

Artículos seleccionados

El Derecho a la salud en el campo jurídico y sanitario. Hacia la construcción de la justicia sanitaria.

Echegoyemberry María Natalia^a

Fecha de recepción:	18 de marzo de 2021
Fecha de aceptación:	8 de junio de 2021
Correspondencia a:	Echegoyemberry María Natalia
Correo electrónico:	echegoyemberry2014@gmail.com

- a. Magíster en Salud Pública (UBA); Abogada (UNL), Psicóloga (UP). Integra el Grupo Investigación Persona Ambiente (GRIPA). Docencia e investigación (CEI-UNR; ISALUD).

Resumen:

En el sistema jurídico Argentino el derecho a la salud es considerado un Derecho Humano fundamental interdependiente de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), pese a esto existe aún una brecha entre el derecho consagrado y su implementación, ello por la presencia de múltiples barreras que restringen y limitan el acceso a la salud para gran parte de la población. Sin embargo, consideramos que no es sólo un problema de implementación del derecho a la salud, sino también de cómo está concebida la salud en la práctica jurídica y sanitaria. Por ello, aún es necesario reflexionar sobre qué se entiende por salud en las políticas públicas y de qué manera las concepciones que sostienen sobre la salud condicionan las prácticas y éstas las formas de vivir, enfermar y morir de personas, colectivos y comunidades. Finalmente, presentamos algunos lineamientos a partir de los cuales queremos proponer repensar el derecho a la salud en los sistemas jurídico y sanitario desde una perspectiva crítica, la cual resulta fundamental para la construcción de la soberanía y justicia sanitaria.

Palabras clave: Derecho a la salud - Justicia Sanitaria - Derechos humanos.

Summary

In the Argentine legal system, the right to health is considered a fundamental Human Right interdependent with economic, social, cultural and environmental rights (ESCR), despite this there is still a gap between the consecrated right and its implementation, due to the presence multiple barriers that restrict and limit access to health for a large part of the population. However, we consider that it is not only a problem of implementation of the right to health, but also of how health is conceived in legal and health practice. For this reason, it is still necessary to reflect on what is understood by health in public policies and in what way the conceptions that they hold about health condition practices and these the ways of living, getting sick and dying of people, groups and communities. Finally, we present some guidelines from which we want to propose rethinking the right to health in the legal and health systems from a critical perspective, which is fundamental for the construction of health sovereignty and justice.

Key words: Right to health; Health Justice; Human rights.

La salud como derecho humano fundamental

En el sistema jurídico Argentino el derecho a la salud es considerado un Derecho Humano fundamental interdependiente de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), pese a ésto existe aún una brecha entre el derecho consagrado y su implementación, ello por la presencia de múltiples barreras que restringen y limitan el acceso a la salud para gran parte de la población. Sin embargo, consideramos que no es sólo un problema de implementación del derecho a la salud, sino también de cómo está concebida la salud en la práctica jurídica y sanitaria. Por ello, aún es necesario reflexionar sobre qué se entiende por salud en las políticas públicas y de qué manera las concepciones que sostienen sobre la salud condicionan las prácticas y éstas las formas de vivir, enfermar y morir de personas, colectivos y comunidades. Asimismo, nos preguntamos cuál es el rol del Estado en la garantía, promoción y extensión del derecho a la salud en los distintos modelos de organización y de gestión de salud; cómo está regulado, con qué jerarquía, cuál es el contenido del derecho a la salud, entre otras.

Primeramente, enunciaremos algunas concepciones sobre qué es la salud en los distintos

modelos sanitarios. Nos importa introducir este debate ya que suele ser un tema invisibilizado en el campo jurídico, se recurre a la utilización de concepciones biologicistas e individualistas que se traducen tanto en la praxis jurídica, en la legislación, en políticas públicas y en las

sentencias judiciales sin lograr equidad en términos sanitarios. Finalmente, presentamos algunos lineamientos a partir de los cuales queremos proponer repensar el derecho a la salud en los sistemas jurídico y sanitario desde una perspectiva crítica, la cual resulta fundamental para la construcción de la soberanía y justicia sanitaria.

¿Qué es salud y porqué es necesario pensar en proceso de salud/enfermedad/atención/cuidado?

Si hablamos de derecho a la salud es necesario definir primero qué entendemos por salud y por enfermedad. Se ha señalado que la noción de salud es central en la teoría de la justicia (De La Sierra, 2007). En igual sentido, se expresa que de la noción de salud se desprende la idea de justicia, por ello es necesario definir qué tipo de bien social es la salud, qué relación tiene con otros bienes, si hay o no obligación de proveer atención sanitaria, si existen (o no) desigualdades en la distribución de recursos que resultan moralmente aceptables o inaceptables (Daniels, 1985). El concepto de salud, no es unívoco, y experimentó cambios en el contenido, alcance y extensión. Podemos señalar que encontramos dificultades a la hora de conceptualizar el término salud y enfermedad, pues dependen del contexto en el que se insertan y se utilizan, son cambiantes y relacionales (Gavidia, Talavera, 2012). La praxis jurídica suele hacer un uso restringido de lo que es salud, y ello conlleva a una restricción de derechos para la ciudadanía y a su vez, una participación estatal más restringida. En general las conceptualizaciones sobre salud provienen casi

de manera exclusiva desde el campo médico. Sin embargo, el saber de la medicina debería poder ser sólo una parte del saber acerca de las enfermedades (Menéndez, 2005). Como señalan Ginés González García y Tobar (2004:10) *“la salud de nuestro pueblo es algo demasiado importante para dejarla sólo en manos de los médicos (...)”*

Partimos de la premisa que la concepción de salud que el Estado, los gobiernos, los organismos y la ciudadanía sostienen, condiciona e impacta en la configuración de los sistemas jurídico y sanitario, en las políticas públicas que se implementan, en las formas de abordar las problemáticas, en la definición de los sectores del Estado convocados y en el tipo de respuesta; y en los dispositivos de participación comunitaria que se crean, reconocen o legitiman (Echegoyemberry, 2017).

