

EQUIDAD EN LOS SERVICIOS DE SALUD

Enrique Carlos MÜLLER

SUMARIO: I. *Equidad y derecho*. II. *Derecho a la salud en la Constitución*. III. *Derecho a la salud como derecho humano*. IV. *Derecho a la salud y realidad económica*. V. *Estado, equidad y prevención*. VI. *Comités hospitalarios de ética*. VII. *Conclusión*.

I. EQUIDAD Y DERECHO

El concepto de equidad, se ha señalado, se corresponde con dos acepciones propias. De un lado, se identifica con la *epiqueia* aristotélica, que es la aceptada por nuestra doctrina cuando considera la equidad como un “instrumento de corrección de la ley en lo que ésta falle por su excesiva generalidad, adaptando el mandato normativo a las circunstancias concretas del caso específico. Así, la equidad suple las insuficiencias derivadas de la universalidad de la ley. Asimismo, observaba Aristóteles, que no se manifiesta la equidad como un elemento al margen del derecho y la justicia, sino como un aspecto de la justicia misma”.¹

Junto a él, se halla el concepto de la *aequitas* romano-cristiano, instrumento de humanización de la norma en función de los méritos del caso concreto, humanización que es alcanzada en función de ciertas reglas provenientes de la moral judeo-cristiana.

Señala Corts Grau que la equidad no implica suavidad sino justeza; es la justicia del caso concreto. Como ha escrito Castán Tobeñas, la equidad, a diferenciación de la justicia, “toma en cuenta un sentido humano que debe tener el derecho, prevaleciendo frente a las consideraciones normales y regulares, la circunstancia del caso concreto”.²

¹ Alvarado Velloso, Adolfo E. (dir.), *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, p. 26.

² *Diccionario jurídico Espasa*, p. 380.

Ahora, en el campo puramente axiológico, como refiere Brebbia, los conceptos de “equidad” y de “justicia” se confunden hasta identificarse: lo equitativo es justo y lo justo es equitativo. La equidad no sustituye a la justicia, sino que es la misma justicia. Encontramos que en el ámbito del derecho se mantiene la inevitable y estrecha relación entre ambas nociones, pero en el derecho positivo, la equidad entra a cumplir una función específica y propia en cuanto integra necesariamente al proceso seguido por el intérprete, cuando aplica la ley a un caso particular, para obtener el cumplimiento del valor justicia. Sabido es que esta tarea de subsunción del caso a la ley no es mecánica, sino, por el contrario, de carácter complejo, exigiendo una valoración intelectual del intérprete en cada paso de tal labor hermenéutica. En el curso de ese proceso, la equidad sirve de criterio ordenador y se constituye en un procedimiento que el juez no puede eludir en el proceso de conversión de la norma genérica y abstracta de la ley, en la norma concreta e individualizada de la sentencia, para obtener la justicia del caso.³

Ello, porque si el orden jurídico es, como lo definieron Montejano y Noacco: “el resultado de la justicia que asigna a la conducta humana esferas de licitud y deber mediante preceptos y prohibiciones eficaces”; y la equidad es, como la conceptualizara ya clásicamente Aristóteles, la justicia particularizada, la justicia del caso concreto; por ello se debe concluir, decididamente, en que existe entre ambas razones —equidad y sistema normativo— una estrechísima conexidad.⁴

Por lo que podemos señalar que la equidad completa a la justicia, adaptando la ley a los aspectos imprevistos y concretos que las diversas situaciones nos presentan y que no se encuadren dentro de la justicia-tipo preestablecida en la misma ley. La equidad, así, obra en el espíritu de la ley, haciendo lo que se supone haría el legislador si hubiera contemplado la situación especial de la causa.

La ley, sabemos, considera las relaciones jurídicas desde un punto de vista general y abstracto. Para evitar excesos de esa propia ley en diversos casos concretos, interviene entonces la equidad, amoldando la norma a situaciones especialísimas que se previeron, o bien, no pudieron ser previstas por parte de la regla de derecho. La naturaleza propia de la equidad, di-

³ Brebbia, Roberto H., “La equidad en el derecho de daños”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Atilio Anibal Alterini*, y sus citas Legaz y Lacambra y Recaséns Siches, p. 45.

⁴ Andruel, Armando S. (h), *Equidad y sistema normativo*, ED, pp. 119-877.

ce Aristóteles en el quinto libro de la ética, consiste en corregir a la ley en la medida en que ésta se encuentra insuficiente en virtud de su carácter general. Se trata de la justicia para cada situación considerando cada asunto en particular. Empero, la justicia se distingue siempre de la equidad en la medida en que esta última es individualizada, tiene un sentido de benignidad, de humanidad, de clemencia, que ni la justicia ni el derecho conocen.⁵

En definitiva, la equidad es un principio fundamental del derecho; es uno de los valores que consagra el ordenamiento jurídico por el cual, dentro del marco de posibilidades interpretativas ofrecidas por la ley, el juez elige la que logra mayor justicia en el caso concreto. Es una justicia situada en las circunstancias particulares del caso.⁶

II. DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN

Siendo la salud un bien imprescindible para la actividad del individuo en la sociedad, debemos reconocer en manos del Estado la obligación de garantizar el efectivo goce del contenido de ese derecho.

