



SERIE SOBRE GARANTÍA DE PRESTACIONES PRIORITARIAS
documento III

Lineamientos metodológicos para la recopilación y análisis de los marcos normativos: hacia la garantía de las prestaciones prioritarias en salud sexual y reproductiva

Agustina Ramón Michel
Ana Cristina González Vélez
Silvina Ramos

Lineamientos metodológicos para la recopilación y análisis de los marcos normativos: hacia la garantía de las prestaciones prioritarias en salud sexual y reproductiva

SERIE SOBRE GARANTÍA DE PRESTACIONES PRIORITARIAS
DOCUMENTO III

Agustina Ramón Michel,
Ana Cristina González Vélez y Silvina Ramos

Diciembre 2011

CEDES

Centro de Estudios de Estado y Sociedad

Sánchez de Bustamante 27

C1173AAA Buenos Aires – Argentina

Tel./Fax: (54-11) 4865-1707 / 1704 / 1712 / 4862-0805

Este documento ha sido elaborado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad, CEDES, consultor para el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). La supervisión técnica estuvo a cargo Alma Virginia Camacho, Asesora Regional en Salud Sexual y Reproductiva, Oficina Regional, del Fondo de Población de las Naciones Unidas. Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad de las autoras y pueden no coincidir con las de la Organización.

© Agustina Ramón Michel, Ana Cristina González Vélez y Silvina Ramos

Editado en Buenos Aires, Argentina

Diseño y diagramación: www.glyphosxp.com

ISBN: 978-987-24796-5-7

Cualquier parte de esta publicación puede ser copiada, reproducida, distribuida o adaptada sin permiso previo de la autora o editora, siempre y cuando quien se beneficie de este material no lo copie, reproduzca, distribuya o adapte con propósitos de ganancia comercial y que las autoras reciban crédito como la fuente de tal información en todas las copias, reproducciones, distribuciones y adaptaciones de material. CEDES agradecería recibir una copia de cualquier material en el que esta publicación sea utilizada.

Autoras

Agustina Ramón Michel es abogada de la Universidad Nacional de Tucumán. Cursó una maestría en relaciones y negociaciones internacionales de la Universidad de San Andrés y FLACSO. Actualmente se encuentra cursando el Doctorado en Derecho en la Universidad de Palermo. Es investigadora asistente del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES). En el área salud, economía y sociedad del CEDES desarrolla, desde agosto de 2007, investigación en derechos sexuales y reproductivos junto a un equipo interdisciplinario. Ha sido parte de proyectos financiados, entre otros, por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Fundación Ford. Ha sido invitada a dar talleres y charlas en distintas provincias del país. Es becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Trabajó como asistente de investigación de Paola Bergallo de la Universidad de San Andrés, en el proyecto de investigación «Right to health through litigation» coordinado por investigadores del Chr. Michelsen Institute y la Facultad de Medicina de la Universidad de Bergen (Noruega) entre otros trabajos de investigación. Ha sido co-investigadora sobre patentes farmacéuticas en el estudio del caso argentino en el proyecto «Balancing Wealth and Health: The changing Interaction of Transnational and National Intellectual Property Laws and its impacts of Access to Medicines in South America», coordinado por la Universidad de Los Andes y profesores de la Universidad de Nueva York. Se desempeña, además, como profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y como asistente docente en el Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés. Fue parte de un programa de intercambio entre la Universidad de Yale y la Facultad de Derecho de Palermo. Ha escrito artículos sobre aborto y patentes farmacéuticas, así como ha colaborado en la publicación de libros y trabajos sobre derechos sexuales y reproductivos, aborto y derecho a la salud.

Ana Cristina González Vélez es médica y tiene una maestría en investigación social en salud. Fue Directora Nacional de Salud Pública en Colombia (2002-2004), médica y oficial de asuntos sociales en la División de Asuntos de Género de la CEPAL (2010). Se desempeñó como asesora del UNFPA y el Ministerio de la Protección Social, Colombia, en el año 2011, para el proceso de la reforma del sector salud. Es investigadora visitante del Centro de Estudios de Estado y Sociedad de Argentina. Experta en reformas del sector salud, salud pública, salud sexual y reproductiva e incidencia política. Ha integrado diversas juntas directivas nacionales (Instituto Nacional de Salud, Colciencias) e internacionales (Senior Technical Advisory Group de la OMS, Global Doctor's for Choice y Reproductive Health Matters) y ha participado activamente en el movimiento de mujeres tanto en el ámbito nacional como internacional. Entre sus publicaciones y trabajos, se destacan *Redes en Acción. Salud y derechos sexuales y reproductivos en América*

Latina, en coautoría con S. Ramos, A. Londoño y M. Romero, CEDES con apoyo de la Fundación Ford, Montevideo, 2009; *Legal Abortion: A Comparative Analysis of Health Regulations*, IPPF, 2009; *Causal salud: interrupción del embarazo, ética y derechos humanos*, Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres/Colombia, Alianza Nacional por el Derecho a Decidir/México y Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología/FLASOG, en consenso con 15 organizaciones más, 2008; *Aborto legal: regulaciones sanitarias comparadas*. IPPF, 2007; *¿Cómo definir y recopilar buenas prácticas en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos? Goce efectivo de derechos: un marco de referencia*, Serie Mujer y Desarrollo 104, División de Asuntos de Género, CEPAL, Santiago de Chile, 2010; *Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe*, Serie Mujer y Desarrollo 110, División de Asuntos de Género, CEPAL, Santiago de Chile, 2011.

Silvina Ramos es socióloga con formación de posgrado en investigación social. Ha sido investigadora titular del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) de Argentina desde 1990 y directora de esa institución académica entre 2002 y 2008. Actualmente es miembro del Comité Asesor de Investigaciones en Salud de la OMS (ACHR, por sus siglas en inglés) (2009-), codirectora del Observatorio en Salud Sexual y Reproductiva de Argentina (OSSyR) (2008-), integra la comisión directiva de la organización de derechos humanos Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina (2009-) y es miembro del Consejo Asesor del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación (Argentina). Ha desarrollado investigaciones en los campos de la sociología de la medicina, sistemas y políticas de salud y salud pública, con particular foco en la salud y los derechos sexuales y reproductivos. Ha coordinado equipos de investigación multidisciplinarios nacionales y regionales. Tiene una amplia experiencia como docente en instituciones de salud, públicas y privadas, de la Argentina y latinoamericanas, en los campos de metodologías cualitativas, sociología de la medicina, y salud reproductiva. Sus publicaciones incluyen artículos en revistas con referato, capítulos de libros y materiales de divulgación científica (<http://www.cedes.org/investigadores/index.html>). Se desempeñó como Coordinadora de Programas del Consorcio Internacional de Aborto con Medicamentos (ICMA, por sus siglas en inglés) (2010-2011), del que fue Oficial de Enlace de Redes (2008-2009). Ha sido Vicepresidenta del Comité de Política y Coordinación del Programa Especial PNUD/UNFPA/OMS/Banco Mundial, de Investigación, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana (HRP) de OMS (2007-2009). Se desempeñó como coordinadora de la Comisión Nacional Salud Investiga del Ministerio de Salud de la Argentina (2006-2008), como cocoordinadora del Área de Ciencias Sociales del Fondo de Ciencia y Tecnología (FONCyT) del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Argentina (2009-2010) y como cocoordinadora académica de la Maestría en Ciencias Sociales y Salud CEDES-FLACSO, Argentina (1998-2003).



índice

Presentación.....	7
--------------------------	----------

Capítulo I.	
El derecho como límite y oportunidad.....	10

Capítulo II.	
El contexto político-institucional del	
régimen legal de la salud sexual y reproductiva:	
el sistema de salud	15

Capítulo III.	
La dinámica de la producción legal.....	20

Capítulo IV.	
El derecho como conjunto de reglas	23

IV.1. Nociones básicas: componentes, relaciones	24
--	-----------

IV.1.1. Normas: reglas y principios	24
--	-----------

IV.1.2. Los derechos	29
IV.1.3. Ordenamiento jurídico	30
IV.2. Identificación y comprensión de los marcos normativos	32
IV.2.1. Ámbitos y relaciones	33
IV.2.2. Niveles jurídicos	35
IV.2.3. Preguntas clave	70
IV.3. Consecuencias jurídicas del reconocimiento del derecho a la salud para la toma de decisiones institucionales	76

Capítulo V.	
Conclusión	80

Referencias bibliográficas	81
---	-----------



*p*resentación¹

*E*l presente documento ofrece una propuesta metodológica sobre la identificación y el análisis del mapa jurídico, para la incorporación de prestaciones prioritarias en SSR. Se presenta un conjunto de lineamientos para comprender los aspectos y la organización de los marcos normativos relevantes en cada contexto, relativos a la incorporación, ampliación o modificación del paquete de prestaciones en SSR.²

Las normas jurídicas son parte fundamental del trayecto de las decisiones sobre la definición de prestaciones básicas en SSR, y necesarias para su justificación. Los criterios disponibles, seleccionados e implementados para priorizar las prestaciones exceden el ámbito del derecho, pero no están desvinculados de este

¹ Este documento está elaborado sobre la base de los trabajos de Juanita Durán¹ y Paola Bergallo² sobre marcos regulatorios en SSR de Colombia y la Argentina respectivamente, en el marco del Proyecto «Entorno político habilitado para integrar la salud sexual», consultoría del CEDES para el UNFPA LACRO 2010.

² En adelante, para simplificar la lectura se hará referencia a la incorporación de prestaciones, como incluyendo las actividades de modificación e incluso eliminación de prestaciones, salvo cuando se las trate de modo diferenciado.

terreno. La direccionalidad técnica y estratégica de agentes gubernamentales y del sistema de salud está enmarcada y habilitada por elementos jurídicos, como los derechos constitucionales, los principios jurídicos fundamentales, las reglas de competencia, entre otras normas jurídicas.

En el proceso definición del aseguramiento —y de las prestaciones prioritarias como parte de éste— el derecho es un condicionante y a la vez un criterio para la toma de decisión. La importancia de los materiales jurídicos se ha acentuado en la medida en que se ha incrementado la complejidad legal. La complejidad legal es un rasgo del derecho en las democracias actuales. La intervención más intensa por parte del Estado en distintas áreas de la vida social, el avance del conocimiento técnico y especializado que demanda adaptación a las reglas jurídicas, la propensión al legalismo como parte de la tradición jurídica continental en América latina, la incorporación de un amplio catálogo de derechos por medio de los tratados de derechos humanos y su constitucionalización, la producción legal de actores privados, la sofisticación de la administración pública, junto con las particularidades del sistema de salud, ayudan a comprender esta complejidad y, en algunos casos, los estados de inflación normativa dados por la producción y convivencia copiosa de normas.

En este contexto, los decisores en materia de prestaciones de SSR, ya sea en el Poder Legislativo o en instituciones del Ejecutivo, pueden enfrentarse a situaciones en las que no se avizore la solución jurídica específica o ésta no parezca la más adecuada. Con frecuencia, avanzar en la búsqueda de una respuesta, requerirá conocer algunos rasgos del marco jurídico del área de salud, llevar a cabo interpretaciones estabilizadoras de normas en conflicto y argumentar utilizando los materiales jurídicos disponibles.

Como ya lo indica el título, la finalidad de este documento es facilitar a los países de la región la construcción del marco normativo relevante para definir prestaciones prioritarias de SSR en los paquetes básicos. Las herramientas que se presentan constituyen un set para el abordaje de la incorporación de prestaciones y un ensayo de metodología destinada a ser utilizada para la integración de prestaciones de SSR en los paquetes de salud u otra modalidad institucional.

En los procesos de cambio de la lista de prestaciones en SSR, el mapa jurídico local, sus posibilidades y límites, variarán según el sistema jurídico, el diseño

institucional y otros factores vinculados al sistema de salud, prácticas institucionales y contextos políticos determinados. Debido a esto, se busca suministrar un menú de pautas que sirven de guía para su aterrizaje en los escenarios nacionales. Asimismo, dada la pretensión de ofrecer una herramienta metodológica a la región de América latina, se basa en las características mínimas comunes de los marcos normativos la región, y se utilizan abstracciones que se acompañan de ejemplos para facilitar la comprensión.

Como se mencionó, la incorporación de una nueva prestación de SSR constituye una decisión institucional llevada a cabo a través de un proceso de priorización que es a la vez tanto técnico como político y que es necesario enmarcar en las reglas legales y, por ende, justificar a través de argumentos, incluidos los jurídicos. De este modo, para los fines de este trabajo, se abordará el derecho como el conjunto de reglas (instituciones y prácticas) que estructuran la distribución de poder y organizan el sector de la salud, habilitando y limitando la toma de decisiones institucionales. Desde este abordaje se presentará una serie de aspectos necesarios para reconstruir el mapa jurídico y, de esta manera, comprender sus aspectos más importantes en relación con la incorporación, modificación o eliminación de prestaciones en SSR.

El presente documento está organizado en cinco secciones. Primero se presenta la propuesta estructural de este trabajo, esto es, la mirada del derecho en tanto ofrece oportunidades y límites a los cambios de prestaciones en SSR. En la segunda sección se analiza el sistema de salud como referencia ineludible para abordar los marcos normativos en esta área. Luego se considera la producción de normas como modo de acercarse y comprender aspectos de la dinámica jurídica. En la cuarta sección se aborda el derecho como un conjunto de reglas que pueden habilitar u obstaculizar las rutas para los cambios en las prestaciones. Finalmente se esboza una conclusión.

Capítulo I.

el derecho como límite y oportunidad³

*L*os sistemas jurídicos de América latina reconocen el derecho a la salud, otorgándole estatus constitucional. Los derechos, contemporáneamente, no sólo limitan el poder del Estado frente a los individuos, sino que estructuran el ámbito de la burocracia, y han supuesto también una conquista para el Estado.³ Por otro lado, el reconocimiento del derecho a la salud no supone su inmediato cumplimiento sino que media una distancia entre el derecho formal y los modos como adquiere vida el derecho. Hay que tener en cuenta también que el derecho a la salud exige una serie de definiciones para su realización. Dar forma al derecho a la salud implica un proceso para, entre otras cuestiones, definir su alcance, las acciones debidas por parte del Estado, el conjunto de prestaciones incluidas.

En la medida en que el derecho regula conductas, es decir, tiene una pretensión normativa (de normar), impone restricciones y habilita conductas. El dispositivo

³ Este abordaje inspira el proyecto general de investigación CEDES-UNFPA (LAC) respecto del Documento sobre lineamientos para la garantía de las prestaciones prioritarias en salud sexual y reproductiva.

fundamental del derecho para llevar a cabo esta finalidad es la formulación, interpretación y aplicación de reglas. Las reglas jurídicas, al igual que otras reglas (como las morales y sociales) ejercen presión sobre el comportamiento, aunque esta presión «sobre las conductas difiere en cada caso: algunas cierran por completo el camino que se pretende tomar, otras colocan incómodos obstáculos que deben sortearse para alcanzar los objetivos que se persiguen, mientras que otras sólo son tomadas en cuenta cuando resultan útiles para la obtención de fines». ⁴ Esto se advierte en las prácticas institucionales del Estado, cuando funcionarios acomodan las reglas según sus propósitos, eluden la implementación de otras, adhieren de modo dogmático y restrictivo a sus textos, o interpretan su alcance y las aplican de buena fe y de modo responsable.

El Estado, sus poderes, las agencias administrativas y los operadores no sólo tienen a su cargo la producción legal, sino velar por su cumplimiento y garantía, respecto de las/os ciudadanas/os. Concretamente, las instancias institucionales con participación en la generación de normas y mecanismos vinculados a la SSR están condicionadas e influenciadas por el derecho. Así, el Poder Legislativo puede sancionar leyes marco de salud que incluyan una sección de SSR, pero esta sanción debe adecuarse a ciertas reglas de competencia y a los mandatos constitucionales. Asimismo, toda actuación administrativa debe estar habilitada por cobertura legal previa, es decir la ley, ya sea general o específica, debe enmarcar su desenvolvimiento. ⁵

Las normas jurídicas en el ámbito de la salud establecen las misiones de las agencias, habilitan y delimitan las funciones de salud pública, y asignan fondos. Sin duda, el derecho es uno de los ingredientes esenciales en la práctica de salud pública. Así, contamos con normas jurídicas que tratan sobre 1) infraestructura y funciones, 2) las formas de intervención (el uso de la ley como un instrumento para alcanzar objetivos específicos de salud), y 3) intersectorial, en referencia a las leyes promulgadas en otros sectores del gobierno que pueden o no tener la salud como un objetivo explícito, pero no obstante, tiene efectos sobre la salud de la población. ⁶

Además de estas asignaciones específicas en el campo de la salud, el derecho desempeña, en general y entre otras, las siguientes funciones:

- Distribuye responsabilidades y poderes.
- Fija derechos y obligaciones correlativas.

