

# EL DEBER DE CUIDAR LA SALUD

*Rodolfo Nicolás Zavaley*

*María Agustina Jacinta Sommer*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Restricciones a los derechos fundamentales. 3. Los derechos fundamentales como principios. 4. El deber del autocuidado de la Salud. 5. El deber de cuidar la salud en el MERCOSUR. 6. Constitucionalismo Provincial Argentino. 7. Conclusiones.

## 1. Introducción

El deber del autocuidado de la salud es en la actualidad una premisa de vanguardia en el contexto de una creciente puja por ampliar cada vez más la obligación de la prestación de salud a cargo del Estado y de los restantes subsectores.

Sin embargo, caben preguntas tales como ¿Cuántas consultas médicas pueden hacerse en virtud del derecho a la asistencia sanitaria cuando las causas de la preocupación no son absolutamente obvias o son sobrellevables; o acaso imaginarios, el achaque o la dolencia? ¿A cuánta medicina preventiva es lícito aspirar? ¿Un chequeo completo cada año con escrutajes, análisis de todo tipo etc., sólo por lo aprensivo que es uno?<sup>1</sup>

Por otro lado, cuán abusivo resulta el accionar de una persona que no cuida su salud y llega al hospital padeciendo de una enfermedad que cierta-

---

<sup>1</sup> Cfr. PEÑA, Lorenzo y AUSÍN, Txetxu, “Cabe un abuso de los derechos positivos”, En <http://digital.csic.es> (9/05/09).

mente se podría haber prevenido con una consulta al médico y el seguimiento de meras recomendaciones.

Ahora bien, la pregunta que le sigue se plantea en el orden de la licitud de limitar el ejercicio de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución Provincial. Partiendo de la concepción del derecho a la salud como un derecho personalísimo, sostenemos un quiebre necesario en el ejercicio del mismo, que está dado por otro derecho personalísimo: la autonomía de la voluntad.

El deber de cuidar la salud, así planteado, constituye en sí mismo un límite al ejercicio del derecho a la salud. Lo que se busca evitar es que con motivo de acciones o inacciones el sujeto haga un acto abusivo del derecho desviándose del fin para el cual el mismo ha sido reconocido.

El deber de la salud está planteado en nuestra Constitución Provincial como una limitación externa. No debemos pensar que lo que se está restringiendo es la accesibilidad a los servicios sanitarios. Justamente, el ejercicio se ve constreñido por el respeto que de los derechos de las demás personas se tiene que tener, para posibilitar, de esta manera, con un carácter solidario el acceso igualitario de todos a la salud.

Así, en este orden de ideas, se abordan cuestiones, que si bien son complejas, demuestran que es iusfilosóficamente válido limitar el ejercicio de los derechos personalísimos de raigambre constitucional.

Finalmente, forma parte de este trabajo, una reseña de la recepción de este deber en las constituciones de las provincias argentinas; como así también en las legislaciones de los estados integrantes del MERCOSUR, con el propósito claro de mostrar el perfil aún más marcado que tiene el deber de cuidar la salud en el derecho comparado latinoamericano.

## **2. Restricciones a los derechos fundamentales**

Si partimos de la concepción de que los derechos personalísimos, dentro del cual se encuentra consagrado el derecho a la salud, no son ilimitados, el planteo de cuáles son los límites válidos a esta clase de derechos es lo primero que debemos abordar.

Si bien es el hecho de vivir en sociedad uno de los fundamentos de las limitaciones externas al ejercicio de los derechos, “una norma puede ser una

restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción”<sup>2</sup>.

Parte de la doctrina clasifica en dos tipos a los límites de los derechos: externos e internos. Si una actuación sale del ejercicio del derecho con el que quiera ampararse, y se va más allá de los límites externos definidos en el ordenamiento como deberes del agente o, lo que viene a ser igual, por los correlativos derechos de otros se trata de un límite externo<sup>3</sup>. En cambio, los límites internos son aquellos impuestos por la misma norma que reconoce el derecho al fijar su contenido.

