

Derecho de la Salud como rama jurídica. Entrevista a la Prof. Marianela Fernández Oliva, *Cartapacio de Derecho*, n° 43 (2023), Facultad de Derecho (Unicen).

DERECHO DE LA SALUD COMO RAMA JURIDICA

ENTREVISTA A LA PROF. MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

R*evista Cartapacio:* Si pensamos en las razones jurídicas que dieron surgimiento al Derecho de la Salud en la Facultad de Derecho de la UNR ¿cuáles han sido las ideas, inquietudes, preocupaciones y/o intereses que llevaron a plantear su nacimiento como rama jurídica autónoma?

Prof. Fernández: Fue el genio creador de nuestro maestro, el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, máximo exponente del integrativismo tridimensional trialista en nuestros días, quien ha desarrollado mediante su labor investigadora incansable, las primeras estructuraciones de esta nueva especificidad material que es el Derecho de la Salud. Su trabajo inaugural “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, publicado allá por

¹ Abogada. Magíster en Derecho Privado y Doctora en Derecho por la UNR. Profesora en Derecho de la Salud y Derecho de la Vejez, entre otras asignaturas de la Facultad de Derecho, UNR. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Salud, Facultad de Derecho, UNR.

el año 2005 en la Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (ISSN-e 1851-0884, ISSN 1514-2477, N°. 28, 2004-2005, págs. 19-32), dio el inicio al desarrollo de una de las llamadas “nuevas ramas” del Mundo Jurídico con mayor empuje en nuestros días. Desde entonces los aportes del Dr. Ciuro Caldani y de aquellos que nos hemos dedicado al estudio del Derecho de la Salud han continuado de forma ininterrumpida, dando lugar a un copioso número de publicaciones que se abocan a los más variados puntos de desarrollo de la rama.

Revista Cartapacio: ¿Qué autonomías fue adquiriendo el Derecho de la Salud en la Facultad de Derecho de UNR? ¿y en otras universidades?

Prof. Fernández: En el marco fecundo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el Derecho de la Salud ha encontrado un espacio de desarrollo adecuado para que, desde la elaboración teórica, pudiera construirse un espacio de formación de grado primero, materializado en la oferta académica como materia optativa, en el antiguo Plan de Estudios 2012 de la carrera de Abogacía. Desde el año 2016, el nuevo Plan de Estudio emplaza a la materia Derecho de la Salud y Bioderecho como materia obligatoria en el marco del Ciclo de Formación Especial en Nuevas Perspectivas de Juridicidad, que se completa con la materia Derecho de la Educación, de la Ciencia y del Arte, el Taller de Práctica, la Practica Social y Comunitaria y el Seminario Disciplinar. Asimismo, desde el año 2023 funciona la carrera de Especialización en Derecho de la Salud (CONEAU N° 562/22), una propuesta de posgrado, modalidad a distancia, que es única en su tipo en nuestro medio por su estructuración académica y pedagógica, y que ofrece una formación teórico práctica sólida en la materia. En el plano de la investigación, el Derecho de la Salud nació primero como Área de Investigación en el marco del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho UNR (Dir. Prof. Dr. M. A. Ciuro Caldani); en el año 2015 se crea el Centro de Investigaciones de Derecho de la Salud (CIDS) por resolución C.D.N° 510/15 y su primer director fue el Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani. Desde el año 2019 tengo la enorme responsabilidad y alegría ejercer su dirección, acompañada por la Dra. Erika Nawojczyk, como codi-

rectora. En principal objetivo del CIDS FderUNR es la investigación, tanto científica como aplicada, en el campo del Derecho de la Salud y áreas afines, promoviendo el diálogo entre las ramas del Derecho y con las otras ciencias, privilegiando la interdisciplinariedad. Esta tarea permite que el CIDS se aboque al cumplimiento de los fines de la Universidad de docencia, investigación, formación profesional, extensión y promoción social. Se considera que éstos incluyen docencia de grado y posgrado encaminada a la formación permanente y tienen alcances locales, nacionales e internacionales. La tarea que se realiza se orienta al incremento del saber y a la formación de nuevos investigadores. Para esto, el CIDS se divide en áreas temáticas operativas de investigación:

1) Teoría General del Derecho de la Salud

2) Intermaterialidades

-Derecho de los niños, niñas y adolescentes

-Derecho de la Vejez

-Derecho Penal

-Derecho Procesal

-Derecho Internacional de los Derechos Humanos

3) Interdisciplinariedades

-Ciencia de datos

-Diversidades y Discapacidad

-Economía

-Géneros, sexualidades e identidades

- Salud Mental

-Urbanismo y vivienda

4) Historia del Derecho de la Salud.