- Es una herramienta para institucionalizar decisiones políticas.
- Tiene la aptitud para justificar decisiones institucionales.
- Incorpora un discurso de exigibilidad.
- Da razones para la acción pero también supone el potencial uso coactivo para su cumplimiento.
- Colabora en la limitación de la discrecionalidad del actuar estatal.
- Puede contribuir a dismantelar un conjunto de instituciones y prácticas.
- Refleja acuerdos sociales mínimos, ideales de justicia, compromisos como comunidad política.
- Ofrece un marco de estabilidad, previsibilidad y exigibilidad a las políticas públicas.
- Pone en acción las capacidades regulatorias del Estado y sus agencias.

Algunos de estos usos «virtuosos» del derecho se reflejan en el estado actual de las políticas públicas, en las que se ha incorporado el discurso de derechos como parte del enfoque. Por supuesto, también el derecho, como todo sistema, discurso, y práctica social, puede actuar de modo menos favorable. Así, puede:

- Desactivar demandas sociales, cooptando el conflicto y demanda para luego diluirlo en decisiones legales carentes de impacto.
- Obstaculizar cambios.
- Legitimar el *statu quo*, en la medida en que regula e institucionaliza el orden presente de las relaciones sociales, económicas, políticas y personales.
- Ser escurridizo para incorporar puntos de vista feministas.

Con estos aspectos más estructurales se relacionan la dispersión de normas en los distintos ámbitos de gobierno (central y local) y la polución normativa propia de los derechos modernos. **La inflación de regulaciones supone un desafío a los tomadores de decisión, quienes en ocasiones pueden sentirse abrumados ante el marco jurídico, que actúa como un set de**

límites prácticos a los procesos de diseño y aplicación de medidas institucionales. Adicionalmente, nos enfrentamos a la falta de actualización del conglomerado de normas sobre salud y la incoherencia resultante. Sobre esto último se observa que los continuos desarrollos tecnológicos aplicados a salud no siempre se acompañaban de los cambios regulatorios necesarios para responder de modo consistente desde el Estado. En términos más generales, la creciente comprensión de los múltiples factores determinantes de la salud también requiere prestar atención a la idoneidad de la normativa de salud. Consecuentemente, esto se traduce en un aumento de las exigencias para las agencias de salud pública de tener una mayor experiencia en política pública y el conocimiento legal indispensable para activarlas o no impedir las.


Más allá de estas virtudes y defectos, el derecho cumple un rol importante en la estructura de oportunidades políticas actuales, y en especial en relación con las intervenciones y acciones en salud y SSR. **El discurso y reconocimiento de los derechos humanos instalaron un conjunto de principios que reforzó la exigibilidad de la salud como derecho y que sirven de guía normativa para la toma de decisiones gubernamentales.** La entrada de los derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales se dio, en general, durante las reformas constitucionales de los ochenta y los noventa, signados por la transición democrática. Es parte de lo que se conoce como la constitucionalización del derecho.⁴ Así también, varios de los tratados internacionales de derechos humanos instalaron nuevos paradigmas que desplazaron las nociones paternalistas conservadoras o de supuesta neutralidad. Éste es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, que incorporó la noción de «interés superior del niño» y redefinió la patria potestad como responsabilidad parental. Por su parte, el sistema internacional de derechos humanos puso a disposición de las/os ciudadanas/os y los Estados instancias jurídicas internacionales para interpretar las disposiciones de los tratados y llevar reclamos ante violaciones de derechos humanos. Asimismo se observa, especialmente en algunos espacios de las legislaturas y de agencias gubernamentales, una

⁴ Lo que se conoce como el fenómeno de la «constitucionalización» de la vida jurídica de varios de los países en América latina refiere a la ampliación del catálogo de derechos en los textos constitucionales, a la mayor participación de los tribunales en conflictos de interés público, y a la aplicación e interpretación de las cláusulas constitucionales por un grupo más extenso de operadores, que comprende desde legisladores, funcionarios de la administración pública hasta la sociedad civil y movimientos sociales.

mayor apertura a voces y reconocimientos externos, sean éstos científicos, sociales, técnicos o políticos.

A este conjunto de factores fértiles para los procesos de toma de decisión en materia de políticas de salud, debe añadirse un menú de herramientas que pueden contribuir a utilizar las oportunidades que brinda el derecho. Algunas de estas herramientas están asociadas a los conocimientos legales básicos, modos de acercarse a la normativa, identificación del material jurídico relevante, así como comprensión y aplicación de ciertas técnicas para procesar e interpretarlo.

Capítulo II.



el contexto político-institucional del régimen legal de la salud sexual y reproductiva: el sistema de salud⁵

*P*ara revisar los materiales jurídicos necesarios sobre el proceso de incorporar o modificar las prestaciones prioritarias en SSR, y comprender el contexto jurídico e institucional de su régimen legal, se deben tener en cuenta tanto la morfología del sistema político del país como la configuración del sistema de salud, de modo de avanzar luego en la construcción del mapa regulatorio. Estos dos sistemas ejercen influencia e interactúan con el régimen de la SSR, tienen incidencia en las posibilidades y los límites de realizar cambios en las prestaciones en esa materia, y son susceptibles

⁵ Sobre una forma de abordar el estudio del sistema de salud como paso ineludible para el armado del mapa jurídico en los procesos de reforma de prestaciones en SSR, véase el trabajo de Paola Bergallo² sobre la Argentina.

de crear puertas de entrada y vetos en la trayectoria regulatoria. Por razones de espacio sólo se analizarán algunos aspectos del sistema de salud.

El sistema de salud se encuadra y se expresa en los marcos jurídicos e institucionales.⁷ Los rasgos básicos, sus subsistemas, organizaciones y relaciones están normados a lo largo del sistema jurídico, en términos generales y abstractos en los niveles constitucionales y legales, mientras que con mayor especificidad en el nivel regulatorio.

Los sistemas de salud pueden clasificarse de acuerdo con la distribución y las modalidades de las funciones del sistema de salud:⁸

- Provisión de servicios.
- Financiamiento y aseguramiento.
- Rectoría.⁶

Estas tres funciones adquieren diversas formas según el texto y la implementación de las reglas de la Constitución, las leyes marco en salud, los códigos sanitarios, las normas complementarias y aquellas con incidencia en el área.

El sistema de salud en cada país se divide verticalmente, con mayor o menor grado según sea un Estado centralizado como el chileno, o federal como el argentino o mexicano. Y al mismo tiempo, horizontalmente, en subsistemas. En ambas divisiones hay un reparto de las funciones. Horizontalmente, en general, las funciones de prestación de servicio, financiamiento y aseguramiento, se distribuyen, mientras que la función de rectoría es retenida por una autoridad sanitaria o en otros casos está dispersa en distintos organismos dada la falta de reglas claras o por superposición de funciones, como puede suceder en países federales.

La rectoría y el aseguramiento son aquellas funciones protagonistas en el proceso de definir, incorporar y garantizar las prestaciones en SSR. Y por lo

⁶ Si bien gobernanza y rectoría pueden actuar en ocasiones como sinónimos, aquí nos referimos a rectoría para enunciar las competencias y responsabilidades sustantivas en políticas públicas de salud que poseen las autoridades sanitarias nacionales.⁹ Incluye: la regulación, la formulación de políticas de salud, planes, presupuesto, normas, leyes, reglamentos, supervisión y control.¹⁰

tanto son las que deben ser seguidas más de cerca al evaluar la ruta crítica de incorporación de prestaciones y las mayores o menores posibilidades de éxito tanto en su redacción en un texto jurídico como en su implementación. Según el Consejo Directivo de la OPS¹¹ en términos de rectoría sectorial de salud, compete a las autoridades sanitarias la conducción, la regulación, el aseguramiento, el financiamiento, la provisión de servicios y las funciones esenciales de salud. Este paquete de facultades puede ser ejercido de forma directa, con colaboración de otros actores públicos y privados, o indirecta, manteniendo la conducción por medio de la capacidad de regular los términos del resto de las funciones.⁷

La composición de la autoridad sanitaria variará según el modelo centralizado o federal que tenga el país, la organización institucional moldeada a través del derecho, las decisiones y acciones políticas, y la práctica institucional construida. Respecto de los organismos reguladores del sistema de salud, hay que tener en cuenta:

- La ubicación y pertenencia institucional.
- El estatus: dependiente o con autonomía (grados y alcance).
- La conformación.
- El funcionamiento.
- Las responsabilidades.
- Las instancias de control de su funcionamiento y decisiones.

El aseguramiento adquiere distintas formas según los formatos que adoptan la cobertura de aseguramiento, de prestaciones y poblaciones, los organismos

⁷ De acuerdo con el informe «Salud de las Américas, 2007»¹¹ desde hace unos años la mayoría de los Estados de América latina recuperó las funciones de rectoría. Se ha tendido a fortalecer el papel institucional de los ministerios (departamentos) y otros organismos coordinadores de salud. Tal es el caso del Sistema de Protección Social en Salud en México, en cuyo diseño se enfatizó el objetivo de fortalecer e integrar las acciones de rectoría, financiamiento y prestación de servicios.¹² También se han habilitado nuevos organismos y mecanismos especializados, como las agencias sanitarias encargadas de aprobar y vigilar la producción y comercialización de medicamentos.¹¹

y mecanismos de gobernanza, de regulación, las formas de financiamiento.⁸ En relación con el tema de este documento, nos interesa especialmente:

- La cobertura de poblaciones (si la incorporación es para grupos vulnerables, para un subsector de la salud en especial, si es universal, etcétera), lo que se vincula a los subsistemas de salud, que tienen a cargo la cobertura de distintos sectores de la población.
- La cobertura del aseguramiento (el grado de cobertura dado por los aseguradores, el alcance o la profundidad de los contenidos de las prestaciones).
- La cobertura de prestaciones (menú de prestaciones, modalidades).

Estas tres dimensiones deben ser revisadas al abordar el mapa regulatorio.⁹ Cuando se analiza el objetivo de modificar el conjunto de prestaciones de SSR, hay que preguntarse si el órgano tomador de la decisión tiene la facultad para obligar a todos los agentes aseguradores, lo que tendrá impacto en la cobertura de poblaciones. En relación con la cobertura de prestaciones, hay varias cuestiones que interesan. El conjunto de prestaciones puede estar estandarizado e integrado en alguna pieza jurídica o estar diseminado en un conglomerado de decisiones institucionales que deben sistematizarse para obtener la lista completa de las prestaciones, el menú puede ser acotado o amplio, puede responder a criterios de priorización claros, pueden ser modificados según mecanismos establecidos o estar sujeto a la regulación de distintos órganos sin o escasa coordinación. Así, hay casos en que si bien existen paquetes de prestaciones prioritarias, la barrera o al menos el obstáculo para introducir una nueva prestación en SSR es la variedad de estos planes. Tal es la situación de México, en la que distintos subsectores de salud y programas de salud públicos prevén paquetes de prestaciones básicas.¹³ Al mismo tiempo, puede suceder que las prestaciones estén incorporadas a un plan básico, a un plan sectorial, como los planes y programas de maternidad.

⁸ Las fuentes, los mecanismos y agentes de financiamiento son definitorios para describir los sistemas de salud. No obstante, un desarrollo sobre este tema queda al margen de los objetivos del presente trabajo.

⁹ Paola Bergallo² muestra la importancia de atender a estos aspectos, al analizar la regulación de SSR en la Argentina.

Además de las funciones de aseguramiento y rectoría, interesa detenerse brevemente en las políticas públicas en esta materia. En las políticas sanitarias conviven una multiplicidad de programas con cierto grado de institucionalidad, que enmarcan y concentran gran parte de las decisiones jerárquicas, entre ellas el diseño y la implementación de planes, coyunturales y estructurales, sectoriales o integrados. Los programas de salud son un instrumento para operacionalizar las políticas de salud a través de la planeación, ejecución y evaluación de acciones de salud. Si bien gran parte de las acciones en SSR en este terreno surgieron en los programas y planes de maternidad e infancia, no fue sino recientemente cuando, bajo el marco de los derechos SR, adquirieron cierta autonomía.¹⁴ Igualmente, como todos los procesos de transición, todavía se observa cierta dispersión institucional. Así, hay programas de HIV-sida, de maternidad e infancia, de SSR, todos en un mismo rango jerárquico pero sin instancias de coordinación, o la SSR aún se mantiene en los programas de maternidad e infancia.

El mandato primario para el armado de políticas públicas está dado por prescripciones jurídicas, constitucionales y legales, ya sea bajo la forma de principios jurídicos generales, específicos o directamente normas que refieren a la obligación del Estado, a la distribución de competencias y a la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. No todas las políticas públicas se formulan y ejecutan a través de la ley. Algunos elementos de las políticas públicas no son «legales» en sentido estricto, pero pueden tener un impacto similar a la de la ley en las acciones que producen, esto es en la capacidad que tienen estos materiales para impulsar y coordinar acciones por parte de los operadores en salud.

Capítulo III.

la dinámica de la producción legal

Como se mencionó al inicio, una de las maneras básicas que tiene el Estado para cumplir con sus obligaciones respecto del derecho a la salud, y la SSR en especial, es la producción normativa, ya sean leyes, resoluciones, u otro tipo de decisiones institucionales con carácter regulatorio. Esta tarea es compartida por los Poderes Legislativo y Ejecutivo junto con su sistema administrativo y agencias descentralizadas. Se trata de una actividad tendiente a dar contenido y limitar el alcance del derecho, en este caso, el derecho a la salud. Una vez que la autoridad normativa realiza esto, queda obligado por el contenido de la norma que dictó.

En los inicios de las políticas públicas, la producción legal es más intensa, pues se trata de llevar a cabo el diseño normativo que enmarcará futuras acciones de los organismos estatales, en este caso de SSR. En consecuencia, en estas instancias el ciclo de producción legal tiende a generar leyes marco, leyes de salud sexual y reproductiva con vocación de integralidad. Así, por ejemplo, como lo refleja Paola Bergallo,² en el año 2002 en la Argentina se aprobó la ley 25.673 de Salud

Sexual y Procreación Responsable, norma marco sobre la que se avanzará posteriormente en prestaciones de SSR. En un sentido similar, Juanita Durán¹ muestra el proceso madurativo que tuvo la regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano.

El tiempo, la implementación, los avances tecnológicos, la identificación de nuevas necesidades de poblaciones no previstas, entre otros factores, van impulsando y marcando nuevos ciclos de producción, que complementan y modifican el régimen de SSR. En no pocas oportunidades, estos ciclos de producción legal continuos generan contradicciones y poluciones normativas. Incluso la jerarquía del sistema jurídico se pone en jaque. El derecho en acción muestra los ordenamientos jurídicos perdiendo su estructura jerárquica, en el que las distintas normas y regímenes mantienen relaciones, interactúan y los elementos inferiores contribuyen a determinar los elementos superiores.¹⁵ Esto es parte de la complejidad legal a la que se enfrentan diariamente los tomadores de decisión en el ámbito de las políticas públicas.

Si bien América latina está signada por una tendencia legalista, cada país y régimen de SSR señalan ritmos de producción jurídica particulares. Un primer elemento explicativo reside en el sistema de salud y la complejidad de su organización. Otra parte está influenciada por la distribución de competencias regulatorias, la existencia de una autoridad sanitaria con capacidad efectiva de rectoría, reformas realizadas con apertura, información técnica y vocación de integralidad.

Independientemente de estos factores más estructurales e institucionales, hay que tener en cuenta que los derechos sexuales y reproductivos cambiaron el paradigma de las políticas que existían en ese momento sobre lo que se llamaba «planificación familiar» y la salud materno-infantil, y que aún hoy estamos en una transición de un modelo a otro. Esto contribuye a que existan normas jurídicas con un contenido, lenguaje u objetivos contradictorios o al menos en tensión.

