
IDEAS GENERALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA JURÍDICA COMPLEJA, AUTÓNOMA Y TRANSVERSAL A LOS PROCESOS SALUD-ENFERMEDAD-ATENCIÓN

*Elian PREGNO**

Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2014

Fecha de aprobación: 21 de noviembre de 2014

Resumen

Este trabajo pretende dar cuenta de los lineamientos básicos y exigencias metodológicas que supone postular una rama jurídica. De ahí que se informen las claves para construir el objeto jurídico y las coordenadas para lograr una idea de salud. Así, se piensa a la ciencia jurídica como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades. Luego, se brindan nociones básicas sobre el “mundo jurídico” y la inserción en él de la rama que consideramos idónea para receptor la problemática de la salud y producir las correspondientes respuestas jurídicas: el Derecho de la Salud. De suerte que “derecho” y “salud” constituyen dos núcleos teóricos duros que ameritan ser elucidados a fin de articular los despliegues de las ramas jurídicas desde el punto de vista principal de la nueva rama que se propone, la cual no tiene otra finalidad que realizar el derecho humano a la atención de la salud. Finalmente, se pone de realce el carácter estelar de la economía en su con frente con los derechos humanos y los desafíos que el mercado plantea a la democracia, desde que la utilidad agrieta la justicia.

Palabras clave

Derecho – Salud – Economía – Justicia

* Doctor de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (Área: Filosofía del Derecho) (Argentina). Magíster y Especialista de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES en Elaboración de Normas Jurídicas. Abogado graduado en la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. Investigador y Profesor de la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. E-mail de contacto: epregno@derecho.uba.ar.

Abstract

This essay deals with a systemic basis and methodological requirements of postulating a branch of the legal science – in particular, Health Law. After a definition of the theoretical framework, the concept of health itself will be discussed, as well as the map of the legal norms on the matter and the insertion of Health Law in this map as an adequate branch of Law in order to account for health as a topic and give the appropriate juridical answers.

Keywords

Law – Health – Economy – Justice

I. Proemio

En este trabajo pretendemos dar cuenta, de la manera más sistemática que nos resulta posible, de los lineamientos basales y exigencias metodológicas que supone el planteo fundacional de postular una rama jurídica.

A su tiempo, cabe anticipar el plan de este escrito. Ante todo, nobleza obliga explicitar nuestra procedencia teórica (II), pues no se trata sólo de informar las claves con las que construimos el objeto jurídico (II.A) y las coordenadas para dar con una idea de salud (II.B), sino de exhibir definiciones de relevancia que condicionan la cabal comprensión de unas pocas y provisorias conclusiones. A renglón seguido, figura una parte general (III) orientada a brindar nociones básicas para un mapeo de la topografía del “mundo jurídico” (III.A) y la inserción en él de la rama que consideramos idónea para receptar la problemática de la salud y producir las respuestas jurídicas que, en su caso, correspondan: el Derecho de la Salud¹ (III.B). Seguidamente, se intercalan conversables hallazgos (IV), con la íntima convicción de que no son sino conclusiones en permanente proceso de revisión.

1 Al respecto, conviene ver especialmente: CIURO CALDANI, M. “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, número 28, pp. 19-32; (2009) “El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica”, en *Investigación y Docencia*, número 42 (publicación del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO). Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pp. 61-75; PREGNO, E. (2009) “Proliferación de normas en Derecho de la Salud: entre fenómenos inflacionarios y promesas fraudulentas”, en *Investigación y Docencia*, número 42 (publicación del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Consejo Asesor de

II. Introito aclaratorio y procedencia teórica

A) Sobre la noción de Derecho

Antes que nada, advertimos que propiciamos una construcción compleja² del objeto jurídico, y es así que entendemos a "lo jurídico" como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades (PREGNO, 2011a).

Como puede advertirse, participamos de una noción que, sin dejar de reconocer la positividad del Derecho –en tanto lo entendemos como fenómeno "puesto por el hombre"–, no se agota en el paradigma planteado por el positivismo normativista, desde que habilitamos los hechos y ensanchamos el concepto de norma en la medida que registramos, junto a las fuentes formales del Derecho, la influencia de las valoraciones, siempre en términos de constructo³ y descartando de plano una concepción natural de las

Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO). Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas; *id.* (2009) "El Derecho de la Salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, número 32, pp. 95-110; *id.* (2011) "El Derecho de la Salud como exigencia del Estado de Derecho. Los (derechos de los) pacientes y (las obligaciones de) las prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención", en *Antecedentes Parlamentarios: Ley 26.682 – Régimen jurídico de la medicina prepaga*. Buenos Aires, La Ley, Junio, 2011, número 5, pp. 181-98; *id.* (2011) "Justicia, utilidad y salud en el Estado de Derecho", en XAVIER, E., VELOSO, W. e XAVIER, W. *Direito e desenvolvimento no marco do Estado democrático*. Montes Claros, INMENSA, pp. 75-92.

2 "Complejidad significa aquí, la emergencia de procesos, hechos u objetos multidimensionales, multirreferenciales, interactivos (retroactivos y recursivos) y con componentes de aleatoriedad, azar e indeterminación, que conforman en su aprehensión grados irreductibles de incertidumbre. Por lo tanto un fenómeno complejo exige de parte del sujeto una estrategia de pensamiento, a la vez reflexiva, no reductiva, polifónica y no totalitaria/totalizante. Un contexto inédito y enorme requiere un pensamiento creativo, radical y polifónico. Un pensamiento exorbitante (capaz de pensar fuera de la órbita de los lugares comunes). (...)

La complejidad es, a primera vista, un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente unidos que presentan la paradójica relación de lo uno y lo múltiple. La complejidad es efectivamente el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que, la complejidad se presenta con los rasgos perturbadores de la perplejidad, es decir, de lo enredado, lo inextricable, el desorden, la ambigüedad y la incertidumbre. Hoy la complejidad es nuestro contexto". Cfr. [<http://www.complejidad.org/penscompl.htm>] consultado el 24.04.2005.

3 Sobre la idea de "constructo", puede verse, por ejemplo: GUIBOURG, R. (2004) *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Buenos Aires, Ediciones Colihue. Sobre constructivismo, conviene ver, por ejemplo: NINO, C. (1989) *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

consideraciones de valor. Esto último no significa superponer con ánimo de confusión las ya diferenciadas órbitas de “lo moral” y “lo jurídico”, sino transparentar la tarea interpretativa, fuertemente signada por la argumentación y condicionada por una serie de elementos normativos meta-formales para generar y aplicar el derecho.

Así, la recepción de la facticidad, según lo estimamos, da cuenta de una tensión brutal para el discurso jurídico: “hechos – normas”. Esta polémica ha quedado sepultada siempre bajo la presunta mayor relevancia de los conflictos “valores – normas”, plasmados en los enfrentamientos entre iusnaturalistas y positivistas. Hoy, tenemos la convicción de que las deudas de los operadores jurídicos son más bien con la historia y no tanto con el “deber ser” (PREGNO, 2011b).