Además de los diferentes espacios de reflexión, seminarios y entrevistas, el CIDS coorganiza anualmente junto al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, las Jornadas Rosarinas de Derecho de la Salud que este año su novena edición. Durante el 2020, el CIDS inauguró su página web (www.cids.com.ar) que cuenta con toda la información institucional y las novedades de nuestras actividades, así como también con un amplio archivo bibliográfico acerca del Derecho de la Salud.

En el país, es imposible dejar de mencionar la labor inestimable del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección de la Dra. Marisa Aizenberg, cuyos aportes a la rama y al desarrollo de las actividades de divulgación del Derecho de la Salud son ampliamente conocidos. Ejemplo de esto, es la organización anual de las Jornadas Nacionales de Derecho de la Salud, evento que nuclea a los principales actores del campo *ius sanitario* y de las demás disciplinas conexas, desde los múltiples enfoques de sus intervenciones. Al mismo tiempo, es importante resaltar la creación y funcionamiento de Institutos del Derecho de la Salud en el marco de los Colegios de Abogados en las distintas provincias de nuestra República, quienes sostienen agendas de reuniones y actividades muy nutridas, y de las que participan anualmente en las Jornadas Nacionales de Derecho de la Salud.

Revista Cartapacio: ¿Cuál es el centro de protección jurídica del Derecho de la Salud? Y ¿qué trama de valores y/o intereses están en la esfera crítica?

Prof. Fernández: En otras oportunidades hemos señalado que el desarrollo de nuevas ramas del Mundo Jurídico, afinadas en clave de Derechos Humanos, es la reacción a una materialidad clásica edificada sobre los requerimientos de una juridicidad decimonónica excesivamente atenta a las necesidades del sistema económico. El Derecho de la Salud, es producto de este proceso histórico, porque trae consigo el nú-

cleo crítico de su especialidad que es la noción misma de *salud*. Y si bien, sobre el concepto de salud no existe un acuerdo pacífico (antes bien, es frecuentemente debatida en relación los límites de su competencia y de las variables de espacio, tiempo y comunidad que la integran) por nuestra parte preferimos construirla como un *proceso biopsicosocial personalísimo e individual, pero de proyecciones colectivas cuya realización implica la realización al mismo tiempo de los Derechos Humanos*. El centro de la protección jurídica de la rama es la persona cuya salud se trata y la esfera de desarrollo de su proyecto vital en comunicación con los demás y con lo demás.

El Derecho de la Salud contiene y da sentido material al “derecho a la salud”, como facultad e implica reconfigurar la lectura de la complejidad normo-socio-axiológica del Derecho, para construir soluciones aceptables en situaciones jurídicas que giran en torno de la salud, ya que los principios generales que guían la rama se embeben de la especificidad sanitaria. *La jerarquía de la problemática de salud, la complejidad científico-técnica de las respuestas al respecto y en especial la debilidad del enfermo (“infirmo”, “infirmus”) son puntos de vista principales para hacer que los despliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración* (Ciuro Caldani, 2004/2005: 19).

Revista Cartapacio: En el plano social, ¿cuáles son los problemas/casos de los que se ocupa el Derecho de la Salud? ¿quiénes son sujetos fuertes y sujetos débiles en esas problemáticas/conflictos?, ¿qué relaciones de poder se observan?

Prof. Fernández: Es necesario remarcar que el Derecho de la Salud implica habilitar una perspectiva de juridicidad nueva, allí en donde todas las situaciones en las que la salud está de alguna forma comprometida. Desde nuestra concepción integrativista tridimensional es muy importante desde el plano fáctico comprender en su integralidad **situaciones jurídicas de salud**. Para esto el *trialismo* trabaja con la categoría básica *adjudicaciones* (cuya mecánica favorece o desfavorece a la vida -*potencia e impotencia*- a través de distribuciones -*circunstancias*- y *repartos* -*conducta humana querida*-). En el Derecho de la Salud, resulta de particular importancia diferenciar entre las situaciones producidas por las personas humanas determinadas o determina-