Asimismo, en la evolución de los derechos de SSR y la recepción de éstos por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, sus instituciones y políticas, los derechos vinculados a la sexualidad fueron rezagados, y aún hoy ofrecen resistencia para ser incorporados y materializados en un conjunto de prestaciones sanitarias. Este hecho alimenta y alimentará nuevos ciclos de producción legal, tendientes a incluir esas prestaciones en los esquemas de

cobertura de salud. Los procesos de producción normativa tienen puertas de entrada, e instancias de control y veto. Estos espacios son parte de la estructura de oportunidades (y también límites) políticas por tener en cuenta en los derroteros de cambio de listas de prestaciones.

Finalmente, cabe enfatizar que una amplia porción de las barreras y posibilidades que ofrece el marco jurídico «en los libros», estará moldeada por componentes que también hacen al derecho como fenómeno, como la autoridad técnica y legitimidad de la agencia regulatoria, el apoyo y reclamo de la sociedad civil, el modo de incorporar y procesar los intereses de actores privados, entre otros.

Capítulo IV.

el derecho como conjunto de reglas¹⁰

*E*l objetivo de este documento es formular una herramienta útil para los tomadores de decisión. Con miras a reconstruir y comprender el mapa jurídico relevante para determinar los marcos más apropiados respecto de la definición e incorporación de las prestaciones de SSR cubiertas por el sistema de salud, se requiere tomar en consideración no solamente las normas jurídicas, sino las instituciones, otros actores y las prácticas que marcan la mayor o menor cercanía entre el texto de esas normas y su implementación.

¹⁰ Esta sección se ha realizado sobre la base de los documentos acerca de regulación de la Argentina y Colombia, realizados por Paola Bergallo² y Juanita Durán,¹ respectivamente, en el marco del Proyecto «Entorno político habilitado para integrar la salud sexual y reproductiva en las políticas públicas».

Como se explicó, normas, instituciones y prácticas serán los ingredientes indispensables para desarrollar el mapa normativo.¹¹ A continuación, algunas aclaraciones en torno al uso de estos conceptos:

- Se utiliza la noción de normas en sentido amplio, como sinónimo de materiales jurídicos, aunque en ocasiones se emplea de modo acotado. Especialmente se agrupan en torno a la idea de normas, las reglas y principios jurídicos.
- Se trata de capturar, por instituciones, tanto los actores estatales con competencia en la arena sanitaria, como el resto del ambiente institucional en el que se desarrolla gran parte de la trayectoria regulatoria de la SSR.
- Se busca enfatizar con la apelación a las prácticas, la dimensión dinámica del derecho, marcando la brecha del derecho en los textos y el derecho en interacción con la realidad social. Asimismo, rescata las actividades de interpretación y aplicación de los materiales jurídicos.

IV.1. Nociones básicas: componentes, relaciones

IV.1.1. Normas: reglas y principios

Una acción es obligatoria, prohibida, permitida, cuando una norma sancionada por autoridad competente exige (prohíbe, permite) ese comportamiento. De este modo, una autoridad tendrá la potestad para decidir la inclusión de

¹¹ Si bien se reconoce que los valores, los conocimientos, las experiencias e interacciones entre distintos actores, intereses, asimetrías de poder, organización y recursos, cumplen un papel clave en definir ciertos comportamientos en el sistema de salud y el área de SSR, a fin de simplificar el abordaje, condesaremos la mirada, haciendo uso especialmente de las ideas de normas, instituciones y prácticas.

una nueva prestación en SSR, si ese acto de producción legal está permitido o exigido por otra norma.

Deben distinguirse dos clases de reglas: las reglas primarias y las reglas secundarias.¹⁶

Reglas primarias	Reglas secundarias (de cambio)
Guían las conductas de las personas.	Se refieren a la producción y aplicación de las normas primarias. Son como las reglas del juego del sistema jurídico.
Obligan, permiten, prohíben conductas.	Autorizan a crear, modificar o extinguir normas primarias
Se dirigen a las/os ciudadanas/os	Están destinadas y crean poderes normativos.
Ejemplos: resolución ministerial que obliga a vacunarse a las niñas y adolescentes dentro de un período de edad, contra el Virus del Papiloma Humano (VPH).	Ejemplos: Constitución de Ecuador, art. 130. El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: inciso 5 «Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio». Ley 18.426 de Salud Sexual y Reproductiva, de Uruguay, art. 4º «Corresponde al Ministerio de Salud Pública: a) dictar normas específicas para la atención integral de la salud sexual y reproductiva de niños, niñas».

De acuerdo con esta clasificación, **con el fin de construir y evaluar el mapa jurídico para los procesos de cambio del paquete de prestaciones en SSR, debe ponerse especial atención en las reglas secundarias en la medida que son las normas que habilitan la actividad reguladora.**

Para que la nueva norma sea válida debe adecuarse a lo establecido por la/s regla/s secundarias en relación con:¹²

- **La autoridad** normativa competente para la producción legal (quién).
- **La materia** sobre la cual se puede regular (qué).
- **El procedimiento** fijado para la producción legal (cómo).

Las normas jurídicas califican una acción como prohibida, permitida u obligatoria. Así, para el Estado puede imponerse como obligatoria la garantía de la SSR. Pero, luego surge la pregunta ¿esta obligación se traduce en una permisión para tomar decisiones, por ejemplo, regulativas? Si la tarea de regulación es necesaria para dar efectivo cumplimiento a ese mandato, esto es la obligación de proteger la SSR de las personas, entonces a esa norma con modalidad de obligatoria, se suma una consecuencia de permisión a favor de la autoridad, permiso a regular. No obstante, sigue faltando información ¿cuál es la autoridad para ejercer la facultad de regulación? Para responder se debe acudir al régimen legal que de modo más cercano establezca las autoridades y sus responsabilidades respecto de salud, y SSR en especial. Una vez identificado, por ejemplo, al Ministerio de Salud y el organismo gubernamental bajo su órbita a cargo de la implementación de la ley sobre SSR, se relevan las reglas secundarias que habilitan a estas autoridades a tomar decisiones con contenido jurídico, como puede ser la introducción de una nueva prestación al esquema de cobertura.

Si bien, ya sea de modo general o específico se encontrarán las reglas secundarias que habiliten cambios en el régimen de prestaciones, hay que tener en cuenta que la fuerza normativa de la obligatoriedad (en este caso de garantizar el acceso a la SSR) puede provocar que, pese a no contar con una norma de cambio se dispongan mecanismos institucionales para la toma de una decisión. Esta fuerza normativa que tiene la norma que obliga la protección de la SSR puede estar dada por la existencia de sanciones en caso de incumplimiento o por estar contenida en la Constitución o en tratados de derechos humanos, por ejemplo.

¹² Juanita Durán¹ aborda estos aspectos para analizar el marco regulatorio sobre SSR y salud en Colombia.

Asimismo, una norma que permite a una autoridad determinada la incorporación de una prestación en SSR no se traduce automáticamente en una obligación, sino que se trata de una permisión.¹³ No obstante, dado que esa norma permisiva se inserta en un marco jurídico e institucional en el que conviven otras normas, planes, programas que fijan metas, pero también obligaciones respecto de la SSR y la salud en general, esa norma permisiva debe entenderse de conformidad a un conjunto de normas vinculadas, y por lo tanto con cierta obligatoriedad.¹⁷

Además de las reglas, contamos con otro tipo de normas, los principios jurídicos.

- Se entiende por principio aquella norma que expresa los valores morales superiores de un ordenamiento jurídico o un sector de éste.¹⁸
- Refieren a ideales de justicia, equidad, y a las bases fundamentales de la existencia de la comunidad política.
 - ▶ Un ejemplo del primero, presente en todas las constituciones occidentales modernas es el principio de la autonomía. Sobre el segundo cabe citar dos principios eje para la estructuración del poder gubernamental y la toma de decisiones políticas: el principio de supremacía constitucional y el principio de legalidad.
- También un principio puede adquirir el sentido de directriz, es decir, una norma que establece la obligación de perseguir ciertos objetivos.¹⁸

Tanto en las constituciones como en normas inferiores se pueden rastrear principios que actúan marcando la finalidad a la que las autoridades deben propender en el cumplimiento de esa norma. Los principios jurídicos considerados fundamentales están contenidos expresamente en las constituciones de los países de América latina, y/o por medio de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos. Ejemplos:

¹³ Cuando se sostiene que una acción está permitida en un conjunto de normas, quiere decir que no existe, en ese espectro de reglas, una que prohíba la acción (permisión débil) o que existe una serie de reglas, o una regla, que autoriza explícitamente la acción (permisión fuerte).

- Constitución de Chile, art. 1 «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos».
- Constitución de Bolivia, art. 8 inc. II «El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien».

Dimensión	Reglas	Principios
Noción	Son normas que contienen decisiones institucionales de las autoridades con facultad de producción legal (autoridades normativas), que establecen supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas.	Norma genérica, obligatoria, con antecedente abierto.
Funciones	<ul style="list-style-type: none"> ■ Regulan conductas. ■ Coordinan acciones. ■ Organizan el poder estatal. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Sirven de base axiológica para otras normas. ■ Actúan como justificaciones para apoyar o desacreditar decisiones normativas. ■ Son pautas de interpretación. ■ Son guías para la toma de decisiones.
Tipos	<ul style="list-style-type: none"> ■ Primarias. ■ Secundarias. ■ Secundarias de cambio. ■ Secundarias de adjudicación. ■ Otras clasificaciones. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Explícitos ■ Implícitos ■ Constitucionales o de derechos humanos. ■ Legales. ■ Rigen para todo el ordenamiento jurídico. ■ Rigen para un sector jurídico.

(continúa) ►

Dimensión	Reglas	Principios
Condiciones para su aplicación	Las condiciones para la aplicación de la norma están fijadas de modo más o menos explícito en la enunciación de la norma.	Las condiciones bajo las cuales son aplicables no están siquiera genéricamente determinadas. ²⁰ No establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente una vez verificados una serie de hechos.
Formas de aplicación	Todo o nada. Si se dan los hechos que establece la norma, entonces o bien la regla es válida y por lo tanto debe ser aceptada y aplicada la solución que ofrece, o no es válida y por lo tanto no contribuye a la decisión. ¹⁹	Peso o ponderación. El peso relativo del principio en el caso. Los principios son mandatos de optimización: obligan a hacer aquello que es necesario para que los estados de cosas ideales se realicen en la mayor medida posible. ²¹
Cumplimiento	Las reglas exigen cumplimiento pleno, y en ese sentido, pueden ser sólo cumplidas o no cumplidas.	En muchas ocasiones sólo se logra con distintos grados, dependiendo de posibilidades fácticas y jurídicas. Puede ser realizado de muchas maneras distintas.
Destinatarios	Según: Las reglas primarias, especialmente la gente. Las reglas secundarias, las autoridades.	Los principios pueden estar dirigidos tanto a la gente como a las autoridades normativas. Pero si bien hay principios dirigidos a los poderes públicos solamente, no hay principios que operen sólo hacia la ciudadanía, pues todos los principios de los que puede decirse que guían la conducta de los destinatarios de las normas, constituyen al menos un criterio de valoración por parte de los órganos de aplicación. ²⁰

IV.1.2. Los derechos

Los derechos incluidos en la Constitución se consideran fundamentales, son normas alrededor de las cuales el sistema jurídico orbita criterios de justicia y proyecciones de concepciones éticas.²²

Los derechos pueden tener garantías específicas para su protección, así como obligar y reclamar el cumplimiento del Estado. Ante la falta de garantías especiales, intervienen las garantías primarias y los derechos que actúan como mecanismos. Como afirma Palombella,²³ el mecanismo consiste «ya en una directriz sustantiva acerca de los actos normativos posteriores, ya en el establecimiento de una razón para la invalidez de las disposiciones que no prevean una adecuada tutela de aquel bien; por último y dependiendo del modo de funcionar el sistema de control de constitucionalidad, también el orden jurisdiccional debe considerarse vinculado al respeto y tutela del derecho (por lo general asimismo constitucionalmente) recogido».

Los derechos constitucionales desempeñan una función clave al momento de determinarse la legitimidad de las decisiones gubernamentales. Esto es así, pues a la par de criterios procedimentales sobre las reglas para la producción válida de normas y otras decisiones, los derechos constitucionales actúan como criterios de sustancia.²⁴

IV.1.3. Ordenamiento jurídico

Todo sistema jurídico tiene una ordenación jerárquica, una estructura piramidal. Esta relación entre niveles sería una de las formas de vinculación entre los materiales jurídicos. La Constitución es la norma de mayor jerarquía en esta arquitectura, dando forma a lo que se conoce como el principio de supremacía constitucional.

La jerarquía supone que las normas superiores prevalecen sobre las normas inferiores.

- En un caso concreto, si hay un conflicto entre lo dispuesto entre dos normas, gana la norma superior.
- Si una norma inferior es contraria a lo dispuesto por una norma posterior pero superior, la anterior debe modificarse, no ser aplicada, o interpretarse y aplicarse conforme el contenido de la norma superior.
- Las normas inferiores no pueden modificar ni en su texto ni aplicación lo previsto en las normas superiores.

¿Cómo se garantiza que se cumpla la jerarquía jurídica, especialmente con la supremacía constitucional?¹⁴ Cada sistema jurídico instauro sus mecanismos de control, pero el que está presente en todos los derechos latinoamericanos es el control judicial, esto es, el control a cargo de los tribunales, de las leyes y otras normas jurídicas sancionadas por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo y sus agencias.

Los escalones básicos de cada ordenamiento jurídico varían. Sólo, a modo de ejemplo, se evaluarán algunas de las posibles diferencias en los modelos jerárquicos en los países de América latina.

- Estatus de los tratados internacionales de derechos humanos
 - ▶ ¿En qué escalón jerárquico se encuentran?
 - ▶ ¿Están en el mismo escalón que la Constitución?
- Tipos de leyes
 - ▶ ¿El ordenamiento jurídico dispone una tipología de leyes, en las que unas tienen mayor valor que otras?
 - ▶ ¿El Poder Ejecutivo puede sancionar normas que equivalgan, por el valor que el ordenamiento jurídico le asigna, a leyes?
- Valor jurídico de las sentencias
 - ▶ ¿Las sentencias que declaran inconstitucional una ley, tienen valor para el caso concreto, o en general?
 - ▶ ¿Hay diferencias entre las sentencias dictadas por tribunales inferiores y el máximo tribunal de ese país? ¿Son diferencias jurídicas o institucionales-políticas?
- La administración pública
 - ▶ ¿Hay una jerarquía establecida para las normas dictadas por la administración?

¹⁴ El modelo piramidal actúa como guía para evaluar, por ejemplo, el conflicto entre normas. No obstante, en la práctica, el derecho pone de manifiesto algo más parecido a una jerarquía enmarañada, en la que hay una «interacción entre niveles en la que el nivel superior vuelve a descender hacia el nivel inferior e influye sobre él, siendo a la vez él mismo determinado por el nivel inferior». ²⁵ Pongamos un caso concreto que ilustre esta dinámica.

- ▶ ¿Qué valor jurídico tienen las normas dictadas por los organismos autónomos?
- ▶ ¿Las resoluciones adoptadas por organismos especializados técnicamente están por debajo de las normas dictadas por la institución bajo cuya órbita se encuentran?
- ▶ ¿Las recomendaciones formuladas por organismos técnicos, tienen el valor de un dictamen o tienen un valor jerárquico equivalente a una decisión de la Administración?

Es importante a los fines de este documento tener en cuenta que, si bien el criterio rector es la jerarquía, en ocasiones entran en juego otros criterios, como el de la competencia material.¹⁵ Un primer supuesto está dado cuando las normas reconocen ciertas competencias materiales propias y específicas en los órganos inferiores, en tal caso las normas dictadas por éstos prevalecen por sobre las normas superiores, en cuanto a la sección específica de regulación. Otro supuesto similar ocurre cuando se establece un procedimiento especial para la aprobación de una norma. En ese caso, debido al carácter calificado del proceso, las normas de rango superior, en principio, no pueden desconocer el material jurídico obtenido de ese trámite más exigente de producción legal.²⁶ Este señalamiento es relevante en el terreno de la salud, debido al estatus técnico que asumen muchas discusiones, procesos y decisiones.