Si bien actualmente ese deber surge claramente de la letra de la Ley Fundamental y de los Tratados Internacionales incorporados a la misma, eso no fue así históricamente. La Constitución de 1853, enmarcada en la tendencia de consagrar derechos individualistas, no contenía normas sobre el mencionado derecho a la salud, claro exponente de los derechos sociales, que fueron incorporados a los ordenamientos positivos con el surgimiento del constitucionalismo social a principios del siglo XX. En nuestro país ese movimiento obtuvo reconocimiento positivo con la reforma del año 1957 y la incorporación del artículo 14 *bis*.

La Constitución, con la reforma del 94, proclama el derecho en las siguientes disposiciones.

En el Preámbulo de la ley fundamental, al mencionarse como objeto a alcanzar el de “promover el bienestar general”, se entiende indispensable el resguardo de la salud como medio para lograrlo. Solamente una población sana es capaz de lograr este objetivo. Del mismo modo, en el artículo 14 *bis* se encarga al Estado el otorgamiento del beneficio de la seguridad social. El Seguro Social obligatorio, en materia sanitaria, implica la afilia-

⁵ Hermes, Lina, *Justicia y equidad*, Zeus, t. 27, D, pp. 48 y 49.

⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída Parellada, Carlos, *Responsabilidad civil*, Jorge Mosset Iturraspe (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, pp. 188 y 189.

ción obligatoria de todos los trabajadores al sistema de obras sociales. En el mismo sentido, el inciso 19 del artículo 75 encarga al Congreso “proveer lo conducente al desarrollo humano” y ese mentado desarrollo no podría lograrse sin una óptima salud, tanto física como mental.

Por otra parte, con la incorporación de los tratados internacionales del inciso 22 del artículo 75, esa protección surge de manera literal. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XI declara que “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica...”; también la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 25 menciona que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...” y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 12 declara que: “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar... figurarán... La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Podríamos igualmente desprender la protección de ese bien del espíritu de esas normas y del mismo artículo 33 de los llamados “derechos implícitos”.

El derecho a la vida es, para las escuelas iusnaturalistas, el centro de toda construcción, en lo que a derechos humanos se refiere. Es inherente a cualquier ordenamiento jurídico y sólo es posible el goce de ese derecho brindando efectiva protección al bien salud.

Pero el ordenamiento jurídico no sólo declara el derecho, sino que ofrece una vía procesal que será apta para articular la pretensión que no fue satisfecha espontáneamente por el sujeto obligado. Así, el artículo 43 establece que:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad manifiesta, derechos o garantías reconocidas en esta Constitución, un Tratado o una ley.

No nos caben dudas acerca de la virtualidad de esta acción para hacer posible el derecho, dada la exigencia de celeridad que conllevan las necesidades referidas al tema de la salud.

En este sentido se ha manifestado en parte de la doctrina que “el amparo es el medio idóneo para la protección efectiva de derechos de indudable alcurnia constitucional y bioética como la calidad y dignidad de la vida, la integridad física, psíquica y espiritual y la atención y cuidado de la salud”.⁷

Además de la reseñada protección constitucional, creemos oportuno destacar el texto de los artículos 1o. y 2o. de la ley 23661 del Seguro Nacional de Salud que establecen que esa norma tiene por objeto:

...procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El Seguro tendrá como objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación con base en un criterio de justicia distributiva.

III. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

Cuando tanto en ámbitos académicos como en lo que no lo son, se intenta referir a los derechos humanos, se los vincula con necesidades importantes de las personas y de la sociedad. Se mantiene, en todos los casos, una cuota de imprecisión y conlleva, asimismo, la obligación de respeto por parte de los particulares y de las instituciones políticas.

Esta situación ha generado un abuso del término, una utilización propagandística de la expresión, de manera que bajo el rótulo de derechos humanos podemos encontrar amparadas realidades totalmente diferentes entre sí y proyectos opuestos a sus postulados originarios.

Las necesidades que dan nacimiento a los derechos humanos no han sido las mismas a lo largo de la historia. Así, en el momento en que adquieren reconocimiento con la Declaración Universal de 1789 y de la mano de

⁷ Tinant, Eduardo, “Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción, soportes de tres derechos constitucionales y de los principios bioéticos y de los valores cimeros de la vida, la dignidad y la libertad humana”, *JA*, 21 de julio de 1999, p. 27.

Locke, los más importantes fueron la vida, la libertad y la propiedad, pero más adelante se consideraron sólo dos derechos: la libertad y la igualdad. En la actualidad ese catálogo ha variado y se integra de elementos heterogéneos.

Esos derechos pretenden ser reconocidos y respetados por el poder político. Esto se presenta como una particularidad. Es el poder político quien crea las exigencias y, a su vez, éstas le sirven a la comunidad como derechos oponibles, límites frente al mismo.

Pero el problema se plantea a la hora de señalar cuales son las exigencias que merecen la protección. A cuáles de todas ellas les cabe el calificativo de fundamentales.

