

XVII JORNADAS Y

VII

**INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA**

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS - UNNE**

Compilación:

Alba Esther de Bianchetti

2021

Corrientes - Argentina



XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad

de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ;

compilación de Alba Esther De Bianchetti.- 1a ed compendiada.- Corrientes :

Moglia Ediciones, 2021.

552 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-393-1

1. Comunicación Científica. 2. Derecho. I. Aiub, Karen Alicia. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.072

ISBN N° 978-987-619-393-1

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723



Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliaibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2021

LAS DIMENSIONES JURÍDICAS DEL DERECHO A LA SALUD Y EL NUEVO DESAFÍO DE LA SALUD PÚBLICA GLOBAL

Castello, Juan D. A.

castellounne@gmail.com

Resumen:

Los tiempos que estamos transcurriendo caracterizados por un especial cuidado de la salud pública a partir de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a causa de la expansión del COVID-19, llevan a que reparemos sobre los distintos enfoques normativos del derecho a la salud y a plantear la expectativa actual sobre su desarrollo.

Palabras claves: Derecho a la salud, COVID-19, generación de derechos constitucionales.

Introducción

El derecho a la salud, corolario del derecho a la vida como lo afirmaba Bidart Campos (Bidart Campos, Germán, 1991), alcanzó a adquirir el carácter de derecho intergeneracional, en lo que a la teoría de las generaciones de derechos se refiere, conforme lo estudia el Derecho Constitucional.

El derecho a la salud es un derecho de primera generación, aunque la corriente clásica no lo haya mencionado expresamente. También se cuenta entre los derechos sociales, como parte de una segunda generación de derechos que caracterizó al constitucionalismo de la primera mitad del siglo XX, ocupándose de los efectos de las relaciones laborales, los infortunios de la misma naturaleza, la vejez y la familia. También pasó formar parte de los derechos de tercera generación, como un derecho difuso susceptible de ser afectado por las condiciones del ambiente y el consumo, factores con impacto indivisible sobre los seres humanos.

Asimismo, en los últimos tiempos, puede afirmarse que el derecho a la salud sumó otra dimensión. La pandemia de COVID-19, cristalizó un enfoque que los organismos internacionales han venido desarrollando y que da cuenta que los cuidados en materia de salud no admiten fronteras territoriales. Cuando una enfermedad se expande en todo el planeta, los esquemas nacionales tradicionales quedan inexorablemente superados, siendo la instancia de las relaciones internacionales la que aportará las soluciones normativas.

Materiales y método

Se examinaron la Constitución de la Organización Mundial para la Salud (1946), los documentos emitidos por este organismo en relación a la pandemia de COVID-19, así como la doctrina y jurisprudencia referida al derecho a la salud, intentando encontrar el enfoque que con el tiempo ha ido teniendo el derecho a la salud.

Resultados y discusión

Los tiempos que estamos transcurriendo caracterizados por un especial cuidado de la salud pública a partir de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a causa de la expansión del COVID-19, llevan a que reparemos sobre los distintos enfoques normativos del derecho a la salud y a plantear la expectativa actual sobre su desarrollo.

Si bien puede afirmarse que el derecho a la salud no resultó expresamente incluido entre los derechos de primera generación producto del constitucionalismo clásico, ello no significó su negación. Para ese primer momento, la salud podría inscribirse dentro del modelo higienista, como lo denomina Tobar, asemejándose a la seguridad. Producir salud, explica el autor, consistía en regular riesgos, aislando a quienes podían contagiar al resto y reprimiendo a quienes asumían conductas enfermizas y enfermantas (Tobar, Federico, 2013).

La actividad estatal actuaba sobre la infraestructura urbana para generar condiciones más saludables. Los servicios orientados a la salud individual se cubrían a través de aquellos que operaban para garantizar el bienestar colectivo. (Tobar, Federico, 2013). Bajo este modelo, la salud es percibida como una cuestión privada, de la cual sólo comenzará a ocuparse el sector público desde una perspectiva de salubridad e higienismo (Vita, Leticia, 2013).

Hasta ese momento, la salud no estaba concebida de manera clara como un derecho, carácter que comienza a gestarse en el siglo XX como producto de las reivindicaciones de los sectores obreros por mejores condiciones laborales y de subsistencia (Vita, Leticia, 2013). A partir de estos movimientos, el Estado asume un rol más activo con intervenciones que reconocen y erigen a la salud como un derecho. El Estado, bajo esta nueva concepción, no sólo asegurará condiciones de higiene, además garantizará y suministrará servicios de salud.

Aunque con vaivenes en épocas posteriores, en los que incidieron los modelos privados de salud, lo cierto es que el derecho a la salud, como prerrogativa individual que exige del Estado garantizar asistencia en materia de salud, alcanzó a consolidarse.