IV.2. Identificación y comprensión de los marcos normativos

Una de las cuestiones que puede generar dudas es cómo identificar el material jurídico relevante. Dada la complejidad de los marcos regulatorios en

¹⁵ La competencia material refiere a la titularidad de una potestad determinada que, sobre una materia, posee un órgano administrativo específico.

salud y las normas vinculadas o con impacto en el terreno sanitario, se propone en primer lugar rastrear los ámbitos jurídicos que tienen relevancia, y luego, siguiendo los niveles jurídicos (constitucional, legislativo, regulatorio y judicial), abordar las normas y los materiales del derecho con mayor probabilidad de tener un impacto en el proceso de toma de decisión. Esta última tarea puede realizarse, y ésta es la propuesta, por medio del punteo de ciertos temas esenciales y preguntas.¹⁶

IV.2.1. Ámbitos y relaciones

Ámbitos sujetos a relevamiento para la construcción del mapa jurídico:

- Constitucional.
- Sistema de salud.
- Facultades reglamentarias de la Administración Pública.

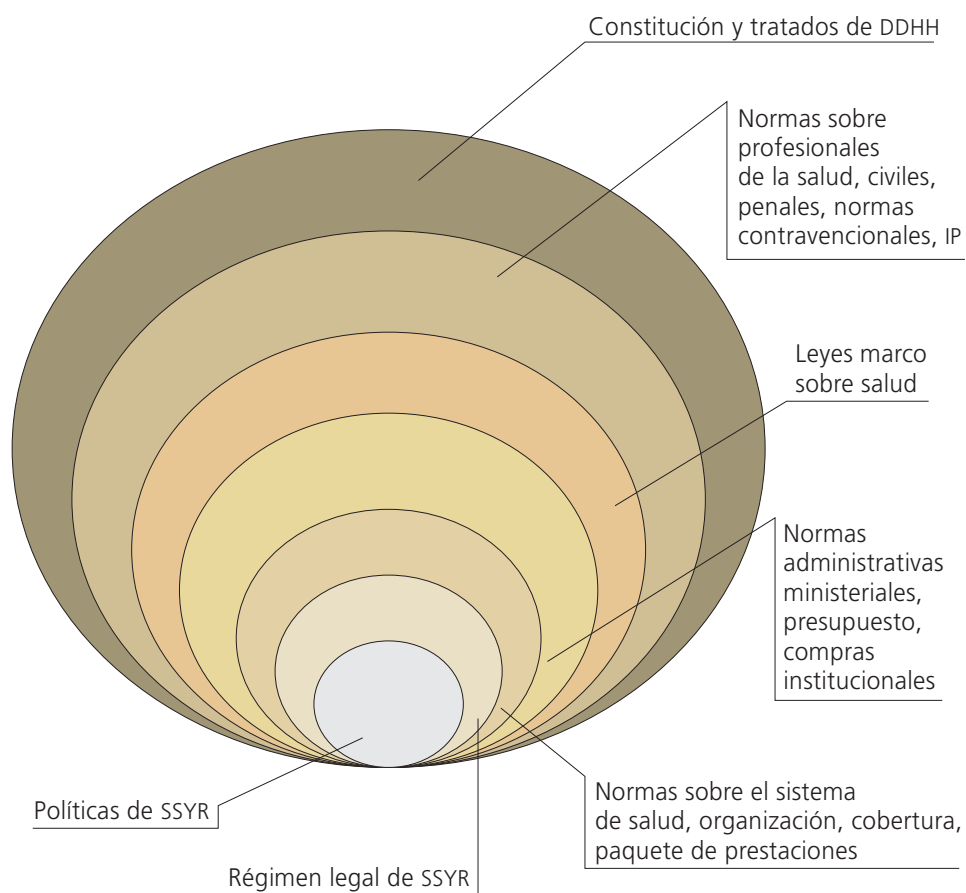
Régimen jurídico de SSR

Dada la compenetración de las distintas ramas del derecho o incluso situaciones de dependencia mutua, hay que sumar a estos ámbitos otros regímenes legales o normas concretas que pueden tener un impacto en las posibilidades y los límites en el proceso de incorporación de una nueva prestación. Por ejemplo, las normas administrativas sobre compras institucionales de medicamentos e insumos hospitalarios, la legislación sobre patentes farmacéuticas, entre otros casos. Dada la imposibilidad de relevar todas las normas, puede usarse un criterio selectivo de tipo empírico, que marque las relaciones de cercanía que tiene el asunto que aquí nos convoca con otras normas jurídicas. Las experiencias de otros procesos semejantes, el conocimiento de los funcionarios públicos y otros operadores jurídicos serán fundamentales para llevar a cabo esta tarea.

¹⁶ Estas actividades pueden ser simplificadas, por supuesto, si se conocen la ruta y los aspectos jurídicos fundamentales del funcionamiento de los procesos de inclusión de prestaciones en la práctica institucional de ese país.

Las relaciones de mayor o menor cercanía estarán dadas especialmente por su capacidad para imponer barreras al proceso de incorporación de prestaciones, es decir, en la etapa de diseño y traslado al derecho en los libros de la decisión institucional, pero también en la implementación. Sólo para pensar algunos casos en nuestra región, una sentencia que declara inconstitucional la anticoncepción hormonal de emergencia puede crear obstáculos a los decisores de políticas en SSR, según los efectos que tenga la sentencia (concreto o *erga omnes*, de acuerdo con el modelo de control de constitucionalidad), pero en todo caso es un dato jurídico por identificar y tener en cuenta, pues puede generar efectos políticos indeseables.

La identificación de normas relevantes pero por fuera del mapa jurídico más básico de SSR señala el modo como funciona el ordenamiento jurídico en la práctica. En el siguiente gráfico, bajo el formato de círculos, se intenta ilustrar estas relaciones de mayor o menor cercanía que otras normas pueden tener sobre las políticas de SSYR.



Ejemplos de normas de los círculos más alejados:

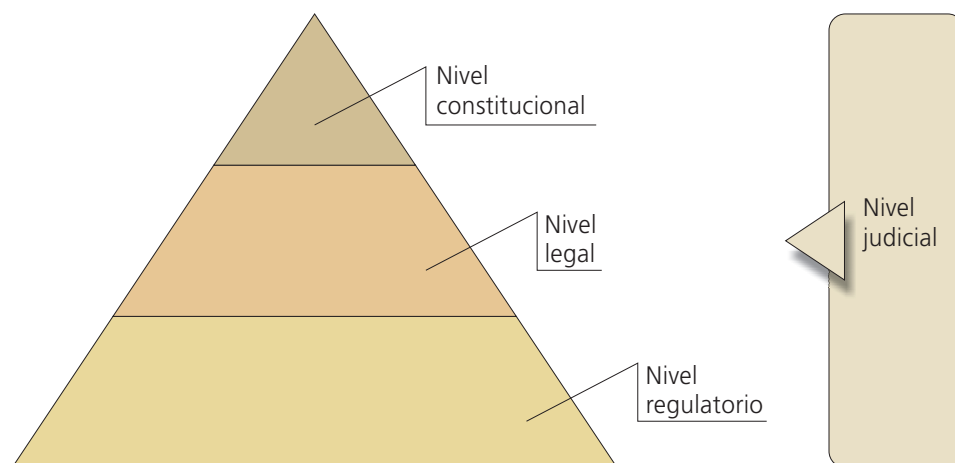
- Norma penal que presume *iure et de iure* que toda/o menor de edad de trece o catorce años no puede consentir actos sexuales.
- Norma sobre ejercicio profesional de las parteras.
- Normas sobre seguro profesional, que no incluyen determinadas prestaciones, como el aborto.
- Sentencias contrarias a la anticoncepción hormonal de emergencia.
- Normas sobre secreto profesional.
- Normas sobre compras institucionales.

IV.2.2. Niveles jurídicos

A continuación se analizan los diferentes niveles normativos, y se señalan aspectos por tener en cuenta para determinar el peso o la incidencia de ciertas normas en la definición de las prestaciones. Este análisis incluye desde la importancia de la Constitución en la definición de las prestaciones, hasta las normas de menor jerarquía y mayor detalle. Los niveles jurídicos son:

- Nivel constitucional.
- Nivel legislativo.
- Nivel regulativo.
- Nivel judicial.

Salvo el nivel judicial, el resto están ubicados de modo jerárquico. Además hay que tener en cuenta la siguiente relación: **cuanto más jerárquico, es decir, cuanto mayor valor jurídico tiene una norma, mayor alcance, abstracción y generalidad posee**. En consecuencia esto se traduce en una relación inversamente proporcional entre el valor jurídico y la especificidad. A mayor valor jurídico menor especificidad.



Nivel constitucional

La Constitución es un documento de carácter jurídico, que sienta las bases políticas, morales y jurídicas de una comunidad dada. «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales» (Constitución colombiana, art. 4). Dada su función, ocupa la cúspide de los ordenamientos jurídicos y se establecen mecanismos especiales y exigentes para su reforma. Pues, si bien su texto y la práctica constitucional deben adaptarse a los cambios que van ocurriendo en la sociedad, también deben estar al margen de la contingencia política.

Independientemente de las ingenierías constitucionales adoptadas por los países, todas comparten al menos una estructura en la que se establece:

- El modelo de organización del poder estatal (parte orgánica).
- Un catálogo de derechos y garantías fundamentales (parte dogmática).

Esta estructura determina que en la Constitución se alojen normas de distinto tipo. Por ejemplo, normas o principios que expresan valores superiores, normas que distribuyen competencias, normas dirigidas a los órganos de aplicación, normas que reconocen derechos a las/os ciudadanas.

En relación con la parte orgánica, los textos constitucionales definen:

- La forma de gobierno: modalidades de división y equilibrio de poder (presidencialismo, parlamentarismo).
- La forma de Estado: federal o centralizado.
- Los rasgos básicos de la estructura de la administración de gobierno.

El equilibrio de poder se efectiviza por medio de controles entre las ramas de poder y adquiere en cada país diversas modalidades. **La capacidad de iniciativa legal recae especialmente en los llamados poderes políticos**, Legislativo y Ejecutivo, mientras que el Judicial tiene a cargo la resolución de conflictos jurídicos y el control de las normas. El veto del Ejecutivo a las leyes es el mecanismo institucional disponible para controlar las decisiones legislativas del Parlamento. El Legislativo, por su parte, tiene la competencia, en general, para insistir con una mayoría especial frente al ejercicio del veto. Asimismo ambas ramas, de modo conjunto, paralelo o por medio de una institución especial, de acuerdo con los lineamientos constitucionales establecidos en cada país, tienen la potestad de monitorear el accionar del Judicial, por medio del juicio político. Los tribunales ejercen el control de los actos legislativos y del Ejecutivo por medio del control de constitucionalidad.

La forma de Estado federal o centralizado tiene un impacto directo tanto en el sistema como en el derecho a la salud, según se explicó más arriba. Por otro lado, las constituciones incluyen principios jurídicos directamente aplicables a la Administración Pública, tales como el principio de responsabilidad del Estado y de legalidad. Asimismo, hay textos constitucionales que prevén principios específicos y cierta organización de la estructura gubernamental.

La parte dogmática de la Constitución contiene los derechos, las garantías, las libertades fundamentales y los principios fundamentales. El derecho internacional de derechos humanos define, en muchos casos, el contenido de una porción de los sistemas jurídicos nacionales respecto de los derechos fundamentales. Esto es posible pues los Estados han incorporado los tratados de derechos humanos al sistema nacional, otorgándole jerarquía constitucional, superior o igual a la de las leyes.

Los instrumentos del derecho internacional son diversos. Pueden variar según:

- Se refieran a derechos humanos o a otros asuntos (por ejemplo, integración regional).
- Tengan carácter vinculante (imponen obligaciones), o declarativo (asumiendo la forma de compromisos políticos, por ejemplo).
- Sean universales (el sistema de Naciones Unidas) o regionales (en América latina, la organización de Estados Americanos, OEA).
- Prevean indicadores para medir el cumplimiento de los Estados, establezcan estándares u otro dispositivo similar (por ejemplo, los Objetivos del Milenio).
- Dispongan mecanismos internacionales de seguimiento.

La característica fundamental de estos instrumentos es su capacidad jurídica para vincular a los Estados, es decir, si son obligatorios, y junto con este elemento, si establecen órganos para la vigilancia, aplicación e interpretación de sus previsiones normativas, permitiendo por ejemplo acudir a la instancia internacional para demandar al Estado.

Independientemente de su grado de obligatoriedad, estos instrumentos tienen un valor argumental, susceptible de ser utilizado por la sociedad civil y los tomadores de decisión locales, para avanzar en la protección de los derechos humanos. Los documentos de la Organización Mundial de la Salud sobre la atención del aborto y el aborto inseguro, por ejemplo, tienen, debido al prestigio técnico, un valor relevante en el proceso de inclusión de prestaciones de SSR, pese a su carácter de recomendación. Del mismo modo, hay que tener en cuenta que, si bien hay documentos que no son vinculantes, han sido reconocidos por los Estados signatarios como compromisos internacionales y nacionales, como el de El Cairo y los Objetivos del Milenio, y fijan estándares sobre cómo deben cumplir los Estados ciertas tareas. Este último tiene la bondad de contar con objetivos e indicadores, lo que representa una herramienta útil para las instancias estatales encargadas de diseñar e implementar políticas públicas.

Otra diferencia, según lo establezcan las constituciones pero especialmente la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, es el valor que tienen la interpretación y aplicación que hacen del texto de los tratados de derechos humanos sus órganos de seguimiento, y los dictámenes, las recomendaciones, observaciones y sentencias. También es relevante identificar si las consti-

tuciones prevén una solución en caso de conflicto entre la norma suprema y los tratados. Así, en la Argentina «los tratados deben entenderse como complementarios de los derechos y deberes de garantía de la Constitución nacional, y en ningún caso su incorporación puede interpretarse como derogación de cláusulas de la parte dogmática».

Debido a la vocación de la Constitución de permanecer en el tiempo y abarcar la mayor cantidad de situaciones, sus normas son de carácter general, abstracto, con un contenido flexible y abierto. Esto genera la necesidad de que sus disposiciones sean detalladas o reguladas por normas jurídicas inferiores: leyes, decretos, resoluciones.¹⁷ En este sentido, el derecho constitucional a la salud demanda que se precise qué acción del Estado se puede reclamar sobre la base de este derecho, qué alcance tiene y cuáles son los requisitos, entre otros componentes.

Esta característica de las normas constitucionales no debe confundirse con su supuesto carácter programático. **La Constitución posee plena fuerza jurídica, y por lo tanto son exigibles (es decir reclamables) por los individuos, limita e impone obligaciones a los poderes públicos.**

Hay variaciones en los términos de las normas constitucionales. Respecto del derecho a la salud, por ejemplo, la Constitución de Honduras no se limita a fijar su reconocimiento sino que avanza en especificaciones de diseño insti-

Constitución de Honduras

Art. 145. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Art. 147. La Ley regulará la producción, tráfico, tenencia, donación, uso y comercialización de drogas psicotrópicas que sólo podrán ser destinadas a los servicios asistenciales de salud y experimentos de carácter científico, bajo la supervisión de la autoridad competente.

Art. 148. Créase el Instituto Hondureño para la Previsión del Alcoholismo, Drogadicción y Farmacodependencia, el que se regirá por una ley especial.

Art. 149. El Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, coordinará todas las actividades públicas de los organismos centralizados y descentralizados de dicho sector, mediante un plan nacional de salud, en el cual se dará prioridad a los grupos más necesitados.

¹⁷ Véase, en este sentido, el trabajo de Juanita Durán sobre Colombia.¹

tucional del sistema sanitario, sumado a otra serie de previsiones, mientras que constituciones como la argentina que, si bien garantizan el derecho a la salud, no proveen de consideraciones similares a las de Honduras.

La ausencia de normas más desagregadas en la Constitución puede ser juzgada como un obstáculo. Sin embargo, se entiende que esta tarea de definir el alcance de un derecho, precisar su contenido y modificarlo en el transcurso del tiempo, así como disponer la institucionalidad necesaria para efectivizar el derecho, queda a cargo del Poder Legislativo, completada luego por el Ejecutivo y la Administración Pública.