En una comprensión más amplia no dudamos en afirmar que el Derecho se erige en un instrumento de violencia simbólica, siempre entre sujetos autointeresados aunque con finalidades no siempre exteriorizables, para la resolución pacífica de controversias a partir de la organización sistemática y monopólica de la coacción⁴.

Para finalizar este breve acápite, reparemos un momento en la densidad del postulado: “Derecho de la Salud”.

De la nomenclatura emergen dos núcleos teóricos duros que ameritan ser elucidados en aras de precisar los alcances del trabajo; nos referimos a los términos: “derecho” y “salud”, portadores de una ostensible potencialidad al momento de trazar los límites de la derivación subsiguiente de ideas.

En otras palabras, demarcar sendas nociones con precisión deviene una tarea imprescindible para la consecución de un objetivo general encaminado a articular los despliegues de las ramas jurídicas desde el punto de vista principal de una nueva rama, es decir, el Derecho de la Salud (que, anticipémonos, no tiene otra finalidad que la de realizar el derecho a la atención de la salud).

Consecuentemente, se advierte que figura entre los puntos de partida de la investigación el reconocimiento de la partición del Derecho en “ramas”.

⁴ Cfr. PREGNO, E., “De la noción de persona al proceso de personalización: una propuesta de modelización integradora desde la Filosofía del Derecho Privado Positivo Argentino”, en prensa.

A dicha definición de corte axiomático se agrega un elemento más, el cual operó como elemento motivacional de los estudios de doctorado⁵: la insuficiencia de las ramas tradicionales del Derecho para atender la cuestión "salud".

A ese respecto, para justificar la innovación en el "mundo jurídico" (esto es: fundamentar la necesidad de incluir una nueva "rama" del Derecho) debía extremarse el rigorismo lógico al momento de ir "de la parte al todo", salvaguardando a las conclusiones de la "falacia de composición" y evitando predicar de aquéllas las características propias de éste. Vale decir, la dinámica de trabajo contempló prudentemente que: el argumento de que la "salud" desborda a las ramas tradicionales no significa concluir, sin más, la incontinencia por parte del Derecho para con ella.

Así es que tienen sentido las indagaciones en torno a la noción "derecho", toda vez que: de ese inventario de perspectivas de "lo jurídico" dependerá la recepción de la "salud" en el "Derecho".

En tal sentido, no resultan indiferentes los condicionamientos que la noción de Derecho ejerce para determinar los alcances de la noción salud; vgr.: no cabe duda que la filosofía jurídica de tradición iusnaturalista presenta coordenadas de trabajo diversas a las que orientan los constructos que exhibe la extracción positivista o las reflexiones de las distintas expresiones de la crítica.

Mas no se trata sólo de una especulación intelectual, sino que guarda profundas implicancias con la dimensión práctica del Derecho, pues: si ese iusfilósofo es –pongamos por caso– un juez, a no dudarle que la medida del derecho a la atención de la salud será considerablemente diversa. Por ejemplo, si se trata de concluir sobre el derecho a rechazar un tratamiento que resulta indispensable para mantener la vida o sobre la interrupción voluntaria de un embarazo en curso, habrá distintas resoluciones, conforme sean las cosmovisiones del mundo, materializadas en visiones disímiles de "lo jurídico". Concretamente, la premisa es que: un iusnaturalista no opera con el mismo concepto de "salud" que un positivista o un crítico.

⁵ El autor, como becario del CONICET y bajo la dirección del Dr. Miguel Ángel CIURO CALDANI, elaboró y defendió exitosamente su tesis doctoral: "Teoría General del Derecho de la Salud", acto que le permitió acceder al título académico máximo que otorga la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. El tribunal estuvo integrado por los Dres. Martín BÖHMER, Alicia Mariana PERUGINI ZANETTI y Ricardo David RABINOVICH-BERKMAN.

De algún modo, los desarrollos teóricos vinculados a la noción de “derecho” se erigen en facilitadores de las conclusiones vertidas en cuanto a la noción de “salud”, en la medida que subsidian la concatenación de ideas que sostiene el andamiaje conceptual explicativo del funcionamiento conjetural de la idea de salud en el interior de cada una de las corrientes iusfilosóficas.

III. Sobre la noción de Salud

En orden a la cuestión planteada en primer término, indudablemente resulta obligada la remisión al agente natural en la materia, esto es la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (en adelante, “OMS”),⁶ que en 1948 sustituyó el concepto de salud apoyado en la ausencia de enfermedad sosteniendo que se trata de “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Vale la pena detenerse en el resabio objetivista existente en la expresión transcripta, que recoge el primer principio vertido en el Acta Constitutiva del ente –en su versión originaria de 1946–, desde que postula una suerte de estándar único y “superviviente” a cualquier contingencia de tiempo y lugar. Es decir, encabezar la declaración con el artículo “el” supone erigirla en axioma exento de vicisitudes espacio-temporales.

Esta primera consideración respecto de la noción reconduce la discusión, a nuestro juicio, hacia irresolubles posiciones sostenidas otrora por nominalistas y esencialistas en las disputas sobre los universales y las palabras de clase. Luego, la adjudicación de significado a las palabras queda fuera de las posibilidades de los mortales, en la medida que los conceptos “son” independientemente del consenso de la comunidad parlante. Probablemente, no pueda sostenerse en nuestros días que, en rigor de verdad, la extensión de los conceptos pueda determinarse *ab initio* y con prescindencia del enclavamiento cultural de los sujetos; máxime, con vocablos que reenvían palmariamente a cosmovisiones y particulares “modo de ser” de las personas y los pueblos.

6 “La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948”. Con más las “reformas adoptadas por la 26^a, la 29^a, la 39^a y la 51^a Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 03.02.1977, el 20.01.1984, el 11.07.1994 y el 15.09.2005, respectivamente...”. Cfr. [http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf] consultado el 09.10.2007.

Tal vez el entusiasmo que inicialmente reportó el hallazgo se tradujo en una sobrestimación del descubrimiento lindante con posiciones reñidas con la conciencia lingüística del momento. Aún así, se animó a postular que la salud era "el" completo estado de bienestar bio-psico-social.

Desandando el camino seguido por el ente y sus filiales, permite pensar que la definición, al poco tiempo, dejó alguna desazón porque, claro, se trataba de "el mundo y sus alrededores". De manera que, treinta años después, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD⁷, reunida en Alma-Ata, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, del 6 al 12 de septiembre de 1978, sustituyó el artículo "el" por el artículo indeterminado "un" y dijo que, en realidad, es "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad".

Entendemos que el esmero por delimitar es palmario y necesario pero no suficiente. La extensión del concepto sigue siendo excesivamente amplia, si bien más permeable debido a que habilita que el "estado de completo bienestar" sea uno de los posibles.