bles, y aquellas provocadas por la naturaleza y aquellas fuerzas que operan más allá del control de personas determinadas (el Mercado o la cultura, por ejemplo), siempre que entendemos que ambas **coadyuvan** a la formación de la salud. Resulta relativamente fácil advertir que históricamente las situaciones de salud estaban unidas casi exclusivamente a las fuerzas de la naturaleza (distribuciones): el nacimiento, la muerte, “la locura”. Pero los avances insospechados del siglo XX y XXI de la ciencia y la tecnología aplicadas a la vida han desplazado este eje, porque que las conductas humanas queridas (nuestros repartos) intervienen en un -cada vez más creciente- número de cuestiones relacionadas con la salud. El desarrollo de los fenómenos de salud en la posmodernidad tiene como escenario a todo el Planeta, lo que en sí ha implicado su reconfiguración espacial históricamente local. De allí la comprensión jurídica de la salud en el contexto de los fenómenos de globalización/marginación. Nuestra forma de concebir el Derecho de la Salud, hace posible que, partiendo de la *dimensión fáctica* como corazón de lo jurídico, podamos analizar la microfísica de las conductas para desenmascarar los fenómenos de intereses/fuerza que motorizan los fenómenos jurídicos. Así por ejemplo, la rama se ocupa del estudio de los temas más importantes relacionados con nuestra vida: el comienzo de la persona humana, las técnicas de reproducción humana asistida, la gestión por sustitución, la interrupción voluntaria del embarazo, los múltiples desafíos de la diversidad humana, la salud mental, la Salud digital y sus desarrollos en el plano jurídico, los cuidados paliativos, la eutanasia, el consentimiento informado en materia de salud, las directivas médicas anticipadas, entre otros muchos otros. Pero al mismo tiempo, el entrecruzamiento entre ramas, el Derecho de la Salud se ocupa del derecho de la alimentación, el sistema de salud: público, privado y obras sociales, el derecho procesal de la salud, el derecho laboral de la salud, el derecho penal de la salud y un largo etcétera. De la toma de conciencia jurídica de la trama de vulnerabilidad de personas y grupos, al mismo tiempo que el Derecho de la Salud traza su transversalidad sobre las ramas clásicas, se proyecta sobre otras nuevas transversalidades y a su hilo se ocupa de la dimensión jurídica de la salud de niños, niñas y adolescentes, personas mayores, pueblos originarios, consumidores, mujeres y otros géneros no dominantes, personas

en situación de diversidad o discapacidad, personas en situación desventajosa en relación a bienes materiales o simbólicos, migrantes, y otro largo etcétera.

Tomar en cuenta la importancia de las conductas de las personas, hace imprescindible considerar sus elementos, para buscar el esclarecimiento de las tramas de juridicidad. Es decir, implica señalar quienes (conductores), y sobre quienes recaen los efectos de las conductas (si son beneficiados o gravados), que producen con la conducta querida (que reparten, potencias e impotencias), la formas (camino previos para llegar a la decisión) y razones por las cuales se realiza una conducta en salud (móviles, razones alegadas y razones sociales que atribuye la comunidad cuando considera que los repartos son valiosos).

Revista Cartapacio: Desde la dimensión normativa, ¿cuáles son las fuentes del Derecho de la Salud? ¿Qué lugar ocupan dentro del orden normativo en cuanto a su jerarquía? ¿Predominan las reglas de soft law o de hard law?, ¿qué lugar ocupan los principios jurídicos?

Prof. Fernández: Para comprender el desarrollo normativo de la rama es necesario, según entiendo, destacar el acelerado proceso de globalización/marginación, que incluye a los que pueden incluirse (como sea) en la vida económica y excluye a los demás (transformándolos peligrosamente en una “carga” para el sistema). La filtración de los criterios de Mercado a otros ámbitos de la vida da forma y hace efectiva esta lógica. Vivimos un momento histórico de tensión máxima entre Derechos Humanos y democracia, por un lado; y Mercado y sistema económico por el otro. En el plano normativo de los Derechos Humanos la aparición de los múltiples documentos los últimos 75 años (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) nos emplaza ante un imperativo de promover a las personas y grupos para el máximo goce de sus derechos y por ende, de su proyecto vital, lo que se refleja en el proceso de especificación. Al mismo tiempo, esto ha propiciado la convencionalización de los ordenamientos normativos nacionales. En Argentina, el subordenamiento normativo