En cuanto a los fines de este trabajo, interesa detenernos en las siguientes dimensiones de las previsiones constitucionales:

1. La organización del poder.
2. La forma de gobierno.
3. La jerarquía del ordenamiento jurídico.
4. La distribución de competencias en materia de salud.
5. El reconocimiento del derecho a la salud.
6. El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos.
7. Los principios jurídicos con relevancia para el derecho y las políticas de salud.
8. Los derechos relacionados con el derecho a la salud.
9. La definición de sujetos de protección especial.
10. La organización del sistema de salud.
11. Las referencias relevantes respecto de la Administración Pública y otros órganos dentro de la órbita sanitaria.
12. Los mecanismos de exigibilidad para el cumplimiento de derechos.

a. La forma de Estado y la organización del poder

- Modalidades de la división y el balance entre los tres poderes públicos.
- Distribución de la facultad reguladora de las cláusulas constitucionales.
- Cláusulas referidas a la delegación legislativa desde el Parlamento a la rama del Ejecutivo: permite, prohíbe o condiciona.
- Inclusión de órganos extrapoder con estatus constitucional (por ejemplo, ministerio público, Defensorías del Pueblo).
- Estructura del Poder Legislativo: unicameral/bicameral.
- Disposiciones sobre la estructura gubernamental del Ejecutivo.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Costa Rica, art. 9 «El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable, Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias».

b. La forma de gobierno

- Centralizado o federal.
- Distribución de las competencias: federalismo moderado o intenso.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Brasil, art. 18 «La Organización Político-Administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución».
- ▶ Constitución de Chile, art. 3 «El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley».

c. La jerarquía del ordenamiento jurídico

Las constituciones en general fijan la jerarquía de las normas jurídicas más relevantes. En este sentido, es importante verificar:

- El valor jurídico que se le asigna a los tratados de derechos humanos.
- Las diferencias entre las distintas leyes dictadas por el Poder Legislativo (por ejemplo, si una ley marco de salud es superior que una ley común sobre prestaciones).
- La existencia de consideraciones relativas a casos de conflicto entre derechos y disposiciones de la Constitución, y los tratados de derechos humanos.
- Si refieren a una jerarquía interna de las normas del Poder Ejecutivo.

Ejemplos de definición jerárquica del ordenamiento jurídico:

- ▶ Constitución de Guatemala, art. 46 «Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno».
- ▶ Constitución de Costa Rica, art. 7 «Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes».

d. La distribución de competencias en materia de salud

Va a delimitarse, en primer lugar, de acuerdo con la forma de gobierno adoptada. Esto es así, Estado federal o centralizado. No obstante, en ocasiones los textos constitucionales se refieren a algunos aspectos. Interesa especialmente:

- La asignación de competencias para legislar en materia de salud.

- La instauración de una autoridad sanitaria con facultades de rectoría.
- Las áreas de gobierno y agencias encargadas de diseñar e implementar políticas de salud.
- Las áreas de gobierno y agencias encargadas de la prestación de servicios de salud.
- El poder de policía en salud.

Hay que tener en cuenta que puede ser que la Constitución no se explicita, pero que de acuerdo con reglas generales contenidas en su texto, se derive la respuesta. Así, en la Argentina el principio en competencia federal/local, establece que lo que no está expresamente delegado al gobierno nacional (federal) permanece en la jurisdicción provincial.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Brasil, art. 23 «Es competencia común de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios: 2. cuidar de la salud y asistencia pública, de la protección y garantías de las personas portadoras de deficiencias. 12. previsión social, protección y defensa de la salud». Aclarando que «Compete a los Municipios: prestar, con la cooperación técnica y financiera de la Unión y del Estado, los servicios de atención a la salud de la población».

e. El derecho a la salud

- Reconocimiento del derecho a la salud: reformas constitucionales e incorporación de los tratados de derechos humanos.
- Definición de algunos rasgos del derecho a la salud, incluyendo nociones de salud, su alcance, y algunos principios que deberán guiar su protección.¹⁸ Mención acerca de las características de las políticas de salud.

¹⁸ Como se argumentó, el establecimiento de ciertos principios dirigidos al derecho y el sistema de salud es útil en la medida en que actúan como pautas de guía para la toma

Los sistemas jurídicos latinoamericanos han tendido a incorporar como derechos, en sus textos constitucionales, los derechos sociales contenidos en los tratados de derechos humanos, incluido el derecho a la salud.¹⁹ Su inclusión se ha dado por medio de reformas constitucionales o mediante una cláusula que le da a un catálogo de derechos humanos jerarquía constitucional con plena operatividad. Por supuesto, hay un conjunto de países que a mediados del siglo XX había atraído el derecho a la salud en el marco de la seguridad social de los trabajadores.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Brasil, como derecho social: art. 6 «Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la proyección de la maternidad» y como derecho fundamental art. 196 «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».
- ▶ Constitución de Ecuador, art. 32 (segunda parte) «El Estado garantizará este derecho [el derecho a la salud] mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional».
- ▶ Constitución de Perú, art. 9. «El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma

de decisión, de interpretación de disposiciones y normas jurídicas, y de aplicación de decisiones y medidas gubernamentales.

¹⁹ La mayoría de los países de América latina incluyen en sus constituciones el derecho a la salud.²⁷

plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud».

f. **Derechos sexuales y reproductivos**

- Reconocimiento expreso.
- Alcance del reconocimiento.
- Paradigma que adopta.

Son muy pocos los países que contienen en sus textos, de modo explícito, los derechos SSR. Esto se explica en gran parte por razones temporales. Cuando estos derechos se instalaron con fuerza en el ámbito internacional los procesos de reforma constitucional ya estaban en marcha. Igualmente hay que tener en cuenta que los derechos sexuales y reproductivos están reconocidos, directa e indirectamente, en:

- Tratados de DDHH y documentos Internacionales con fuerza jurídica.
- Constitución.
- Leyes nacionales y provinciales.
- Decretos.
- Resoluciones ministeriales y otras normas.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de México, art. 4 (segunda parte) «Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos».
- ▶ Constitución de Ecuador, art. 332 «El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad».

- ▶ Constitución de Ecuador, como una derivación del derecho a la libertad, declara, art. 66.10 «El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener».
- ▶ Constitución de Perú, art. 6 «La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud».

g. Principios jurídicos vinculados al derecho a la salud

- Relevamiento de los principios generales con impacto en materia de salud: (igualdad y no discriminación; libertad; debido proceso, legalidad).
- Principios específicos en materia de derechos sociales, incluidos salud.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Perú, art. 1 «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».
- ▶ Constitución de Ecuador, art. 11.8 «El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos».

h. Derechos relacionados con la salud y la salud sexual y reproductiva

Las constituciones reconocen de modo explícito y en ocasiones definiendo un alcance amplio, un conjunto de derechos con una gravitación fundamental en SSR.

Derecho a decidir el número e intervalo de hijos

- El derecho a la autonomía reproductiva
- El derecho a acceder a un servicio de salud

Derecho a la intimidad

- El derecho de toda mujer a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre su vida reproductiva

Derecho a la no discriminación

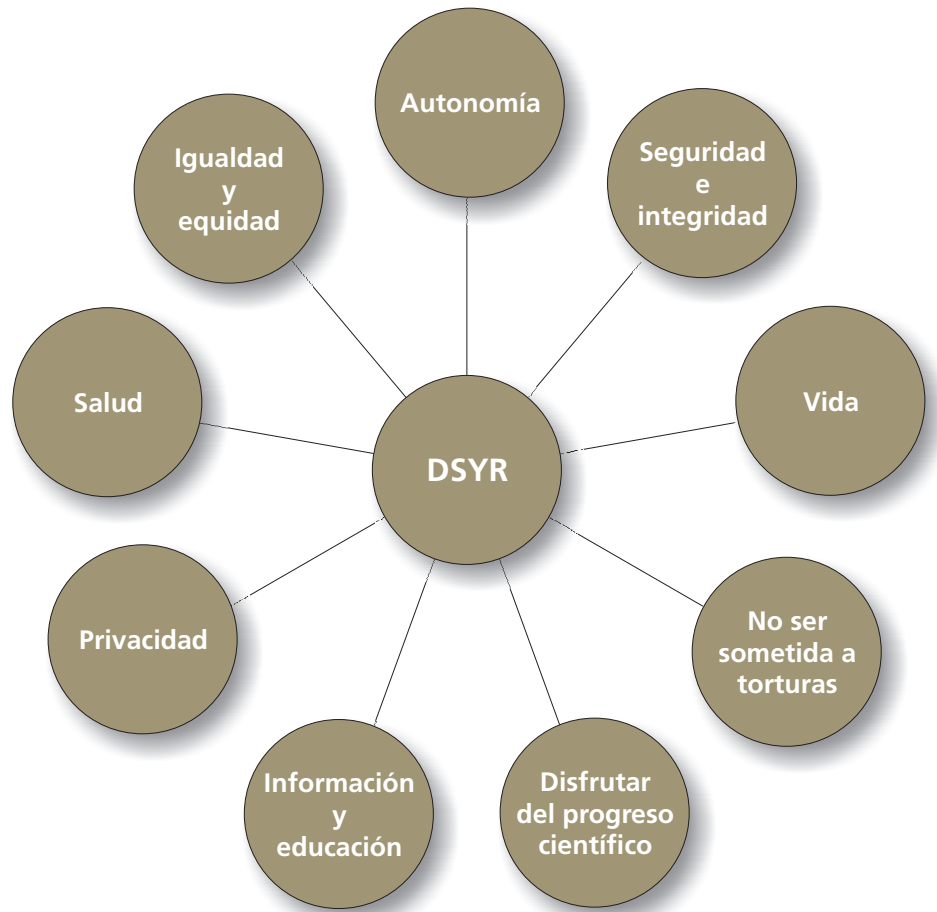
- El derecho a la no discriminación en la esfera de la vida y salud reproductiva: género, pobreza, etc.

Derecho a la información adecuada

- El derecho a ser informada sobre derechos, responsabilidades, beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso particular

Derecho a la libertad, seguridad e integridad personales

- El derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes
- El derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género
- El derecho a vivir libre de la explotación sexual



i. La definición de sujetos de especial protección

Algunas constituciones contienen protecciones especiales a ciertos sujetos o grupos, en razón de sus condiciones de vulnerabilidad. Este compromiso supone que el Estado debe diseñar e implementar políticas públicas que tengan la mirada puesta en estos sujetos. Estas previsiones pueden ser genéricas, calificando sólo el requisito de vulnerabilidad por ejemplo, o específicas, detallando qué grupos se consideran incluidos. En el primer caso, el espacio que tendrá el Poder Legislativo será mayor, pues quedará a su consideración definir, por medio de leyes, quiénes están comprendidos en estos grupos. En el segundo caso, el legislador tiene de entrada definido por la Constitución al menos un conjunto de sujetos o grupos a los que debe proteger de modo especial.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Perú, art. 4 «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono».
- ▶ Constitución de Ecuador, art. 35 «Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad».
- ▶ De modo más genérico, en la Constitución de Venezuela el art. 21 establece que todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: «La ley [...] adoptará medidas positivas a favor de **personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables**; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

j. El sistema de salud

- Las constituciones reflejan y ponen en acción un conjunto de valores, principios y propósitos referidos a la salud y al sistema de salud. De acuerdo con el informe «Salud en las Américas»,²⁸ la mayoría de las disposiciones constitucionales en América latina establecen:
 - ▶ Valores: derecho a la salud, universalidad, solidaridad, equidad, dignidad, desarrollo sostenible, gobernabilidad democrática.
 - ▶ Principios: eficiencia, eficacia, calidad, participación/control social, integralidad de la atención, interculturalidad, descentralización, transparencia.

- Propósitos: proteger la salud de las personas y mejorar la calidad de vida, reducir las desigualdades e inequidades, orientar los servicios a las necesidades de la población, brindar protección financiera frente a los riesgos y las consecuencias de enfermar, y satisfacer las expectativas de la población, respetando su dignidad y autonomía y garantizando, su derecho a la confidencialidad.

Estructuración del sistema de salud:

- Delegar en el Poder Legislativo la articulación del sistema de salud: puede imponer o no ciertas condiciones referidas a esta facultad, expresando explícitamente que la tarea de regulación de la arquitectura del sistema de salud le corresponde únicamente al Poder Legislativo. Es lo que se conoce como «reserva de ley», que significa que la actividad de normar solamente puede realizarse por medio de ley, y no otro tipo de normas, como las administrativas.
- La Constitución argentina nada dice sobre la conformación del sistema de salud, sino que se limita a especificar a qué ámbito del gobierno (rama de poder y nivel de gobierno) le corresponde la facultad de regulación y otras competencias.
- Constitución de México, art. 4 (cuarta parte) «Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción xvi del artículo 73 de esta Constitución».
- Establecer lineamientos generales del sistema de salud.
 - Constitución de Paraguay, art. 69 «Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado».
 - Constitución de Chile, art. 9 «El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a

las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado».

- ▶ Constitución de Perú, art. 11 «El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado».
- ▶ Definir los rasgos del diseño institucional y otras previsiones.
- ▶ Constitución de Costa Rica sienta las bases de un subistema, dejando la posibilidad de sumar otros, pero además emplaza algunas instituciones de modo específico. Art. 73 «Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales. Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales».

k. Referencias relevantes respecto de la administración pública y otros órganos dentro de la órbita sanitaria

- Reserva de ley.²⁰
- Otros principios que rigen su funcionamiento.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Brasil, art. 37 «La Administración pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los **principios de legalidad, impersonalidad, moralidad** [...]».
- ▶ Constitución de Venezuela, art. 25 «**Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo**, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en **responsabilidad penal, civil y administrativa**, según los casos, **sin que les sirvan de excusa órdenes superiores**».
- ▶ Constitución de Guatemala, art. 30 «Publicidad de los actos administrativos. Todos los actos de la administración son públicos [...]».

l. Mecanismos de exigibilidad de derechos

En general se trata de mecanismos de reclamo y protección judicial.

- Acción de amparo.
- Acción de inconstitucionalidad.
- Acción de mora ante la Administración.
- Otros.

²⁰ El principio de reserva de la ley indica que hay materias sobre las cuales sólo el Poder Legislativo tiene facultad de regularlas. Para mayor detalle, véase subsección sobre el nivel regulatorio.

Ejemplos:

- ▶ Constitución de Perú, art. 6 «La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley».
- ▶ Constitución de Ecuador, art.11.9 «El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos».
- ▶ Constitución de Venezuela, art. 21 «Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: la ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas».
- ▶ Constitución de Costa Rica, art. 149 «El Presidente de la República y el Ministro de gobierno que hubieran participado en los actos que enseguida se indican, serán también conjuntamente responsables: 4) Cuando se nieguen a publicar o ejecutar las leyes y demás actos legislativos; 6) En todos los demás casos en que por acción u omisión viole el Poder Ejecutivo alguna ley expresa».

Nivel legislativo

El nivel legislativo está conformado por aquellas normas jurídicas adoptadas por órganos colegiados de elección popular, llamados en general asamblea legislativa, congreso, legislatura o parlamento. El carácter representativo y electivo de este órgano, sumado a la pluralidad, dada la cantidad de sus integrantes, afiliación partidaria, creencias, ideologías e intereses —y al proceso para la toma de decisión— debate, negociación, apertura a la sociedad civil en algunos casos, lo convierten en la institución democrática por excelencia de los Estados modernos.

Como se explicó, la Constitución, en tanto norma suprema, establece la plataforma de derechos, obligaciones, distribución de tareas y funciones de los poderes públicos, sumado a la arquitectura institucional. No obstante, muchas de las normas constitucionales pese a ser exigibles requieren ser completadas e instrumentadas por los operadores jurídicos para entrar en funcionamiento. Es el Poder Legislativo el que tiene de modo primordial esta función regulatoria. Esta tarea abarca tanto reglamentar completando, incorporando contenidos o determinando ciertas nociones, a las disposiciones constitucionales.

Todas las constituciones facultan al Poder Legislativo a emitir las leyes para regular la conducta de los particulares y de los poderes públicos dentro del Estado. Esto es lo que se conoce como «la libertad de configuración» del legislador. Supone la competencia de regular todas las materias necesarias para la organización política y la protección y el ejercicio de derechos constitucionales.