Se atribuye a Winston CHURCHILL haber dicho que "la salud es un estado transitorio entre dos épocas de enfermedad y que, además, no presagia nada bueno" (BOTIRDETH TOSIA, 1998: 180). En la misma línea, viene a cuento traer a colación que, al respecto, se ha dicho que esta noción de salud introduce un diferendo entre quienes están enfermos y quienes aún no han sido suficientemente estudiados.

Pero el afán por definir de la OMS llegó a su punto máximo en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa, Canadá, el 21 de noviembre de 1986, cuando elaboró la Carta de Ottawa.⁸ Expresamente remarca que "la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario", y así desliza una serie afirmaciones que desinsacula a la salud de la órbita de los procesos clásicos de salud-enfermedad-

⁷ "[O]rganismo internacional de salud pública con 100 años de experiencia dedicados a mejorar la salud y las condiciones de vida de los pueblos de las Américas. Goza de reconocimiento internacional como parte del Sistema de las Naciones Unidas, y actúa como Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud". Cfr. [http://www.paho.org/Spanish/PAHO/about_paho.htm] consultado el 09.10.2007.

⁸ Las reuniones subsiguientes fueron en Adelaida (Australia), en 1988; Sundsvall (Suecia), en 1991; Yakarta (situada en la isla de Java, Indonesia), en 1997; México, D.F., en 2000; Bangkok (Tailandia), en 2005; Washington, D.C (EUA), en 2006; Ginebra (Suiza), en 2007; Helsinki (Finlandia), en 2013.

atención coligándola a esferas exorbitantes como los orbitales ampliados descritos en la última versión de la declaración, actualizada en Bangkok en el año 2005. Así, se postulan “prerequisitos para la salud”, lo que traducido significa garantizar para todas las personas “la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad”. En la misma línea, al pronunciarse sobre “la reorientación de los servicios sanitarios”, “especifica” que “[l]a responsabilidad de la promoción de la salud por parte de los servicios sanitarios la comparten los individuos, los grupos comunitarios, los profesionales de la salud, las instituciones y servicios sanitarios y los gobiernos. Todos deben trabajar conjuntamente por la consecución de un sistema de protección de la salud”.

Obsérvese el anteúltimo acápite del documento de referencia, que aparece encabezado por el subtítulo: “el compromiso a favor de la promoción de la salud”. Es posible advertir en dicho segmento una comprensión idealista (en el sentido de no-materialista) de la existencia. Vale decir, el motor de la historia no es la materia sino la idea. Tal parecer es opinable, como todo, por lo que no podemos más que destacar que conlleva el peligro de sumir en formas totalitarias; de igual modo, pueden también las concepciones materialistas traducirse en respuestas afines. Cuantiosas y lamentables evidencias históricas nos relevan de ahondar en lo afirmado.

De cualquier modo, importa detenerse en el “compromiso” que asumen los “participantes”; a saber:

- a) a intervenir en el terreno de la política de la salud pública y a abogar en favor de un compromiso político claro en lo que concierne a la salud y la equidad en todos los sectores;
- b) a oponerse a las presiones que se ejerzan para favorecer los productos dañinos, los medios y condiciones de vida malsanos, la mala nutrición y la destrucción de los recursos naturales. Asimismo se comprometen a centrar su atención en cuestiones de salud pública tales como la contaminación, los riesgos profesionales, la vivienda y la población de regiones no habitadas;
- c) a eliminar las diferencias entre las distintas sociedades y en el interior de las mismas, y a tomar medidas contra las desigualdades, en términos de salud, que resultan de las normas y prácticas de esas sociedades;
- d) a reconocer que los individuos constituyen la principal fuente de salud; a apoyarlos y capacitarlos a todos los niveles para que ellos, sus familias y amigos se

mantengan en buen estado de salud; y del mismo modo se comprometen a aceptar que la comunidad es el portavoz fundamental en materia de salud, condiciones de vida y bienestar en general;

- e) a reorientar los servicios sanitarios y sus recursos en términos de la promoción de la salud; a compartir el poder con otros sectores, con otras disciplinas y, lo que es aún más importante, con el pueblo mismo;
- f) a reconocer que la salud y su mantenimiento constituyen el mejor desafío e inversión social y a tratar el asunto ecológico global de nuestras formas de vida.

La conferencia insta a todas las personas interesadas a formar una fuerte alianza en favor de la salud".

No podemos ocultar que nos agrada la ampliación, desde que la conexión es con el bienestar y la calidad de vida; más todavía, no nos representamos quién y con qué sustento puede oponerse, en el estado actual de la conciencia jurídica de nuestro tiempo, a la realización personal, reconociendo al propio individuo como hacedor por excelencia de su propio destino.

Ahora bien, tampoco podemos ocultar que, en relaciones directamente proporcionales, nos preocupa de sobremanera la "volatilidad" de la noción, si vale el recurso pictórico. Puede decirse que la noción alcanzó niveles de saturación diluyentes y, no contentos con la licuación, acabó por evaporarse.

La analogía pretende dar cuenta de un proceso de abstracción cargado de ideología: dinamitar el concepto condujo a naufragar en declamaciones eximentes de responsabilidades. Por ejemplo, al invitar a "irrupir en el futuro", *manda* a: "[e]l cuidado del prójimo, así como el planteamiento holístico y ecológico de la vida, son esenciales en el desarrollo de estrategias para la promoción de la salud. De ahí que los responsables de la puesta en práctica y evaluación de las actividades de promoción de la salud deban tener presente el principio de la igualdad de los sexos en cada una de las fases de planificación". Francamente, nos parece discursivamente loable, pero queda el sabor amargo (o el sinsabor, en el mejor de los casos) del reenvío al infinito. En buen romance, somos de los que creen que imputar responsabilidades colectivas es equivalente liberar a todos de sus responsabilidades; al menos, en un sentido pragmático de la existencia.

Esto no significa que no resulte interesante trabajar con una noción de salud, y con una noción ampliada incluso, pero sí resulta imprescindible trazar algún tipo de límite conceptual, sin otra intencionalidad que la de tornarla operativa.

IV. El Derecho de la Salud en la topografía del “mundo jurídico”

A) Las ramas del “mundo jurídico”

La alegórica y pictórica figura de presentar al “mundo jurídico” como el frondoso follaje de un ejemplar único en su especie (aunque con una línea parental bien definida: el lenguaje normativo), recorre e inunda kilómetros de tinta y toneladas de papel en los que se plasma el pensamiento de un incalculable número de teóricos del derecho.

Los trabajos de doctrina, en su exposición clásica, comienzan por referir a este recurso para exhibir las ideas liminares a los que, tanto desde posiciones legas como especializadas, incursionan en el arte de operar con normas jurídicas. Así, empiezan por alcanzar una noción de derecho, ora en la faz objetiva, ora en la faz subjetiva; y, de inmediato, se adentran en taxonomías de generalizada aceptación. Quizá la más universal de todas sea la que traza la bisectriz que deslinda entre: (i) Derecho Público y (ii) Derecho Privado.⁹ Luego, convidan con una serie de bifurcaciones que operan en el interior de los compartimentos nacidos de la distinción originaria, que, a su vez, habilitarán nuevas segmentaciones generando, casi, un sinnfn de clasificaciones y subclasificaciones como respuestas que son producto de la cultura.