Además de lo expuesto, los derechos constitucionales de las personas pueden sufrir serias limitaciones en ocasión de situaciones de necesidad y emergencia. Bien sabido es que tal reglamentación a los derechos tiene topes y debe estar debidamente fundamentada la situación de emergencia<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert, “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Título Original, “*Theorie der Grundrechte*”, Suhrkamp-verlag, 1986. Versión en castellano: Ernesto Garzón Valdés. Pág. 272. En el mismo sentido se pronuncia en Tribunal Constitucional español cuando afirma en el fallo STC 058/1998: «que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7., y 2/1982, fundamento jurídico 5., entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5., y 13/1985, fundamento jurídico 2.), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4. a 6.; 120/1990, fundamento jurídico 8., y 137/1990, fundamento jurídico 6.)» (STC 57/1994, fundamento jurídico 6.).

<sup>3</sup> Cfr. PEÑA, Lorenzo y AUSÍN, Txetxu, Ob. Cit. (9/05/09).

<sup>4</sup> En el fallo 9827/05. Obra Social De La Actividad De Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo Para la Vivienda c/ Instituto Nacional De Servicios Sociales Para Jubilados Y Pensionados s/ Incumplimiento De Prestación De Obra Social. 12/01/06, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que “Si graves circunstancias de perturbación autorizan “el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica de que lo que admiten períodos de sosiego y normalidad”, la norma de emergencia tiene que ser circunstancial

Ligado a los límites externos, se plantean en el caso concreto dos extremos, de un lado, el respeto por la libertad personal, del otro, la obligación jurídica de no abusar del derecho. En este marco es que se plantea el deber de cuidar la salud pero como un bien con impronta social, de modo que, de ninguna manera se invada la esfera de privacidad de la persona, pero tampoco signifique un uso abusivo y extralimitado de los servicios de salud atentando de esta manera contra la seguridad social.

El artículo 1071 del Código Civil configura el marco legal principal que condena el ejercicio abusivo de los derechos. Lo que ley ampara es el ejercicio regular de los derechos. Para caracterizar la conducta abusiva se ha adoptado un criterio finalista, con el agregado de directivas que hacen referencia a las nociones de buena fe, moral y buenas costumbres (art. 1071, segundo párrafo), pautas que nos permiten interpretar la conducta del titular del derecho del que se trata<sup>5</sup>.

Importante sector de la doctrina considera que el acto abusivo requiere para su configuración haber incurrido en dolo o culpa, o al menos que esa imputabilidad pueda inferirse de la conducta objetiva del autor del abuso, como *animus nocendi* <sup>6</sup> ínsito en el acto<sup>7</sup>.

Otros consideran que si bien es cierto que el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el

---

y temporaria (confr. Fallos: 136:171; 200:450; 202:456; SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia”, L.L. 1990-D-1036). La emergencia es una excepción a la regla, es una situación especial que permite apartarse de lo normal, por circunstancias extraordinarias (confr. LORENZETTI, Ricardo, “La emergencia económica y los contratos”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 56).”

<sup>5</sup> Cfr. “El Abuso del Derecho” por Luis MOISSET DE ESPANÉS publicado en: <http://www.acaderc.org.ar>. (25/05/09).

<sup>6</sup> *Animus nocendi*: Propósito de dañar o perjudicar. Se produce no sólo en la evidente o violenta violación del orden jurídico a través del dolo, el fraude, la simulación y los delitos contra personas y cosas, sino en la modalidad de ejercitar ciertos derechos. En <http://www.definicionlegal.com>. (25/05/09).

<sup>7</sup> En este sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2da Nominación de Santiago de Estero en los autos “O.S.D.E c/ Cortes, Gabriel Alberto y otros” ha dicho que “*Abusar, es usar mal o indebidamente algo (en el caso la medida cautelar); y exceder, es sobrepasarse, ir más allá de lo lícito o razonable. Estas expresiones configuran la ilicitud, como presupuesto para la procedencia de su aplicación*”.

dolo o la culpa, sino que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por el art. 1071 del Código Civil<sup>8</sup>.

Según Moisset de Espanés, en la jurisprudencia se distinguen dos categorías de actos abusivos, por un lado, aquel que desde el punto de vista subjetivo implica el ejercicio de un derecho con el solo propósito de causar un daño o bien cuando se lo ejerce causando un daño sin obtener ningún beneficio. Por otro lado, existe un criterio objetivo que distingue aquellos actos que son antifuncionales, o contra las finalidades generales del derecho o, como expresa el art. 1071 del Código Civil, contrarios a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo o, también, cuando el titular ejerce su derecho contrariando los dictados de la buena fe desviándolo del fin para el cual el derecho ha sido reconocido. Para el autor, para calificar el acto de antifuncional cabe prescindir de la intensión maléfica y aún toda negligencia o culpa del agente, basta con que ocasione a la otra parte un perjuicio anormal y excesivo<sup>9</sup>.