Se puede hablar de distintas clases de regulación, por parte del legislador, de la Constitución:²⁹

- **Necesaria:** las disposiciones constitucionales pueden prever de modo explícito la necesidad de una ley que establezca los casos y las justificaciones en los que se habilitará la acción que se está normando.
 - ▶ Ejemplo art. 18 de la Constitución argentina [en relación con la inviolabilidad del domicilio privado] «una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación». Esto supone una garantía adicional a la libertad de las personas: sin ley no es constitucionalmente válido el allanamiento.
 - ▶ También la Constitución puede disponer que la ley deberá definir el alcance y las formas de la protección de ciertos derechos. Así, el art. 4 de la Constitución mexicana «Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades».
- **Opcional:** Los derechos, las garantías y los principios constitucionales son operativos. En consecuencia, el Poder Legislativo puede

optar entre regularlos o no, sin que esto deba obstaculizar la protección estatal. Por supuesto, en ocasiones la regulación puede devenir necesaria, y por lo tanto obligatoria para las autoridades en tanto mecanismo para efectivamente proteger los derechos, debido al lenguaje excesivamente abierto del texto constitucional. Además, las constituciones incluyen cláusulas generales en las que habilitan al Poder Legislativo a regular los derechos contenidos en su texto.

- ▶ Ejemplo, la Constitución de Colombia, art. 26 «Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad».
- **Prohibida:** En algunos casos se prohíbe la determinación de una disposición constitucional vía ley. Este blindaje constitucional al accionar del legislador en general busca proteger ciertas garantías y evitar que sean desarmadas por la reglamentación de la ley.
 - ▶ Art. 7, Constitución de México «Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura [...]».

A la ley, por ende, se le encomiendan las decisiones básicas sobre el alcance del derecho a la salud, el grado de cobertura de las prestaciones, en qué casos podrá el Estado interferir en la esfera de la autonomía de las personas por razones salud pública o interés común, cómo organizar el sistema de salud para ofrecer el marco institucional que garantice el derecho a la salud y, en particular, las medidas jurídicas destinadas a hacer efectivo el mandato constitucional. En el caso colombiano, la ley 100 de 1993 (sobre sistema de salud), si bien no estableció las prestaciones específicas del sistema de salud, sí indicó la autoridad encargada de llevar a cabo esta tarea, el sistema y los parámetros.¹

En ese orden de ideas, la Constitución ofrece el marco de referencia obligatorio para el legislador. Este marco está compuesto, como se mencionó, no sólo por los derechos fundamentales, sino también por los principios que deben guiar la actuación estatal. Dentro de esos términos constitucionales, el legislador actúa con libertad política en la producción de contenidos jurídicos.²¹

²¹ La libertad de configuración legislativa asume la posibilidad que tiene el Poder Legislativo para modificar las leyes, facultad que responde a la necesidad de adecuarse a los distintos momentos. Le otorga legitimidad a las leyes, dada su capacidad para dar

Sin embargo, esa potestad legislativa no es puramente discrecional. Está sujeta a:

- La distribución de competencias: tanto vertical (gobierno central o locales) como horizontal (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y Administración Pública).
- Los derechos y principios constitucionales (y eventualmente los tratados internacionales de derechos humanos aprobados por el Poder Legislativo).

¿Cómo se determina que una ley sobre prestaciones prioritarias en salud cumple o vulnera este derecho fundamental? Se sostiene que todos los derechos humanos contenidos en las constituciones cuentan con un núcleo indisponible. Esto supone que **si bien el legislador puede configurar ese derecho, por medio de su competencia regulatoria, existe un contenido constitucional de estos derechos que el legislador no puede violar cuando elabora leyes**. Este núcleo duro que el Poder Legislativo debe respetar cuando regula el derecho a la salud se construye de varias maneras, según el contexto jurídico, político-institucional. Básicamente, y a modo de simplificar, surge de:

- El alcance dado a estos derechos por la propia Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, firmados e incorporados al derecho nacional.
 - ▶ En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 se señala «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».
 - ▶ Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el art. 12 dispone «la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención mé-

respuesta y adaptarse. Este carácter innovativo y dinámico, de instrumentos de cambio político, distingue a las leyes de las cláusulas constitucionales.

dica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia». Además, establece que los Estados Partes «garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».³⁰

- Las decisiones de los tribunales superiores que ejercen el control de constitucionalidad:²²
 - ▶ Sentencia C-615/02, de la Corte Constitucional colombiana (8 de agosto de 2002), «en el diseño del sistema de seguridad social en salud, el legislador tiene una amplia libertad de configuración legislativa y sólo se encuentra sometido a los límites que imponen ciertas normas constitucionales. Dentro de estas normas limitativas de su capacidad de acción en esta materia, en primer lugar se encuentran aquellas que consagran derechos fundamentales. De otro lado, el legislador debe regular la prestación del servicio público de salud respetando lo dispuesto por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad a que se refiere el art. 49 superior. Por ello, dentro de las variadas formas de regulación que caben en el marco de su libertad de configuración, debe garantizar a toda la población el acceso a los bienes y servicios que satisfagan adecuadamente sus necesidades en materia de salud».
- Las pautas y el contenido dado a estos derechos por los organismos internacionales que tienen a su cargo el seguimiento de los tratados de derechos humanos.²³
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través de la Observación General 14 prevé que el derecho a la salud se debe entender como un derecho al disfrute de un catálogo de facilidades, bienes, servicios y condiciones ne-

²² Hay que tener en cuenta que el desarrollo del derecho a la salud es reciente y los avances jurisprudenciales en la mayor parte de los países de la región es inicial (Cladem 2007). Véase el trabajo de Cladem sobre Jurisprudencia del derecho a la salud en cuatro países de América Latina y el sistema interamericano. Cladem (2007).

²³ Véase Cladem (2007).

cesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.²⁴ Es uno de los documentos más relevantes para establecer los estándares y el alcance del derecho a la salud.³⁰ En los párrafos 43 y 44 de la Observación, el Comité de Expertos del Pacto formuló los componentes mínimos del derecho a la salud, cuya protección genera obligaciones básicas y de prioridad comparable que el Estado está obligado a cumplir. Concretamente en el párrafo 44, se establecen como obligaciones prioritarias la atención de la salud reproductiva, materna (prenatal y posnatal).³⁰ También se expusieron, en la Observación General 14, los elementos esenciales para medir la forma y el grado de cumplimiento y ejercicio del derecho a la salud, por medio de las categorías: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

- Estándares de derechos humanos previstos en documentos internacionales que los Estados firmaron:
 - ▶ Ejemplo: Los Objetivos del Milenio.

El contenido que de modo progresivo han ido dando a estos derechos las políticas públicas. Por el principio de no regresividad y progresividad el Estado no puede retroceder en la protección dada a las personas en términos de derechos sociales.

Sin intentar describir el catálogo completo de tipología de leyes disponibles en los derechos de la región, cabe distinguir al menos:

De acuerdo con el ámbito territorial del poder:

- Leyes federales
- Leyes locales

De acuerdo con el procedimiento legislativo y a su jerarquización constitucional:

²⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), U.N. Doc. E/C.12/2000/4.

- Leyes ordinarias (también llamadas generales, comunes, o leyes sin ningún calificativo): son aquellas que se aprueban por mayoría simple y un procedimiento legislativo estándar.
- Leyes reforzadas: se aprueban mediante un procedimiento especial que exige mayorías agravadas y, en general, también para su derogación. Tienen jerarquía superior a las leyes ordinarias. Atañen, en general, a aspectos fundamentales de la organización del Estado. Por ejemplo, las «leyes complementarias» en Brasil; las «leyes interpretativas» en Chile.
- Leyes especiales: son leyes que sin recibir un tratamiento jurídico diferenciado respecto de las exigencias de su aprobación ni obtener un estatus jurídico privilegiado, se distinguen de las leyes ordinarias por la especialidad de los temas que regulan o por la integridad con la que abordan un asunto, etcétera. Por ejemplo, las «leyes marco.»
- Decretos-leyes: son normas con fuerza de ley dictadas por el Poder Ejecutivo, sobre una materia específica, de modo excepcional, en virtud de una autorización, concedida por el propio Poder Legislativo, el Tribunal Superior o la Constitución, según el modelo de cada país. No todos los países reconocen esta facultad legislativa al Ejecutivo o lo hacen en casos muy excepcionales y de emergencia (decretos de necesidad y/o de urgencia).

Además de leyes, el Poder Legislativo tiene la facultad de emitir declaraciones, mociones, y otro tipo de materiales jurídicos.

En el nivel legislativo deben seleccionarse no sólo **aquellas leyes de las políticas de SSR con las que trabajan en general los decisores del área** (sea una sola norma integrada o un conjunto de leyes secuenciales), sino también las **leyes marco que organizan el sistema de salud**. Asimismo, si son identificables, las normas habilitantes para la creación **del/los paquetes de prestaciones básicas**.

Además, debe ponerse el acento, para completar el mapa jurídico, en las reglas secundarias de cambio contenidas en normas, como las siguientes leyes:

- De ministerios: facultades de rectoría de la autoridad sanitaria.

- De seguros de salud: planes especiales de cobertura.
- Sobre agencias vinculadas al área de salud: definición o redefinición de competencias de ministerios/secretarías de salud, creación de organismos descentralizados, competencias a agencia administrativa, etcétera.
- Orgánicas que unifican toda la normativa en salud (también llamadas códigos sanitarios).
- De creación de la política de medicamentos.
- De calidad en la atención médica.

Aparte de estas leyes con relación de cercanía más directa a las políticas de SSR, hay otras, como se mencionó, que si bien se encuentran en una esfera de acción menos directa, pueden generar obstáculos o abrir puertas en ciertas circunstancias. Una manera de identificar algunas de estas leyes es revisar las barreras para el acceso a las prestaciones que se han presentado en el último tiempo, y tratar de verificar si no hay elementos legales que puedan rastrearse en el nivel legislativo. Sólo a modo de ejemplo, veamos algunas:

- ▶ Violencia doméstica: algunas leyes de la región aún conservan el viejo paradigma de la protección de la familia, y nada dicen sobre la situación de la mujer o las/os niños y adolescentes insertos en ese contexto. No obstante, hay leyes más recientes que, además del cambio de mirada, incluyen cláusulas que hacen referencia a que se deberán brindar las prestaciones necesarias para evitar y desandar la violencia sexual, por ejemplo. Esto puede ser una puerta de entrada para reforzar la autorización y el aval que dan normas más específicas sobre SSR.
- ▶ Sobre capacidades (reglas del Código Civil): adolescentes y personas con discapacidad mental.
- ▶ Leyes de cambio de sexo.

Nivel regulatorio

Una de las funciones estatales administrativas es la regulación. Es una función del Ejecutivo, la Administración Pública y órganos descentralizados. Básicamente, el derecho administrativo se refiere a dos aspectos: la especificación

de las políticas públicas cuyos lineamientos fueron dados por la Constitución y por las leyes; segundo, la implementación de esas políticas.²⁵ En este documento se focaliza el primer aspecto, esto es, la función regulatoria de las agencias administrativas, en tanto la inclusión de una prestación de SSR es una decisión institucional de carácter jurídico.

El nuevo paradigma del derecho administrativo exige abordar las funciones estatales administrativas, sus prerrogativas y privilegios desde el enfoque de derechos, pues su protección son el fundamento del poder del Estado, lo que supone mejorar el «diálogo entrecortado con el texto constitucional».³¹

El nivel regulatorio está formado por las normas emitidas por órganos de la rama Ejecutiva, organismos autónomos y agencias independientes. La noción de regulaciones se refiere a las normas que desarrollan y especifican normas más generales, lo que supone una actividad regulatoria previa de una materia por parte de una norma jurídica de jerarquía superior.

Las constituciones establecen dos centros de producción normativa, el Congreso y el Ejecutivo, asignándole preeminencia al primero sobre el segundo.³² En general, el material jurídico suministrado por los legisladores es el punto de partida.³³ Pero el derecho de una comunidad política va más allá de esa ley. Y de ahí la complejidad característica del derecho. La producción legal se sucede en muchas de las instancias gubernamentales. Lo que llamamos nivel regulatorio es la última etapa de la trayectoria regulatoria, independientemente de que, por un lado, en este nivel haya distintos estadios, por el otro, la producción legal puede volverse a activar a nivel legislativo, o eventualmente intervenir el nivel judicial como mecanismo de control.

Dados el lugar y las funciones en el diseño institucional, la Administración está más preparada para dar respuesta a cuestiones específicas y tiene mayor versatilidad para adoptar soluciones rápidas a las cambiantes exigencias de distintos sectores de la vida en comunidad. El proceso de generación de normas administrativas tiende a ser más dinámico que el legislativo, con acotado debate entre un grupo de personas, cerrado y con tendencia a adquirir

²⁵ El derecho administrativo, especialmente en aquellos países con sistemas federales de gobierno, es en gran parte local, sin perjuicio de las competencias que el texto constitucional reconoce al ámbito federal/central de gobierno, ni a las que, de acuerdo con la práctica institucional-política de ese país, se hayan establecido.

carácter técnico o especializado. Así, como describe Juanita Durán,¹ el Ministerio de la Protección Social de Colombia aprobó varias normas para regular el acceso de las mujeres a los servicios de salud.

El sentido y alcance de una norma no viene dado de modo evidente desde las autoridades normativas. Los legisladores, en general, prevén cierta estructura, indican el alcance, fijan los órganos encargados de aplicación, etcétera. Luego, otras previsiones deben ser completadas por las autoridades encargadas de la ejecución, que tengan competencia regulatoria. Así, estas normas reglamentan la ley, y estipulan las condiciones de modo, tiempo y lugar de aplicación.

La potestad normativa de la Administración se manifiesta a través de variados materiales jurídicos: simples reglamentos subordinados a la ley tendientes a facilitar su ejecución, los de carácter autónomo o independientes de la ley, resoluciones ministeriales, circulares, todos encuadrables bajo la noción de actos administrativos como concepto genérico. Cada texto constitucional articula un sistema complejo de relaciones entre la ley y el reglamento, con distintas formas de distribución de los poderes regulatorios entre los órganos legislativo y ejecutivo, el que luego es moldeado por prácticas institucionales y políticas. De modo general y simplificado, se observa que el derecho comparado exhibe dos modelos en los libros:

Modelo A	Modelo B
Las facultades regulatorias se concentran en el Poder Legislativo , pese a que luego los tribunales y la práctica transfieran una porción de poder normativo al Poder Ejecutivo mediante la técnica de la delegación.	La competencia normativa si bien descansa primordialmente en el Legislativo, la Constitución , ya en su texto, otorga ciertas facultades regulatorias al Poder Ejecutivo .
En este caso, la capacidad regulatoria del Ejecutivo está dada por la habilitación que otorga el Legislativo.	La autorización la da la Constitución.
Por ejemplo, Inglaterra. ³⁴	Por ejemplo, Argentina, Venezuela, Francia. ¹

Independientemente del modelo adoptado, la evolución y el estado actual del esquema de poderes normativos del Ejecutivo indica que se ha quebrado el monopolio regulador de la ley en todos los países, ya sea bajo el argumento de la existencia de poderes propios de la Administración (por su reconocimiento constitucional) o al afirmar la facultad delegada por el órgano legislativo.³⁵

Sin embargo, como pauta de interpretación y de decisión, **el criterio general sostiene subordinación jerárquica de las normas reglamentarias a la ley y la Constitución, y ordena que los asuntos sustanciales sean regulados por ley. Esto es lo que se conoce como el principio de «reserva de ley»**, que lleva implícito el criterio de jerarquía del ordenamiento jurídico. De estos dos criterios se derivan una serie de consecuencias jurídicas:

- La ley regula con carácter exclusivo las materias reservadas al Poder Legislativo, de acuerdo con el texto constitucional (hay materias explícitamente prohibidas al Poder Ejecutivo) (por ejemplo, impuestos, penal).
- El principio de reserva de ley es fundamental cuando se trata de regulaciones que afectarán la esfera jurídica de los derechos de las personas.
- La ley, además de las materias explícitamente reservadas a ella, puede regular otras materias en virtud de las facultades implícitas y residuales que el régimen constitucional reconoce al Congreso.³⁶
- Se podría argumentar que salvo disposición explícita en sentido contrario, no existe materia vedada al legislador en términos de regulación.³⁷
- El legislador puede, si así lo resuelve, agotar la regulación de la ley con las particularidades, condiciones necesarias para que ésta sea directamente ejecutable y no se requiere mayor reglamentación por parte de la Administración. Salvo cuando haya delegado esa facultad en el Ejecutivo.
- La ley prevalece sobre las regulaciones de la órbita del Poder Ejecutivo, y por lo tanto estas últimas no pueden contradecir a la primera.

