

LA SALUD COMO SUPRADERECHO

HEALTH AS A SUPERNATURAL RIGHT

MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI¹

Atrás, definitivamente atrás, parecen haber quedado los tiempos en los que la salud era concebida desde una mirada minimalista; esto es, restringida apenas al bienestar físico y a la ausencia de enfermedades y síntomas corporales evidentes. En las últimas décadas hemos asistido a una notable jerarquización de este derecho, que se ha transformado entendidamente en una suerte de *supraderecho* en el que confluyen otros, también de gran relevancia, por la variedad y complejidad de las cuestiones que hoy pueden estar implicadas cuando hablamos del derecho a la salud.

Desde aquella concepción hasta con sesgo negativo (la salud como carencia de dolor, por ejemplo) hemos avanzado hacia una que la identifica positivamente como “completo bienestar físico, mental y social”². Dentro de esta última conceptualización, la Constitución de Córdoba enfatiza que dicho estado también comprende lo “espiritual y ambiental” (art. 59).

Como puede advertirse, la nueva perspectiva supone una dimensión eminentemente individual. Y es en función de esta en la que desembocan o se ponen en juego otros derechos, como la autonomía personal (Constitución de la Nación, CN, art. 19), en tanto esta supone “decidir todas las cuestiones más importantes en torno a la propia vida”³.

Esto implica que, cuando la autonomía opera, por ejemplo, una persona puede regular el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, en aras de “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW, según su sigla en inglés], art. 16.1.a). Pero, al mismo tiempo, dicha persona también tiene derecho a gozar del progreso científico y tecnológico en tanto pueden estar predispuestos al servicio de la salud reproductiva, universo al que pertenecen las denominada técnicas humanas de reproducción asistida (THRA).

Como otras manifestaciones de la autonomía pueden situarse las opciones de moral privada que conllevan determinadas preferencias sexuales. En ese sentido, la Ley n.o 26743 (Identidad de Género), en pos de garantizar una mirada integral de la salud, reconoce el derecho de “acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o

¹ Abogada, profesora Adjunta de Derecho Privado II en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y vocal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba (actualmente en ejercicio de la presidencia).

² Ver la Constitución de la Organización Mundial para la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional (Nueva York, 1946), que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

³ GARGARELLA, Roberto (2016): “La muerte como la decisión más importante sobre la vida” en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (coordinadores), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, t. II, Buenos Aires, La Ley, p. 618.

tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad, a la identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa” (art. 11).

Muy lejos de la filosofía del viejo Código Civil, el Código Civil y Comercial (CCC) ha receptado el nuevo estado de cosas hasta el punto de que, en conexión con el principio de autonomía progresiva de la persona, establece que “a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo” (art. 26).

Atrás han quedado también –incluso cuando en algunos casos podían haber estado animados por buenas intenciones– los viejos paternalismos en los que al paciente se le ocultaba o mitigaba información, dado que a la par de la autonomía hoy se ubica el neurálgico consentimiento informado (CCC, art. 59), como una suerte de diálogo entre el profesional y el paciente, que, una vez ilustrado debida y minuciosamente sobre su estado, puede adoptar determinaciones personalísimas. Esto cobra particular relevancia, por ejemplo, en las denominadas directivas médicas anticipadas o en los supuestos de quienes padecen enfermedades incurables, irreversibles o se encuentran en situación terminal.

Tal es la conexión que actualmente tienen la salud y la autonomía personal que el CCC, en el mismo capítulo (el tercero del libro primero), regula todo lo relacionado con la disposición de los derechos personalísimos –categoría a la que el anterior código solo le dispensaba la nota al art. 2312 y del propio cuerpo. También, todo lo atinente a los márgenes en los que la investigación médica en seres humanos resulta admitida, al consentimiento médico informado y a las directivas médicas anticipadas. Por supuesto que, además, algunos autores sostienen que en dicho capítulo está receptada la mayor parte de las normas referidas a la bioética que contiene el CCC⁴.

La enumeración precedente no ha pretendido agotar las áreas en las que la salud se manifiesta en toda su dimensión individual; solo ha buscado poner en evidencia aquellas que se presentan como las más novedosas a la luz de la legislación vigente.