¿Qué modelos de salud existen?

Encontramos en la actualidad por lo menos dos concepciones -contrapuestas - en relación a la forma de concebir la salud, una que pone el foco esencialmente en lo biológico propia del Modelo biomédico o Modelo Médico Hegemónico (MMH) y otra más amplia que incorpora lo social como variable relevante, a partir del concepto de determinantes sociales o condicionantes del proceso de salud enfermedad atención cuidado (PSEAC). Las diferencias entre ambos modelos se traducen en formas diferentes de pensar la organización de la respuesta sanitaria, la mayor o menor participación y autonomía de las personas en relación a su salud, la exigibilidad hacia el estado de prestaciones de salud y fundamentalmente tiene implicancias en términos de ampliación o restricción de ciudadanía y de justicia sanitaria. A los fines de este artículo se presentarán aquellos modelos que consideramos realizan un aporte a la conceptualización de salud y que han tenido y tienen implicancias en la configuración de los sistemas jurídico y sanitario.

Modelo biológico

Encontramos definiciones con mayor tradición en el campo de la medicina que restringen la salud a lo estrictamente corporal, la salud y la enfermedad se centran en el cuerpo, en un órgano, en su aspecto puramente biológico. Así, el *“silencio de los órganos nos indica salud”* (Gavidia & Talavera, 2012). A finales de 1800, se entendía que si no había células enfermas, no había patologías. En esta conceptualización, hay un concepto unitario, estático,

que ha sido denominado de déficit, la salud se define por su negativo, por la ausencia de enfermedad. Gavidia y Talavera (2012) señalan que la medicina antigua poseía una concepción unitaria y globalizadora del fenómeno de la enfermedad, de forma que cualquier enfermedad implicaba la pérdida de la normalidad. La salud y la enfermedad aparecen como conceptos opuestos o categorías dicotómicas (Iriart, Merhy, Waitzkin, 2000). Desde una concepción biologicista, la enfermedad recae en el cuerpo de la persona, o en un órgano, y de ello derivará en una forma específica de tratamiento (medicalización), de atención (tecnocientífica) basada en el modelo biomédico o modelo médico hospitalario u hospitalocéntrico. Couceiro (2006) señala que la medicina tradicional no evaluaba los factores socioeconómicos, eran dejados de lado y hasta eran considerados opuestos al ejercicio de la medicina.

En este modelo el sector salud es el único que puede dar respuestas válidas ante las enfermedades biológicas, a partir de la implementación de un modelo sanitario curativo. En consecuencia, el abordaje propuesto por este modelo es sectorial y las políticas que derivan de una concepción puramente biológica de la enfermedad suelen ser fragmentadas y segmentadas. Menéndez (2005) considera que el tratamiento de la enfermedad ha sido atribuido casi de manera exclusiva al saber de la medicina, éste reduce la enfermedad a signos y a diagnósticos casi exclusivamente biológicos. El problema es que se presenta una supuesta historia natural de la enfermedad que encubre las desigualdades sociales y los componentes ideológicos de la forma de abordar los problemas, no tiene en cuenta el tipo, la frecuencia y distribución de la enfermedad en las comunidades. En esta lógica los problemas de salud se explican de manera descontextualizada de las condiciones materiales de vida de las personas. Esta impronta biologicista impacta tempranamente en la configuración del sistema jurídico y fundamentalmente en el sistema sanitario.

Modelo Social de salud

Podemos señalar que el modelo social surge como un modelo alternativo al modelo biologicista, pero fundamentalmente es un modelo crítico a la forma de producir salud y enfermedad propia del modelo de desarrollo capitalista. Particularmente, en América Latina este modelo se va perfilando como modelo alternativo dentro de lo que se conoce como Salud Colectiva latinoamericana surgiendo como una corriente contra-hegemónica, crítica a la mercantilización de la salud y biomedicaliza-

ción de la vida (Michalewics, Pierri & Ardila Gómez, 2014), estableciendo un cuestionamiento profundo al paradigma MMH. Aquí la enfermedad no es ya un fenómeno biológico, sino un producto histórico y derivado de las relaciones sociales y del trabajo (Laurell, 1995). Dentro del modelo social encontramos la salud definida como *"una categoría compleja, socialmente construida, determinada no sólo por el patrón biológico sino que es expresión y producto de una construcción social e histórica, que responde a factores sociales, políticos, culturales y económicos"* (Contandriopoulos, 2000:10). Gavidia y Talavera (2012) conceptualizan la salud como un estado relativo, dinámico, variable, individual y colectivo, donde entran a jugar las relaciones sociales, producto de determinantes sociales, ambientales, genéticos-biológico y ecológico que se distribuyen y se expresan en nuestra biología. Sostienen que la respuesta del sistema -de salud y jurídico- debería ser estructural, lo que necesariamente implica pensar en términos de desigualdades sociales. Tener en cuenta ésto, permite definir no sólo una política para la enfermedad, sino también para la salud (Menéndez, 1990). Se señala que esta corriente entiende la salud como un asunto de orden político (Granda, 2000, 2003). En esta corriente -Salud Colectiva- el concepto de salud se integra y articula con el "buen vivir" (sumak kawsay). Así, la salud tiene tres dimensiones (salud individual -de cada persona-, salud social -del grupo o comunidad-, salud ambiental -del medio físico-), la enfermedad es la ruptura de ese triple equilibrio (Delgado Sumar, 1984).