Se han intentado varias respuestas. En este sentido, siguiendo a Luis Pietro Sanchís, encontramos dos criterios que parecen ser los más aptos para discernir cuando estamos en presencia de un derecho fundamental. Ellos son: la universalidad y la supremacía. Entendiendo por universalidad que los derechos deben poder predicarse por parte de todos los seres humanos, estar en manos de todos los individuos, sin que resulte lógico hacer algún tipo de diferencia entre ellos por circunstancias históricas ni sociales, y por supremacía, que los derechos consagrados, en caso de conflicto con otro bien o valor, deben primar.

Si hacemos un repaso de los sistemas jurídicos vigentes, vemos que los derechos no son siempre universales. Se reconocen derechos que pertenecen a ciertos sectores como son los jóvenes, los niños, las mujeres, los trabajadores, etcétera. Con todo, tampoco hay coincidencia sobre el rasgo de supremacía referido. Es cierto que los ordenamientos positivos han limitado las posibilidades de ejercicio de los derechos fundamentales, pues se entiende que no existen reglas de prioridad en la aplicación de los derechos, teoría que se ha denominado de los límites inmanentes, y que se traduce en que no hay derechos absolutos. Sin alejarnos de la teoría de los límites inmanentes y siguiendo a Walter Carnota, podemos decir que los derechos se emplazan en “círculos concéntricos”. El centro está constituido por la persona humana, y a medida que nos acercamos a ella, los derechos van adquiriendo una mayor potencia valorativa. Es por eso que el derecho a la vida y a la salud, que están íntimamente ligados a la persona, gozan de una indiscutible importancia.

Después de descartar los criterios anteriores, debemos reconocer que la imposibilidad de definir a los derechos humanos responde a que los mis-

mos varían de acuerdo a circunstancias que generan distintas necesidades en el seno de la sociedad.

Por eso, decidir que rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de derecho humano fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es un problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. Un problema que, como cualquier otro relativo a las exigencias de la justicia en una sociedad plural y democrática, debe quedar abierto al diálogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos, con el único límite de preservar el propio diálogo, y consecuentemente, la personalidad moral de todo participante en el mismo.⁸

No obstante, la mentada imposibilidad de definir, nos parece apropiada la conclusión del Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica, que declara que son aquellos que “no nacen de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Los derechos fundamentales se diferencian de los demás, en tanto ellos pretenden satisfacer las exigencias que la persona humana tiene más allá de la posición social que ocupe.

Es indudable que el derecho a la salud se ubica dentro de esta categoría de derechos.

De lo dicho desprendemos que el Estado tiene una obligación de hacer que no puede desconocer ni tampoco incumplir. Esa obligación consiste en el otorgamiento de asistencia sanitaria a la población con la finalidad de prevenir enfermedades y de atender a los enfermos.

Se ha dicho que “en el Estado democrático, donde los gobernantes surgen por elección de los ciudadanos, ellos son los responsables directos de que no existan desigualdades en el acceso a los bienes relacionados con la salud que deben ser considerados dentro de los derechos humanos”.⁹

Frente a esta obligación estatal, cada individuo cuenta con el derecho a que: “...objetivamente, se le haga disponible todo lo necesario para el acceso al estado de bienestar completo, mediante las políticas y medidas de acción positiva que resultan conducentes”, al decir de Bidart Campos.

⁸ Pietro Sanchis, Luis, “Derecho y justicia”, *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Madrid, Trotta, 1996, p. 502.

⁹ “Código de ética para el equipo de salud”, cap. 2, de la Asociación Médica Argentina (AMA), en Garay, Óscar E., *Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, La Ley, 2002.

Es obligación del gobierno nacional, provincial y municipal que ningún ciudadano o habitante de su suelo carezca de alguno de los componentes que considera la definición salud como el “completo estado de bienestar físico-psíquico-socio-cultural”. La carencia de alguno de ellos implica la ruptura de la armonía del ser humano entendido íntegramente desde el punto de vista antropológico. La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en términos que establezca la ley.¹⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el Estado responde no solamente por la prestación debida, sino también por la regularidad de la misma en relación a cada paciente.

Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema...¹¹

Los recursos con que cuenta el Estado para cumplir con esta obligación son limitados, puesto que además de esta obligación, debe satisfacer otras igualmente importantes, tal es el caso de, por ejemplo, educación, vivienda, trabajo, seguridad, etcétera. Atender en forma exclusiva a la necesidad de coberturas de salud en desmedro de otras necesidades para lograr plena satisfacción en lo que a ella refiere, no resultaría aconsejable.

Es de amplio conocimiento el principio por el cual un derecho no puede reconocerse si esto resulta en desmedro de otro.

Es necesario tener presente que las necesidades se conectan con las posibilidades concretas, con los medios que tiene a su alcance el Estado para satisfacerlas.

¹⁰ Garay, *op. cit.*, nota 9.

¹¹ CSJN, 29/3/1984, “González Orono de Leguizamón/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines” en “Responsabilidad del Estado en materia de salud pública” Jeanerret de Pérez Cortés, María, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 28, 29 y 30 de junio de 2000.