de Derecho de la Salud se estructura desde la Constitución Nacional (Art. 42, 33 y 75 inc 22 y 23) y los documentos internacionales de Derechos Humanos relativos a la salud que incluyen normas vinculantes (p.ej., el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 12, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, etc.) y no son vinculantes (p.ej., códigos de buenas prácticas prácticas). Al mismo tiempo, la sanción y vigencia de la Ley de los Derechos del Paciente en relación con los Profesionales e Instituciones de Salud (L26529/2009) del año 2009 puso en marcha un motor normativo que incluyó la Ley de Salud Mental (L26657/2010), actualización de la Ley de trasplante de órganos tejidos y células (L27447/2018), la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (L27610/2021), Ley de Cuidados Paliativos (L27678/2022), entre muchas otras.

A nivel internacional, distintos actores poderosos globales generan normatividades de salud. La OMS en su misma Constitución proclama: "El goce del más alto nivel posible de salud" que es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. Conforme a ese documento, la Asamblea Mundial de Salud de la OMS "tiene autoridad para adoptar reglamentos o acuerdos" de salud global. Señalo algunas que son especialmente relevantes como es el caso del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna (de 1981) y el Código Global de prácticas sobre la contratación internacional de personal de salud (adoptada en 2010). Ha producido el Convenio Marco de OMS para el Control del Tabaco (2003) y el Reglamento Sanitario Internacional (2005). El Convenio Marco de Control del Tabaco, por ejemplo, fue ratificado por 177 ciento setenta y siete países que representan el 88% de la población mundial. Por su parte, el Reglamento Sanitario Internacional (2005)–RSI (2005)–, fue suscripto por los 196 ciento noventa y seis Estados miembro de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Es un documento que capta el trabajo conjunto por la seguridad sanitaria mundial, y que reconoce a quien ejerce la Dirección General de la OMS la potestad de declarar las Emergencias de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) y emitir recomendaciones temporales o permanen-

tes a los Estados miembro para la adopción de medidas sanitarias que eviten la diseminación.

Por su lado, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), nos ha brindado como decíamos más arriba, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como documento marco del sistema de protección internacional. La sanción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales significó el avance sobre el proceso de especificación en materia de salud (especialmente en su art. 12). A nivel regional, en nuestro contexto, la Organización de Estados Americanos (OEA), ha producido la Convención Interamericana de los Derechos Humanos adoptada el 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica. A su lado en tanto instituciones que velan por su funcionamiento, existen la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (creada en 1959) y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (su primera reunión fue en 1979).

Parece importante señalar a las producciones normativas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) relacionadas con el **mercado de la salud**, como los Acuerdos relacionados a la propiedad intelectual (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS); los Acuerdos generales sobre comercio de servicios (General Agreement on Trade in Services - GATS), en tanto allí se regula al **cuidado de la salud como un servicio**; los Acuerdos sobre barreras técnicas a los acuerdos comerciales (Technical Barriers to Trade Agreement - TBT), sobre la salud, seguridad y el medio ambiente; los Acuerdos sobre estándares sanitarios y fitosanitarios (Agreements on Sanitary and Phytosanitary Standards - SPS) y los Acuerdos comerciales sobre productos agropecuarios. Podrían también señalarse las normatividades en salud global emanadas de otros actores, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, los distintos espacios de Integración regional o subregional como el MERCOSUR, o la Unión Europea, el Banco Mundial, entre otros.

Pero, hay que decirlo: uno de los desafíos más grandes de estas normatividades, es su funcionamiento. Las normas referidas salud global son una verdadera maraña de respuestas jurídicas, más o menos convivientes, más o menos hostiles entre sí, atravesadas por la mecánica de los intereses distintos a la salud que obstaculizan su exactitud.

El drama de las fuentes deja espacios estratégicos al Mercado para que un posible sistema global de salud sea rehén de sus principios *mercatorios*.

Revista Cartapacio: Desde la dimensión valorativa, ¿qué valores jurídicos integran el Derecho de la Salud y que relaciones hay entre ellos?