Modelo bio-psico-social-salutogénico

Si bien este modelo podría estar incluido dentro del Modelo social, se diferencia de éste en que es impulsado y promovido fundamentalmente desde los organismos internacionales. Este modelo surge con posterioridad a la posguerra, donde la salud comienza a ser vista como el medio necesario para la consolidación de la paz y el desarrollo de los países. Se señala que a partir de la constitución de la OMS en 1948, se facilita la visibilidad de este enfoque sanitario, en el campo internacional y regional y con ello, cobra fuerza la salud pública. De esta manera el "paradigma de la salud pública pasó a constituir una bandera emblemática" promovida por la OMS (Arce, 2010). La OMS define la salud como "el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad" (OMS, 1948). Pero esta conceptualización de salud ha recibido varias críticas, por utópica, estática y subjetiva (Salleras, San Martín, Gómez y Varela, 1981, 1985). Otros autores, sin embargo, sostienen que el modelo biopsicosocial se

constituye en una propuesta integradora, comprehensiva y sistemática de los distintos niveles (biológicos, psicológicos y sociales) (Sperry &, 2004). Recién en el 2005 la OMS insta a incorporar la noción de determinantes sociales de la salud (estructurales e intermedios) en las políticas públicas, pues la salud no se logra sólo por el acceso al Sistema de Salud o acceso a tratamientos médicos sino mediante el abordaje de los factores que generan desigualdades sociales. La mayor parte de las desigualdades sanitarias dentro de cada país son causadas por los determinantes estructurales y las condiciones de vida (CDSS, 2008:14). Vemos como la definición de salud se entrelaza con la noción de política. Pues para lograr modificar los DSS se requiere de acción política, para superar las desigualdades en la distribución del poder económico y social y por lo tanto, como señala Granda (2000, 2003) se dota de contenido político el discurso del derecho a la salud. Esto nos conduce a pensar que la salud no es sólo un problema de cobertura de servicios sanitarios, sino que es necesario actuar sobre los DSS, a partir de un modelo de promoción y prevención. Sin embargo, y de manera paradójica, las verdaderas acciones de prevención y promoción de la salud, escapan a la esfera decisoria del sector salud (como son las obras de extensión de red de agua o cloacas, infraestructura, reurbanización, mejoramiento de vivienda rural) (Arce, 2011). A su vez, es prioritario abordar los determinante ambientales en el PSEAC, aspecto que suele ser relegado en el sector salud.

Algunos lineamientos para pensar el derecho a la salud

En este apartado creemos necesario presentar algunas premisas para comprender el alcance y extensión del derecho a la salud en los sistemas sanitario y jurídico, como sigue:

La salud en el sistema jurídico argentino es un derecho humano fundamental con jerarquía constitucional

A partir de la reforma constitucional de 1994, se incorporó expresamente el derecho a la salud en la Constitución Nacional (CN) y a partir de ello, se ha visibilizado la existencia del derecho a la salud en los tribunales y se ha generado un *activismo judicial* en pos de hacer valer dicho derecho (Abramovich, Pautassi, 2008). La CSJN reconoció jerarquía constitucional al derecho a la salud, a la luz de los tratados de Derechos Humanos

incorporados en la CN (Bergallo, 2013). Sin embargo, algunos autores consideran que el derecho a la salud no tuvo adecuado tratamiento constitucional en el país, o fue regulado de manera poco satisfactoria o insuficiente (Moyano & Escudero, 2011).

El derecho a la salud debe ser entendido inserto en un contexto histórico, político y económico

El contexto histórico, político y económico condiciona -restringen o amplían- el derecho a la salud, moldea una idea de ciudadanía y de democracia. Por ello, se enfatiza en la necesidad de tener en cuenta para el análisis e interpretación de lo que es el derecho a la salud, tanto el contexto histórico, político y económico en el que emergen las leyes, como también, indagar la ideología que está detrás de los modelos que se proponen o implementan. Se afirma que para comprender el derecho a la salud es necesario comprender el texto y el contexto en el que se inserta. Encontramos distintas normativa de salud tanto en leyes nacionales y provinciales. Las leyes en salud se encuentran insertas en un sistema jurídico y un sistema sanitario que se configuran y reconfiguran mutuamente. El derecho a la salud no puede entenderse por una o varias leyes de manera aislada, sino debe ser interpretado de manera sistémica. En el sistema de salud encontramos distintos tipos de leyes, que podemos clasificar como:

- 1) Leyes que configuran el sistema de salud, como: la regulación de los subsectores -público, privado de la seguridad social-; mecanismos de control sobre medicina privada y obras sociales; regulación de la tecnología en salud y medicamentos; Programa Médico Obligatorio (PMO); cobertura explícita a grupos vulnerabilizados -Profe/Incluir Salud-; prescripción de medicamentos por su nombre genérico, calendario de vacunación gratuito y obligatorio.
- 2) Leyes que implican cambios de paradigmas, sustituyéndolo por otros más garantistas, como el reconocimiento y legitimación de la diversidad -orientación, identidad y expresión sexual; el paradigma de la desmanicomialización; la adopción del Modelo Social de Discapacidad. Los modelos de protección especial que reconocen la autonomía progresiva y el interés superior de niños, niñas y adolescentes. También encontramos leyes que buscan romper la asimetría del saber médico reconociendo los saberes y derechos de los pacientes, su autonomía y autodeterminación en el ejercicio del derecho a la salud (por ej. disponer

directivas anticipadas, rechazar tratamientos, prestar consentimiento informado para actos médicos o de investigación); leyes de protección de personas mayores; Ley de parto humanizado. La ratificación del Convenio 169 de OIT que implica, entre otros aspectos, el reconocimiento de la interculturalidad en salud. Un cambio de paradigma radical, que plasma las luchas feministas en Argentina, en materia de derechos sexuales, reproductivos, y no reproductivos lo constituyen un núcleo legislativo conformado por: la Ley de educación sexual integral (ESI), Ley Micaela y la Ley de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), junto con la existencia de protocolos para interrupción legal del embarazo (ILE);

- 3) Leyes que abordan problemáticas de salud-enfermedad específicas, de discriminación positiva o afirmativas de derechos, que buscan la cobertura integral, acceso a diagnóstico, a medicamentos y tratamientos, como: Ley de lucha contra el VIH/SIDA, Ley de cuidado integral de enfermedades poco frecuentes, Ley de detección temprana, diagnóstico y tratamiento de enfermedad celiaquía, Ley de reproducción medicamente asistida; Programas de salud sexual y reproductiva; Ley de lucha contra la hepatitis, entre muchas otras.
- 4) Legislación sectorial (regulación de profesiones de salud; acreditaciones, tecnologías, sistema de información en salud, creación de organismos sanitarios de articulación y control y regulación);
- 5) Legislación de salud en otras leyes de otros sectores y organismos (Ley Nacional de Educación, Ley Nacional de Migraciones, Ley de protección integral de las mujeres, Ley de Presupuesto, Ley de transparencia y rendición de cuentas del Estado, Ley de Protección de Datos personales).