De esa forma, del (i) Derecho Público fluyen: en primer lugar, y partiendo de la idea que la convivencia humana se expresa en la constitución de una comunidad política, las relaciones entre gobernantes y gobernados suponen una “tematización” y “problematización” de la facticidad en una disciplina específica del mundo jurídico el (i.a) Derecho Político, cuyas nociones fundamentales son recogidas por el (i.b) Derecho Constitucional; y de la necesidad de regular la actuación del Estado frente a las personas físicas (principalmente, en materia de prestación de servicios públicos) aparece el (i.c)

⁹ La respuesta histórica del “mundo jurídico” a la interdisciplina intrasistemática fue la de transformar la primera división bipartita del Derecho en un complejo tripartito, resultando que, junto al Derecho Público y al Derecho Privado, exista una categoría sui generis que albergase a las ramas eclécticas. Según algunas opiniones, dicha categoría incluye al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, al Derecho Agrario, al Derecho Minero y, fundamentalmente, al Derecho Procesal.

Derecho Administrativo; por otro lado, a medida que el concierto de naciones tomó forma, se hizo imperioso resolver ese entramado interrelacional trasfronterizo, y pronto se requirió sistematizar científicamente (i.d) el Derecho Internacional Público, preexistente ya con autonomía material. Consecuentemente, la aparición del Estado moderno trae aparejada la asunción de funciones exclusivas por parte de éste, cuyas reglamentaciones habilitaron un estudio sistemático del (i.e) Derecho Penal, del (i.f) Derecho Tributario, del (i.g) Derecho Aduanero, entre otros.

Mientras que del (ii) Derecho Privado despuntan dos grandes vertientes: el (ii.a) Derecho Civil, con sus despliegues patrimoniales y extrapatrimoniales, y el (ii.b) Derecho Comercial. Así, de cada una florecen retoños que, en el estado actual del arte y por la entidad de sus propios objetos de estudio, son disciplinas relativamente autónomas: (ii.a.1) Derechos Civil – Parte General; el (ii.a.2) Derecho Obligacional; los (B.1.c) Derechos Reales; el (ii.a.3) Derecho de Familia; el (ii.a.4) Derecho de las Sucesiones. Además, se constituyó, por las relaciones entre particulares de distintos Estados, el (iii.c) Derecho Internacional Privado.

Este proceso de la búsqueda de la especialidad, responde al paradigma epistemológico de la modernidad: la minuciosa descomposición del todo y el escrupuloso análisis de todas y cada una de sus partes (la coronación del proceso es la fisión nuclear). Empero, los caminos laberínticos del conocimiento conducen a la integración de los saberes; más no tanto por concepciones gnoseológicas animistas o por justificativos alineados en inexorables predestinaciones, sino más bien por la necesidad de reconocer en el centro de la labor científica al hombre, tan misterioso como único. El mismo individuo, y en las más de las veces al mismo tiempo, participa, voluntaria o involuntariamente, en situaciones que, de una forma u otra, caen en la órbita del Derecho y, en consecuencia, en alguna de sus ramas y subramas. Desde luego que no se trata de considerar sólo los acontecimientos particulares de las historias individuales de las personas, sino de recuperar también los despliegues de la otredad interactuante, en la totalidad de lo real, con relevancia jurídica.

Lo dicho se vuelve palmario en el saber jurídico a poco de reparar en una serie de fenómenos que han desdibujado las demarcaciones, socavando el modelo compartimento-estancista; a saber: i) la "civilización" del Derecho Comercial y "comercialización" del Derecho Civil, los límites se vuelven cada vez más difusos entre las categorías privatistas fundantes; y ii) la franca retirada de la noción de Orden Público en pos de la contractualización del Derecho de Familia y, paradójicamente, el debilitamiento del dogma de la autonomía de la voluntad frente a la contratación masiva con cláusulas predispuestas y

la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. En este caso, las relaciones se vuelven más complejas, aún cuando se trata de la prestación de servicios públicos, pues se “publiciza” la contratación privada; y c) La irrupción de los Derechos Humanos en la totalidad del ordenamiento jurídico, inaugurando un verdadero proceso de “constitucionalización pantónoma”. Si bien enraízan en las sucesivas generaciones de derechos que abonan el Derecho Constitucional moderno, reforzado con el Derecho Internacional Público, ejerce una suerte de fuerza centrífuga hacia el sistema normativo en su conjunto.

B) La emersión de la rama Derecho de la Salud como constructo realizador del derecho a la atención de la salud

Cuando el Derecho debe afrontar los problemas de una nueva era histórica, signada por revoluciones como las de las comunicaciones, la información, la biotecnología, etc., es imperioso dotar a la materialidad y al saber jurídico de herramientas valiosas.

En el campo de la biomedicina en particular, ya se han ensayado intentos mediante el discurso bioético, de profunda implicancias con lo que se ha dado en llamar Bioderecho. En el primer caso, el motor es la reflexión filosófica sobre la moralidad del desarrollo de las ciencias de la vida; en el segundo, la *lei motiv* de su existir es la regulación jurídica de la atención de la salud.

En los procesos salud-enfermedad-atención, según lo estimamos, se suelen emplear indistintamente las voces “Bioderecho”, “Derecho Sanitario” y “Derecho Médico”.

Somos de la idea que no sólo es factible distinguir entre ellos sino también postularlos como etapas sucesivas, mas el pasaje de una a otra no es en términos de ruptura sino de continuidad. En tal sentido, creemos que es posible identificar, por lo menos, cuatro etapas con la consecuente respuesta jurídica. Veamos.

B.i) Derecho Sanitario

Puede caracterizarse sucintamente como aquella en la que el Estado se limitaba a ejercer un mero control de policía en materia sanitaria, comprometiéndose a velar por la salubridad, la seguridad y la moralidad con amplias facultades de contralor en sintonía con la doctrina clásica del poder de policía. De ahí que la preocupación estuviera puesta en el agua, los alimentos, los desagües y cloacas, la vacunación obligatoria, la reglamentación de la disposición de los cadáveres, el control de enfermedades infectocontagiosas, etc.

En nuestro país, puede decirse que la problemática de la salud ingresa en la agenda pública promediando la segunda mitad del siglo XIX; entre otros, por ejemplo, se destaca el Dr. Guillermo Rawson, que ocupó el Ministerio del Interior durante la presidencia de Mitre y fue uno de los líderes de los "médicos higienistas", cuando en 1876 presenta su "Estadística vial de la Ciudad de Buenos Aires" en el Congreso Médico Internacional de Filadelfia (BATTIOLLA y BORTZ, 2007).

B.ii) Derecho Médico

La ubicación del médico como la figura central del proceso salud-enfermedad-atención no tardaría en llegar. Si bien el rol protagónico y disciplinador de los galenos es de larga data en la cultura occidental, el derrotero en nuestro país se vuelve palmario a poco de andar los anales de legislación: verbigracia, la ley 11.359 sobre lepra del año 1926; la ley 12.331 sobre enfermedades venéreas de 1936; etc.

