no- a una determinada internación; requerir la consulta de otro médico diferente a quien lo esté atendiendo o tratando -efectuando la interconsulta respectiva-, y finalmente para contratar con tal o cual médico.

Se trata en alguna medida la presente esfera, de una tan amplia, que en realidad es complejo identificarla en su totalidad; mas lo que se debe advertir en manera prioritaria es que el hombre enfermo es quien goza, por derecho realmente natural antes que positivo, en cuanto sujeto mayor, consciente, libre, informado y autónomo, el de aceptar, interrumpir y rechazar los tratamientos que le sean solicitados o propuestos por los médicos⁸¹.

b) En cuanto corresponde ala esfera de la información que el paciente recibe del médico, se han definido comportamientos operativos que se refieren a la veracidad de ella; a la existencia de que la misma sea completa, integral y adecuada, para que el consentimiento sea informado e ilustrado a la verdadera situación de dolencia de que se trate⁸².

Como igualmente, el poder tener un acceso real y efectivo a la propia historia clínica⁸³, puesto que si bien la propiedad de dicho instrumento corresponde al médico o al establecimiento sanitario, atento a que los datos allí consignados son del enfermo, devendría en un despropósito la imposibilidad del acceso a ellos por el enfermo.

c) En la esfera de los derechos del enfermo y vinculados con la misma intimidad del paciente, no se puede despreciar lo referido a las connotaciones injuriantes que puedan llegar a originarse en la relación médico-paciente⁸⁴; como también lo que se refiere en modo preciso al uso y dispensa del secreto profesional médico⁸⁵.

Queda por señalar que de la misma manera que el paciente goza, entre otros, de los nombrados derechos, el médico en modo alguno, se tiene que ver compelido a tener que cumplir con una cierta realización profesional, cuando ella misma en su opinión, es indebida.

Por lo que, frente a los derechos de los enfermos su misma oposición por la sola objeción de conciencia resulta suficiente y no genera, en la medida que ha sido ella cumplida en manera

⁸¹ La cuestión de todas maneras, tiende a complejizarse fuertemente cuando por caso, quien ejerce la patria potestad de un menor se opone a un determinado tratamiento sanitario a su hijo. Con ello, se evidenciaría un notable conflicto de derechos. Al respecto la información periodística titulada "Un británico se opone a que su hija sea tratada contra el sida" y en su desarrollo señala "[...] Pero el padre, un reflexólogo naturista de 39 años que no puede ser identificado por razones legales, sigue oponiéndose. Considera que los antiretrovirales tienen efectos secundarios particularmente dañinos en una niña tan pequeña, y apela al derecho de los padres a autorizar los tratamientos" (Diario *El País*, Madrid, 4.V.02).

⁸² "Se ha definido al consentimiento informado como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención" (Highton, E. -Wierzba, S., "Consentimiento informado", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, Es. As., La Ley, 2002, p. 191).

⁸³ Se ha podido definir ella como: "el instrumento mediante el cual el médico elabora el diagnóstico, fundamenta el pronóstico, y consigna el tratamiento y la evolución del paciente. Gramaticalmente el significado del vocablo "Historia Clínica", conjuga la palabra historia como la narración verdadera de sucesos acaecidos, y la palabra clínica que significa 'allado' o 'junto a la cama' " (Gaibrois, L., "La historia clínica manuscrita o informatizada ", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, Es. As., La Ley, 2002, p. 82). También Mejica, J., *Historia clínica. Estudio básico y propuesta de regulación*, Madrid, Edisofer, 2002.

⁸⁴ Nos hemos referido en general a dicha problemática en nuestro artículo "La autonomía de la persona frente a la globalización, en perspectiva jurídica", en *Ciencia y Ética*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, ps. 47 y ss.; y en particular desde la perspectiva bioética en "Dignidad humana. Intimidad personal y Sida", en *En 172-323*.

⁸⁵ A tal respecto se ha indicado que el secreto profesional en el caso de los médicos atiende a la protección de la reserva que corresponde a los datos de salud de las personas (*vide* Ferreira Rubio, D. M., *El derecho a la intimidad*, Es. As., Universidad, 1982, p. 106). Con particular interés puede leerse el meticoloso artículo de Grasso, M., "Secreto médico y deber de denuncia", en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, Es. As., La Ley, 2002, ps. 1175 y ss.).

oportuna y con suficiente claridad, ningún tipo de déficit en la realización técnica o deontológica del profesional que a ella ha recurrido⁸⁶.

⁸⁶ Se ha indicado que "Algunos parecen creer que es el enfermo quien debe dictar las normas de conducta del médico y que éste debe poner las convicciones del enfermo por encima de las suyas propias, tanto científicas como éticas, olvidando que también el médico está sujeto a unas normas de conducta profesional que le obligan anegarse a determinadas peticiones del paciente, sin que ello suponga una falta de atención" (Volta i Varó, D., "La obligatoriedad ética de asistir al paciente", en *Manual de Bioética General*, Madrid, Rialp, 1994, p. 322).