Las leyes que implicaron cambios de paradigmas fueron de manera progresiva permeando otros tipos de fallos judiciales y de prácticas, éstas incorporaron una noción amplia de salud, teniendo en cuenta los DSS. Así, por ejemplo se reconoció el derecho a la vivienda digna como parte fundamental de la salud integral del colectivo trans, haciendo lugar a un amparo habitacional, ordenando la elaboración de políticas de empleo y el acceso a subsidios habitacionales. Se tuvo en cuenta la baja expectativa de vida del colectivo trans, las principales causa de muertes que se vinculan con las enfermedades de transmisión sexual y violencias, y la falta de cobertura

explícita de salud) (Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°2 de la Ciudad, a cargo de Andrés Gallardo)

También a modo de ejemplo, se puede mencionar un fallo trascendente que busca terminar con prácticas sanitarias y judiciales que obstaculizan la interrupción del embarazo en las circunstancias que la ley habilita y convoca a los poderes de todas las jurisdicciones a que se abstengan de judicializar el acceso al aborto legal y exhorta a implementar protocolos en materia de ILE (CSJN: "F.A.L. s/medida autosatisfactiva", 2012). En la actualidad, continúa judicializándose el derecho a la interrupción del embarazo. En Tucumán, se repite la connivencia del sistema sanitario y del poder judicial para impedir abortar a niñas violadas, decidiendo el personal de salud y los operadores jurídicos por sobre y en contra de la voluntad de las personas. Otro, ejemplo de la preeminencia del modelo biomédico lo constituye la permanencia de personas segregadas en asilos psiquiátricos, aun cuando existe suficiente evidencia que el encierro no cura, no responde a cuestiones terapéuticas, sino políticas. En la historia de la salud mental según Galende (2006) se da una sucesión de figuras de autoridad – sacerdote, monarca, legislador, juez, médico- encargadas del cuidado, control social y disciplinamiento del sufrimiento mental.

Para analizar el derecho a la salud es necesario comprenderlo inserto en un Sistema de salud complejo

El Sistema de salud en Argentina es complejo, y se encuentra configurado por el Sistema Jurídico, ambos sistemas se reconfiguran mutuamente. El Sistema de Salud articula tres componentes: la gestión, el financiamiento y la atención y estos componentes van de la mano de la concepción de salud, de los modelos organizativos que se implementen y de los modelos económicos que se promuevan desde el Estado (Echegoyemberry, Castiglia, Yavich & Báscolo, 2017). Según la OMS (2000), los Sistemas de Salud comprenden a todos los recursos que una sociedad dedica a la protección y mejoramiento de la salud de las personas y abarca todas las actividades cuya finalidad principal sea promover, restablecer o atender la salud. En Argentina podemos distinguir, tres subsectores que coexisten: 1) el subsector público, 2) el subsector de la seguridad social y 3) el subsector privado. Estos sectores no están integrados entre sí y repiten esta desintegración y desarticulación hacia el interior de cada subsector y jurisdicción, profundizando inequida-

des. Nos encontramos en presencia de un Sistema de Salud segmentado y fragmentado y con una multiplicidad de fuentes de financiamiento.

El derecho a la salud debe contemplar que el Sistema de Salud argentino se configuró siguiendo los principios de universalidad, gratuidad, solidaridad y progresividad

El principio de universalidad implica que toda persona por el hecho de ser persona cuenta con la titularidad de los Derechos Humanos, que son inalienables, inescindibles de la noción misma de persona y por lo tanto exigible al Estado. Los derechos y garantías consagrados en la CN, se caracterizan por su amplitud y universalidad (alcanzan a todos los habitantes del Estado, sean nacionales o extranjeros). La CN sienta un principio igualitario para nacionales y extranjeros. Esta característica deriva tanto, del preámbulo, como del artículo 14 y 20 de la CN, disposiciones constitucionales provinciales, de la Ley nacional de Migraciones (Ley 25.871), que establece que el Estado deberá asegurar el acceso igualitario a los inmigrantes, en particular lo referido a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo, y seguridad social. Además señala que la irregularidad migratoria no afecta los derechos a la salud y educación de las personas.

El derecho a la salud hay que entenderlo en el marco del derecho internacional de Derechos Humanos

Además de la normativa nacional sobre el derecho a la salud es de aplicación el derecho internacional de Derechos Humanos, por remisión expresa de nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22). En efecto, la salud como derecho ha sido reconocida en el cuerpo normativo nacional, como internacional. De esta manera, se pueden mencionar algunos de los pactos internacionales que contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud y que obligan al Estado nacional a velar por su cumplimiento e impulsar todas las medidas necesarias para preservar el derecho a la salud. La salud en tanto derecho fundamental, permite el ejercicio de otros derechos que se enuncian en la Carta Internacional de derechos. Así, en el art. 12 del Pacto, se señala que "Las personas sin distinción de clase social, étnica, religiosa, étnica, de situación migratoria o sexo-genéricas tienen derecho al más alto nivel posible de salud física y mental" comprendiendo el derecho a la salud, condiciones o factores determinantes como la alimentación, la nutri-

ción, vivienda, acceso agua potable, condiciones sanitarias y laborales seguras y sanas y a un ambiente sano. En la Observación General N° 14 se establece un marco de referencia mínimo en relación al contenido de lo que debemos entender por salud.