Para fortalecer esta visualización del médico como custodio de la sanidad pública por directa manda estadual, se suma la ausencia de percepción ciudadana de la salud como derecho.

El punto culmen del proceso, a nuestro juicio, se logra con la sanción de la ley 17.132 sobre ejercicio profesional de la medicina, donde no caben dudas que la salud es un tema estrictamente médico.

B.iii) Bioderecho

Habiendo dejado en claro que el Derecho Médico subsume y supera al Derecho Sanitario, lo propio cabe decir del Bioderecho respecto de aquellos dos, desde que: el

Derecho Sanitario hace mella en la intervención estatal en la atención de la salud y el Derecho Médico es confinado a la regulación de la praxis médica.

En esa inteligencia, las señas particulares de esta etapa suponen que: (i) el Estado es emplazado a cumplir un rol activo en la atención de la salud de la población mediante la prevención, la protección y el reestablecimiento de la misma; (ii) la salud no es ausencia de enfermedad y la desbiologización conceptual viene acompañada de su reconocimiento como derecho de la población; y (iii) el fin del discurso médico hegemónico y la horizontalización de la relación médico-paciente, el empoderamiento de los individuos y el reconocimiento del enfermo en la existencia, la organización de la sociedad civil y la diferenciación de colectivos nucleados en torno a dolencias.

De resultas, puede concluirse que el Bioderecho fue para el “mundo jurídico” lo que la Bioética fue para la ética aplicada. En la Argentina, a causa de una de las noches más largas de nuestra joven historia (comenzada el 24 de marzo de 1976), este proceso se difundió hasta los primeros años de la década del ochenta con la recuperación de la democracia.

B.iv) Derecho de la Salud

Con este panorama, ha llegado el momento de *aggiornar* una nueva respuesta desde el saber jurídico, una más integradora y abarcativa que la del Bioderecho: la del Derecho de la Salud. En esta instancia corresponde un nuevo proceso de síntesis a nivel de la propia disciplina jurídica.

El Derecho de la Salud, en tanto constructo emergente, viene a orientar la búsqueda de respuestas a los dilemas y conflictos que el avance de la biomedicina/biotecnología plantea. En resumidas cuentas, el Bioderecho fue la respuesta a la biomedicina; el Derecho de la Salud es una nueva perspectiva, articulada y sistemática, que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud. De tal modo que el espectro se amplía notabilísimamente, al punto tal de considerarla una nueva rama del mundo jurídico.

La particularidad de esta nueva rama radica, más que en la especialidad de su objeto, en la justificación de su autonomía (tanto “material”, a partir de despliegues fácticos y normativos propios, como “formal”, en orden a la sistematización del conocimiento que postulamos) a partir del carácter transversal que porta respecto de las demás ramas del

mundo jurídico: el Derecho de la Salud atraviesa transversalmente a todos los despliegues del saber jurídico.

Para decirlo gráficamente, el Derecho de la Salud no se descuelga del tronco madre, sino que constituye un verdadero puente en el interior del "mundo jurídico", desde que es preciso realizarla articulando la totalidad de las ramas, las tradicionales y las no tradicionales. Guardando coherencia con lo dicho respecto de la "constitucionalización pantónoma", parece razonable que así lo sea. En el Derecho de la Salud confluyen, en todas sus manifestaciones, el Derecho Público, el Derecho Privado y las ramas eclécticas.

La aparición de la disciplina reviste importancia no sólo desde especulaciones epistemológicas, sino también como cabal muestra del paso acompasado de los hombres y mujeres contemporáneos en la construcción de ciudadanía; avance que el saber jurídico debe necesariamente acompañar.

El "empoderamiento" y la democratización de la información, tienen honda repercusión en el campo de los derechos humanos y en las modernas formas de participación política en la sociedad del conocimiento, lo cual impacta directamente en la vida institucional y organizacional del globalizado y posmoderno Estado de Derecho.¹⁰

V. Conjugación de las ideas vertidas: facticidades y normatividades del Derecho de la Salud

Ha quedado claro ya que no escatimamos en mostrar sino un profundo escepticismo en torno a la noción de salud.

Para evidenciarlo, proponemos al amigo lector el siguiente ejercicio: esta noche, en lo posible entrada ya la madrugada de mañana, acuda a la guardia del efector de salud que le quede más a la mano y dígame al profesional de la salud que lo atienda, que se *siente triste*. A

¹⁰ Al respecto, conviene ver especialmente: BOCKENFORDE, E. (2000) *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta; CARBONELL, M. (2003) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta; FERRAJOLI, L. (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta; FIORAVANTI, M. (2007) *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Madrid, Trotta; LAPORTA, F. (2007) *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid, Trotta; PEÑA FREIRE, A. (1997) *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, Trotta; PÉREZ LUÑO, A. (1994) *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid, Tecnos; entre otros.

no dudar que, si se trata de un trabajador bien aprendido, le derivarán al servicio de psicopatología (y puede darse por más que satisfecho si allí termina el episodio).

Este juego mental, no tiene otra finalidad que la de dejar planteada la siguiente y provisoria conclusión: aunque la literatura especializada y la academia están pavimentadas por un concepto ampliado de salud, lo cierto es que “todos” (pacientes, prestadores, financiadores, autoridades del sistema de salud) operan con un concepto restringido de salud.

Ojalá resulte una hilacha de este trabajo la motivación a que científicos sociales releven la noción de salud entre usuarios y gestores del sistema; y hacemos votos para que, en la medida de lo posible, “des-en-criptemos” las incumbencias y competencias de cada actor del proceso salud-enfermedad-atención, de otro modo, quedarán sin respuesta interrogantes listados en el orden de: ¿cómo captar los estándares de atención mínimos exigibles a los integrantes del equipo de salud? ¿Cómo merituar la práctica médica, paramédica y profesionales auxiliares, especialmente una vez judicializado el caso? ¿Cómo se asignan recursos en materia sanitaria? ¿Cuáles son las obligaciones a las que se somete el sector privado que actúa en el área de la salud? ¿Cómo se racionaliza el riesgo en el complejo sanitario?

Si la incertidumbre se apodera del contenido del derecho a la atención de la salud, no tenemos manera de saber cuáles son sus límites y alcances; y ello generar, o puede generar, las siguientes reacciones:

- a) Si, entre otras áreas del complejo vital, la salud supone: cuidado del ambiente, consumo de agua potable, equidad en la distribución de la renta, condiciones de vida igualitarias, acceso a la educación, vivienda garantizada, salvaguarda del derecho a vivir, caminos pavimentados, etc., podría perfectamente abrogarse la totalidad de los derechos por considerarlos implícitos en una *extra-large* noción de salud.
- b) Mas, como lo que antecede constituye un desatino, se provoca un desborde en la actividad jurisdiccional, se exagera el rol de los jueces y son ellos quienes deben decir qué implica salud. Y esto no sería tan gravoso si se tratase sólo de garantizar accesos (o sea: si la cuestión se agotase en la asignación de recursos económicos – dicho sea de paso, el magistrado encargado de denegar pretensiones en materia sanitaria, parece que todavía no ha nacido), el tema es que cada vez que el

legislador hace uso de la voz salud, la noción se presenta como incontenible y por ello su sentido se vuelve inescrutable; y no es un mero pasatiempo intelectual el de desentrañar su significado, pues es un problema muy severo para el Estado de Derecho cuando se castigan conductas por violar el derecho a la atención de la "salud". En atención a ello, deberíamos prorrogar la incorporación del término en el Código Penal; al menos hasta que alguien nos diga qué cabe entender por él.