No podemos desconocer que la situación socio-económica del país condiciona en forma directa al Estado, ciñendo las posibilidades reales de cumplimiento.

Para demarcar la obligación estatal referida, es necesario que precisemos la manera en que debe satisfacerse la necesidad sanitaria. Por eso creemos que es preciso señalar el común error de entender a la política de salud limitada a la satisfacción de necesidades de atención médica.

Siguiendo las tendencias modernizadoras entendemos que la política de salud se debería orientar también a la prevención de enfermedades, la educación sanitaria, acciones conjuntas interdisciplinarias y control del Ministerio de Salud que, seguramente, concluirán en un cumplimiento más acabado del deber de servicio médico.

IV. DERECHO A LA SALUD Y REALIDAD ECONÓMICA

El sector salud se haya afectado, es obvio decirlo, de manera directa por la crisis económica, políticas estatales de ajuste y el pago de la deuda por compromisos asumidos ante los organismos internacionales multilaterales (deuda externa). Esta trascendencia ha ido *in crescendo* de unos años a esta parte, revelando la ineptitud e insuficiencia de los servicios públicos de salud y provocando consecuentemente un estancamiento y retraso en lo que a la tecnología aplicada a los servicios de salud se refiere. Todo esto repercute en forma realmente importante en la protección, respeto y fomento de los derechos humanos, entre los cuales se ubica, como lo dijimos en anteriores oportunidades, el derecho a la salud.

El desarrollo de nuevas tecnologías genera la necesidad de un avance armonioso en todos los sectores. A medida que aparecen nuevas formas de tratamientos médicos surge paralelamente el problema que representa la imposibilidad de acceso a ellas, planteándose para el Estado un conflicto entre el hecho de que sus recursos continúan siendo escasos y el incremento en el valor que esos tratamientos conllevan. Asimismo, ese desarrollo en el área tecnológica requiere correlativamente que la capacitación del personal sea la adecuada para el trabajo con esos adelantos.

Menciona Federico Tobar que:

La tradición de privilegiar la atención médica, ampliamente justificada por su carácter de necesidad sentida y expresada por la comunidad, genera un

conflicto durante la aplicación de estas políticas de ajuste por el aumento de la brecha en la satisfacción de necesidades expresadas por la población, la insuficiencia de los servicios públicos y el crecimiento progresivo de la oferta de servicios privados. Por otro lado, se debilita la función de la fiscalización, que es una competencia indelegable del Estado para el control de: la calidad de los servicios médicos, de la producción de medicamentos y en el control de los riesgos en el campo de la industria de la alimentación y de productos agrícolas por consumo de bienes y servicios.¹²

No podemos desconocer que la prestación de servicios de salud, considerándola como derecho humano, constituye para los Estados una obligación que no pueden incumplir, máxime si tenemos en cuenta dos circunstancias. La primera de ellas es que la reforma de la Constitución efectuada en 1994 le otorgó jerarquía constitucional a los instrumentos más importantes referentes a derechos humanos tanto universales como regionales. La segunda es que en el derecho internacional, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados en su artículo 27, impide a los Estados invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado; no alterando la responsabilidad en la que el Estado incurre el hecho de que la norma de derecho interno prevalezca en sede interna; inclusive, aunque dicho instrumento internacional haya sido en el ámbito interno declarado como inconstitucional. Estas dos circunstancias aparecen como pautas indicativas de que no pueden las autoridades estatales alegando dificultades provocadas por crisis económicas o políticas de ajuste, ni tampoco invocando leyes o decretos elaborados en virtud de esa situación, no prestar los servicios que se erigen como indispensables para la protección de los derechos humanos.

Menciona Rolando Gialdino, refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento internacional del cual nuestro país es parte, que:

Aun cuando es claro que el incumplimiento de las obligaciones admite grados, mayormente cuando la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no es ajena a la “progresividad”, bien que efectiva, no lo es menos que todo Estado parte de este último instrumento tiene una “obligación mínima” de asegurar la satisfacción de “niveles esenciales” de cada uno de los derechos, [y continúa el autor con que:] “Así, por ejem-

¹² Tobar, Federico, en Garay, *op. cit.*, nota 9, p. 1301.

plo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto.¹³

En este trabajo no puede faltar la mención al principio denominado como de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos, principio que goza hoy de recepción en todos los ámbitos académicos, y que significa, en definitiva, que aunque esté garantizado en una comunidad el goce de derechos civiles y sociales, por ejemplo, esta situación se revela como insuficiente si no están asegurados en la misma medida el ejercicio de derechos políticos, culturales y económicos.

Señala uno de los miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, K. O. Rattray, que “una crisis económica no puede justificar la no aplicación de ciertas disposiciones del Pacto. Al contrario, en épocas de crisis es cuando deben protegerse más los derechos y cuando el Pacto adquiere verdadero significado”.¹⁴

En lo que respecta a los programas que el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial intentan imponer a sus países deudores, resulta necesario mencionar que son éstas instituciones de característica intergubernamental que se hayan integradas en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas, por lo cual, además de estar obligadas por lo que indican sus estatutos constitutivos (los que mencionan como objetivo a alcanzar por ambos el de obtener elevados niveles de empleo y de ingresos reales en todo el mundo junto con el aumento equilibrado del comercio internacional), se encuentran obligadas por lo que la Carta de la ONU establece.