Así, implica para los Estados parte garantizar 1) la disponibilidad de suficientes establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y de programas; 2) la accesibilidad física, la no discriminación, la accesibilidad económica (asequibilidad) de los servicios, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos y el acceso a solicitar, recibir y difundir información, además de la confidencialidad con que deben ser tratados los datos en salud; 3) la aceptabilidad, los servicios deberán ser culturalmente adecuados y respetuosos de la ética médica (perspectiva de género, perspectiva de ciclo de vida, perspectiva de interculturalidad); 4) el acceso a servicios de calidad desde el punto de vista científico (ONU, OG,14). Los estándares de Derechos Humanos establecen ciertos mínimos que deben ser garantizados por acciones positivas del Estado, en caso de incumplimiento genera responsabilidad y mecanismos para accionar por su cumplimiento. El Estado está obligado a brindar especial protección a grupos vulnerabilizados. Así, por ejemplo en la Convención N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales establece como obligación prioritaria e ineludible de los Estados el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo, del nivel de salud y educación.

La negación del derecho a la salud habilita la protección judicial nacional y supranacional

La negación del derecho a la salud habilita la protección judicial nacional y supra nacional y permite recurrir en casos de urgencias a medidas cautelares y procedimientos de amparo con la finalidad de hacer efectivo el derecho vulnerado. Pero como señala Ronconi (2012) si bien el derecho a la salud fue reconocido fuertemente por parte de los tribunales, quienes comúnmente no acceden a la justicia no se benefician con el reconocimiento logrado en sede judicial. La vía judicial no suele ser una vía idónea dada las limitaciones estructurales y las barreras en el acceso a la justicia que afecta en la mayoría de los casos, a las mismas personas que se ven privada del derecho a la salud -*personas fragilizadas o excluidas* (Gotlieb, Yavich & Báscolo, 2016). “*La judicialización, hasta el momento, no está promoviendo activamente la equidad,*

el derecho a la salud y el diálogo interinstitucional.” (Gotlieb, Yavich & Báscolo, 2016:11). Se señaló que la desigualdad social y las limitaciones de gestión estructurales no se ven modificadas por la judiciabilidad del derecho a la salud, cuando éstos se enmarcan en reclamos individuales propios del derecho privado, y menciona que esta litigiosidad pueden aún reforzar las desigualdades, antes que suprimirlas o limitarlas (Motta Ferraz, en Bergallo, 2013: 35). Sobre este punto podemos advertir el rol que tiene el poder judicial en la equidad sanitaria y el gran desafío para pensar enfoques preventivos y promocionales. Así, por ejemplo: a la par de reconocer el derecho a tratamientos de reproducción medicamente asistida vía amparo, es necesario pensar qué puede hacer el poder judicial y legislativo, para garantizar que las mujeres no vean afectada su salud reproductiva por la presencia de contaminantes ambientales que afectan los disruptores endócrinos (alteran la función neuroendócrina, el sistema inmunológico y pueden generar cáncer).

El Estado Federal es responsable de hacer efectivo el derecho a la salud

El Estado Federal es responsable de hacer efectivo el derecho a la salud de las personas, aún en caso que las personas cuenten con cobertura explícita de obras sociales provinciales o prepagas. Con esto queremos señalar que aunque el Estado haga cumplir sus obligaciones a otros actores no estatales (por ej. prepagas) es responsable último del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento nacional o internacional de Derechos Humanos (Abramovich, 2004). La CSJN consideró al gobierno federal garante del derecho a la salud consagrado en la Constitución y en los Pactos de Derechos Humanos. La CSJN, a partir de la interpretación del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impuso al Estado federal la obligación de garantizar prestaciones básicas de salud pública cuando habían fallado en proveerlas sectores privados y las propias provincias¹. Estableció que más allá de la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias, le correspondía al Estado nacional una obligación de garante final de los derechos consagrados en los tratados internacionales, en particular con relación al derecho a la salud, y que el Estado nacional no podía excusarse en el incumplimiento de las instancias provinciales, para no cumplir con su propia obligación (Abramovich & Pautassi, 2008; Bergalleo, 2013). La Corte remarcó la importancia del derecho a la preser-

1. CSJN, Fallo Campodónico de Beviacqua AC c/ Ministerio de Salud y Acción social, 24 de octubre de 2000.

vación de la salud y destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga. El Estado Nacional no puede desatenderse de estas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades, públicas o privadas, ya que el debe velar por el cumplimiento de los Derechos Constitucionales que amparan a vida y salud de los niños.²

El derecho a la salud tiene jerarquía superior que los derechos patrimoniales

En numerosos fallos el derecho a la salud es reconocido con mayor jerarquía que otros derechos³, señalando la CSJN que tienen prioridad en caso de colisión de intereses los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y psicológica por sobre derechos patrimoniales. En pronunciamientos judiciales se ha reafirmado también que el derecho a la salud y su preservación se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable e indelegable que tiene el Estado de garantizar el derecho a la salud con obligaciones positivas -basado en los tratados internacionales- También se ha señalado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN. En el país se visibiliza más que nunca la imposibilidad de compatibilizar un modelo de producción económico que no es sustentable (ni en términos ambientales, ni sociales) con la protección debida del derecho a la salud de las comunidades y el derecho a un ambiente sano. Se impone la lógica de un modelo económico extractivista que genera mal desarrollo. El mal desarrollo es *"es la violación de la integridad de sistemas orgánicos interconectados e interdependientes, que pone en movimiento un proceso de explotación, desigual, injusta y violenta"* (Shiva, Vandana, 1995, en Svampa & Viale, 2014:9).