Prof. Fernández: En materia de salud, nuestra construcción jurídica se orienta principalmente por el binomio justicia-salud, como valores exigentes en las respuestas jurídicas de salud. En todas las cuestiones relacionadas a la salud, el Derecho ha de tener en cuenta las relaciones de coadyuvancia entre la salud y la justicia, unidas a el resto de las relaciones valorativas que ajustan la especialidad del caso concreto. En esa lógica, el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada persona la esfera de desarrollo necesaria para realizarse plenamente, que no es otra cosa que vivir plenamente de acuerdo a nuestras circunstancias de materia, espacio, tiempo y persona. Esta fórmula axiológica permite sopesar las conductas y las normas y en su caso evaluar si corresponden a un nivel de justicia aceptable.

Revista Cartapacio: ¿Qué lugar ocupa o ha ocupado la jurisprudencia dentro del Derecho de la Salud? ¿Y la doctrina?

Prof. Fernández: De acuerdo a lo que hemos hablado con anterioridad, y siempre que el Derecho de la Salud es parte de este despertar de conciencia jurídica de los Derechos Humanos que se materializa y efectiviza en las nuevas especificidades del Mundo Jurídico, el papel de la jurisprudencia y de la doctrina como fuentes del Derecho han sido cruciales, puesto que por su desarrollo caso a caso, en relación a la primera; y construyendo un andamiaje teórico para la rama, en el caso de la segunda, han sumado a la consolidación de la especificidad material.

Revista Cartapacio: ¿Qué relaciones mantiene el Derecho de la Salud con el resto de las ramas del mundo jurídico?

Prof. Fernández: Esta especificidad material es transversal al resto de las ramas tradicionales del Derecho. Como todas las nuevas ramas, el Derecho de la Salud no implican una clausura de las ramas tradicionales, por el contrario, significan un “ajuste necesario” para que el sistema jurídico reafirme su sentido Humanista. El Derecho de la Salud, habla la lengua de los Derechos Humanos, y contribuye al develamiento de la trama jurídica con el objetivo último de elaborar estrategias jurídicas realizadoras del valor humanidad (precisado en los especiales requerimientos de salud en su complejidad). Su organización transversal provoca que su recorrido se construya a contramarcha, como espacio en el que se considera a todo el Derecho desde la especialidad de la salud. Y no podía ser de otra manera en esta nueva Era de la Historia, en la que las especificidades materiales clásicas han probado ser insuficientes en la tarea de construir respuestas jurídicas humanistas exitosas desde estas nuevas perspectivas. Si bien las problemáticas que origina la trama vulnerabilidades (construcciones de subjetividad que se evidencian muchas veces como condicionantes; en nuestro caso, como condicionantes de la salud) están de alguna manera presentes en las ramas tradicionales, el Derecho de la Salud permite oponerse a sus avances radicalizadores dominantes, que las someten con sentidos de comercialización, penalización, procesalización, laboralización, etc.; y las reencauza hacia la realización de la salud.

Revista Cartapacio: Le dejamos el espacio para que a continuación pueda añadir los comentarios o aportes que le parezcan y que no están incluidos en las preguntas anteriores.

Prof. Fernández: Para concluir, quiero hacer nuevamente hincapié en el papel crucial que el Derecho de la Salud tiene en el concierto de las ramas jurídicas clásicas y transversales. Como nuevo despliegue transversal del Mundo Jurídico trae consigo especiales exigencias de justicia, que se resuelven en la Justicia en Salud. Pero al propio tiempo, su desarrollo produce el fenómeno del entrecruzamiento de transver-

salidades, produciendo una “espesura jurídica”. La nueva materialidad penetra e informa a la rama tradicional, pero también penetra e informa a otras ramas jurídicas transversales nuevas, lo que permite un enfoque complejo que tiene como fin la construcción de estrategias “a la medida” de los requerimientos de salud, en comunicación con otros hilos de la trama de vulnerabilidades (vejez, educación, menor edad, etc.).

El Derecho de la Salud, es al mismo tiempo, una nueva forma de comprender lo jurídico, desde la protección y promoción de la realización del proyecto vital de personas y grupos, como fines en sí mismos. El Derecho vivo, en su multidimensionalidad, es una pieza clave para evitar la mediatización de los seres humanos para la concreción de los objetivos del sistema económico sin compromiso Humanista, el que ha de existir –corregido e informado- en la medida de la satisfacción de las necesidades de las personas humanas.

Muchas gracias!!

Revista Cartapacio de Derecho

Referencias bibliográficas

CIURO CALDANI, Miguel A. (2004-2005): “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 28, pp. 19-32.