Pero al lado de dicha perspectiva debe sumarse la social, porque la reforma constitucional de 1994 incorporó un nuevo capítulo de derechos y garantías, en el cual sobresale el derecho de todos los habitantes de gozar de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” (art. 41). Aquí están sentadas las bases de una suerte de sanidad ecológica, que pone en cabeza de todos la obligación de preservar el entorno. Por esta vía, según se ha señalado, la Nación “entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una ‘deuda ambiental’ que deba ser soportada o sufrida por el porvenir”⁵. De la misma forma, si la salud es el derecho al más completo bienestar físico, mental y social, toda acción u omisión tramada con el fin de interferir, coartar o dañar deliberadamente tal estado entraña una agresión intolerable. Por ello, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (más conocida como “Convención de Belém do Pará”) proscribía distintos tipos de violencia que pueden ser ejercidas contra la mujer: la física, la sexual y la psicológica, entre otras. Y esto, con independencia de que estas formas de cosificar a la víctima o de prescindir de su condición de agente moral con poder de autodeterminarse se ejerzan en la unidad familiar o en la esfera de las relaciones interpersonales que tienen lugar más allá de los límites de lo

4 Cfr. BERGEL, Salvador Darío (2014): Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, La Ley (Revista de Derecho de Familia y de las Personas), n.º 135, acápite 3.

5 ROSATTI, Horacio (2017): Tratado de derecho constitucional, t. I, Buenos Aires, La Ley, p. 525.

doméstico. La salud aquí, en tanto problema o síntoma social, también está en juego. A su vez, esta dimensión social se hizo notoria con la sanción de la nueva Ley de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células (n.o 27447), que establece que la ablación de órganos y/o tejidos puede realizarse sobre toda persona capaz, mayor de dieciocho años, que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que, después de su muerte, se practique la extracción de sus órganos o tejidos.

Otro capítulo en el que sobresale esta veta social es aquel en el que ciertas relaciones de consumo efectuadas de forma masiva pueden tener impacto en la salud de una población, grupo o sector, lo que puede dar lugar al ejercicio de la defensa o tutela colectiva de la clase o pluralidad damnificada (CN, art. 43). Esto, con independencia de la acción individual del consumidor cuya salud pueda haber sido afectada por un producto o servicio riesgoso o defectuoso.

Ahora puede comprenderse por qué la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en algunos casos, ha echado mano de la referencia al concepto de vida digna y al artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (relativo a los derechos económicos, sociales, culturales y sociales) para asegurar que los estados provean aquello que fuera necesario en términos de salud, con especial atención en los sectores más vulnerables o postergados.

La dimensión binaria de este derecho (individual y social), así como su condición de espacio jurídico en el que convergen y se relacionan otros derechos de delicadísima textura moral, explica también por qué el derecho a la salud es la más elocuente expresión de la constitucionalización del derecho privado. Basta con recordar la polémica que se suscitó hace dos años con la presentación en el Congreso de la Nación del proyecto de ley denominado “consentimiento informado en materia de vacunación”. Entonces, esta iniciativa abrió la discusión acerca de si los padres o responsables de una persona menor a su cargo podían oponerse a que se practicara dicho acto médico luego de haber sido debidamente informados sobre las ventajas y efectos de la inoculación de la vacuna. En este supuesto puede advertirse la entidad del debate filosófico-moral que puede darse en torno a la salud: ¿hasta dónde llega la esfera de la autonomía personal, por una parte? ¿Y, por la otra, hasta dónde y en cuáles casos puede extenderse el poder coercitivo del Estado, incluso, para imponer conductas eventualmente no queridas por los destinatarios en la medida en que fueran supuestamente benéficas para su salud?

La complejidad que ha asumido todo lo concerniente a la salud tiene su manifestación normativa en la ampliación de las fuentes que resultan aplicables en función de nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. En esto, por cierto, cobran relevancia los principios a los que dan prevalencia los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos (interés superior del niño, de la persona con discapacidad, de la mujer a recibir un trato igualitario y libre de violencia, etc.) y que deben articularse con los de autonomía y vida digna en la resolución de cualquier caso judicial en el que estuviera en juego este derecho de semejante entidad. A ello hay que sumar las perspectivas de la vulnerabilidad y de la humanización de cualquier práctica médica que tampoco deben ser obviadas por quienes fueran llamado a decidir.

En definitiva, este supraderecho, con su actual robustez, densidad y complejidad, se ha instalado para quedarse. Esto, porque, la espesura de su contemporánea configuración es lo que lo vuelve idóneo para plantear y resolver cuestiones que no son fáciles, porque suponen el punto de contacto entre la ética, la filosofía, el desarrollo científico, la bioética, el derecho privado y el derecho constitucional. El que la salud sea punto de convergencia temática no necesariamente significa que sea punto de consensos, porque también pueden friccionar distintas concepciones, en la medida en que este

supraderecho nos enfrenta con preguntas últimas –en el sentido más profundo de esta locución- acerca del comienzo y el fin de la vida, por ejemplo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERGEL, Salvador Darío (2014): *Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley (Revista de Derecho de Familia y de las Personas), n.o 135.
- GARGARELLA, Roberto (2016): “La muerte como la decisión más importante sobre la vida” en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (coordinadores), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, t. II, Buenos Aires, La Ley.
- ROSATTI, Horacio (2017): *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley.