

## COMUNICACIONES FRATERNAS EN EL ÁMBITO JURÍDICO-SANITARIO EN EL MERCOSUR

### *FRATERNAL COMMUNICATIONS IN THE LEGAL-HEALTH FIELD IN MERCOSUR*

**Sandra Regina Martini**

Licenciada en Ciencias Sociales por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos; Especialización en Salud Pública por la Escola Nacional de Saúde Pública - FIOCRUZ; Especialización en Programación y Gestión de Servicios de Salud por FIOCRUZ; Máster en Educación por la Pontifícia Universidad Católica do Rio Grande do Sul; Doctorado en Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti por la Università Degli Studi di Lecce; Postdoctorado en Derecho (Roma Tre) y postdoctorado en Políticas Públicas (Universidad de Salerno). Profesora del Programa Stricto Sensu en el Centro Universitario Unicuritiba; Profesora del programa de posgrado en UNILASALLE Canoas/RS; Profesora del programa de posgrado y Directora de Estudios de Posgrado Stricto Sensu en UNIFACVEST; Profesor visitante en la Università Gabriele d'Annunzio di Chieti-Pescara. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5437-648X>.

**Claudia Elizabeth Zalazar**

Internado posdoctoral en UniRitter; Doctorado en Derecho por la Universidad de Córdoba; Vocal de Cámara Civil y Comercial de Córdoba; Presidenta de la sala de derecho a la salud del Instituto de Investigacion en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal (UBP); Directora de la Revista Derecho y Salud de la UBP; y Disertante a nivel nacional e internacional de temas relacionados a la salud. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7956-1016>.

#### **RESUMEN**

**Objetivos:** Analizar el derecho fraternal como fundamento para abordar la violación de los derechos humanos. Subrayar la protección de la salud como derecho universal, superando límites geográficos y económicos. Fomentar la conciencia sobre la salud pública universal y el derecho solidario. Proponer una perspectiva cosmopolita para garantizar el acceso equitativo a la salud.



**Metodología:** La metodología empleada es de carácter metateórico y analítico, fundamentada en el concepto del derecho fraternal. Se basa en una revisión bibliográfica de autores clave como Eligio Resta y Luigi Ferrajoli. Se analizan normas internacionales y la legislación argentina sobre derechos humanos y del consumidor. Compara la teoría del derecho fraternal con la protección del derecho a la salud en casos prácticos.

**Conclusión:** Se concluye que el Estado es el garante principal del derecho a la salud, que debe implementarse mediante políticas públicas. El derecho fraternal ofrece una visión de la salud universal, trascendiendo las fronteras estatales. Es fundamental un *pacto de salud* global que asegure el acceso equitativo a la salud para todos. La protección de la salud se refuerza al considerar al paciente como consumidor en las relaciones de servicio.

**Contribuciones:** El estudio contribuye al debate sobre la efectivización del derecho a la salud desde una perspectiva innovadora del derecho fraternal. Destaca la necesidad de superar la soberanía estatal para lograr una verdadera cobertura sanitaria universal. Propone una visión de la salud como un bien común de la humanidad, integrando la protección del consumidor. Impulsa un cambio de mentalidad hacia una justicia social y solidaria en el ámbito de la salud.

**Palabras-clave:** Derecho fraternal; Derechos humanos; Salud; Covid-19.

## ABSTRACT

**Objectives:** To analyze fraternal law as a foundation for addressing the violation of human rights. To underscore health protection as a universal right, transcending geographical and economic limits. To foster awareness of universal public health and solidary law. To propose a cosmopolitan perspective to ensure equitable access to health.

**Methodology:** The methodology employed is metatheoretical and analytical, grounded in the concept of fraternal law. It is based on a bibliographic review of key authors such as Eligio Resta and Luigi Ferrajoli. International norms and Argentine legislation on human and consumer rights are analyzed. It compares the theory of fraternal law with the protection of the right to health in practical cases.

**Conclusion:** It concludes that the State is the primary guarantor of the right to health, which must be implemented through public policies. Fraternal law offers a vision of universal health, transcending state borders. A global "health pact" is fundamental to ensure equitable access to health for all. Health protection is strengthened by considering the patient as a consumer in service relationships.

**Contributions:** The study contributes to the debate on the realization of the right to health from an innovative perspective of fraternal law. It highlights the need to overcome state sovereignty to achieve true universal health coverage. It proposes a vision of health as a common good of humanity, integrating consumer protection. It promotes a change in mentality towards social and solidary justice in the health domain.



**Keywords:** Fraternal Law; Human rights; Health; Covid-19.

## 1 INTRODUCCIÓN

La fraternidad concebida por el maestro Eligio Resta es un concepto biopolítico por excelencia, el cual incluye todas las formas y paradojas de los sistemas sociales contemporáneos. La fraternidad que fue olvidada, retorna hoy con su significado originario de compartir, de pacto entre iguales, de identidad común, de mediación, en un derecho aceptado conjuntamente.

La idea del presente trabajo, es con el fundamento meta-teórico y analítico en el derecho fraternal abordar los aspectos negativos de la constante violación de los derechos humanos, con especial referencia a los derechos humanos a la salud. Para ello debemos partir de la premisa que la protección de los derechos humanos tiene como firme propósito el de consolidar, dentro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona pero también el de la solidaridad entre los ciudadanos.

Ahora bien, cuando hablamos de salud, debemos apartarnos de los confines cerrados del concepto de ciudadanía para adoptar una nueva forma de cosmopolitismo, a lo que llamamos “universalidad”. Sin dudas una forma de aplicación es la llamada “cobertura universal de salud” entendida como la ausencia de barreras de tipo geográfico, sociocultural, económico, de género, etc.

El derecho a la salud desde esta perspectiva implica no aceptar que los niveles o las medidas sean distintas para cada ciudadano, para cada provincia o cada límite territorial.

**No basta con decir que el derecho a la salud es un derecho de los ciudadanos y que es un deber del Estado, es necesario que los mismos sean efectivizados a través de políticas públicas que respeten este derecho y las diferencias regionales, pero con una estructura global:** los problemas de salud



son territorialmente ilimitados, ya que es un derecho humano y como tal es universal. No hay limitación geográfica y/o política para el respeto de los derechos; ello no implica el no respeto a las soberanías estatales, sino entender la universalidad de los derechos humanos.

**Las enfermedades no respetan los límites territoriales.** Ellas se arrastran sin pedir permiso y, si se continúa adoptando medidas regionales, no será posible eliminar determinadas enfermedades. El Covid ha sido un ejemplo de ello.

La era de los derechos no coincide con el acceso a estos derechos; por lo tanto, los más diversos sistemas sociales deben constantemente responder a las crecientes demandas de complejidad y su ausencia o deficiencia ocasiona que la solución deba venir muchas veces acompañadas de la judicialización de la salud.

Pero frente a las crisis tan profundas del sistema de salud, ni siquiera su judicialización va a poder solucionar el problema, ya que no será suficiente una orden judicial para cambiar los vacíos de las políticas públicas de salud o la saturación de las mismas.

Por eso no se trata sólo del ejercicio de un derecho a la salud, sino pensar en la salud como un derecho que nos atañe a todos y con respecto al cual debemos ser solidarios, ya que si nos cuidamos nosotros, cuidamos a los demás y a la sociedad en su conjunto.

No hay duda, como ya lo hemos señalado, que estos conceptos han quedado plenamente visibilizados con la pandemia del coronavirus, ya que surge claramente que dicho flagelo no reconoce límites geográficos y que no es problema de un solo Estado, sino que es de toda la sociedad (universal).

Para ello considero esencial fijar dos ideas fundamentales: primero que debemos acentuar el derecho solidario o fraternal, pensando primero en el otro; segundo que tenemos que tomar conciencia en la importancia de la salud pública como un derecho esencial del hombre y un deber primordial del Estado, todo desde la óptica de la salud pública universal.



## 2 QUÉ ES EL DERECHO FRATERNO?

El Derecho Fraterno es un mecanismo de efectivización de los derechos humanos en una sociedad cosmopolita que instiga al reconocimiento del “otro” como “otro-yo” en una dimensión de alteridad.

Pensemos que la libertad y la igualdad se consolidan como auténticas categorías políticas, capaces de manifestarse tanto como principio constitucional cuanto como idea fuerza de movimientos políticos o derechos esenciales. Entretanto, la fraternidad en cuanto categoría política “quedó olvidada, inédita, irresoluta, perdió fuerza” (RESTA, 2020, p. 11).. La fraternidad “retorna hoy a la cuestión global con prepotencia, impuesta por el presente, con sus aceleraciones jacobinas de la dependencia de todo y de todos” (RESTA, 2020, p. 11).

Por eso, el rescate de la fraternidad "recoloca una cierta cuota de complejidad en el frío predominio de lo justo sobre lo bueno y busca, en efecto, alimentar con pasiones ardientes el clima rígido de las relaciones políticas" (RESTA, 2020, p. 12). En esta amalgama vital, la fraternidad da contenido al florecimiento de un derecho vivo, pero que además debe ser efectivo. A partir de la obra *Diritto Vivente*, escrita por Eligio Resta, se revela que la semántica del derecho vivo potencia el lado cálido del derecho, avivado por la vitalidad animada de lo vivo, al reconocer que la existencia del derecho debe desprenderse de la fría placenta notarial, impregnada de códigos y leyes. Pues el verdadero derecho (aquel que tiene vida), el derecho vivo, nace en el instante en que es fecundado en el mundo real. Así, el derecho viviente debe promover la protección de la humanidad a través de la propia humanidad (RESTA, 2008).

La perspectiva del derecho viviente narrada por Resta saca a la luz un horizonte cargado de paradojas, ya que enfatiza que la sociedad se funda sobre ambivalencias. Al mismo (contra)tiempo en que el derecho lucha por la vida (derecho viviente), en ciertas circunstancias provoca su muerte (derecho vigente). Dicho de otro modo, el derecho "muerto" se personifica en la letra fría de la ley que genera abusos, sin conexión sistemática con la bios, es decir, con lo vivo. Por otro lado, el derecho vivo orienta un movimiento heurístico que busca la inclusión de la vida en el horizonte del derecho (RESTA, 2008).



En este sentido, Luigi Ferrajoli comenta sobre la idea de derecho viviente articulada por Resta, señalando que “se refiere a la incorporación, en el derecho, de la vida en todas sus múltiples manifestaciones, desde la vida del derecho hasta la vida en el derecho, y por ello a las múltiples y variadas formas de regulación jurídica de la vida” (FERRAJOLI, 2019, p. 37). Asimismo dice este autor que la producción del derecho vivo está vinculada a la “práctica jurídica, es decir, a los precedentes, así como el lenguaje y su evolución están ampliamente condicionados por la práctica lingüística consolidada en los usos de la lengua” (FERRAJOLI, 2019, p. 38)

Sucede que la fraternidad regresa hoy “anacrónicamente, a replantear aquellas condiciones que ya se habían presentado en su tiempo” (RESTA, 2020, p. 13). En esta percepción, es arriesgada la apuesta en la fraternidad, en el sentido de que, cuando es cultivada, “recoloca en juego un modelo de regla de la comunidad política; modelo no vencedor, pero posible” (RESTA, 2020, p. 15). Sobre todo, la fraternidad es un modelo convencional de Derecho “que abandona la frontera cerrada de la ciudadanía y mira hacia la nueva forma de cosmopolitismo que no es el de los mercados, sino el de la universalidad de los Derechos Humanos” (RESTA, 2020, p. 15).

La fraternidad construye un recorrido común a partir del reconocimiento de la existencia de un vínculo antropológico inscripto en la identidad de la humanidad por la idea amistosa de comunidad humana universal.

De esta manera, se forma una conciencia colectiva de pertenencia que surge en consonancia con el vínculo de comunicación establecido a través de la relación del “Yo” con el “Otro”. Es lo que Resta afirma como el “amigo de la humanidad”, aquel que toma “partido y se alinea en favor de un destino común” (RESTA, 2020, p. 35). Asimismo, el amigo de la humanidad es “el individuo moral y racional que, conscientemente, conoce los riesgos, pero, siguiendo el pensamiento gandhiano, apuesta por la existencia de un bien común, que es el bien de la humanidad<sup>1</sup> en sí mismo” (RESTA, 2020, p. 36).

Sandra Regina Martini y Janaína Machado Sturza analizan la posibilidad de apostar por la fraternidad como un medio para hacer efectivo el derecho a la salud del Otro, es decir, del migrante al decir:



El tema del derecho a la salud es propicio para mostrar la fraternidad y la solidaridad como posibles en el plano concreto. Esta humanidad que amenaza constantemente a la propia humanidad también puede producir una no amenaza. Aun sabiendo que la sociedad cosmopolita es también el logos de la ambivalencia, vemos que, a través de la búsqueda de la salud – como bien de la comunidad –, esta ambivalencia puede reflejarse en la cooperación entre estados y pueblos [...] (MARTINI; STURZA, 2018, p. 1018).

Desde la perspectiva de la fraternidad, la salud debe concebirse como un bien común de la humanidad<sup>2</sup>, es decir, existe la posibilidad de resignificar el derecho a la salud como un bien público mundial que debe estar disponible para todos los seres humanos, sin distinción.

Esta propuesta está vinculada a la construcción de un escenario cosmopolita basado en el respeto a los derechos humanos y en la preocupación por un bien que trascienda las fronteras impuestas por los Estados-nación en favor de la totalidad de los integrantes del entramado social mundial. En síntesis, el rescate de la fraternidad como un proyecto político concreto de transformación del mundo real representa una posibilidad de hacer efectiva la universalidad, con el objetivo de reconocer plenamente al Otro en toda su existencia y significación humana.

En definitiva podemos decir que el Derecho Fraterno parte de la necesidad de su universalización y que los derechos humanos se destinan a todo y cualquier ser humano, no porque pertenezca a un u otro territorio, siga ésta o aquella cultura o, aún, tenga una descendencia determinada, sino solamente porque tiene humanidad. Es un derecho que tiene como fundamento la *humanidad*, el “tener humanidad”, una humanidad repleta de diferencias compartidas y de una comunión de *juramentos*, de comprometimientos, de responsabilidades.

### 3 EL DERECHO A LA SALUD

El reconocimiento internacional oficial de la salud como un derecho se encuentra en la ya citada Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Adoptada por la Conferencia Internacional de la Salud, celebrada en Nueva York en 1946 ), en la que se estipula que "...el goce del grado máximo de salud que se pueda



lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social", con la que se reconoció por primera vez, por los Estados, el derecho de las personas a poseer el grado más alto de salud, bajo los parámetros de universalidad e igualdad, y es el criterio con el que operan las normas internacionales dedicadas a la materia.

El derecho a la salud, a diferencia de otros derechos sociales, no tuvo un adecuado tratamiento constitucional en la República Argentina. La primera referencia se encuentra en el texto de la reforma constitucional de 1957, en el art. 14 bis, que lo menciona de manera indirecta al consignar que el Estado debe otorgar "los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable", y el establecimiento de un "seguro social obligatorio". Es decir, no existe una garantía expresa a la salud como derecho, sino que la disposición se relaciona con la cobertura de contingencias sociales vinculadas a la inserción laboral formal y asalariada.

Es recién a partir de la reforma constitucional de 1994 donde se reconoce la tutela y la protección de la salud por diversas vías. Una primera referencia explícita se encuentra en el art. 42 que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la "protección de la salud y *seguridad*" en la relación de consumo. La segunda vía protectora, y de mayor alcance, se logró al otorgar jerarquía constitucional a once declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. Específicamente, como consecuencia del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que define a la salud como "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", el Estado queda jurídicamente obligado a garantizar el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su incumplimiento.

Por su parte, el art. 25 de la Declaración de los Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Asimismo, el art. XI de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivencia, la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.



El derecho a la salud está íntimamente vinculado al derecho a la vida y ése ha sido reputado por la Corte como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 323:3229; 330:4647). Ello sin dudas es así, ya que si no tenemos salud, es muy seguro que no podemos ejercer los otros derechos.

En esta línea argumental se ha manifestado que el Estado Federal es el garante último del sistema de salud, independientemente de la existencia de obligaciones en cabeza de otros sujetos, como las provincias o las obras sociales, y que el derecho a la salud impone obligaciones positivas y no solo obligaciones negativas al Estado; no sólo sobre otros entes estatales (políticas de salud pública); sino también sobre organismos privados que son prestadores de salud.

En este sentido es dable señalar que el Estado está facultado a imponer obligaciones sobre sujetos privados, como a las obras sociales y a las empresas de medicina prepaga, en materia de salud, y que los prestadores privados tienen obligaciones especiales de cuidado hacia sus clientes y usuarios, que exceden el carácter de mero trato comercial, ya que tienen una aplicación de las defensas del paciente como consumidor tanto en la faz pública como en la privada.

En definitiva no hay duda que dentro del amplio espectro de los derechos humanos, debemos velar y proteger el derecho a la salud, ya que ella hace a la vida misma del ser humano. Al respecto y con una visión desde la bioética se ha dicho que "[...] la salud no solo debe ser garantizado porque es un derecho que está positivizado [...] sino porque es antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Huelga decir que es tal: derecho natural; por ser sin más él mismo, una clara extensión prolongación, derivación o corolario -del mismo derecho a la vida. El derecho a la salud en definitiva no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida; la ausencia de salud es primero enfermedad y finalmente no vida; obviamente que también entre nacer y morir, el mencionado derecho a la salud se interrelaciona con una totalidad de otros derechos, que hacen seriamente pensar que sin salud aunque ontológicamente es antes siempre sin vida -resulta inaccesible gozar de otros derechos.." (ANDRUET, 2004).

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos



protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a sus suspensión extraordinaria (PINTO;1997) siempre pensando que el Estado es el primer garante del derecho a la salud.

En definitiva, a la luz de los derechos humanos debemos pregonar que el Estado, desde todos sus poderes, vele por el cumplimiento de los objetivos que son primordiales para los ciudadanos –como la salud de la población- , ya que de no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad y en definitiva lejanas a garantizar la protección que la salud merece.

La salud universal, o cobertura sanitaria universal, significa que todas las personas tengan acceso a servicios de salud de calidad, sin importar su ubicación o capacidad económica. Esto implica que todos tengan acceso a servicios preventivos, curativos y de rehabilitación, sin sufrir dificultades económicas por ello.

El acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud implican: **a) acceso equitativo:** todos los individuos deben tener acceso a servicios de salud de calidad, sin discriminación; **b) acceso oportuno:** los servicios deben ser accesibles cuando y donde sean necesarios, sin demoras innecesarias; **c) protección financiera:** Las personas no deben sufrir dificultades financieras para acceder a los servicios de salud; **d) servicios de calidad:** los servicios deben ser de alta calidad, basados en evidencia científica y adaptados a las necesidades de la población; **e) integralidad:** los servicios deben cubrir todo el ciclo de vida, desde la prevención hasta la rehabilitación y los cuidados paliativos.

La salud universal es un objetivo importante de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y se considera un componente esencial de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Si pensamos en los beneficios de la salud universal, podemos mencionar que mejora la salud y el bienestar de la población, reduce las desigualdades en salud, impulsa la economía al mejorar la productividad y la fuerza laboral y fortalecer la resiliencia de las comunidades ante crisis sanitarias.

Invertir en cobertura sanitaria universal favorece la igualdad y la cohesión social. Asimismo, beneficia a la economía nacional al mejorar la salud y el bienestar de las personas, aumentar la participación de la mano de obrar y la productividad, y fomentar la resiliencia de las personas, las familias y las comunidades.



Al adoptar la Agenda para el Desarrollo Sostenible en 2015, los jefes de Estado y de Gobierno de todos los países del mundo se comprometieron a garantizar una vida sana y promover el bienestar para todas las personas. Estos compromisos se reiteraron en las declaraciones políticas adoptadas durante las reuniones de alto nivel de 2019 y 2023 sobre la cobertura sanitaria universal.

## 4 PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN LA RELACIÓN DE CONSUMO

A los fines de abordar este tema partimos de dos premisas: primero, que el derecho a la salud es un derecho humano; y segundo que el paciente frente a las empresas que prestan servicios de salud es un consumidor que debe ser protegido.

Tanto el derecho a la salud como el derecho de los consumidores poseen tutela constitucional y se erigen en derechos fundamentales del ser humano, que exceden y superan la distinción entre derecho público y privado pues cruzan transversalmente todo el ordenamiento jurídico.

En esta línea, Stiglitz (2015) destaca que la íntima relación entre derecho del consumidor y derechos fundamentales es la razón justificante del principio protectorio del consumidor, de la naturaleza de orden público de sus normas y de la preeminencia de las mismas sobre otras de inferior nivel tuitivo. Es por ello que el derecho a la dignidad, reconocido a favor del consumidor como persona humana, es la clave de identificación del Derecho del Consumidor, dentro del sistema de tutela de los derechos humanos.

Barocelli sostiene que el derecho del consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de orden público y fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable, tal como se reconoce tanto en el derecho comparado..

Por otra parte, en las normas o leyes de Defensa del Consumidor se hace alusión concreta a la salud e integridad física, que obliga al proveedor a suministrar cosas y servicios de tal manera que su uso en condiciones previsibles, no presente peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Deber que se correlaciona imponiendo medidas para la comercialización de los servicios



peligrosos o riesgosos para la salud o la integridad física de los usuarios, que garanticen su seguridad.

Por su parte Japaze (2009) explica que este deber de seguridad implica un *deber de abstención*: de no colocar en el mercado bienes o servicios que dañen la salud o afecten la seguridad del consumidor; un *deber de prevención*: adoptar medidas para prevenir daños en la salud; y un deber de *garantizar la indemnidad* del consumidor; y la *obligación de resarcir el daño* causado ante su violación.

En consecuencia, el derecho del consumidor en miras a proteger la salud de los sujetos vulnerables impone a los proveedores garantizar el deber de seguridad, que constituye una obligación de resultado que no pueden eludir al prestar sus servicios o comerciar sus bienes.

En definitiva, la protección de la salud en el derecho del consumidor tiene una amplia protección tanto constitucional como legal dada la trascendencia del bien protegido que es la vida e integridad psicofísica de los consumidores, que justifica un análisis más detenido.

En definitiva, la protección de la salud en la relación de consumo se refiere a los derechos y medidas que buscan garantizar que los productos y servicios ofrecidos a los consumidores no pongan en riesgo su seguridad y menos aún su salud.

Dentro de algunos aspectos claves del tema podemos incluir:

(i) **Regulaciones y normas:** los gobiernos deben establecer regulaciones y normas para garantizar que los productos y servicios cumplan con ciertos estándares de seguridad y calidad, para lo cual existen en los países los organismos especializados en el control de salubridad de los alimentos, los medicamentos, etc.;

(ii) **Información al consumidor:** Los consumidores tienen derecho a recibir información clara y precisa sobre los productos y servicios que adquieren, incluyendo advertencias y precauciones de seguridad.

La información es en nuestros días, probablemente, de los bienes máspreciados, en todos los aspectos que requieran toma de decisiones. Genera certidumbre y otorga a su portador, mayores herramientas de negociación y de valoración de las circunstancias fácticas. Desprovistos de información, es difícil



adoptar decisiones eficientes al momento de contratar, de justipreciar los alcances de una determinación.

Concretamente, las normas consumiriles buscan erradicar la publicidad engañosa, falsa y/o inductiva, cuestión que tiene una amplia relación con la industria farmacológica y sus impactos nocivos en la salud. Conforme las normas citadas, también está prohibida toda publicidad que sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

(iii) **Responsabilidad del proveedor:** Los proveedores de productos y servicios son responsables de garantizar que sus ofertas sean seguras y no pongan en riesgo la salud y seguridad de los consumidores.;

En esta línea debemos pensar que los servicios médicos comprometidos, deben ser prestados de modo tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios Y, en el caso de instituciones médicas que contratan con los pacientes dichos servicios médicos ofrecidos, deben ser brindados idóneamente, y conforme a normas que hacen al ejercicio de la medicina.

Queda claro, que la obligación principal de los establecimientos asistenciales es mucho más extensa que la mera provisión al paciente de los profesionales necesarios para su atención pues deben cumplir con todos los deberes que emergen del derecho del consumidor, por la especial relación que los vincula con sus clientes, y en especial por la obligación de seguridad que consagra dicha normativa.

(iv) **Derecho a la reparación:** Los consumidores tienen derecho a exigir reparación o compensación en caso de que un producto o servicio cause daños o perjuicios a su salud o seguridad.

La indemnización por daños y perjuicios causados a un paciente-consumidor se rige por las reglas generales de la responsabilidad civil, y por las especiales del régimen consumeril que contiene disposiciones especiales, referida en general por Argentina se ha añadido la reparación punitoria que ha traídos excelentes resultados para conseguir la no reiteración de conductas abusivas por parte de los proveedores.

Con respecto a la primera. la **función preventiva** dispone de manera genérica



que toda persona tiene el deber de prevenir un daño, aunque limitándolo a que de dicha persona dependa. Es decir, que la posibilidad de prevenir debe estar dentro de la esfera de control de la persona, para evitar que el deber sea excesivamente amplio.

La prevención comprende tres situaciones –activas y pasivas- un tanto reiterativas: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido.

Esta función sin duda puede ser aplicada en el derecho a la salud, ya que existen riesgos o daños que pueden y deben prevenirse, pero que ante la ineffectiva de los prestadores de la salud, y frente al interés razonable del consumidor, el juez puede evitar riesgos mayores sin que ello implique violar la congruencia. Así, frente a un considerable número de infecciones intrahospitalarias, ante un caso concreto, el juez podría ordenar que el Ministerio de Salud tome las medidas conducentes sobre dicho nosocomio con la finalidad de prevenir posteriores infecciones –evitar el daño y no agravar el ya producido.

Por su parte, la típica **función resarcitoria**, prevista tanto en las normas sustanciales como las del derecho del consumidor, consiste en el deber de reparar un daño causado por un hecho ilícito o por el incumplimiento de una obligación. En principio todo daño es antijurídico -salvo que se encuentre justificado- y siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil resulta procedente su reparación plena a fin de intentar colocar al damnificado en la misma situación en la que estaba antes del daño, y que puede consistir en la indemnización del daño emergente, lucro cesante pasado y futuro, pérdida de chances, reparación integral, daño extrapatrimonial, etc.

Insistimos en que el Derecho del Consumidor consagra un régimen de responsabilidad unitario, pues tanto el incumplimiento del contrato como el supuesto de vicio o riesgo de la cosa o servicio, desencadenan una responsabilidad objetiva.

Desde otro costado, se estipula la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización pues, la ley quiere responsabilizar a todas aquellas personas físicas/humanas o jurídicas que han participado en la concepción creación y comercialización del servicio o de la cosa predicando la unidad del fenómeno resarcitorio.



## (v) Ejemplos de protección de la salud y seguridad en la relación consumeril

Dentro de estos ejemplos podemos mencionar:

**(a) etiquetas de advertencia:** los productos pueden llevar etiquetas de advertencia que informen a los consumidores sobre posibles riesgos o peligros. El etiquetado de alimentos es el proceso de proporcionar información sobre un producto alimenticio en su envase o etiqueta. Esta información es vital para que los consumidores tomen decisiones informadas sobre su alimentación y para que puedan elegir productos que se adapten a sus necesidades y preferencias. Los aspectos clave del etiquetado incluyen: i) **Información nutricional:** que Incluye detalles sobre el contenido de nutrientes (calorías, grasas, proteínas, carbohidratos, vitaminas, minerales) y las porciones, ayudando a los consumidores a elegir opciones saludables; ii) **lista de ingredientes:** Permite identificar todos los componentes del producto, lo cual es especialmente importante para personas con alergias o intolerancias alimentarias; iii) **Información de origen:** Indica el país de origen del alimento y, en algunos casos, el lote de producción, lo que facilita la trazabilidad y la identificación de posibles problemas.; iv) **Instrucciones de uso y conservación:** **Instrucciones de uso y conservación:**Brinda indicaciones sobre cómo preparar y almacenar el alimento para mantener su calidad y seguridad.; v) **Advertencias y precauciones:** Incluye información sobre posibles riesgos asociados al consumo del alimento, como alérgenos o componentes que pueden ser dañinos para ciertos grupos de personas.

Todos estos datos nos ayudan a conseguir la seguridad alimentaria, que se refiere al conjunto de medidas y prácticas que tienen como objetivo prevenir la contaminación y garantizar la inocuidad de los alimentos en todas las etapas de la cadena alimentaria, desde la producción hasta el consumo. Esto implica: i) **Prevención de la contaminación:** Implementación de buenas prácticas de higiene y manipulación de alimentos para evitar la presencia de microorganismos dañinos, sustancias químicas o cuerpos extraños en los alimentos; ii) **Control de calidad:** Establecimiento de estándares y sistemas de control para asegurar que los alimentos cumplan con los requisitos de seguridad y calidad establecidos por las autoridades sanitarias; iii) **Vigilancia y seguimiento:** Monitoreo constante de la



seguridad alimentaria para detectar y responder a posibles brotes de enfermedades transmitidas por alimentos y otras amenazas;

(b) **recalls de productos:** Los proveedores pueden realizar *recalls* de productos que no cumplen con los estándares de seguridad o que presenten riesgos para la salud y seguridad de los consumidores;

Un *recall* o retiro de alimentos se refiere a la acción de retirar del mercado productos alimenticios que representan un riesgo para la salud pública. Esto puede deberse a contaminación, etiquetado incorrecto, presencia de objetos extraños, o cualquier otro problema que haga que el consumo sea peligroso.

En estos casos, los recambios se realizan por contaminación de los alimentos por bacterias, virus, parásitos o sustancias químicas que pueden causar enfermedades, o porque existen errores en los etiquetas (ver faltar ingredientes alérgenos importantes en la etiqueta, lo que puede ser peligroso para personas con alergias). También puede ocurrir por la presencia de objetos extraños como fragmentos de vidrio, metal u otros objetos en los alimentos; o no cumplir con los estándares de calidad o seguridad.

Estas acciones de recall lo pueden iniciar el mismo fabricante con un retiro voluntario del alimento en su caso las autoridades sanitarias. (ver Anmat en Argentina)

En estos casos no se debe consumir el producto o verificar o consultar las alertas de las autoridades sanitarias para confirmar si el producto que se tiene en casa está afectado e incluso devolver el producto si es necesario.

Como vemos los recalls o recambios son una medida importante para proteger la salud pública y evitar enfermedades causadas por alimentos contaminados o peligrosos. Es fundamental estar informado sobre los recalls y tomar las medidas necesarias para protegerse y proteger a la comunidad.

(c) **Servicios de atención al cliente.** Los proveedores pueden ofrecer servicios de atención al cliente para responder a preguntas y preocupaciones sobre la seguridad y calidad de sus productos y servicios. En definitiva, el servicio al cliente se refiere a la asistencia que una organización ofrece a sus clientes antes o después de que compren o utilicen productos o servicios. El servicio al cliente incluye acciones como ofrecer sugerencias de productos, solucionar problemas y quejas o responder a preguntas generales.



Por todo lo expuesto en este acápite consideramos fundamental un cambio de mentalidad de los operadores del derecho, a los fines de efectivizar los verdaderos alcances del Derecho del Consumidor como una forma de dar seguridad y protección a la salud. Dicha necesidad surge a todas luces de la nueva composición social, puesto que las formas de relacionarnos, caracterizadas por las contrataciones y publicidades masivas, a un público infinito, imponen una regulación adecuada y eficaz a los fines de proteger a quienes se encuentran en un plano de inferioridad cultural, económica, social, etc.

Es por ello que, autorizada doctrina afirma con toda contundencia que:

El juez, de este tiempo, está convocado a contribuir con la efectivización de los derechos de los más débiles ante el incontenible avance de las asimetrías sociales y económicas producidas por distintas causas, entre las que se destacan: las nuevas tecnologías de producción y la concentración del poder económico (ALFERILLO 2009).

## 5 EL DERECHO FRATERNO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD

Para abordar este tema, como ya lo anticipamos, partiremos de los postulados de la metateoría del Derecho Fraterno, pensando de manera especial que la fraternidad está fundada en la ley de la amistad, en el compartir, en el pactar; elementos necesarios para garantizar la accesibilidad de la salud. Ello nos lleva a pensar el derecho a la salud como un derecho global, que supera el pensamiento del consumo individual o colectivo.

El derecho fraterno se presenta como una apuesta, en donde el otro es *otro-yo*, hermano mío, es alguien con quien hago pactos. No es por casualidad que hoy hablamos en la necesidad de un pacto de salud, como un compromiso público de los sectores de salud con base en los principios constitucionales y convencionales.

Para que todos tengan derecho a la salud, es necesario efectivizar el pacto por la vida, la defensa del sistema único de salud y la gestión de éste mismo sistema. Es decir, sin compartir con el otro como *otro-yo*, es imposible pensar en la vida, hasta porque es difícil definir su comienzo o su fin; valen, como ejemplo, las grandes discusiones actuales a respecto de las células-madre y de otras cuestiones vinculadas a temas de Bioética y Bioderecho como la maternidad por sustitución, la muerte digna, etc.



De esta forma, si veo el otro a través de mí, tenemos nuevos pactos que hacer por la salud y no debemos aceptar más que los niveles de salud sean distintos conforme a la renta, la edad o la escolaridad, por ejemplo. En este orden, el derecho fraternal nos hace ver la necesidad que no avalemos más a un soberano que sólo explora; sino de un soberano que, perdiendo su posición superior, es un hermano, otro-yo y que pacta con otros soberanos la garantía de una salud global.