El derecho a la salud debe constituirse teniendo en cuenta la participación social, y contemplar enfoques diferenciales basados en la interculturalidad e interseccionalidad de género

Es fundamental hacer efectivo a la par del derecho a la salud, otros derechos instrumentales como el derecho a la participación social en el ciclo de políticas públicas, el acceso a la información, educación en salud y el acceso

a la justicia de las personas, colectivos y comunidades, promoviendo la incorporación de enfoques diferenciales que tengan en cuenta *la interculturalidad, la interseccionalidad de género y el buen vivir comunitario*. La praxis jurídica y sanitaria se ha construido de manera disociada de la participación de las comunidades y organizaciones de la sociedad civil en la definición de los problemas de salud, el establecimiento de prioridades sanitarias y propuestas para abordar los problemas.

Por ello, es necesario que el sistema jurídico logre desmonopolizar el poder instituido e instituyente de prácticas -sanitarias y jurídicas- y pueda poner en el eje los saberes comunitarios. Las formas de autocuidado y autoatención que realizan las comunidades indígenas suele ser subalternizadas, no consideradas por el MMH. Para ello, se requiere elaborar dispositivos de participación social que permitan eliminar las brechas en el acceso a derechos de las mujeres, comunidades y colectivo LGTBIQ+; destinar recursos presupuestarios para desarrollar políticas públicas con perspectiva de género y diversidad, entre otras. El Estado debe salir de la supuesta posición de neutralidad y contemplar enfoques diferenciales teniendo en cuenta interculturalidad, la interseccionalidad y la perspectiva de géneros. El derecho a la salud debe poder integrar otras formas de cuidado y autocuidado comunitario y establecer abordajes diferenciales según situación étnica, migratoria, de nacionalidad, sexo-genérica, etáreas, entre otras (Echegoyemberry, 2018, 2020). El trabajo intercultural debería centrarse en la autoatención (Menéndez, 2012: 115). Este autor, analiza cómo durante varias décadas se buscó articular el sector salud y la biomedicina con la medicina tradicional de los pueblos indígenas y menciona las causas del fracaso o escaso impacto de esas propuestas o acciones de salud intercultural (Menéndez, 2012). En este sentido, podemos observar cómo una ley que regula el ejercicio profesional de la medicina, o la certificación de centros de salud, pueden dejar sin efecto las prácticas de parteras o curadores en las comunidades indígenas, pues imponen formas y procedimientos propios de la biomedicina para el parto (fármacos, analgesia, pautas higiénicas sanitarias, vacunación, etc.). Los abordajes interculturales hasta el momento, no tuvieron en cuenta: la heterogeneidad hacia el interior de las comunidades, el cambio que se produce en la cosmovisión indígena, la posible complementariedad de abordajes biomé-

2. CSJN, Fallo: "Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas" 16/10/2001

3. CSJN. (Fallo, 255:330); (Fallo, 263.453; 306:1892).

co-tradicional, la penetración cultural y el impacto que tienen las normas oficiales de la biomedicina en relación a los curadores tradicionales (Menéndez, 2012:115).

Así, el sistema jurídico monopoliza el poder instituido e instituyente, porque tiene el poder de nominar, dominar, de regular y sancionar. En este sentido, se autolegitima a sí mismo, es performativo de prácticas sanitarias y jurídicas. La salud pública como campo necesitó para constituirse de la regulación y control social ejercido a través de las leyes sobre los cuerpos y territorios. Foucault (1994:55) menciona que a través de la biopolítica se toma el cuerpo como primer objeto de disciplinamiento.

Los modelos económicos y políticos impactan en el sector salud y restringen o amplían el derecho a la salud y en consecuencia, afectan la ciudadanía sanitaria

Como señalamos al inicio de este artículo, la concepción de salud que sostenga el Estado es funcional a determinados modelos económicos y políticos y tienen implicancias directas en la ampliación o restricción del derecho a la salud y en consecuencia, en relación a la ciudadanía sanitaria. No pretendemos hacer en este apartado un recorrido histórico, pero sí marcar ciertos hitos en la historia sanitaria del país, en los que se expresan las consecuencias de la adopción de ciertos modelos económicos y sanitarios. Así encontramos:

- El modelo de organización sanitaria previo a 1945, denominado como *higienismo*, se caracterizó por una intervención mínima por parte del Estado, éste debía cuidar la higiene urbana, prevenir epidemias, vacunación, vigilar sanidad de las fronteras, y actuar en emergencias, no existían una planificación sistemática (Arce, 2010: 60). La salud era considerada un problema de la esfera individual y por lo tanto responsabilidad de la persona. Los hospitales públicos eran administrados por sociedades de beneficencia.

- Un modelo de salud como responsabilidad estatal. La organización sanitaria durante la década peronista (1945-1955) se caracterizó por una fuerte presencia del Estado, tanto en la administración como en la planificación (se elaboraron el primer y segundo Plan quinquenal y Planes analíticos de salud pública) y prestación de servicios sanitarios (Arce, 2010). El modelo social se plasmó tempranamente en Argentina a partir las políticas públicas que implementó el

Dr. Ramón Carrillo. Así, desarrolla tempranamente a partir de entender la salud como problemática social compleja, un modelo de salud pública, preventiva y comunitaria. En este modelo la salud es entendida como una responsabilidad ineludible del Estado, y por lo tanto, la política sanitaria debe estar respaldada en una política social y la política social apoyada en una economía organizada en beneficio de la mayoría (Carrillo, 1951). En este sentido, la definición de salud, se amplía e incluye otros aspectos como el acceso a trabajo digno, mejoras en las condiciones de saneamiento básico (agua cloacas), acceso a vivienda, cobertura de seguridad social, alimentación, acceso a educación y también acceso a servicios de salud y políticas promocionales y preventivas. En esta perspectiva el foco de la política sanitaria lo constituye básicamente la medicina social y la medicina preventiva, actuar antes que la enfermedad y no sólo sobre el cuerpo de las personas sino sobre las condiciones materiales de vida y de trabajo, son las desigualdades sociales las que aparejan desigualdades en la forma de vivir, enfermar y morir de personas, colectivos y comunidades. El Dr. Carrillo consideró necesario incorporar el derecho a la salud como bien social tutelado, la salud era un derecho pero también un deber, pudiendo ejercer el poder de policía sanitaria según el bienestar prioritario de la comunidad (Arce, 2010:35).