En 1946, al constituirse la OMS, se declaró como principio básico que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. También se estableció que los gobiernos

tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

Los tratados de derechos humanos que comenzaron a concertarse hacia la segunda mitad del siglo XX, brindaron un especial reconocimiento al derecho a la salud, garantizando el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Por otra parte, esos mismos instrumentos internacionales, prevén las obligaciones de los Estados para reducir la mortalidad infantil, promover el desarrollo de los niños sanos, mejorar la higiene ambiental e industrial, prevenir y tratar enfermedades y garantizar la prestación de servicios médicos en una demostración del valor universal de tales disposiciones.

Puertas adentro, los Estados fueron incorporando estas nuevas concepciones, asumiendo el carácter bifronte del derecho a la salud: como bien jurídico de carácter individual, que legitima el derecho subjetivo de exigir a los gobiernos las medidas de asistencia y cuidado; y como bien jurídico de carácter colectivo, en el entendimiento que la salud de desenvuelve en un ambiente (bios) común habitado por todos los seres humanos otorgando un título de invención estatal para limitar derechos.

Como lo afirmara Bidart Campos, la salud como bien, valor y derecho adscrito tradicionalmente a la primera generación de derechos, ya no se abastece con la mera omisión de daño, sino que se integra, además, como ya lo hemos dicho, con políticas activas, con medidas de acción positiva, y con prestaciones de dar y de hacer (Bidart Campos, G, 2002).

En la actualidad, el derecho a la salud también integra el catálogo de los derechos de tercera generación, reconociéndose el carácter de derecho difuso que define a esta categoría. El derecho a un ambiente sano o la salud como bien jurídico custodiado por los derechos del consumidor, se convierten en una pretensión de cuidado exigible con la más amplia legitimación, pudiendo ser objeto de reclamo por parte de un sólo afectado como así también por organizaciones civiles dedicadas a la defensa de los derechos de incidencia colectiva, y por los defensores del pueblo.

En lo que podríamos denominar un robustecimiento de la dimensión individual del derecho a la salud, en tiempos recientes asistimos a la incorporación de medidas que garantizan la autonomía de la voluntad. Las personas humanas tienen reconocido en los ordenamientos más modernos, el derecho de oponerse a los tratamientos médicos inclusive a costa de deteriorar gravemente la salud personal.

La salud, como bien jurídico, ha ido atravesando las distintas generaciones de derechos, y con ello pasó a ser objeto de las diversas interpretaciones de acuerdo a las ideologías que impulsaron las distintas concepciones. Coexisten actualmente, en consecuencia, dentro de los ordenamientos, todas estas concepciones sobre el derecho a la salud.

La multiplicidad de generaciones de derechos coexistentes en materia de derecho a la salud, provoca frecuentes tensiones, que como lo afirma Rosatti, en la consideración de la salud como un derecho individual renunciabile (como cuestión personal) o como un tema que excede la decisión de su titular, para ser ponderada como un capital social, (y por ende como una cuestión estatal) es donde los roces se suscitan y los límites se modifican (Rosatti, 2017).

A su vez, la pandemia declarada por la OMS debido a la expansión del COVID-19, abre un nuevo capítulo que lleva a considerar a la salud como un bien jurídico de carácter global.

En un mundo que a partir de 2007 ha pasado a tener la mayor parte de su población en las ciudades (Trinchero, Hector H., 2010), las posibilidades de los intercambios se han multiplicado en todos los aspectos, y en lo relativos a la propagación de enfermedades también. A su vez, el aumento del comercio internacional y del turismo, facilitado por el comercio electrónico, ha llevado a que muchas personas se trasladen entre países y continentes, actuando muchas veces como vectores de variadas enfermedades.

En 2005 la OMS dictó el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) en base a su facultad para adoptar reglamentos para establecer requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades. Es finalidad del RSI (2005) prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública de forma proporcionada y restringida a los riesgos; evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y comercio internacional. Ello incluye brotes de enfermedades emergentes (incluso las originadas por transmisión alimentaria), o eventos susceptibles de propagación internacional derivados de desastres naturales, por la acción de agentes químicos o radionucleares o deliberados. El RSI no solo es un instrumento jurídico, sino que configura una de las seis prioridades de liderazgo del programa de trabajo de la OMS, cuyo objeto es promover la salud y el bienestar global, sirviendo de orientación a los Estados adheridos para armonizar sus respectivos marcos jurídicos con el mismo (Madies, Claudia, 2005).

El RSI prevé una medida denominada “emergencia de salud pública de importancia internacional” (ESPII), definida como un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y que podría exigir una respuesta internacional coordinada.