Para efectivizar una política de salud adecuada, es necesario que los actores involucrados en ella participen del proceso desde su gestión hasta su implementación. Es en este sentido que el derecho a la salud puede ser rescatado y efectivizado, pues no basta con decir que la salud es un derecho del ciudadano y un deber del Estado; es necesario crear condiciones para que éste derecho sea efectivizado, y esto se dará solamente por medio de políticas públicas que respeten las diferencias regionales, pero que presenten una estructura global, pues los problemas de salud no son territorialmente limitados.

En el segundo postulado del derecho fraternal, nos detenemos con la idea de la no existencia de la limitación geográfica y/o política para el respeto a los derechos. Así, el derecho a la salud debe ser un derecho universalmente reconocido; no debería limitarse a los contornos del Estado-Nación, pues en él mismo observamos diferencias significativas conforme a la estructura regional, social, económica, etc.

Es de observar que, en algunos países de Europa, el derecho a la salud es asegurado independiente de la ciudadanía europea. El agravante es que, después del atendimiento, los servicios públicos de salud terminan siendo informados de los procedimientos para que las instituciones puedan controlar los *extra-comunitarios*, y allí se pone en pauta no los postulados del derecho fraternal, sino los del derecho paterno, del derecho de un soberano. Respecto a esta cuestión, Eligio Resta hace una importante crítica:

[...] Del resto se habla mucho sobre la experiencia europea como heredera de la tradición del cosmopolitismo y de aquel singular iluminismo que se hacía su portavoz. Y son precisamente algunas de sus características más significativas las que hoy reaparecen en este presente constitucional. Para este presente constitucional vale el mismo principio que rige el paradoja de los derechos humanos: estos solo pueden tomarse en serio a condición de que se vacíe a la humanidad de cualquier sentido teológico y se reconozca que todo depende de lo que nosotros queramos que sean la humanidad y nuestros derechos[...]"



Más allá de esta discusión sobre el derecho de ser ciudadano, es preciso notar que las constituciones, leyes, acuerdos internacionales ya definen, desde hace mucho, la necesidad de la universalización de los derechos básicos y por ende a las condiciones para que la población mundial tenga acceso a bienes que determinen una buena calidad de salud.

Siguiendo con los lineamientos que venimos abordando, debemos precisar que el tercer postulado del derecho fraternal, es el que trata de dar una nueva dimensión para el entendimiento de los derechos humanos y, por lo tanto, del derecho a la salud:

Sin superar el dogma de la soberanía de los estados, nunca se podrá plantear seriamente el problema del pacifismo. Solo por un cierto período de tiempo, más o menos largo, la humanidad, dice Kelsen, se divide en estados: y no está dicho que deba hacerlo para siempre. El estado aparece como un producto relativo de un tiempo histórico bien definido, que coincide con este tiempo convencionalmente llamado "modernidad". Superar el dogma de la soberanía debe ser entonces la "tarea infinita" que una cultura jurídico-política debe llevar adelante con esfuerzo.

Estas reflexiones llevaron a Resta a pensar en un otro tipo de derecho, fundamentado en la obligatoriedad universalista de respetar los derechos humanos. Así se verifica que el Derecho Fraterno parte de la necesidad de su universalización y que los derechos humanos se destinan a todo y cualquier ser humano, no porque pertenezca a un u otro territorio, siga ésta o aquella cultura o, aún, tenga una descendencia determinada, sino solamente porque tiene humanidad. Es un derecho que tiene como fundamento la humanidad, el "tener humanidad", una humanidad repleta de diferencias compartidas y de una comunión de juramentos, de comprometimientos, de responsabilidades. Es lo que a nivel de los derechos humanos se denomina el "pro homine".

En los puntos anteriores, ya reflexionamos acerca de la dificultad de superar esta barrera de la soberanía; sin embargo, cuando pensamos a respecto de la efectividad del derecho a la salud, esta cuestión precisa ser revisada, pues no podemos pensar que las enfermedades y sus agentes trasmisores respeten a los límites territoriales. Las grandes epidemias ya señalan para esta cuestión, desde hace mucho; basta con pensar en las grandes *pestes* que acometieron la humanidad y sin ir más lejos el ejemplo que nos dejó el COVID.



Elvio Resta nos hace ver que la fraternidad, que solamente ahora se acerca de las discusiones científicas, viene para demarcar lo que no queremos ver; viene para decir que todas las evidencias históricas nos llevan a buscar alternativas en relación a los derechos cerrados en los límites del Estado-Nación. Así dice: "El derecho fraternal, por lo tanto, pone en evidencia toda la determinación histórica del derecho cerrado en la estrechez de los límites estatales y coincide con el espacio de reflexión vinculado al tema de los derechos humanos, con una conciencia adicional: que la humanidad es simplemente un lugar común, solo dentro del cual se puede pensar en el reconocimiento y la tutela..."<sup>1</sup>.

Cuando se verifica los determinantes sociales de la salud y, por lo tanto, el derecho a tener derecho a una salud digna, se observa que la efectividad de este derecho fundamental sólo se puede dar, en nuestra sociedad, a través de ella misma, es decir, por mecanismos capaces de implementarlo. No basta con el dictado de leyes, decretos o normas reglamentarias, necesitamos que el Estado gestione las herramientas necesarias para garantizar la efectivización del derecho a la salud.

Un determinante social muy importante es el acceso a la información. De hecho, el acceso a fuentes y flujos de información en salud aumenta el conocimiento y la capacidad de acción, permitiendo la adopción de comportamientos saludables y la movilización social para la mejoría de las condiciones de vida. Por otro lado, la falta de acceso de grandes sectores de la población al conocimiento y a la información disminuye seriamente su capacidad de decidir y actuar a favor de la salud y de la colectividad, como así también los procesos de exclusión.