- Cuando es el Legislativo el que delega en el Ejecutivo ciertos poderes reglamentarios, la ley puede fijar el alcance de éstos.

No obstante, hay que tener en cuenta ciertas excepciones o consideraciones que moderan el criterio absoluto de «reserva de ley» y la subordinación normativa de las normas reglamentarias de la órbita del Ejecutivo:

- **El Legislativo tiene que ser deferente cuando se trata de decisiones de órganos técnicos con competencia normativa especializada.**
- La disposición reglamentaria puede estar en relación de subordinación directa con la Constitución y, en otros casos, supeditada a reglamentos administrativos de carácter general.
- Espacios de producción normativa en ciertas agencias administrativas que sin una norma explícita han actuado como mecanismos que funcionan de modo eficiente, transparente y justo (situación más debatible que las anteriores).

La intensidad de la «reserva de ley» se modula en función de la materia, y a mayor grado de afectación de un derecho fundamental, menos flexible serán las posibilidades de remisión de la ley al reglamento; en los demás casos de reserva, el ejercicio de la potestad reglamentaria reconoce un cierto margen para introducir opciones políticas, pues la Administración, como poder legitimado democráticamente y con un claro reconocimiento constitucional de su potestad normativa, no pondría en entredicho la función de garantía de la reserva legal (paradigma liberal), ni tampoco transgrediría el pluralismo democrático (paradigma social), que son precisamente las grandes perspectivas que la fundamentan.

Siguiendo el criterio de reserva de ley, el Legislativo está obligado a reglar la porción sustancial de las materias de las leyes y decidir qué aspectos de la regulación delega a los órganos administrativos. En la delegación que hace el Legislativo para que una ley sea precisada y pueda ser aplicada, surgen las siguientes preguntas:

- ¿Qué puede regular el Poder Ejecutivo? (¿Qué?)
- ¿Cómo puede hacerlo? (¿Cómo?)
- ¿Cuándo puede hacerlo? (¿Cuándo?)

El Poder Legislativo debe definir qué puede hacer la rama del Ejecutivo (salvo las excepciones en las que el poder normativo descansa eminentemente sobre este último o, por el contrario, cuando la Constitución prohíbe que el Congreso delegue la potestad regulatoria al Ejecutivo), dejando librado en general cómo y cuándo. La primera cuestión, entonces, es reglada por ley, pues la competencia regulatoria es siempre reglada, mientras que las otras dos pueden estar regladas o estar sujetas a la discrecionalidad de la Administración.³⁸

La discrecionalidad «es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico».³⁹ Para el ejercicio de las facultades discrecionales, el Poder Ejecutivo o una agencia gubernamental, toma sus decisiones sobre la base de criterios de oportunidad y conveniencia. Es decir, puede optar entre varias medidas según considere más adecuadas para satisfacer el interés público, de conformidad con el marco jurídico general.⁴⁰ **La discrecionalidad nunca es absoluta, ni siquiera en las cuestiones referidas al cómo y cuándo.** La discrecionalidad se da siempre en el marco del principio de legalidad, pues toda la actuación de la Administración está encuadrada en reglas y principios. La diferencia es que en algunas áreas o materias las reglas pueden ser más densas y detalladas, mientras que en otras, la discrecionalidad es mayor debido a la generalidad de las reglas. **La discrecionalidad, por lo tanto, es una cuestión de grados.**⁴¹

Los límites de la discrecionalidad del órgano administrativo pueden surgir:

- De la propia ley que le da competencia específica para actuar en esa materia.
- Del conjunto de leyes que le reconocen las potestades públicas.
- De los principios generales y específicos.

De este modo e independientemente de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los países de la región, puede identificarse un menú de principios que debe regir la actuación de las instancias administrativas.⁴²

Principios generales, con especial importancia en esta área del Estado:

- El principio de legalidad.²⁶
- El principio sobre reconocimiento y exigibilidad de derechos.²⁷
- El principio de responsabilidad estatal.²⁸
- El principio de tutela judicial efectiva.²⁹
- El principio de eficacia.³⁰
- El principio de razonabilidad.³¹

A esto pueden sumarse principios propios de la Administración Pública: el principio de justificación de las decisiones institucionales, el principio del debido proceso adjetivo, el principio de reserva de ley, el principio de la presunción de legitimidad o de validez de la ley y el principio de publicidad.

Asimismo, hay que tener en cuenta que los actos administrativos están sujetos a control judicial de constitucionalidad y pueden, según la ingeniería institucional de cada país, estar sometidos también a un control por parte del Poder Legislativo. Éste es el caso de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso en la Argentina, cuya formación está establecida en la Cons-

²⁶ Como sostiene Gordillo,⁴³ el principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento, en primer lugar, a la Constitución y a la Ley del Legislativo, y al ordenamiento jurídico, por ejemplo, a las normas de la propia Administración.

²⁷ Este principio señala que la Administración Pública debe desempeñar sus funciones de acuerdo y procurando la garantía de los derechos constitucionales y humanos de las personas. Asimismo la ciudadanía, en casos de incumplimiento, puede reclamar ante las autoridades competentes, la violación de sus derechos.

²⁸ Este principio marca la responsabilidad jurídica que tiene el Estado por los daños causados por el funcionamiento anormal, incorrecto o negligente de la Administración Pública.

²⁹ Es un principio que establece que las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

³⁰ El principio de eficacia en el ámbito de la Administración Pública tiene distintas implicaciones, pero en términos generales marca que los órganos deben llevar a cabo su tarea de modo adecuado, sin formalismos vacíos o demoras innecesarias. Esto se refiere a la calidad de la actuación administrativa.

³¹ El principio de razonabilidad exige que las acciones y decisiones del Estado estén fundadas, es decir que no estén sostenidas por el capricho o la mera discrecionalidad de los funcionarios públicos.

titución, y que tiene a cargo la revisión de las decisiones adoptadas por el Ejecutivo en el marco de delegaciones legislativas.

La Administración Pública como esfera del Ejecutivo es un ámbito vital para abordar y comprender el régimen legal de la SSR. La toma de decisiones puede adquirir diversos grados de democratización. Esta variación no es simplemente contingente, de acuerdo con el área de gobierno o momento político, sino que responde a culturas políticas, maneras de transición democrática, rol de los partidos políticos, modelos de burocracia y desarrollo de la sociedad civil.

Como manera de estilizar el abordaje, se pueden identificar temas sobre los que habrá que revisar la regulación existente, cuando se inicia el proceso de incorporación de una prestación en SSR.

- Las reglas primarias y secundarias de estas áreas vinculadas a la SSR. Aquí no sólo interesan las normas de la agencia o el programa de SSR, sino las de programas que tienen competencia en áreas que son de SSR pero que en el diseño gubernamental han quedado como áreas separadas: maternidad e infancia; adolescencia; mujer; educación; HIV-sida, etcétera.
- Normas complementarias de SSR: protocolos.
- Reglas secundarias generales que rigen el PE y sus organismos: facultades reguladoras.
- Reglas administrativas que rigen el Estado y los ministerios (por ejemplo, licitaciones públicas, de organización, de compras institucionales).

Asimismo, hay que tener en cuenta las instancias con las que cuenta la autoridad sanitaria nacional para coordinar políticas sanitarias en países federales, o espacios de diálogo formales abiertos para actores privados (por ejemplo, los laboratorios), y de la sociedad civil y expertos (por ejemplo, consejo de asesores de programas de SSR). También si cuenta con reglas formales para solicitar consultas (por ejemplo, para tratar temas más problemáticos en términos políticos, como la provisión de abortos legales).

Nivel judicial³²

El Poder Judicial está formado por jueces, a quienes se les garantiza la independencia de los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo) por medio de distintas disposiciones, en general constitucionales, como la inamovilidad de sus cargos y la intangibilidad de sus remuneraciones. El acceso a los tribunales es un derecho a la vez que una garantía de protección a los derechos fundamentales.

La función primaria del Poder Judicial es garantizar la supremacía constitucional, proteger los derechos fundamentales de las personas, resolver conflictos sobre desacuerdos jurídicos, aplicando al caso concreto sujeto a su conocimiento una porción del derecho. Para esto debe resolver, de acuerdo con derecho, las cuestiones jurídicas sometidas a su conocimiento. El Poder Judicial, en lo que aquí nos interesa, actúa como mecanismo de control de las decisiones institucionales, incluidas resoluciones, leyes, entre otros materiales jurídicos. Los productos normativos de los tribunales, las sentencias, son también normas jurídicas, pero particulares. Pueden alcanzar carácter general cuando la Constitución otorga a las decisiones del Tribunal Superior (generalmente una Corte Constitucional) efecto *erga omnes*.

Los márgenes de discrecionalidad para la toma de decisiones por parte del Legislativo, Ejecutivo y la Administración Pública también imponen límites a la actuación de los jueces. Si el Ejecutivo, por ejemplo, adopta una decisión, dentro de un menú de opciones que respeta el ordenamiento jurídico y los mandatos constitucionales, y que responde a sus criterios de oportunidad y mérito, el juez en principio debe ser deferente a esta decisión.

Hay una serie de preguntas para definir cómo ha articulado cada derecho su control de constitucionalidad.⁴⁴

¿Quién está legitimado para ejercer el control de constitucionalidad?

■ ¿Cómo se lleva a cabo esa facultad?

³² Resulta muy interesante el análisis del Poder Judicial en la definición de prestaciones de salud en el caso argentino, presentado por Paola Bergallo.²

- ¿Quiénes pueden acudir a los tribunales para la revisión/control judicial de las normas jurídicas?
- ¿Qué parte de las decisiones institucionales/normas jurídicas de los otros poderes públicos está sometida a control?
- ¿Hay decisiones políticas excluidas de este control? ¿Cuáles?
- ¿Qué efectos tiene el control de constitucionalidad sobre la norma impugnada? ¿Es *erga omnes* (general) o sólo para el caso concreto?

Veamos a continuación, cómo se refleja esta jerarquía y procedimientos e instancias de control en algunos textos constitucionales:

- Constitución de Costa Rica, art. 10 «Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales. La potestad de legislar establecida en los arts. 105 y 121 inciso 1) de esta Constitución, no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados de conformidad con los principios del Derecho Internacional».
- En la Constitución de Guatemala, en el art. 49 se afirma «Establécese la jurisdicción contenciosos-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo. La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo».

Para identificar las sentencias relevantes en el tema de este documento, debería rastrearse si hay sentencias de tribunales superiores (locales) o el nacional sobre:

- Derecho a la salud, en términos estructurales.
- Sobre el valor dado a las observaciones, recomendaciones y decisiones de los órganos de monitoreo de los tratados de derechos humanos.
- Prestaciones en salud: si estableció principios, pautas, que puedan ser aplicables al ámbito de la SSR.
- Temas «disputados» en SSR: anticoncepción hormonal de emergencia, interrupción del embarazo en los casos permitidos, reproducción asistida, algunas vacunas, tratamientos experimentales para infecciones, etcétera.

La aplicabilidad de las normas identificadas supone preguntarse una serie de cuestiones que tienen que ver con que si la norma es aplicable a la situación fáctica dada. Es decir, sobre los hechos regulados por la norma, preguntarse el valor jurídico que tiene la norma en el sistema jurídico del país; el rol que posee en el sistema de salud; la autoridad puede utilizar la norma, el tipo de acciones que habilita la norma, y consideraciones referidas al uso que se le ha dado en la práctica institucional.

Junto con el valor jurídico que posee/n la/s norma/s identificada/s, resulta fundamental revisar su fuerza institucional, esto es, su aptitud para justificar una decisión gubernamental. El primer punto ineludible es analizar si la norma justifica adecuadamente la decisión. La conexión entre norma y su fuerza justificatoria es externa, depende de una serie de factores, como su relación con otras normas superiores, los principios jurídicos del ordenamiento jurídico, su uso por parte de las autoridades y demás operadores, su aplicación por parte de los tribunales, entre otros factores.

IV.2.3. Preguntas clave

Básicamente existen dos enfoques para abordar la comprensión de las coberturas de los paquetes de prestaciones prioritarias de salud. El primero es su extensión social. El segundo se refiere al alcance o la profundidad prestacional. Si bien este documento se centra en este segundo aspecto de la cobertura, interesa para definir el mapa jurídico en el proceso de incorporación de una prestación, la horizontal pues remite a los subsistemas de salud y sus

seguros. De modo esquemático, previamente a abordar las preguntas clave para comprender los marcos normativos, resulta útil avanzar en las siguientes cuestiones en torno a la decisión institucional que se estaría por tomar respecto del paquete de prestaciones:

- ¿Qué tipo de prestación?
- ¿Cuál es el objetivo de la nueva decisión institucional?
 - ▶ Incluir una nueva prestación.
 - ▶ Ampliar la prestación.
 - ▶ Modificar la prestación.
 - ▶ Eliminar una prestación.

Integrar un grupo de prestaciones a un paquete esencial

- ¿Cuál es el alcance de la cobertura que se quiere exigir?
- ¿Se trata de una incorporación a un paquete básico y general de prestaciones, a un plan de prestaciones específicas de SSR, o a un plan especial? (entre otras modalidades)
- ¿Qué agentes del seguro de salud estarían obligados por la nueva medida?
- ¿Se trata de una prestación con aceptabilidad? ¿O cuenta con algunas resistencias?

General: para cualquier ámbito jurídico y/o conjunto de normas identificadas como relevantes³³

- ¿Cuál es el alcance de la norma?
 - ▶ ¿Qué jurisdicción tiene? Esto es, se trata de una norma federal o local.

³³ Esta sección se hizo sobre la base de los trabajos de Juanita Durán¹ y Paola Bergallo² acerca de Colombia y la Argentina, respectivamente.

- ▶ ¿Qué órgano la emitió? ¿De qué rama de los poderes gubernamentales?
- ▶ ¿Cuál es la situación fáctica que legisla?
- ¿Qué tipo de norma es? ¿Primaria o secundaria?
- ¿Otorga/protege/crea derechos e intereses legítimos?
- ¿Qué mandato establece (en relación con las autoridades)? Orden, permiso o prohibición.
- ¿Tiene limitaciones en cuanto a lo que puede ordenar? (por ejemplo, puede fijar procedimientos de sanción?)
- ¿A quiénes vincula? ¿A quiénes involucra?
- ¿Se refiere a la/finalidad/es que persigue la norma?
- ¿Se citan argumentos para justificar la decisión de la norma? ¿Cuáles son los argumentos?
- ¿Requiere de normas complementarias?
- ¿Establece excepciones o límites de otro estilo?
- ¿Está sometida a controles?
 - ▶ ¿Qué tipo de controles?
 - ▷ Materiales
 - ▷ Formales
 - ▶ ¿Qué requisitos y límites de tiempo tiene ese control?
 - ▶ ¿Cuál es/son el/los órganos competentes para realizar el control?
 - ▶ ¿Cómo opera el control? ¿De oficio, a pedido de un organismo público o de un ciudadana/o?
- ¿Puede disponer de presupuesto?
- ¿Cuál es el órgano competente para aplicarla e interpretarla?
- ¿Cuál es el procedimiento para adoptar o reformar la norma?
- ¿Requiere de normas complementarias?

- ¿Se ha usado esta norma para regular asuntos relacionados con salud sexual y reproductiva? ¿Por ejemplo?
- Independientemente de su uso anterior ¿Cuál es o podría ser la relevancia, utilidad o barrera para los procesos de incorporación de prestación de SSR?

Sobre las políticas públicas en salud con impacto en salud sexual y reproductiva

En el despliegue de dimensiones a continuación se tratará de relevar la información sobre actores, diseño, financiamiento y funcionamiento de las políticas en salud con especial atención a las políticas relevantes en SSR.

- ¿Qué organismo gubernamental o agencia interviene?
 - ▶ Diseño
 - ▶ Implementación
- ¿Qué rango jerárquico tiene este organismo? ¿De quién depende?
- ¿Tiene funciones de regulación? ¿Qué jerarquía en el esquema gubernamental tienen las normas emitidas? ¿De dónde surge su potestad regulatoria?
- ¿Cuáles es el conjunto de normas que regula su actividad?
- ¿Cuáles son las autoridades competentes para reglamentar estas leyes sobre salud?
- ¿Existen mecanismos para el diseño de políticas?
- Si existen estos mecanismos ¿hay previsiones respecto del armado del paquete de prestaciones?
- ¿Hay previstos procesos de participación y/o consultas de expertos?
- ¿Exige un diagnóstico y justificación específicos? (por ejemplo, análisis de impacto presupuestario y/o científico-tecnológico)
- ¿Cómo es el financiamiento?
- ¿Cuáles son los mecanismos de definición y ejecución presupuestaria?