### **3. Los derechos fundamentales como principios**

El abuso del derecho se presenta como un criterio para limitar la conducta del titular: va a ser abusivo cuando su ejercicio sea contrario a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo. Ahora si entendemos a los derechos fundamentales como principios, el ejercicio del derecho a la salud va a consistir en un grado de optimización de la conducta. De ahí que el deber que se imponga al sujeto limitando su conducta va a consistir en una restricción que necesariamente tiene que consistir en una norma.

Es importante distinguir entre normas de competencia y normas de prohibición o mandato a los habitantes para comprender cuando una norma constituye una restricción de los derechos. Las primeras no constituyen ninguna restricción sino tan solo fundamentan la restringibilidad de los derechos fun-

---

<sup>8</sup> “Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico”. En “El Abuso Del Derecho” por Luis Moisset de Espanés publicado en: <http://www.acaderc.org.ar>. (29/05/09).

<sup>9</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob. cit.

damentales. Respecto a las segundas tiene importancia fundamental hablar de reglas y principios<sup>10</sup>.

Una regla es una restricción de un derecho fundamental cuando, con su vigencia, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho iusfundamental *prima facie*, aparece una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido<sup>11</sup>. En cambio, un principio es una restricción de derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón que justifica la regla.

El filósofo alemán Robert Alexy deja sin lugar a dudas que los derechos fundamentales “*están restringidos y son restringibles sino también que su restricción y restringibilidad son restringidas*”<sup>12</sup>. De ello se sigue, que los derechos no son ilimitados. En este orden de ideas, y partiendo de la concepción de que las normas iusfundamentales constituyen en sí mismo principios, podemos sostener que una restricción es válida: “*si en el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio fundamental, la restricción va a ser admisible*”<sup>13</sup>.

Ricardo Lorenzetti, de conformidad con la doctrina de Alexy<sup>14</sup>, señala que así como el conflicto de reglas en un sistema codificado se resuelve en el plano de la validez, cuando la colisión es entre principios intrasistémicos, se requiere un análisis de capacidad argumentativa llamado juicio de ponderación. El juicio de ponderación, a decir de Alexy, se guía por la siguiente premisa: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”<sup>15</sup>.

Es perfectamente posible presentar la situación de colisión de principios en lo que respecta al deber de cuidar la salud. Ella se da cuando se habla, por una parte, de la obligación de respetar la autonomía de voluntad y, por otra de la obligación del mismo sujeto pasivo de cuidar su salud. Estos mandatos valen

---

<sup>10</sup> Cfr. ALEXY, Robert, Ob. Cit. pág. 272

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Cfr. ALEXY, Robert, Ob. Cit. pág. 286

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> SAUX, Edgardo Ignacio, Conflicto entre derechos fundamentales, acervo de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales en <http://www.acaderc.org.ar>.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert, ob.cit. pág. 161

relativamente con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas de su cumplimiento. Si tan sólo existiera el principio que supone el cuidado de la salud, estaría permitido violentar la autonomía de la voluntad. Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se lo soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no.

#### 4. El deber del autocuidado de la Salud

En la Constitución de Córdoba se reconoce el derecho a la Salud de manera expresa, sobre todo a partir de la reforma de constitucional de 1987, que renace con una impronta muy marcada de contenido social. La Constitución de Córdoba trata este derecho de manera integral, como un derecho personal, como un derecho social y como deber personal con una finalidad social.

La salud en Córdoba es reconocida como un derecho integral que comprende no sólo lo físico, lo espiritual, sino también lo social y ambiental. La ley suprema provincial en su art. 59 adopta un concepto moderno y amplio; pues este derecho le pertenece a todos los habitantes de la provincia, independientemente de cual fuera su nacionalidad. El texto constitucional le otorga al Estado Provincial la obligación de tomar acciones positivas para garantizar el derecho a la salud. Asimismo la Provincia se reserva y reafirma el poder de policía en materia de salud (art 16 C.P. y art. 121 C.N) y el poder de restringir y regular el derecho a la salud. (art. 19 C.Cba.)<sup>16</sup>.