Según la OMS, cuando el 30 de enero de 2020 el Director General aceptó la recomendación y declaró que el brote por el nuevo coronavirus constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII), pasa a ser la sexta vez que el organismo internacional lo hace desde la entrada en vigor del RSI en 2005.

Entre las acciones adoptadas ha sido común ordenar el aislamiento de las personas imponiendo el cierre de fronteras o un control estricto de las migraciones, y a establecer la obligación de no abandonar los lugares de residencia bajo pena de sanciones penales o administrativas.

La causa de este tipo de restricción se basa en la preocupación de los Estados de no poder dar abasto con los servicios de salud disponibles ante el previsible reclamo masivo que se desataría ante una cantidad de infectados que superara la capacidad de los recursos sanitarios. Por otra parte, a la fecha, no se ha descubierto la vacuna para prevenir el COVID-

19, con lo cual los sistemas de salud a nivel mundial no han encontrado otra solución más eficaz que el aislamiento preventivo.

Cobra mayor sentido bajo este marco el concepto de salud pública global que se viene desarrollando hace poco más de una década. A diferencia del enfoque de salud internacional, dedicado preferentemente a temas relacionados con las enfermedades que traspasan las fronteras entre países, la salud pública global irrumpe con otros temas como la respuesta social en salud desde una perspectiva desnacionalizada, la incapacidad de los países para definir con autonomía sus propios modelos de sistemas de salud, la renovación institucional en el espacio supranacional y el papel de las organizaciones de la sociedad civil internacional (Franco-Giraldo A., 2009).

Como lo expone Regazzoni, hay cuestiones de salud que deben ser objeto de preocupación mundial, sencillamente porque sus determinantes exceden la injerencia de los Estados Nacionales, y por otro lado hay un reclamo global por la salud debido a que dichos problemas no tienen efectos aislados y circunscriptos, y las soluciones a los mismos requieren de esfuerzos cooperativos a gran escala (Regazzoni, 2007).

Los Estados tendrán que asumir en adelante responsabilidades internacionales en materia de salud, como activos comisionados de acciones tendientes a evitar la generación o propagación de enfermedades. Podríamos decir que es la hora del derecho a la salud global, una perspectiva latente hace varias décadas, que se ha hecho presente por estos días con pretensiones de permanencia.

Conclusión

Como lo expone Regazzoni, hay cuestiones de salud que deben ser objeto de preocupación mundial, sencillamente porque sus determinantes exceden la injerencia de los Estados Nacionales, y por otro lado hay un reclamo global por la salud debido a que dichos problemas no tienen efectos aislados y circunscriptos, y las soluciones a los mismos requieren de esfuerzos cooperativos a gran escala (Regazzoni, 2007).

Los Estados tendrán que asumir en adelante responsabilidades internacionales en materia de salud, como activos comisionados de acciones tendientes a evitar la generación o propagación de enfermedades. Podríamos decir que es la hora del derecho a la salud global, una perspectiva latente hace varias décadas, que se ha hecho presente por estos días con pretensiones de permanencia.

Referencias bibliográficas

Bidart Campos, Germán, El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida, LL 1991-D-79; Tobar, Federico, Salud pública y derecho a la salud, en: Clérico, Laura; coord., Tratado de derecho a la salud, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, t. I, ps. 3 a 15; Vita, Leticia, Modelos de estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario, en: Clérico, Laura; coord., Tratado de derecho a la salud, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, t. I, p. 17 a 63; Bidart Campos, Germán J., "La salud: "derecho -bien jurídico- valor", en "Bioética: entre utopías y desarraigos", Libro Homenaje a la doctora Gladys Machinson, Ed. Ad Hoc., Coord. Patricia Sorokin, Buenos Aires, noviembre de 2002, ps. 69/76; Rosatti, Horacio, Tratado de derecho constitucional, Rubinzal Culzoni, 2017, t. I, p.260; Trinchero, Héctor Hugo, Las relaciones entre lo urbano y lo rural en la planificación territorial en argentina, http://www.filo.uba.ar/contenidos/investigacion/institutos/geo_bkp/geocritica2010/04.htm; Madies, Claudia Viviana Reglamento Sanitario Internacional, 2005, <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/reglamento-sanitario-internacional-2005>; Franco-Giraldo A, Álvarez-Dardet C., Salud pública global: un desafío a los límites de la salud internacional a propósito de la epidemia de influenza humana A., Revista Panamericana de Salud Publica, 2009; 25(6):540–7; Regazzoni, Carlos, La Política de la Salud Global: Agenda, Actores y Perspectivas. Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2007. www.cari.org.ar/pdf/salud-global.pdf.

Filiación

Juan David Antonio Castello, Integrante de Cátedra: Adjunto – Teoría y Derechos Constitucionales – Sede central.