Resalta el autor anteriormente citado que:

La realidad demuestra, con toda evidencia, que mediante las condiciones que habitualmente imponen a los Estados para la obtención de créditos, dichas instituciones han actuado a modo de legisladores locales, llevando a los países no sólo a reformar sus políticas fiscales, sino también la legislación laboral, el gasto en materia de salud y educación, las regulaciones sobre la energía y el ambiente...

Y que estas instituciones “han hecho demasiado hincapié en los aspectos macroeconómicos, la reforma fiscal y las medidas de privatización para

¹³ Gialdino, Rolando E., “Derechos humanos y deuda externa”, *L. L.*, t. 2003- E, p. 2.

¹⁴ *Ibidem*, p. 3.

agradar a esas poderosas instituciones, sin pensar a fondo cómo esas políticas repercutirán en la reducción de la pobreza y en qué contexto”. Y concluye diciendo que además de un contrasentido, resulta:

Absolutamente insostenible, desde el punto de vista del Derecho Internacional, que instituciones como el FMI y el Banco Mundial puedan considerarse desvinculadas de las pautas mínimas de protección de los derechos humanos proclamadas y aceptadas plenamente por la comunidad internacional, como lo revela la masiva ratificación de la que ha sido objeto el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por no citar más que a uno de los tratados universales señeros en la materia. No lo es menos que tamaña amenidad se proyecta a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos que, desde hace ya más de medio siglo, enuncia el derecho de toda persona “a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”¹⁵

A manera de conclusión, destacamos que más allá de lo normado expresa o implícitamente por la Constitución, Ley Suprema, encontramos una más que importante cantidad de tratados, algunos de ellos con jerarquía constitucional en virtud de su enumeración en el artículo 75 inciso 12, que obligan a las autoridades estatales a comportarse en concordancia con ellos, haciendo pasibles a los estados que incumplan sus disposiciones de responsabilidad internacional.

Por lo tanto, resulta difícil entender por qué en épocas de una tan mentada crisis, las políticas de ajuste dirigidas y encabezadas por el Estado se visualizan de manera mucha más descarnada en sectores como el de la salud, sector que tal cual lo expuesto, se manifiesta como un servicio cuya prestación debe estar asegurada, circunstancia que debe darse especialmente en épocas de crisis. Consideramos que el Estado ha desatendido de manera alarmante el sector de la salud pública y, aunque es incontestable el hecho de que la situación de desequilibrio en la economía haya influido por desgastar aún más el sistema, no es ésta la explicación única y exclusiva para la realidad en la que se encuentran actualmente los hospitales públicos.

Podemos agregar a todo esto la opinión de Garay, quien expresa que:

¹⁵ *Ibidem*, p. 5.

La política oficial respecto del sector fue errática e insuficiente. El Estado no supo erigirse como conducción general del sistema, planificando y controlando, y desarrollando una política de salud donde la seguridad social (obras sociales) y el subsector privado coparticiparan democráticamente en la gestión de las acciones de salud”. “El Estado, con su accionar, profundizó desde el propio hospital público las características de heterogeneidad y fragmentación del sistema; descuidó la propia capacidad instalada y el recurso humano; pecó por ausencia en la normatización y el control de los profesionales y colaboradores, y de los establecimientos sanitarios de la seguridad social y privados...”. “En síntesis, el Estado no supo asumir el liderazgo del sistema y no planificó políticas de salud, ni desarrolló acciones operativas que promovieran la equidad en los servicios de salud.¹⁶

V. ESTADO, EQUIDAD Y PREVENCIÓN

Los recursos con los que cuenta el Estado y que posteriormente destina para cumplir con la obligación que tiene a su cargo de prestar servicios para la atención de la salud son, a todas luces, escasos, llegando muchas veces a ni siquiera lograrse la cobertura de las necesidades mínimas de la población.

Para atender estas necesidades se le presentan al Estado dos opciones. La primera de ellas consiste en la atención de esa necesidad posteriormente de haber surgido. Al elegir esta opción la función del Estado se reduce a procurar prestar los servicios asistenciales que permitan al individuo satisfacer de la manera mejor posible las exigencias que el mantenimiento de su estado de salud requiere. La segunda se traduce en la adopción por el Estado de una política preventiva; aquí el Estado lo que hace no es intentar paliar una necesidad por todos los medios a su alcance, sino evitar que ésta surja, mediante la adopción de programas educativos o campañas de información tendientes a concientizar a la población acerca de que ciertas afecciones pueden ser prevenidas o, al menos, disminuidas en sus efectos, y alentarlas hacia la adopción de esa actitud.

No es menor, por otra parte, el hecho de que una persona que vea afectada su salud no le es posible, o por lo menos le resulta más difícil, obtener

¹⁶ Garay, Óscar E., *Código de Derecho Médico*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 788.

los medios necesarios para superar tal situación. Se encuentra en un verdadero estado de indefensión que la hace todavía más vulnerable.