La Sección Tercera de la Constitución Provincial de Córdoba, en su artículo 38 enuncia los deberes de toda persona, entre los cuales expresamente compele a todos los habitantes de la Provincia de Córdoba a “*Cuidar su*

---

<sup>16</sup> Cfr. ZAVALEY, Nicolás, “Compilación de las Normas Basales del Sistema de Evaluación Ética de la Investigación Biomédica en la Provincia de Córdoba” en ORTEGA, José Emilio (Director) y Zavaley, Nicolás (Codirector), *Práctica Jurídica de la Salud Pública*, Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, 2008, pág. 110.

*salud como bien social*". En concreto, la norma reza: "*Los deberes de toda persona son: inc. 9: Cuidar la salud como bien social*".

Como contrapartida de ese derecho a la salud, surge el deber de cuidar la salud.

Esta sección, incorporada en la parte dogmática de nuestra Carta Magna provincial, luego de enumerar en el art. 19 los derechos personales nos lleva a hacer distinciones en el orden de la filosofía jurídica y expresar con los constituyentes de la Convención de 1987 cuando citan a Carlos Cossio, que "*Facultad y deber se coimplican*"; "*Pero el hecho de que estos conceptos tengan la misma extensión lógica, en razón de su coimplicación, no quiere decir que ambos piensen la misma significación en el dato común*"<sup>17</sup>.

Esta distinción entre derecho y deber es una repetición de lo que disponía aquella histórica Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que expresa: "*El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y Deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan*"<sup>18</sup>.

Cuando hablamos del deber en particular, en el Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente, la voz del Dr. Antonio María Hernández, se hace escuchar cuando afirma que los fundamentos de los deberes se vinculan con tres aspectos: "*en primer lugar, con la democracia; en segundo lugar, con el concepto de lo que es el hombre; y en tercer lugar, con el constitucionalismo social*"<sup>19</sup>.

Deberes, que como se puede observar en el derecho comparado, los mismos ya estaban incluidos en las cartas magnas de la época de la reforma de nuestra constitución: así la Constitución española de 1978<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> "*El concepto del facultad piensa en la libertad metafísica del "yo", en su autodespliegue; ya como señorío, ya como inordinación. Mientras que el concepto de deber piensa en los hechos cumplidos por el "yo" en la inordinación*". Diario de Sesiones de Convención Provincial Constituyente de 1987. Págs. 1584 y 1585.

<sup>18</sup> El Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adopta esta correlación entre derecho y deber.

<sup>19</sup> Diario de Sesiones de Convención Provincial Constituyente de 1987. Págs. 1585 y 1586.

<sup>20</sup> En la Constitución Española en su título primero cuando habla "De los Derechos y Deberes Fundamentales". en la Sección Segunda, en el artículo 30 inciso 4) expresa que median-

El Dr. Hernández cita en sus exposiciones a René Cassin quien al referirse a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre expresó: “*Los artículos 28 a 30 proclaman la existencia de deberes del individuo hacia la comunidad, sin lo cual no podría expandir completamente su personalidad y hacia cada uno de los otros hombres. El individuo debe respetar los derechos y libertades de los demás y aceptar para el ejercicio de sus derechos las limitaciones impuestas por la moral, el orden público y el bienestar en una sociedad democrática*”<sup>21</sup>.

Cuando nos referíamos *supra* a que “*Los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan*” sostenemos que la salud es un bien que no se puede considerar por sí mismo, sino en referencia precisamente a la vida que da sentido a la salud. Por esta misma razón es que cuando hablamos del mandato de cuidar la salud estamos poniendo la vida por encima del derecho a la autonomía personal. Así, la salud y el deber de preservarla, alcanzan una valencia social de primera importancia que siempre se vivió en el caso de las epidemias y los contagios, pero que en la actualidad es una parte sustancial de la atención social a los ciudadanos por parte del Estado<sup>22</sup>.

El precepto de cuidar la salud encuentra legitimación en la ideología solidarista propia del estado social de derecho conforme a la cual el individuo tiene el deber de, por ejemplo, contribuir con los impuestos al estado, del que se eximiría en caso de no curarse<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, cuando la Constitución nos constriñe a realizar un autocuidado de la salud enfatizamos que se trata de una limitación de carácter externo. Se refiere en definitiva a un límite al ejercicio del derecho de la salud, y no al contenido de este derecho<sup>24</sup>.

---

te ley podrá regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de graves riesgos, catástrofes o calamidad pública”. Asimismo en el art. 43 regula en particular los derechos y deberes respecto a la salud pública.

<sup>21</sup> Diario de Sesiones de Convención Provincial Constituyente de 1987.