- ¿Cuál es el alcance de las políticas?
 - ▶ Focalizada/universal (población).
 - ▶ Permanente/emergencia.
- ¿Las políticas elaboradas por las autoridades sanitarias vinculan a los agentes del seguro de salud?
 - ▶ ¿De qué depende esta vinculación? ¿Hay una norma general que así lo establezca (por ejemplo, ley marco de salud, ley de organización de los seguros de salud) o ¿se trata de previsiones específicas que cada política, en su parte legal, determina? En ese último caso ¿de dónde surge la potestad regulatoria de la autoridad sanitaria, para obligar a los agentes de salud?
 - ▶ ¿A qué agentes de seguro de salud vincula?
 - ▶ ¿De qué manera?
- ¿Hay establecidos procedimientos para reformas o introducción de nuevas políticas?
- ¿Cómo se dan las interacciones entre los niveles horizontal (legislativo, ejecutivo y judicial) y vertical (federalismo/descentralización) de la estructura de gobierno?
 - ▶ ¿Hay mecanismos o ámbitos de coordinación entre los distintos niveles de gobierno? ¿Con el resto de los actores del sistema? (aseguradores, proveedores)
- ¿Hay mecanismos de monitoreo? ¿Internos o externos?
- ¿Hay instancias gubernamentales con capacidad de veto sobre estas políticas?

Paquete de prestaciones

- Diseño y cambios en el contenido del paquete de prestaciones.
 - ▶ ¿Cuál es/son la/s institución/es o autoridad/es responsables de definir su contenido? En caso de ser varias ¿Las funciones están diferenciadas? ¿Qué función cumple cada una?

- ▶ ¿Existen criterios estandarizados para evaluar las incorporaciones, los cambios y las eliminaciones?
- ▶ Análisis de impacto presupuestario y financiación.
- ▶ Análisis de cuestiones técnicas y conocimiento científico.
- Inicio del proceso
 - ▶ ¿Cómo se activa este proceso? ¿Cuán reglada se encuentra esta instancia?
 - ▶ ¿De quién es esta decisión?
 - ▶ ¿Hay mecanismo para que la sociedad civil inste? ¿Los efectos de salud? ¿Los laboratorios?
- ¿Cuáles son las reglas y los procedimientos (reglas secundarias) para la definición de su contenido?
- ¿Hay previstos mecanismos de participación de comités de expertos, ciudadanía? Esta participación es obligatoria u optativa para la autoridad?
- Aprobación de la decisión institucional sobre el contenido del paquete de prestaciones, y subsiguientes instancias.
 - ▶ ¿Es la misma autoridad la que diseña/modifica el paquete, y la que aprueba esta decisión?
 - ▶ ¿Quién puede reformar? ¿A qué rama de los poderes gubernamentales pertenece?
- ¿Hay mecanismos de monitoreo y seguimiento de las reformas realizadas?
- ¿Hay mecanismos de reclamo ante el incumplimiento o las fallas de implementación? ¿En qué sede? (administrativa o judicial) ¿Quién puede reclamar?

Régimen jurídico de salud sexual y reproductiva

- Conglomerado de leyes de SSR ¿Hay una ley integral de SSR, o una legislación dispersa?

- ¿En las leyes marco sobre salud, hay previsiones respecto de SSR?
- ¿Hay una ley sobre paquete de prestaciones básicas? ¿Hay prestaciones de SSR?
- ¿Qué autoridad/es tiene/n a su cargo el diseño de la política de SSR? ¿Tiene una competencia especial o es más general? (por ejemplo, maternidad)
- ¿Qué rango jerárquico tiene en la estructura estatal? ¿De quién depende?
- ¿Cuál es la competencia de esta autoridad? ¿Tiene competencia vertical?
- ¿Participa en alguna instancia en los procesos de incorporación de prestaciones?
- ¿Tiene competencia regulatoria?

IV.3. Consecuencias jurídicas del reconocimiento del derecho a la salud para la toma de decisiones institucionales

En esta sección se analizarán de modo resumido, algunas de las consecuencias jurídicas del reconocimiento del derecho a la salud en los ordenamientos jurídicos y su impacto en las decisiones institucionales referidas a los paquetes de prestaciones en SSR.

La constitucionalización del derecho a la salud supone reconocer un valor especial al interés protegido del individuo portador de ese derecho. Su reconocimiento está dado de modo genérico, o en todo caso con algunas condiciones y parámetros. Esto se debe, como se explicó, a que el contenido del derecho a la salud no puede ser fijado de modo completo y permanente

—por lo tanto, no puede estar en el texto constitucional, destinado a mantenerse sin cambios constantes—. De ahí que el debate y las decisiones se desplacen a los foros institucionales con mayor capacidad para acomodarse a los cambios y los poderes políticos.

La realización del derecho a la salud por parte del Estado se traduce en una prestación estatal, regulación estatal,³⁴ abstenciones de llevar a cabo actos que afecten la salud, adopción de medidas que impacten en el bien salud de modo favorable, entre otras acciones y prestaciones. Es decir, el derecho a la salud abarca un amplio menú de acciones estatales, pero su estatus de derecho constitucional no predetermina de modo cerrado la cuestión.³⁵

Los derechos constitucionales operan estableciendo un núcleo duro y al mismo tiempo un límite sustancial al contenido de la legislación. Otorgar rango constitucional al derecho a la salud es dejar indisponible su existencia a la decisión política de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o su administración. Es decir, pertenece a un coto vedado, no puede ser eliminado del catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, su alcance, su contenido y carac-

³⁴ Si el Poder Legislativo, encargado de legislar sobre las prestaciones en SSR, no cumple su tarea, existen algunos argumentos y estrategias para lidiar con esta omisión legislativa. Una es la aplicación directa de la Constitución, que depende la situación concreta, se podría argumentar que frente a la mora legislativa no cabe que las/os ciudadanas/os carguen con la omisión, y deben, por lo tanto, las agencias encargadas de dar acceso a los servicios de salud y otras prestaciones, aplicar directamente el texto constitucional. Segundo, la participación y decisión judicial. El Poder Legislativo es el órgano atribuido para reglar los derechos y las garantías constitucionales. No obstante, ante vacío legal, indeterminación de ciertas normas jurídicas, conflicto entre normas y/o derechos constitucionales, entre otros problemas que pueden surgir, son los tribunales los llamados a decidir. La factibilidad y los efectos de esta vía dependerán del modelo de control judicial de las decisiones institucionales (incluidas las normas jurídicas o la decisión de no sancionar éstas), pero de modo general puede sostenerse que el tribunal o los tribunales con competencia para controlar la constitucionalidad, pueden declarar que la omisión es inconstitucional y que el Legislativo debe sancionar una ley. Hay que tener en cuenta, como se explicó, los efectos que estas sentencias tienen: para el caso concreto o *erga omnes*. Asimismo, como tercer argumento está la facultad accesoria para regular, por parte del Ejecutivo: si bien, de acuerdo con el criterio de «reserva de ley», la regulación del derecho a la salud está en manos del Congreso, puede haber, en primer lugar, agencias a quienes éste, por ley, haya delegado la facultad de reglamentar parte de esta materia. Asimismo, ante la omisión legislativa que está vulnerando un derecho, la flexibilización del criterio de reserva de ley no es necesariamente debilitar la reserva, ya que en la relación ley-reglamento este último debe regular todo lo indispensable para garantizar la aplicación de la ley.

³⁵ No obstante, hay que tener en cuenta que en la región latinoamericana el derecho a la salud, en tanto derecho social, asume una obligación estatal de prestación.

La protección del derecho a la salud no acaba en su reconocimiento en el texto constitucional, sino de una cadena de actos y decisiones institucionales subsiguientes. De ahí que sea necesaria la participación del Legislativo y Ejecutivo, para dar forma al contenido del derecho a la salud.

terísticas están sujetos a decisiones democráticas-políticas, cuyo foro paradigmático es el Parlamento. Consecuentemente, qué prestaciones son esenciales para que el individuo pueda efectivamente ejercer su derecho a la salud, en concreto, su SSR es parte de la decisión de los poderes políticos. Esto es conocido como «la libertad de configuración del legislador».

El Poder Legislativo es el foro institucional al que se le asigna la competencia de regular los derechos constitucionales. La facultad de reglamentar los derechos está implícita en todo sistema jurídico, pues, en primer lugar, ningún derecho es absoluto, y en segundo lugar, como se indicó arriba, el reconocimiento del derecho requiere ser definido en su contenido. La Constitución argentina lo establece de modo expreso en el art. 14 «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio».

La libertad de configuración varía de acuerdo con las posibilidades fácticas pero también jurídicas. Esto es así, pues si bien el legislador dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con la protección de salud, ese margen no es ilimitado. Debe respetar ciertos límites y exigencias constitucionales.

Cabe hacer una distinción. En relación con la regulación de los derechos fundamentales se puede tratar, a grandes rasgos, de dos tipos de actividades:

- Definición del alcance del derecho (por ejemplo, definición del paquete de prestaciones que se consideran básicas para el disfrute del derecho a la salud).
- Limitación del derecho (por ejemplo, el derecho al voto recién se ejerce a partir de los dieciocho años de edad —limitación por edad; el derecho a la libre circulación se limitará por medio de máximas de velocidad y otros controles).

En relación con los límites dados a un derecho, el principio de razonabilidad actúa como criterio. Por ejemplo, el art. 28 de la Constitución argentina, «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio». Esta última cláusula constitucional es un límite, si bien abstracto, impuesto por el Constituyente, a la capacidad normativa del legislador.

Por otro lado, **para fijar el alcance de un derecho fundamental**, el legislador, y consecuentemente el Ejecutivo, deben cumplir con ciertas pautas. Los lineamientos volcados en la Constitución sobre el sistema de salud, los sujetos de especial protección, los principios que deben guiar la garantía de los derechos, entre otras cuestiones, fijan los parámetros de la «libertad de configuración del legislador».³⁶

La dimensión del derecho a la salud que interesa especialmente en este documento es aquel que reclama prestaciones, de contenido patrimonial. Las prestaciones específicas variarán en cantidad y calidad, dependiendo de la necesidad de ajustarlo a consideraciones de bien común, los recursos disponibles, los índices, de las necesidades, los esquemas de distribución de prestaciones públicas, de las concepciones vigentes de salud, entre otros factores. No obstante, hay una serie de principios, estándares y materiales jurídicos que imponen un límite a estas decisiones.

La libertad de configuración del Congreso sólo puede ser revisada por el juez en forma limitada, cuando el Poder Público no ha tomado las respectivas medidas o cuando las medidas adoptadas son inapropiadas o completamente insuficientes para alcanzar el fin perseguido. El primer escenario refiere a lo que se conoce como omisión legislativa. Éste sería el caso en que el Parlamento no establezca, pese a ser su competencia, una lista de prestaciones básicas, o no indique cuál es el órgano competente para regular esta materia, o se abstenga de modo sistemático a realizar cambios en un paquete de prestaciones anticuado e inadecuado.

³⁶ Véase sobre este punto el trabajo de Juanita Durán, *op. cit.*

Capítulo V.



Conclusión

*H*ay marcos regulatorios más o menos predecibles, más o menos coherentes, más o menos actualizados, más o menos flexibles, pero todos son susceptibles de un análisis más preciso. En este documento se propuso formular una metodología para construir el mapa jurídico relevante de los procesos de reforma de los planes de prestaciones de SSR. Para abordar este objetivo se presentó una serie de pautas orientadas a guiar a los operadores del derecho.

Se ofreció una mirada del derecho en tanto conjunto de reglas y como herramientas para la justificación de decisiones institucionales. La identificación de los materiales de derecho que actúan como habilitadores y como barreras en un contexto dado requiere identificar los ámbitos jurídicos, las dimensiones más pertinentes y preguntarse una serie de puntos clave. Ciertamente, hay instancias, ante la pregunta de cuál régimen jurídico aplicar, en las que serán la experiencia, las prácticas institucionales las que ofrecerán la respuesta, pero esperamos que, a partir de esta metodología, esta tarea se realice teniendo en cuenta otros aspectos jurídicos, que pueden imponer límites, pero en muchas ocasiones oportunidades, respetando los derechos y principios constitucionales y de derechos humanos que informan los sistemas jurídicos en los países de América latina.



Referencias bibliográficas

1. Durán, J.: «Regulación en Colombia». Proyecto *Entorno político habilitado para integrar la salud sexual y reproductiva en las políticas públicas*, UNFPA (LAC) y CEDES, 2010.
2. Bergallo, P.: «Regulación en Argentina». Proyecto *Entorno político habilitado para integrar la salud sexual y reproductiva en las políticas públicas*, UNFPA (LAC) y CEDES, 2010.
3. Palombella, G.: *La autoridad de los derechos: los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, pág. 18.
4. Schauer, F.: *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 2004, pág. 15.
5. Hierro, L.: *Estado de derecho: problemas actuales*, México D.F., Fontamara, 2001, pág. 63.
6. IOM (Institute of Medicine): *For the Public's Health: Revitalizing Law and Policy to meet New Challenges*, Washington D.C., The National Academies Press, 2011, pág. 27.

7. Organización Panamericana de la Salud: «Salud en las Américas 2007», Washington DC, 2007, cap. IV.
8. Organización Panamericana de la Salud, *op. cit.*, pág. 8.
9. Organización Panamericana de la Salud, *op. cit.*, cap. IV, pág. 362.
10. Organización Panamericana de la Salud, *op. cit.*, págs. 358-362.
11. Organización Panamericana de la Salud, *op. cit.*, pág. 362.
12. Sojo, A.: «La garantía de prestaciones en salud en América Latina: equidad y reorganización de los cuasimercados a inicios del milenio». Serie Estudios y perspectivas, N° 44 (LC/L.2484-P), México, D.F., sede subregional de la CEPAL en México. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.06.II.G.9, 2006, pág. 30.
13. Sojo, A., *op. cit.*, pág. 31.
14. Romero, M. y Maceira, D. (eds.): *Iniciativa por los derechos sexuales y reproductivos en las reformas del sector salud: América latina*, Buenos Aires, CEDES, 2004.
15. Ost, F. y van de Kerchove, M.: *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2001, pág. 133.
16. Atienza, M. y Ruiz Manero, J.: *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, págs. 5-15.
17. Schauer, F., *op. cit.*, pág. 16.
18. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *op. cit.*, pág. 4.
19. Dworkin, R.: *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta DeAgostini, 1993, cap. II.
20. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *op. cit.*, pág. 9.
21. Alexy, R.: *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, págs. 20-21.
22. Palombella, G., *op. cit.*, págs. 27 y 71.
23. Palombella, G., *op. cit.*, pág. 37.

24. Palombella, G., *op. cit.*, pág. 39.
25. Ost, F. y van de Kerchove, M., *op. cit.*, pág. 135.
26. Balbín, C. F.: *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 56.
27. Organización Panamericana de la Salud, *op. cit.*, pág. 318.
28. Organización Panamericana de la Salud, *op. cit.*, pág. 317.
29. Sagüés, N. P.: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999, págs. 73-74.
30. CLADEM: *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el sistema interamericano*, Lima, CLADEM-CIES-Observatorio del Derecho a la Salud, noviembre de 2007.
31. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág. 48.
32. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág. 73.
33. Moreso, J. J.; Navarro, P. E. y Redondo, C.: *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2002, pág. 10.
34. Bianchi, A. B.: *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración*, Buenos Aires, Abaco, 1990, págs. 76 y ss.
35. Perrino, P. E.: «Potestad reglamentaria y regulación de actividades económicas», conferencia en VII Jornadas Internacionales en honor al profesor Allan R. Brewer Carías «El principio de legalidad y la ordenación jurídico-administrativa de la libertad económica», Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, noviembre de 2004.
36. Balbín, C. F., *op. cit.*, págs. 68-69.
37. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág. 69.
38. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág. 122.
39. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág. 121.
40. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág. 127.

41. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág. 125.
42. Balbín, C. F., *op. cit.*, pág 58.
43. Gordillo, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Parte general, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
44. Bianchi, A.: *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, 2002.

ISBN 987247965-8



9 789872 479657