- c) A su tiempo, el vértigo que ocasiona una noción inmensa conspira contra la "publicización" de la idea de salud¹¹; no obstante, se impone el recorte para asegurar su uso, empero afloran de manera inevitable consideraciones economicistas. Vale decir: si el paciente no puede pagar por lo que quiera que sea "salud", la forma de simetrizar con él es entendiéndola como ausencia de enfermedad, pues es la forma más económica de concebirla; por el contrario, si el paciente puede pagar, se genera una especie de medicina "*à la carte*", donde se le despliega un menú de opciones por las que paga cual *delivery*¹².

Según nuestro parecer, la actual noción de salud es una auténtica desmesura conceptual y, por ende, pasaporte seguro a debates de alto contenido ideológico. Y entiéndonos bien: no queremos capitular deslizando temor a las ideas (¡bienvenidas sean todas ellas!) sino horror a las declamaciones que acaban por despistar a la ciudadanía. En otras palabras: vale declamar, pero también hay que hacer. La noción de salud hoy aparece teñida de inflación y la imposibilidad de traducirse en los hechos la vacía de contenido. Ergo, la consecuencia es repudiable en tanto y en cuanto repercute en el cumplimiento y convierte a los teóricos en amplificadores de discursos alienantes.

¹¹ Máxime si en el medio nos topamos con un reenvío a la autoreferencialidad que supone conjugar la idea de bienestar; sin rodeos: "bienestar" significa estar-bien; luego, hay tantas formas de estar bien como individuos dispuestos a plantearse el interrogante. Ciertamente, no menor inquietante resulta la inclusión del concepto de "completitud"; en efecto, la transversalidad del Derecho de la Salud, en tanto nueva rama jurídica, no denuncia más que la problematicidad de la existencia y la pantonomía del complejo vital en su máxima expresión (en última instancia, está en juego la vida y la plenitud de la vida de las personas), pero, a nuestro modo de ver, las dificultades se incrementan si ni siquiera podemos sistematizar la "facilidad" con la que uno enferma y sana en un mismo día.

¹² Incluidos los "pacientes sanos"; prueba de ello es que, por ejemplo: los medicamentos destinados a fortalecer la memoria se difunden especialmente entre los estudiantes universitarios o aquellos que se emplean como vigorizante sexual son ampliamente consumidos entre los más jóvenes, que hacen de un proceso natural como el período de refracción una "frustración invalidante".

Así y todo, según estimamos, es posible pensar la noción de salud conservando de algún modo la amplitud semántica que ha experimentado en el último tiempo. Desde luego, para evitar apriorismos, se requiere, como sugeríamos, cierta instancia de validación que permita contrastar las categorías empleadas.

Coligado con lo que antecede, corresponde decir que, amén de las abundantes caracterizaciones que se han hecho del “modelo médico hegemónico”,¹³ el foco de tensión con el que el paciente debe medirse hoy no es el desequilibrio de saberes (y, consecuentemente, de fuerzas y poder) propio del encuentro con el médico sino la economía.

Por su parte, también el médico debe ingeniárselas, en el día a día, con un modelo que lo tiene como “cara visible”, en tanto último eslabón de una perversa concatenación lúdica de ofertas y demandas donde no sabemos a ciencia cierta quién oferta, quién demanda, quién juega, quién gana, quién pierde. Perder de vista las condiciones en las que se hace medicina en la Argentina: pauperización del hospital y del trabajador del ámbito de la salud pública, por un lado, y la desjerarquización a la que se los sume en el ámbito privado, por el otro, puede conducir a tener una composición de lugar que no se condiga con lo que ocurre.

Ejemplifiquemos, ¿Cómo no ser víctima del *burn-out* si el Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre la ASOCIACIÓN DE MÉDICOS DE LA ACTIVIDAD PRIVADA (AMAP) y la ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS, SANATORIOS Y HOSPITALES PRIVADOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (ADECRA) establece como “valor hora médica básica” para los profesionales la suma de \$ 62,30?¹⁴

¹³ Puede verse: MENÉNDEZ, E. (1985) “Modelo Médico Hegemónico, crisis socioeconómica y estrategias de acción del sector salud”, en *Cuadernos Médicos Sociales*, número 33, Rosario, págs. 3-34; (1985) “Saber Médico y saber popular: el MMH y su función ideológica en el proceso de alcoholización”, en *Estudios Sociológicos*, número 8, pp. 263-96; entre otros.

¹⁴ Para ser exactos, el 21 de enero de 2011 la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante la Disposición N° 60, homologó el Convenio 619/11, cuyos valores fueron actualizados en el Acta Acuerdo suscripta entre las partes el 30.09.2014, recaída en el marco del Expte. N° 1.617.058/14 (Nota del Autor: ¡no hay burocracia que resista si sobre el final del noveno mes del año se resolvieron actuaciones cuya numeración correlativa es: 1.617.058!).

Por lo demás, digamos que los trabajadores se hallarán más motivados a prestar sus servicios recién a partir del 1° de diciembre del corriente, fecha en la que pasarán a cobrar \$ 68,53; y, el incentivo será total cuando el 01.02.2015 alcancen el equivalente a \$ 70,59, ahí sí... Francamente, es una afrenta y bien vale preguntarse: ¿quién cuida a los que cuidan? Sobre el particular, no nos cansaremos de señalar como de consulta imprescindible el documento elaborado por el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Cardiología: "Resultados de la Encuesta de Accesibilidad Universal y Remuneración de la Consulta del Médico Especialista. Las Dificultades del Encuentro Médico", publicado y disponible en la entidad. De dicho estudio, realizado durante el año 2010, surge que de los 1.054 cardiólogos encuestados, el 66% afirma que el valor adecuado de la consulta sería entre \$ 50 y \$ 60; asimismo, considera que deben adicionarse entre \$ 20 y \$ 40 para cubrir los gastos (alquiler, el pago de una secretaria, etc.), cuando la consulta se realiza en el consultorio particular del profesional.

No intentamos soslayar, ni siquiera minimizar, la asimetría de la relación médico-paciente, sólo que no estamos dispuestos a admitir que, después de haber bregado para "des-en-diosar" a los médicos ahora les exijamos que se comporten como tales o, por lo menos, como sus vicarios terrestres, dispuestos a subsistir vistiendo piel de camello y alimentándose de frutos y miel silvestre.