<sup>22</sup> Cfr. PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL, José, “Preservar la salud: capacidades y límites” en <http://es.catholic.net>. (20/05/09)

<sup>23</sup> Diario de Sesiones de Convención Provincial Constituyente de 1987.

<sup>24</sup> En efecto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud, como un mecanismo para despojar de contenido cierto a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

El autocuidado podría considerarse como la capacidad de un individuo para realizar las actividades necesarias para vivir y sobrevivir. El autocuidado es definido por como la práctica de actividades que los individuos inician y realizan para el mantenimiento de su propia vida, salud y bienestar, haciendo énfasis en la prevención de una mala salud. El autocuidado es una conducta humana, un comportamiento aprendido que tiene las características de acción intencionada. El autocuidado se produce a medida que los individuos se ocupan en acciones para cuidar de sí mismos influyendo en los factores internos y externos para regular su propio funcionamiento y desarrollo interno<sup>25</sup>.

Tanto en la doctrina como la jurisprudencia argentina en torno a la responsabilidad por mala praxis se ha comenzado a hablar de la importancia de la conducta de la víctima. En estos casos se pondera las acciones que el sujeto realice o deje de hacer tendientes a preservar su salud. La conducta omisiva se la considera una concausa en el daño que haya sufrido, toda vez que no sólo es responsabilidad de los médicos sino propia también. Así lo tiene dicho la jurisprudencia en un caso reciente: *“Si bien en natural que el paciente deposite su confianza en el médico emergentólogo y la médica clínica que lo examinaron en su domicilio en Bs. As., también era de su propia responsabilidad estar atento a la persistencia del dolor precordial y de ambos miembros superiores, no obstante la medicación prescripta. El paciente omitió el deber de preservar su propia salud, al no escuchar las señales de su propio cuerpo y sin siquiera plantearse la posibilidad de un eventual error de diagnóstico o bien de que éste fuera incompleto ante la falta de práctica de un electrocardiograma que descartara una dolencia o eventual crisis cardíaca. Tal es así que, en vez de ir con premura al consultorio de otro especialista de reputación reconocida o a un hospital o clínica, le restó la debida trascendencia a la arritmia cardíaca que motivó su internación en la Clínica de la Ciudad el 1998. Esta actitud pasiva, de negación y de omisión también es reprochable a la víctima, más allá del grado de conocimientos que posea el paciente para jerarquizar o relativizar los síntomas”*<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. CARBONE, Javier, “Importancia del auto cuidado en las enfermedades crónicas: barreras que tenemos para ejercerlo” en <http://www.aedip.com> (27/05/09).

<sup>26</sup> Cámara Nacional en lo Comercial, en los autos “V. F. M. L. c/ Diagnos S.A.M.A. s/ ordinario”, (21/4/2009).

## 5. El deber de cuidar la salud en el MERCOSUR

Es nuestro propósito efectuar una aproximación de la legislación en materia sanitaria en las constituciones de los países miembros del Mercosur. Esto nos da una perspectiva de las semejanzas en el planteo del deber de cuidar la salud en la diversidad legislativa.

La Constitución Nacional si bien no comprende en su articulado mención alguna al derecho a la salud y menos aún del deber del autocuidado de la salud, a pesar de la ausencia formal del reconocimiento del derecho a la Salud, es posible detectar que en ella se encuentran las bases implícitas para que el Estado se ocupe de la atención de la salud.<sup>27</sup> Así, los Arts. 41 y 42 de nuestra Constitución Nacional sientan esas bases al tratar del derecho a un medio ambiente sano y a la salud de consumidores y usuarios. Esta disposición, en concordancia con lo previsto en el artículo 33, en cuanto que *“las declaraciones, derechos y garantías no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*, es coherente con lo acordado en Pactos y Convenios Internacionales que hoy forman parte de nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22 CN). Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXXV establece que *“Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”*.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay, en su artículo 44 expresa claramente que *“Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad”*. Llama la atención el hecho de que el Estado solamente proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

La Constitución de la República Federativa del Brasil no incorpora expresamente el deber del autocuidado de la salud. El sistema de salud en Brasil responde a un *“Sistema Único de Salud”* de acceso universal, con la participa-

---

<sup>27</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado”, Publicación Científica, Fuenzalida Puelma, Hernán L y Scholle Connors, Susan (ed.), Organización Panamericana de la Salud, Washington, 1989, págs. 29 a 31.

ción de los tres niveles de gobierno. La Carta Magna de Brasil legisla el derecho a la Salud como un derecho del ciudadano y obligación del Estado, complementado por un Sistema Privado de salud<sup>28</sup>.