- Un modelo de ampliación de la ciudadanía sanitaria. El modelo social se expresó con distinta intensidad, tanto en el Gobierno de Raúl Ricardo Alfonsín (Presidencia 1983-1989), como en el de Néstor Kirchner (Presidencia 25/05/03 al 10/12/07) y el Gobierno de Cristina Fernández (10/12/07 al 10/12/11 y segunda presidencia 10/12/11 hasta el 10/12/15). En estos períodos se produjeron una serie de cambios sustanciales en la legislación sanitaria que re-configurarían el sector salud a partir de una noción amplia de salud. Así, se dicta el Plan Federal de Salud (2004-2007), por medio de éste, se diseña un nuevo modelo sanitario que buscó actuar sobre los principales problemas detectados. Implementa un modelo prestacional basado en la atención primaria de la salud (APS), regula la tecnología en salud y logra recuperar la rectoría del Ministerio de Salud, busca fomentar la participación social y construye amplios consensos para el armado del proyecto de salud. Establece que la política nacional de medicamentos (PNM) es responsabilidad del Estado Nacional, regula el mercado de medicamentos y provee medicación para pobla-

ción vulnerabilizada. A la vez que se dicta una serie de normativas que implican cambios sustanciales tanto en la configuración del sistema de salud y en los paradigmas vigentes.

Medidas neoliberales aplicadas al sector salud. Una visión antagónica al modelo social la encontramos en las dictaduras cívicas militares y en la década de los 90, durante la presidencia del Dr. Carlos S. Menem (1989-1995 - 1995-1999), donde cambia la noción de salud, se dejan de lado los principios de universalidad, progresividad y gratuidad, se restringe y mercantiliza el derecho a la salud. Esto implicó: la descentralización, la focalización, el arancelamiento, la implementación de un modelo de autogestión hospitalaria, impactando de manera negativa en la salud de la población y ampliando la brecha de desigualdades (Comes, 2008). Abramovich y Pautassi (2008) señalan que este proceso implicó la aplicación de criterios fiscalistas al sector salud, y la consiguiente idea de reducción de costo en desmedro de la atención, la reducción del gasto público, y la recuperación de costos mediante el sistema de co-pagos, o cuotas, la separación de funciones de regulación, provisión y financiamiento del sector. Este proceso vemos que se "re-edita" durante el gobierno del Presidente Mauricio Macri (2016-2019), donde por Decreto de Necesidad y urgencia N° 801 (DNU) elimina el Ministerio de Salud -órgano rector de la política de salud federal-, para pasar a integrarse como Secretaría de Estado al Ministerio de Desarrollo Social (MDS), se suprime el programa Remediar, el Progra-

ma Médicos comunitarios y se reduce el presupuesto destinado al Programa Incluir Salud, restringiendo el acceso a cobertura explícita de salud provista por el Estado, también se restringen partidas presupuestarias fundamentales para abordar las problemáticas de salud (se reduce el 56% destinado a prevenir enfermedades endémicas, el 20% destinado a hospitales nacionales), se sub-ejecutan la mayoría de las partidas (CELS; 2019). En este contexto de reformas al sector salud se asiste a un retroceso y restricción de la ciudadanía sanitaria. Por lo que la reconfiguración del sistema de salud -durante el Gobierno de Mauricio Macri- profundiza las desigualdades sociales (CELS; 2019:1).

A modo de conclusión

Consideramos necesario construir puentes entre el campo jurídico y el campo sanitario a partir de una noción amplia de salud y de derecho a la salud, incluyendo la perspectiva de Derechos Humanos, *interculturalidad e interseccionalidad de género*, en caso contrario corremos el riesgo de caer en una visión atomizada, fragmentada, individualista de la salud que condiciona y se expresa en prácticas judiciales, legislativas y sanitarias restrictivas de derechos de las personas, colectivos y comunidades. El debate por la salud debe incluir necesariamente la problematización del modelo de producción económico a partir de la soberanía económica y política, para construir una verdadera justicia sanitaria y ambiental.