De esa relación médico-paciente autoritaria, verticalista, hegemónica, sólo quedan vestigios;¹⁵ sencillamente, porque en la sociedad del conocimiento, entre otras cosas, ya no queda espacio para el experto, pero, además, porque ese encuentro entre el médico y el paciente ya no aparece informado por "un médico" y "un paciente". Por el contrario, el binomio se presenta desguazado: a) por un lado, un médico que se reporta como cara visible de un grupo empresario o sindical que hoy, y sólo por hoy, "juega" en el mercado de la salud y mañana puede "mover sus fichas" a otras latitudes más rentables (verbigracia: la soja o desarrollos inmobiliarios) o de un Estado que se ha desentendido, sea por la causa que sea, de las finalidades que, incluso, justifican su existencia misma; y, b) por otro, un paciente que ya no viene solo a la consulta sino que integra un (poderoso) colectivo capaz de lograr que la

Como para tener una idea aproximada de lo que ello significa en términos de economía doméstica, digamos que un médico alcanzado por este convenio debe afectar una hora mensual de su trabajo –como mínimo– para poder visitar a su peluquero con una frecuencia bimestral.

¹⁵ A esta altura, por obvio que sea, es preciso denunciar los rótulos: ni "el médico" ni "el paciente" existen fuera de la observación (interesada) de prácticas sociales concretas de individuos circunstanciados.

atención de la salud se module “a demanda”. El rótulo de “el paciente” suele ser la denominación común de un grupo tan heterogéneo como falaz, pues también se escabullen “consumidores”, anticipándose a quienes todavía no han logrado posicionarse como ciudadanos.

A ello se suma que cada vez son más las empresas de medicina prepaga en manos de “no-médicos” que precarizan las condiciones laborales de sus prestadores. En su lugar, despuntan inversores que ponen en funcionamiento perversos sistemas de auditoría que descansan en la cotización pragmática de prácticas aisladas y no en la ponderación de riesgos y beneficios en términos de proceso; empero, no cabe duda que es el temple que imprime el capitalismo financiero. Traducido en un ejemplo, no importa que una tomografía oportunamente indicada despeje un diagnóstico oncológico; el *quid* de la discordia es que por más facultativo en medicina que sea, si no es un especialista en oncología no tiene por qué ordenar una tomografía, aunque se salve una vida y, al mismo tiempo, ¡se ahorren costos!

Luego, se tiñe de sospecha el obrar profesional y, lo peor del caso, se daña irreversiblemente al paciente. Cuando la racionalidad financiera suplanta la discrecionalidad científica que garantiza la idoneidad profesional, entonces, la suerte está echada porque lo que se arriesga es, ni más ni menos, el elemento población.

Al respecto, vaya nuestro modesto aporte al Derecho de Daños, rama incuestionablemente exaltada en nuestros días por vivir atravesados por las “expectativas” (entendidas como categorías de análisis sociológico que nos lanzan hacia el porvenir, en la medida que revelan las imágenes que tenemos de nuestro propio futuro), y que en su cruce con el Derecho de la Salud desterrar la idea de que la medicina es una “ciencia exacta” (¡como si alguna lo fuera!); por el contrario, si bien con innegables condicionantes biológicos, supone una práctica social donde dos o más personas, atravesadas y enclavadas culturalmente, interactúan valiéndose del lenguaje para exteriorizar necesidades y saberes.

Dicho esto, huelga decir que el obrar de “un médico” varía, por ejemplo, conforme a su instancia formativa,¹⁶ a su especialidad y a su función.

¹⁶ No es lo mismo un concurrente, un residente, un especialista.

Asimismo, en esta oportunidad nos limitamos a listar dos ítems que, a nuestro juicio, introducen modificaciones en los roles tradicionales que desempeñaban médicos y pacientes en la caracterización tradicional de la relación:

- a) Por un lado, es preciso registrar que la moderna aparatología empleada para facilitar los diagnósticos, se traduce en un retraimiento del papel del médico y un consecuente ascenso competencial de los técnicos del arte de curar. El furor de la imagenología y las sofisticadas técnicas de mapeo global y específico del cuerpo humano, no sólo encarecen la atención de la salud y abonan una suerte de "medicina a la defensiva"¹⁷, sino que es mucho más sutil el impacto: bienvenida sea la tecnología para diagnosticar, ¡pero mejor recibida es la idoneidad para leer los resultados de esos estudios! No basta con ordenar análisis de lo más variopintos, sino que el juicio de relevancia sobre cuándo pedirlos y, más todavía, cómo enlazar los datos relevantes para una correcta anamnesis es una asignatura imprescindible y sobre la que no podemos menos que llamar la atención.
- b) Por otro lado, y concatenado con la idea de hacer de los escaneos con rayos "x" y los sistemas informáticos los oráculos del tercer milenio, se genera una suerte de "medicina de *delivery*" o "a la carta". Pero lo que queremos decir no se vincula con cursos de acción orientados a favorecer la autonomía, el bienestar, la des-institucionalización del paciente¹⁸, sino de una especie de "medicina auto-administrada", e, incluso, "a distancia", donde el profesional ejerce a demanda. Como clara manifestación de que la relación médico-paciente no escapa al fenómeno del poder, el paciente "ahora" habla. Y no sólo habla, sino que pide. Y no sólo pide, sino que exige. Esta "apropiación de la palabra" se consume en lo que hemos denominado "medicina a la carta", donde, en el mejor de los casos, el médico lista las opciones y el paciente escoge. Hacemos reserva de que puede no ser del todo auspicioso desplazar al médico en su función de consejero. El consejo

¹⁷ Nomenclatura utilizada con frecuencia para referir a estándares de sobre-atención, signados por la realización de estudios diagnóstica y terapéuticamente inconducentes pero que contentan al paciente ("el doctor me hizo todo") y generan una sensación de inmunidad del médico frente a reclamos legales ulteriores (por cierto, la convicción no se condice con lo que puede eventualmente acontecer: el requerimiento en justicia por daños y perjuicios).

¹⁸ En esa línea, vale destacar lo positivo que han sido los desarrollos que condujeron a: la diálisis peritoneal ambulatoria continua, los sencillos kits de tiras reactivas para medir la glucosa en sangre para insulino-dependientes, los nebulizadores domésticos y los envases de presión portátiles para abrir los conductos de aire en las personas que padecen enfermedades respiratorias y problemas de asma, entre otros ejemplos.

médico es necesario, en tanto incumbencia profesional (¿que es preciso los galenos asuman!) y en tanto derecho a la información y a la seguridad del paciente, ostensiblemente desorientado al ver como la atención de la salud se erige en un bien transable más.

Finalmente, y recapitulando la idea central que ha regido los numerales que integran este último acápite, el carácter estelar de la economía en su confornte con los derechos humanos. Sin lugar a dudas, en la salud se exaltan los desafíos que el mercado plantea a la democracia, desde que la utilidad agrieta la justicia.