En Paraguay, con la sanción de la nueva Constitución Nacional en 1992, se declara en sus artículos 68 y 69 “*que el Estado protegerá y promoverá el derecho a la salud como fundamental, proveyendo las condiciones dentro del Sistema Nacional de Salud, recursos, planes y políticas integradas al desarrollo*”. En ellos, de una manera indirecta, legisla este deber de cuidar la salud al obligar a toda persona a “someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley”, siempre en un marco de respeto a la dignidad humana.

Así, existe una Constitución dentro del Mercosur que impone al paciente el deber de cuidar la salud expresamente; en el otro extremo, la Constitución Argentina ni siquiera legisla entre sus derechos explícitos el relativo a la salud; la constitución de la República Federativa de Brasil posee una tendencia marcada a receptorarlo como derecho sin expresarse sobre la obligación del autocuidado; y por último, en la constitución de Paraguay se puede inferir la potestad que otorga de reglar los alcances del derecho a la salud.

## 6. Constitucionalismo Provincial Argentino

No obstante, haber unanimidad de criterios en cuanto a la necesidad de proteger y cuidar la salud de las personas, las constituciones provinciales han adoptado distintos puntos de vista a la hora de elaborar las normas pertinentes para lograrlo.

Por un lado, están las disposiciones que se enfocan en las políticas de los Estados para promover la salud pública de sus pueblos que constituye la mayoría de ellas, y por otro están las que lo hacen incluyendo el mandato de cuidar la salud sin dejar de reconocer el correlativo derecho.

---

<sup>28</sup> La Carta Magna de Brasil en su art. 196 establece: “La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.” La constitución en su última reforma de 1988 en la Sección II incorpora las directrices que ordenan el sistema único de salud, como así también la iniciativa privada en salud.

Siguiendo la segunda de las tendencias, la Constitución de Santa Fe contiene una cláusula programática en relación al cuidado personal de la salud: *“La Provincia tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes de la comunidad y del individuo en materia sanitaria...”* (art. 19). Asimismo, en el mismo orden de ideas somete a las actividades profesionales afines a la salud a la reglamentación de la ley para asegurarla.

Otro ejemplo claro dentro del constitucionalismo provincial es la Provincia de Río Negro. En su articulado, dentro de la política previsional establece expresamente el deber de cuidar la salud *“... Los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad...”* (art. 59)<sup>29</sup>.

## 7. Conclusiones

En la práctica, se presentan abusos en el ejercicio del derecho a la salud. Aquél que sin necesidad utiliza el servicio de salud desmesuradamente está abusándose de él. Pero también lo hace aquél que hace oídos sordos a las recomendaciones que realizan los organismos encargados de la salud y no cuida ni la propia salud ni la de los demás. En uno u otro caso el abuso debe ser analizado en el caso concreto.

Tras exponer la idea del abuso de los derechos, llegamos a la conclusión de que es ajustado a derecho afirmar que la autoridad pública debe ocuparse de encauzar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, no sólo para resguardar la vida de los terceros, sino porque a este derecho le corresponde un deber fundamental, cual es el de cuidar la propia salud para evitar un mal mayor y permitir el acceso al servicio sanitario a aquellos que inevitablemente necesitan.

Podemos concluir que en la evolución del pensamiento legislativo constitucional y el que inspiró los diversos tratados internacionales que se han venido

---

<sup>29</sup> Cfr. FERNÁNDEZ BALFHOR, Juana de Vigay y RICHENI DE BARRETO, Ma. del C., “El Equipo Médico. Responsabilidad Del Estado”, I Jornada Interprovincial De Responsabilidad Civil Del Médico en <http://www.justiciachaco.gov.ar>, (23/5/09).

ocupando de la materia, ha habido períodos en que ha predominado una visión de salud pública, que paulatinamente ha dado paso a una visión que pone el acento en la defensa de los espacios de libertad personales casi sin coto alguno. Esto ha dejado importantes vacíos que a la larga resultan en importantes costos personales y sociales en materia de salud.

Es preciso, por ello, como dijimos al principio, hacer merecedores a los cordobeses de un derecho a un acceso igualitario a la salud y para ello, este servicio jurídico procurando interpretar la realidad en Córdoba, plantea la necesidad de desarrollar pautas de cumplimiento y control del deber correlativo del autocuidado de la propia salud.