Bibliografía

- Abramovich, V y Pautassi, L. (2008). El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. En *Salud Colectiva*, 2008; 4:261-82.
- Arce, H (2010). *El Sistema de Salud; de dónde viene y hacia dónde va*. Buenos Aires: Editorial Prometeo, ps.99.
- Bergallo, P. (2013). Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la “rutinización” de los reclamos individuales de cobertura?” In: Yamin AE, Gloppen S, editores. *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI; 2013. ps. 59-95.
- Carrillo, R. (2012). *Teoría del Hospital*. Ministerio de salud. Presidencia de la Nación. Ediciones Biblioteca Nacional. Buenos Aires.
- Centro de estudios Legales y Sociales. CELS (2019). Informe disponible: <https://www.cels.org.ar/informe2019/desigualdad.html>
- Comes, Y. (2008). El sector salud en Argentina: historia, configuración y situación actual”. Universidad de Palermo. Ficha de cátedra, versión electrónica.
- Contandriopoulos, A P (1997). *La santé entre les sciences sociales et les sciences de la vie*”. Presentación inaugural dirigida a la Société Royale du Canada. Présentations 50: 70-90, 1997. Véase: CONTANDRIOPOULOS, André Pierre. “La salud entre la ciencias de la vida y las ciencias sociales”. *Cuadernos Médicos Sociales*, cuadernos médico sociales 77: 19-33, 2000.
- Coucerio, A. (2006). Los niveles de la justicia sanitaria y la distribución de los recursos. *Anales Sis San Navarra* [online]. 2006, vol.29, suppl.3, pp.61-74. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272006000600007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1137-6627
- Daniels, N (1985). *Just Health Care*, Cambridge University Press, p. ix., Cambridge.
- De la Sierra, C. (2007). Un panorama sobre la discusión actual en justicia sanitaria. *Revista ACTIO* n° 9 noviembre de 2007.
- Delgado Sumar (1984). Serie: apuntes de Medicina Tradicional N 10 a. Ayacucho, agosto 1984.
- Echegoyemberry, M N. (2020). Biopolítica de la precarización. Disponible: <http://capacitasalud.com/biopolitica-de-la-precarizacion-vivir-enfermar-y-morir-en-el-sur-de-buenos-aires/>.(2020).
- Echegoyemberry, MN (2017). Ciudadanía Ambiental: De la declaración formal a la implementación de los Derechos Humanos: Acceso a información ambiental, participación social y educación ambiental”. *Revista Debate Público*. Edición N° 13. Disponible en: *Ciudadanía Ambiental - Carrera de Trabajo Social*.
- Echegoyemberry, MN (2018). Intervenciones socio-ambientales, prácticas de cuidado y construcción de ciudadanía desde una perspectiva de Género y de Derechos Humanos. Presentado en *Espacio I+D Innovación más Desarrollo*. VII. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.31644/IMASD.7.2018.a01>
- Echegoyemberry, MN; Castiglia, G; Yavich, N y Báscolo, E (2017). “Desafíos de la implementación de la atención primaria de la salud desde el enfoque de derechos humanos”. *Espacio I+D Innovación más Desarrollo*, vol. VI, núm. 15. Universidad Autónoma de Chiapas, Chiapas, México, pág. 8-30, 2017.
- Etala, C, (2002). *Derecho de la Seguridad Social*”, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Foucault, M. (1994). *Historia política de la verdad*. (J. Álvarez, Ed.). Buenos Aires, Argentina: Biblioteca Nueva
- Gavidia, V; Talavera, M (2012). La construcción del concepto de salud. Dpto. Didáctica CC. Experimentales y Sociales, Universidad de Valencia (España).
- Galende, E.y Kraut, A (2006). *El sufrimiento mental. El poder, la ley y los derechos*. Editorial Lugar, Buenos Aires.
- Gómez Sánchez, I. (2000). La política social en la agenda latinoamericana: algunas perspectiva para América latina”. *Espacio Abierto*, vol 9, n 3. Maracaibo.
- González García, G. y Tobar, F (2004). *Salud para los argentinos. Salud para los argentinos: economía, política y reforma del sistema de salud en Argentina*, ISALUD, Ediciones Gránica SA, Buenos aires, 2004.
- Gotlieb, V, Yavich, N y Báscolo, E. (2016). Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. *Cadernos de Saúde Pública* [online]. 2016, v. 32, n. 1
- Granda, E. (2000) ¿A qué cosa llamamos salud colectiva, hoy?. Ponencia presentada en el VII Congreso Brasileño de Salud Colectiva (Brasilia), 2003.
- Granda, E. (2003). Formación de salubristas: Algunas reflexiones. En *La salud colectiva a las puertas del siglo XXI* (Medellín: Universidad Nacional de Colombia/Universidad de Antioquia).

- Hernández, A. (2010). Reflexiones Constitucionales sobre el derecho a la salud". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Iriart, C, Merhy, E y Waitzkin, H. (2000). La atención gerenciada en América Latina. Transnacionalización del sector salud en el contexto de la reforma". Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2000.16 (1):95-105.
- Laurell, AC (1995) La Salud: De derecho social a mercancía". In: Nuevas Tendencias y Alternativas en el Sector Salud (A. C. Laurell, coord.), pp. 9-31, México: Universidad, 1995.
- Menéndez E. (1990). Informe: Sistemas Locales de Salud. Aproximación Teórico-metodológica. Reunión de Evaluación del Proceso de implementación de los SILOS, Organización Panamericana de la Salud, Realizada en Sao Paulo el 30 de junio de 1990.
- Menéndez, E (2005). EL Modelo Médico y la Salud de los Trabajadores Salud Colectiva", vol. 1, núm. 1, enero-abril, pp. 9-32 Universidad Nacional de Lanús Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Menéndez E. Salud intercultural: propuestas, acciones y fracasos. Ciénc. saúde coletiva, vol.21, n.1, pp.109-118. México 2016. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/630/63043595013.pdf>
- Míchalewics, A; Pierri, C, Ardila Gómez, S (2014).Del proceso de salud/enfermedad/atención al proceso salud/enfermedad/cuidado. Elementos para su conceptualización". Facultad de Psicología. UBA. Secretaria de Investigación. Anuario de Investigación. 2014, Volumen XXI.p. 217-224.
- Moreno Altamirano, L (2007). Reflexiones sobre el trayecto salud-padecimiento-enfermedad-atención: una mirada socioantropológica. Salud Pública de México, 49(1), 63-70.
- Moyano, G, Escudero, J (2011). La salud en Argentina ¿en manos de quién?. Derecho a la salud. Situación de países de América Latina". ALAMES. 14-33, 2011.
- ONU.Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Punto 47 Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22° período de sesiones; 2000]. Available from: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/> Disponible: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12>
- OPS. CEPAL. PNUD (2011a).Aportes para el desarrollo humano. Argentina (2011). El sistema de salud argentino y su trayectoria a largo plazo: logros alcanzados y desafíos futuros. Disponible en: http://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=860&Itemid=1
- Ronconi, L. (2012). Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos. Salud colectiva, ISSN 1669-2381, Vol. 8, N° 2, 2012: 131-149.
- Salleras, San Martín, L, Gómez, y Varena (1981). Medicina preventiva y salud pública. Barcelona: Salvat, Editores.
- Shiva, V. (1995) en Svampa, y Viale, E. (2014). Mal desarrollo.La Argentina del extractivismo y el despojo". Katz Editores. Primera edición: agosto de 2014: 425.
- Sperry, L, Mansager, E. (2004). Holism in psychotherapy and spiritual direction: A course correction. Counseling and Values, 48(2), 149-160.
- Tobar, F (2012).Tobar, Federico."Política de salud: Conceptos y herramientas" En: GARAY, O (Coordinador). "Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica. Civil y Penal". Buenos Aires. La Editorial La Ley. 2012