La enfermedad es un riesgo que genera en la población un marcado rechazo, y es ese temor a ser víctimas de ese daño lo que la lleva a tomar los recaudos necesarios para prevenirla. Pero sucede que en numerosas oportunidades las personas no cuentan con los medios aptos para combatir ese riesgo por sí mismas. Dadas esas circunstancias, es el Estado quien en mejor posición se encuentra para hacerlo.

Ninguna de estas dos modalidades de políticas de salud puede ser adoptada con exclusión de la otra. Resulta insuficiente una política exclusivamente preventiva, desde que hay necesidades a atender que no pueden ser previstas, o que previstas no pueden ser evitadas; ni tampoco se revela como una acertada opción desatender lo que a la prevención se refiere para dedicar los esfuerzos únicamente a la reparación de necesidades, lo que muchas veces se torna imposible o provoca un desgaste mayor en la actividad estatal.

Con todo, consideramos que el impulso por parte del Estado de programas o campañas con fines de prevención aparece como el más adecuado, especialmente en la actualidad, considerando las difíciles circunstancias que se nos presentan.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como el completo estado de bienestar físico-psíquico-social, adicionándose actualmente el concepto de bienestar espiritual. De lo dicho podemos deducir que no es suficiente precisar únicamente la necesidad de atención de la enfermedad, sino que indica que con anterioridad a que ésta aparezca, se debe promover su atención y prevenir su alteración.

Explica esta organización que la pobreza constituye el factor más determinante para la existencia y proliferación de enfermedades, por ello propone como necesaria la atención que se debe prestar a las condiciones de vida de las personas, quienes debieran tener acceso a vivienda, alimentación, trabajo bien remunerado y educación, todas ellas condiciones socioeconómicas indispensables para prevenir la enfermedad. Debido a la magnitud de las cuestiones a atender queda claro que es sólo el Estado quien puede encargarse de satisfacerlas.

Para que cada individuo pueda gozar de este derecho inalienable, debe estar asegurado el oportuno acceso a las prestaciones de salud, dado el carácter de universalidad que reviste el derecho, sin importar la condición so-

cial del mismo. Al ser, decíamos, un derecho inalienable, su respeto debe ser exigido y el Estado debe cumplir con tales prestaciones, dando cuenta de ello.

En síntesis, la OMS exige infraestructura hospitalaria pública adecuada, recursos suficientes, dotación tecnológica, recursos humanos correctamente formados y remunerados, dirección de las políticas de salud por parte de los mismos trabajadores de la salud y participación activa de la población.

El artículo 1o. de la Ley 23.661 que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud dispone que éste es creado “a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país”. Lleva implícita esta garantía el principio de igualdad. La igualdad que se pretende no es “igualdad ante la ley” sino “igualdad en los derechos”. Explica Javier de Lucas:

La igualdad en los derechos (o de los derechos) significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados... mientras que la igualdad frente a la ley es sólo una forma específica e históricamente determinada de igualdad de derecho o de los derechos... la igualdad en los derechos comprende, más allá del derecho a ser considerados iguales frente a la ley, todos los derechos fundamentales enumerados en una Constitución.¹⁷

No se pretende eliminar la diversidad natural que existe en las necesidades de las personas. El objeto de la consagración del principio es eliminar la discriminación injustificada, preservando las individualidades. Y este objeto no se logra reconociendo derechos de la manera clásica, sino ofreciendo las condiciones necesarias para su efectivo goce.

Desde principios de la década de los noventa, con el ingreso formal de nuestro país a la realidad de la economía globalizada, conviven simultáneamente los criterios que pregona la economía de mercado, como el de la libre competencia y libre acceso, junto con los principios que brinda la seguridad social, como el de integralidad, el de universalidad, el de solidaridad y el de igualdad. El primero de ellos indica que se procura dar cobertu-

¹⁷ Lucas, Javier de, “La igualdad ante la ley”, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 496.

ra a todas las contingencias, diferenciándose del segundo, aunque suelen confundirse; en tanto que éste significa que la Seguridad Social brindará sus beneficios a toda la población. El principio de la solidaridad implica que toda la población contribuirá al sostenimiento del sistema; los trabajadores a través de las contribuciones y los empleadores con el aporte. El último deriva del principio de igualdad ante la ley y plantea que en iguales circunstancias los sujetos beneficiarios deben recibir la misma atención.

En el contexto constitucional, que acepta la economía de mercado, resulta problemático saber si estos principios son aplicables a las prestaciones de salud.