La pregunta *¿cuánto valen los derechos?* resulta por demás de incómoda; especialmente para los sectores que se dicen progresistas, que suelen sustraerse al interrogante, lo cual es doblemente irresponsable, en tanto no sólo que no presentan un atisbo de resolución al problema sino que lo invisibilizan: es falso que la atención de la salud sea gratuita (sin ir más lejos, quedó suficientemente evidenciado con las tensiones que implica la remuneración del factor humano en salud). Vale decir que, las personas no paguen para atender su salud, no significa que no haya costos. Esto hay que decirlo sin miramientos.

Ahora bien, sin ahondar más de la cuenta, creemos que no es sostenible en el tiempo un sistema de salud que observe simultáneamente las siguientes tres premisas: a) todas las prácticas-procedimientos-actos-intervenciones, sean diagnósticas, terapéuticas y/o preventivas, que el imperativo tecnológico habilita para atender la salud de la población; b) para todas las personas; y, c) en condiciones de gratuidad. Mantener conjuntamente las tres coordenadas es a riesgo de la existencia misma del sistema; estamos tan convencidos de ello, como que resulta políticamente incorrecto decirlo.

Así, al momento de posicionarnos ante el complejo de lo vital, fácilmente se advierte que los recursos son escasos, *per definitionem*, y las necesidades son múltiples (cada vez más). Luego, con la misma facilidad con la que se vislumbra la inadecuación numérica de los bienes existentes y disponibles para satisfacer demandas en materia sanitaria, creemos que aflora el impostergable descanso en la utilidad como criterio orientador del juicio de adjudicación de los recursos.

En cierta medida y no sin sobresaltos, tomamos distancia de posiciones ético-normativas de corte deontológico, en tanto resultan relevantes para merituar el obrar profesional, pero no para pensar el funcionamiento de la salud pública, sencillamente

porque, por caso, no hay tantas ambulancias como personas existen, porque no hay tantos hospitales como ciudades acusa la geografía, porque no hay tantos médicos como personas puedan necesitarlo.

En consecuencia, si en el planteo no se introduce algún criterio de utilidad, no podemos dar respuestas a los problemas; pero, la tensión entre utilidad y justicia, incuestionablemente fortalecida en nuestro tiempo, exige resolver de algún modo,¹⁹ en tanto la política denuncia prácticas sociales con tracción axiológica.

Conscientes de lo espinoso de la cuestión, arriesgamos que: no todo lo que resulta útil puede estimarse justo, pero es posible que un criterio para adjetivar como justo sea la observancia, en algún grado, de ciertos níveles de utilidad. Vale decir, no necesariamente la utilidad reclama a la justicia, pero sí ésta a aquélla. Entre las condiciones de la justicia, presumiblemente, figura la realización de la utilidad²⁰.

VI. Colofón

Líneas arriba declarábamos nuestro apartamiento del positivismo normativista, que entiende a la normatividad como mero acto volitivo desencajado de los hechos sociales, y nuestra conjetura de que la noción de salud aparece teñida de inflación, que la imposibilita de traducirse en los hechos por vaciamiento conceptual. Ergo, se trata de un ámbito más que propicio para manipular los enlaces entre facticidades y normatividades.

Además de la apuntada inflación normativa (y, quizá, por esa misma razón), se detectan también problemas para la ubicación sistémica de las normas, con los consecuentes solapamientos que implican indeterminación jerárquica.

¹⁹ De antemano, nos conforma pensar que en la emergencia cabe privilegiar la utilidad. No nos resulta reprochable que frente a la urgencia de las catástrofes se empleen criterios utilitarios; de hecho, es el criterio que unánimemente recepta la emergentología moderna en el método *triage*.

²⁰ Para un estudio profundizado del tema, puede verse nuestro: PREGNO, E. (2011) "El Derecho de la Salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, volumen 20, pp. 95-110..

En efecto, ello se patentiza si reparamos en la nebulosidad que rodea la competencia para regular la materia sanitaria²¹, toda vez que se trata de una facultad no delegada por las provincias en el Gobierno Federal (art. 21, Constitución Nacional).

Así, el desubique sistémico y la indefinición estructural del encargado de estatuir las fuentes formales, trastornan la constitución y el funcionamiento del ordenamiento normativo en materia de salud.

De igual modo, fruto de la multivocidad de la voz “salud”, se dislocan los niveles de permeabilidad del sistema normativo al cambio social y los límites se vuelven especialmente difusos. Exacerbar la “elasticidad” puede significar “ampliación de derechos”, pero también puede dejarlos sin garantía, afectando la necesaria concatenación argumental en lo que a contenidos de las normas respecta. Luego, el desbalance trasunta en la imposibilidad de satisfacer imperativos de coherencia por parte del conjunto del ordenamiento.

Signos de tamaña desarticulación, pueden ser, en nuestros días, las vacilaciones de una jurisprudencia errática y ostensiblemente temerosa ante la comparecencia de justiciables-pacientes, el comportamiento desbocado del mercado capitalista post-financiero que no logra compatibilizar con las demandas del Estado de Derecho y cierto desgajamiento del tejido social reconstruido en colectivos organizados en el denominado tercer sector que se aseguran el derecho a la atención de la salud a partir de la enfermedad; idea enrevesada, ésta, si la hay, que grita por una concienzuda y urgente revisión.

Bibliografía

BOTIRDETH TOSÍA, J. (1998) “Citas sobre la Salud y los Médicos”, en *Revista Médica Hondureña*, volumen 66, número 4, pp. 180-181.

BATTOLLA, J. y BORTZ, J. (2007) “Los orígenes de la salud escolar en Buenos Aires”, en *Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires*, volumen 27, número 2.

²¹ Al respecto, conviene ver especialmente: PREGNO, E. (2008) “Nombrar a los que nacen muertos como política de Derechos Humanos”, en SLAVIN, P. (comp.), *VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas*, Mar del Plata, Editorial Gráfica Tucumán, pp. 151 y ss.; *id.* (2013) “El Derecho a la atención de la salud en la provincia de Formosa”, en CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo III, Capítulo LXXII, pp. 2109-15.

PREGNO, E. (2014) "Ideas generales para la construcción de una respuesta jurídica...", pp. 57-81.

PREGNO, E. (2011a) "Justicia, utilidad y salud en el Estado de Derecho", en XAVIER, E., VELOSO, W. e XAVIER, W. *Direito e desenvolvimento no marco do Estado democrático*. Montes Claros, INMENSA, 2011, pp. 75-92

— (2011b) "El Derecho de la Salud como exigencia del Estado de Derecho. Los (derechos de los) pacientes y (las obligaciones de) las prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención", en *Antecedentes Parlamentarios: Ley 26.682 - Régimen jurídico de la medicina prepaga*. Buenos Aires, La Ley, Junio, 2011, número 5, pp. 181-98.

— "De la noción de persona al proceso de personalización: una propuesta de modelización integradora desde la Filosofía del Derecho Privado Positivo Argentino" (en prensa).