En este orden es importante que la salud se encuentre contenida dentro del derecho al consumidor, cuyas leyes obligan al proveedor (sea privado o estatal) a brindarle la debida y completa información sobre lo que se consume –en este caso, salud-.

Por último, dado que los medios de comunicación suponen la principal fuente de acceso a la información en materia de salud de los países desarrollados, si se pretende mejorar la salud de una población se debe garantizar que ésta disponga de medios de comunicación independientes y no forzados por monopolios farmacéuticos, industriales, corporativos, etc.



## 6 CONCLUSIONES

El Estado como primer garante de la salud de sus ciudadanos es el que debe bregar por concebir legislativamente políticas públicas en la materia, que sean debidamente cumplimentadas por los que tienen a cargo las prestaciones de salud: los hospitales públicos y privados, las obras sociales, las entidades de medicina prepaga, etc. Es más, sería loable que como Estado, fuera el primero en dar el ejemplo en el cumplimiento acabado de las leyes que en su seno se dictan y que no debiera acudirse a la judicialización de las mismas.; más aún cuando dichas obligaciones se encuentran atravesadas por el derecho del consumidor

Ahora bien, para que los sistemas sanitarios funcionen, deben servir a todas las personas, independientemente de quienes sean, donde vivan o qué dinero que tengan. Una **cobertura sanitaria equitativa** pone en primer lugar a las mujeres, los niños y las niñas, los y las adolescentes y las personas más vulnerables, (como los consumidores) porque son los que se encuentran con más barreras para acceder a la atención sanitaria básica.

Alcanzar la “[Cobertura Sanitaria Universal](#)” se ha vuelto aún más urgente desde la COVID-19, que provocó más desigualdades y dificultades económicas. Dicha cobertura y la seguridad sanitaria son dos objetivos interrelacionados para proteger a todas las personas, en cualquier lugar, tanto en tiempos de crisis como de calma. Integrada en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluye toda la gama de servicios sanitarios esenciales. Se basa en los principios de equidad, no discriminación y derecho a la protección y seguridad en salud.

El derecho fraternal, en el contexto del derecho sanitario, se refiere a la relación de solidaridad y cooperación entre los profesionales de la salud y los pacientes, así como la consideración de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito sanitario. El derecho sanitario, por otro lado, abarca la regulación jurídica de la salud, incluyendo la protección de la salud pública, la relación entre los profesionales de la salud y los pacientes, y los derechos de los pacientes sumados a sus derechos como consumidores.

Es por ello, que la mirada de la salud a través del derecho fraternal, nos abre la oportunidad de mirar la universalidad en las prestaciones sanitarias, no limitándola a las



políticas nacionales sino globales, para lo cual necesitamos pactar o formular protocolos de atención pensando en el otro como un hombre universal.

## REFERENCIAS

ALFERILLO, Pascual E. **La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor.** LA LEY 02/07/2009, LA LEY 2009-D, 1967.

ANDRUET, Armando S. **Bioética, Derecho y Sociedad.** Conflicto, ciencia y convivencia. EDUCC Alveroni: Córdoba, 2004.

BAROCELLI, Sergio S. El derecho del consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial. In: BAROCELLI, Sergio S.; KRIEGER, Fernando W. Derecho del Consumidor. **Colección Código Civil y Comercial de la Nación.** El Derecho, 2016.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (DUDH). In: **UNICEF. 1948.** Disponible en: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acceso em: 3 ago. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto vivente e diritto vigente. In: ANASTASIA, Stefano. GONNELLA, Patrizio. **I Paradossi Del Diritto:** Saggi In Omaggio A Eligio Resta. Coliti, Roma: Roma Tre-press. 2019. Disponible en [http://www.antoniocasella.eu/archica/perEligioRESTA\\_2019.pdf](http://www.antoniocasella.eu/archica/perEligioRESTA_2019.pdf). Acceso en: 3 ago. 2021.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. Saúde global em tempos de globalização. **Revista - Saúde e Sociedade.** São Paulo, v. 23, n. 2, 2014, p. 366-375. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n2/0104-1290-sausoc-23-2-0366.pdf>. Acceso en: 3 abr. 2021.

JAPAZE, Belén. El derecho a la salud y a la seguridad del consumidor. **Manual de Derecho del Consumidor.** Dante Rusconi (Coordinador). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 226 - 230.

MARTINI, Sandra Regina. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Comparazione e Diritto Civile,** v. 1, 2010.

MARTINI, Sandra Regina. STURZA, Janaína Machado. A Produção Do Direito Através De Um Espaço De Todos E Para Todos: O Direito À Saúde Da População Migrante. **Novos Estudos Jurídicos.** v. 23, n. 3, p. 1010-1040, 2018. Disponible en: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13754/pdf>. Acceso em: 3 ago. 2021.



PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: Abregú, Martín y Courtis, Christia. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, CELS, 1997.

RESTA, Eligio. **Diritto Vivente**. Bari: Laterza, 2008.

RESTA, Eligio. El tiempo entre generaciones. **Revista Derechos Humanos e Democracia, Ijuí**: Unijuí, año 1, n. 2, jul./dez. 2013. Disponible en <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/2340>. Acceso en: 3 ago. 2021.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno** [recurso eletrônico]. 2. ed. Traducción de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

RESTA, Eligio. **Percursos da identidade**: uma abordagem jusfilosófica. Traducción de Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí. 2014.

STIGLITZ, Gabriel. Los principios del Derecho del Consumidor y los Derechos Fundamentales. In: **Tratado de Derecho del Consumidor**, Tomo I, Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires: La Ley, 2015.

WALDMAN, Tatiana Chang. Movimentos Migratórios sob a perspectiva do Direito à saúde: Imigrantes bolivianos em São Paulo. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 1 p. 90-114 . mar./jun. 2011. Disponible enm <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13239/15054>. Acceso en: 3 ago. 2021.