En este sentido, Lorenzetti señala que como principio general, en cuanto se refiere a las prestaciones de salud, se aplican las normas de la seguridad social, conforme a los principios de prestaciones humanizadas, integrales e igualitarias y sólo excepcionalmente, en los casos de contratos privados, las reglas de mercado.¹⁸

A esto se le agregan los principios rectores del hospital público, el que debe asegurar la posibilidad de ejercicio del derecho de salud para los que no se encuentren en condiciones de acceder a la medicina privada y no se vean amparados por la seguridad social, además de prestar ese servicio de forma gratuita.¹⁹

En este marco, en el de la reforma del Estado, se dictó el decreto 1269/92 que muestra las políticas sustantivas e instrumentales a desarrollar por la Secretaría de Salud de la nación, menciona como política sustantiva a llevar a cabo, la de lograr la plena vigencia del derecho a la salud para la población, mediante la implementación y el desarrollo de un sistema basado en criterios de equidad, solidaridad, eficacia, eficiencia y calidad; mejorar la accesibilidad, eficiencia y calidad de la atención médica mediante la efectiva extensión de cobertura a toda la población, con acciones del mejor nivel de calidad posible y el menor costo económico y social; disminuir los riesgos evitables de enfermar y morir, mediante acciones sanitarias sostenidas y concertadas de promoción y protección a la salud.

Debemos preguntarnos si esta suerte de objetivos generales han sido alcanzados. La realidad que observamos en nuestros hospitales públicos dis-

¹⁸ Lorenzetti, Ricardo L., *La empresa médica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 1998, p. 234

¹⁹ Garay, Óscar E., *Código de derecho médico*, cit., nota 9, p. 761

ta mucho de ser la que se enuncia. Cuesta creer que alguno de esos objetivos haya sido concretado de una manera que resulte convincente.

No se puede dejar de mencionar el deficiente papel que ha desempeñado el Estado como coordinador y conductor del campo de la salud, no sólo en lo que a los hospitales públicos se refiere, sino también en la inacción que ha tenido en la actual situación de colapso por la que atraviesan las clínicas y sanatorios privados, principalmente después de finalizado el periodo de la paridad peso-dólar, lo que provocó un considerable incremento en el precio de los insumos necesarios para su funcionamiento.

En el documento “Situación de Salud Argentina 2003”, confeccionado por la Organización Panamericana de la Salud y la OMS, se destaca que las clínicas y sanatorios privados cubren una necesidad social básica para el desarrollo de la nación atendiendo al 51% de la población argentina, además de su importante papel como grandes generadores de puestos de trabajo. Asimismo, enuncia que el sistema de salud se dirige hacia un inevitable colapso a corto plazo ahogado por la falta de pago de los servicios que presta, la presión impositiva y la inexistencia del crédito bancario.

Es la salud un sector del cual no se puede prescindir, por lo que cuesta entender la inacción estatal ante esta situación. Las autoridades de las clínicas y sanatorios manifiestan abiertamente que han sido dejados solos frente a la crisis. Es ésta una situación que no puede justificarse, especialmente si tenemos en cuenta el bien prioritario que constituye la salud y el hecho de que la mayoría de estos establecimientos privados no son más que pequeñas y medianas empresas con capitales nacionales y que reinvierten en el país.

VI. COMITÉS HOSPITALARIOS DE ÉTICA

Una herramienta más del Estado para resolver situaciones relativas a la necesidad del servicio público de salud es la creación de los comités hospitalarios de ética.

En Argentina, precursora en la creación de Comités de Ética, funcionan un número considerable en los centros u hospitales de alta complejidad.

En 1996 fue sancionada la Ley 24742 que ordena que:

En todo hospital del sistema público de salud y de seguridad social, en la medida en que su complejidad lo permita, deberá existir un comité hospitalario de ética, que cumplirá funciones de asesoramiento, estudio,

docencia y supervisión de la investigación respecto de aquellas cuestiones éticas que surgen de la práctica de la medicina hospitalaria.

En el marco de esta ley se consolidaron diversos comités que no han recibido apoyo por parte del Ministerio de Salud y sus Secretarías, sino que han sido impulsados desde los mismos centros sanitarios.

De las numerosas cuestiones a atender, el problema que con mayor frecuencia se presenta ante estos organismos es el de la distribución de los escasos recursos, lo que surge como consecuencia inmediata de la ruptura de compromisos de gratuidad y de la privatización de servicios esenciales por parte del Estado.

Corresponde distinguir dos tipos de comités: el de investigación, que tiene como función la revisión de protocolos de investigación, evaluación del riesgo al que se somete a los sujetos de investigación, aprobación de publicaciones en revistas internacionales de investigaciones médicas, etcétera, y el asistencial, que constituye “instancias o espacios de reflexión que buscan apoyar y orientar metódicamente tanto a profesionales como a pacientes, en sus propias perspectivas”.²⁰

Estos comités tienen como función realizar recomendaciones de carácter meramente orientativo sobre temas tales como: extensión de ciertos tratamientos especiales o asignación de recursos limitados.

Para la elaboración de las recomendaciones se procurará la interpretación operativa de los conceptos de equidad, solidaridad, eficacia y calidad en los servicios.

El derecho a la salud es, principalmente, un derecho prestacional y en la práctica ordinaria plantea dilemas o conflictos a resolver, generados por los avances tecnológicos, científicos y por las distintas visiones de los profesionales y de la comunidad, sobre todo en cuanto a la asignación de recursos. En este sentido, como lo ha señalado Luis G. Blanco, el objetivo de estos comités consiste en la protección de los derechos de los pacientes, es decir, lograr el acceso igualitario a los servicios de salud y la correcta aplicación de los recursos médicos de todo tipo (tecnológicos, humanos, etcétera) a fin de preservar el estado de salud de toda la población.

²⁰ Blanco, Luis G., “Comités hospitalarios de ética”, en Garay, *Responsabilidad profesional de los médicos, cit.*, nota 9, p. 789

VII. CONCLUSIÓN

Es conocido el proceso por el que a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el tema de los mismos ingresó en la agenda de los acuerdos internacionales y luego se transformó en programas jurídicos constitucionales que impactaron en los ordenamientos nacionales de distintas maneras.

Frente a ello los Estados reaccionaron de forma diferente.

Una de ellas fue el dictado de leyes declarativas que aparentemente sólo desarrollan el derecho reconocido en un tratado o en una norma constitucional. Es el caso de las que podríamos denominar “leyes sin alma”, que tienen declaraciones de objetivos pero no instrumentos efectivos para lograr que sean una realidad práctica. En nuestro país, en el ámbito del derecho a la salud, se dictó la ley 23661 que propone “procurar el pleno goce del derecho a la salud” y que persigue obtener “prestaciones de salud integrales, humanizadas”. Sin embargo, luego de esta declaración de propósitos contenida en los artículos 1o. y 2o. de la ley, no hay ninguna consagración específica de derechos ni de acciones para reclamarlos, lo cual hace que se abra una enorme distancia entre esa declaración y su aplicación. Opción que provoca un derecho *soft*, liviano, que sólo se dirige a las conciencias pero no a las conductas, y que no propone crear incentivos que alteren las decisiones de los individuos, lo cual determina que surja una distancia entre las declaraciones y el goce efectivo, que no soluciona el problema y que sólo va asumiendo otras formas. Las tensiones internas siguen existiendo y buscan caminos para expresarse, comenzando los movimientos sociales de las minorías, las acciones judiciales y las pequeñas conquistas de los diversos grupos que, poco a poco, van logrando reformular el sistema legal por caminos indirectos, y por ello mismo, problemáticos para la ciencia jurídica.²¹

Los derechos en juego involucran aquellos bienes que toda persona necesita para desempeñarse en una sociedad: libertad, trabajo, vivienda, educación y salud. Su importancia, por tanto, no debe incitar a no reducirlos, como decía un profesor de la Universidad de Sevilla, Andrés Ollero, a exhortaciones piadosas o *slogans* electorales, porque sus destinatarios —los ciudadanos— ya se encuentran hartos de ellos y saben a ciencia cierta, por las interminables esperas en los hospitales públicos, que los que escuchan

²¹ Lorenzetti, Ricardo L., “Responsabilidad del Estado frente a los derechos humanos”, *Revista de Derecho de Daños*, núm. 9, pp. 241 y ss.

en la radio, ven en la televisión y le anuncian en las tribunas públicas, al tiempo de hacerse carne en la enfermedad de un hijo o en el padecimiento propio, no son más que declaraciones, que en el momento de la soledad, sin posibilidad de cambio, les toca vivir; les duelen por la inconmensurable insolidaridad social que encierran.

En estos tiempos no es momento para seguir con tales falsedades sociales, porque aunque quien está acostumbrado a esperar, sabe ya que no tiene derecho a todo; también sabe que sus apetencias tienen límite y medida. Tal circunstancia no puede transformarse en la excusa de la inacción con el fundamento eterno de que no existe plata en las arcas del Estado para terminar con tales miserias. De allí que si a los derechos del hombre es indispensable someterlos por su inobservancia por parte de aquellos que lo proclaman, a un examen constante de su consistencia, un buen comienzo se halla en la posibilidad de hacerlos más humanos. Aunque parezca un contrasentido y una buena herramienta para ello el derivar aquellos de la dignidad de la persona, se halla en la equidad, para evitar que la retórica se troque en ineffectividad; equidad que supone:

- a) La humanización en el trato de los pacientes;
- b) Un tratamiento igualitario para los mismos, sin importar su condición social;
- c) Hacerse cargo de las carencias y buscar, en el marco de lo posible, las mejores soluciones que el caso provoque;
- d) Siempre una buena pauta lubricante entre lo que se debe hacer y lo que se puede realmente hacer;
- e) Dejar de lado concepciones absolutas y generales y enfrentar cada caso en particular con respuestas adecuadas;
- f) Dirimir las cuestiones que provocan los casos complejos a través de los necesarios comités de bioética que deben funcionar en los establecimientos públicos de salud;
- g) Entender que frente a la pugna de valores, que de por sí generan los casos sociales complejos en la atención médica, se debe acudir a que éstos se diriman en los planos jurisdiccionales, vía las pertinentes acciones de amparo;
- h) La prevención de los riesgos derivados del quebrantamiento del estado de salud;

- i) Que los beneficios que los avances tecnológicos conllevan no deben limitarse, en la medida de lo posible, a aquellas personas que pudieran pagar por ellos;
- j) Poner a cargo de los establecimientos de salud personal competente a través de concursos públicos que deben revalidarse periódicamente, y
- k) El tener presente que cada integrante de un establecimiento público de salud tiene a su cargo una trascendental función social y debe honrarla como tal.