

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

La integración fronteriza y las experiencias internacionales:
ponencias del I Seminario Internacional de Derecho a la Salud

25 de noviembre de 2015, Santana do Livramento, Brasil



ISALUD
1991-2016

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Índice

Presentación	3
Prólogo	5
Direito vivo e o direito à saúde na fronteira de Santana do Livramento/RS	7
Fraternidade, Objetivos Do Milênio E O Direito À Saúde No Mercosul	18
El derecho al aborto: Francia en un contexto europeo heterogéneo	29
Direito à saúde e Mobilidade Urbana	35
Direito A Saude E Migrações	49
La legislación francesa sobre eutanasia en el contexto jurídico de la Unión Europea	57
Marco jurídico normativo del sistema de salud argentino	61

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Presentación

El Derecho Sanitario es una de las nuevas ramas transversales del Derecho cuya creación se persigue hoy con mayor vitalidad en los ámbitos académicos jurídicos. La alta vinculación del Derecho con la salud de las personas lleva a reconocerle una prioridad cualitativa a este tema por parte de los ciudadanos. Los marcos jurídicos actuales contienen múltiples previsiones que consagran derechos y obligaciones orientadas a la protección de la salud, y para hacerlo requieren articular con la organización del sistema de salud y la actividad de los profesionales y técnicos del sector.

Gran parte de esos avances normativos persiguen mejorar la calidad en la atención asistencial y promover la salud incluyendo los avances científicos y tecnológicos, poniendo en evidencia la manera en que variaron los valores en que se han sustentado algunas normas vigentes desde el momento de su aprobación ante los cambios políticos sociales y culturales, y demandando un tratamiento coherente y adecuado a la realidad actual frente los desfases que no atienden las necesidades sociales actuales. Tiene entonces un alto interés social y sanitario considerar cómo la legislación sanitaria se compara con los desarrollos normativos en los contextos internacionales, observar esa situación hacia el interior de cada país federal e incluir un análisis histórico y prospectivo desde el punto de vista jurídico.

El análisis profundizado con la evidencia científica relevada puede aportar información de calidad para contribuir al desarrollo del Derecho Sanitario y a la concreción de una legislación sanitaria que fortalezca y mejore el sistema de salud integralmente, comprendiendo al conjunto de dimensiones y actores que incluye el sector salud.

Interesa entonces profundizar en esta materia del Derecho Sanitario, así como en las valiosas contribuciones llevadas a cabo con rigor científico, para profundizar en líneas de investigación receptivas de las demandas sociales de los ciudadanos, de los profesionales sectoriales y de los poderes públicos, a fin de contribuir a mejorar esta rama jurídica para que responda a los valores sociales vigentes, sea vinculándola con la salud y su protección en relación con las normas jurídicas, o profesionalmente al Derecho, a la asistencia sanitaria y a la población.

Por ello se da inicio desde el Centro de Estudios e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho (CEDSABIO) de esta Universidad a la publicación semestral "Actualidad del Derecho Sanitario", que se llevará con formato e-book. En esta primera oportunidad se efectúa también en versión impresa, contribuyendo en alianza con otras instituciones académicas, tales como UNISINOS e IDEAU en Brasil y UDELAR en Uruguay, y con profesores internacionales, a fin de difundir ponencias destacadas presentadas en el Primer Seminario Internacional sobre Derecho a la Salud, celebrada el 27 de noviembre de 2015 en Santana Do Livramento, Brasil.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Esperamos que la comunidad de la Universidad ISALUD, los miembros del CEDSABIO, los profesionales sectoriales, los decisores políticos, los operadores jurídicos y la comunidad en general encuentren en sus contenidos motivos para debatir, compartir o reflexionar a partir de sus contribuciones.

Mg. Profesora Claudia Viviana Madies

Abogada - UBA

Magister en Sistemas de Salud y Seguridad Social - Universidad ISALUD

Magister en Bioética y Derechos Humanos- Universidad de Barcelona

Profesora Universitaria en Ciencias de la Salud y el Ambiente - Universidad Isalud

Directora del Centro de Estudios e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho de la Universidad ISALUD

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Prólogo

Investidos de la dinámica que los tiempos dan a la sociedad y teniendo en cuenta que el derecho a la salud es un tema de suma importancia social, junto con el hecho de que en las ciudades fronterizas se presentan de una manera única, se ha propuesto y desarrollado con éxito el Primer Seminario Internacional de Derecho a la Salud en la Ciudad de Santana do Livramento, Brasil. Este seminario contó con la participación de profesores e investigadores de América Latina y de Europa, permitiendo una visión general del Derecho Sanitario al profundizar en aspectos que interesan hoy a quienes demandan ejercer sus derechos en los sistemas de salud.

Teniendo en cuenta la importancia de esta cuestión para todas las áreas, se propuso observar los conflictos, pactos y negociaciones que fundan la garantía del derecho a la salud, reflexionar sobre sus elementos constitutivos, instrumentos institucionales, argumentos eficaces, políticas y legislaciones relativas a la restricción o la extensión de este derecho, y la forma en que se produce también en las zonas fronterizas, vislumbrando los acuerdos existentes entre los países vecinos.

La riqueza de este evento, con profesores e investigadores de gran importancia en la escena nacional e internacional, como la profesora Dra. Sandra Regina Martini de UNISINOS, el profesor Dr. Fernando Rovira de UDELAR y la Magister Claudia Madies de ISALUD, se acrecentó con el compromiso de mantener la motivación para continuar con el tema a través de la organización de nuevos seminarios en sus países de procedencia. De ese modo es que el I Seminario Internacional de Derecho Sanitario, a realizarse el 29 y 30 de abril de 2016 en la Universidad ISALUD en Buenos Aires, a través de la coordinación de la profesora Claudia Madies, materializa el cumplimiento de esa promesa y cuenta con el incansable compromiso de todos los involucrados para sincronizar agendas y contribuir para la realización de esta nueva reunión.

En ambos eventos, el Derecho Sanitario, cuyo objeto de estudio es el derecho a la salud, es asumido como un tema muy importante en todo el mundo, en la medida en que la sociedad plural y multifacética culturalmente en la cual vivimos tiene a la salud como un problema que es común a todos y concita la atención en todo lugar y momento.

Los estudios vinculados al campo de la salud florecen vertiginosamente. La Universidad ISALUD, como anfitriona del seminario organizado en Buenos Aires, se propone analizar críticamente un conjunto de significados y contenidos atribuidos al Derecho Sanitario en América Latina, buscando identificar las conexiones que constituyen el proceso de efectivización de este derecho por diversas instituciones jurídicas, políticas y sociales. En ese contexto, resalta el propósito de esta publicación, al presentar una reflexión crítica sobre el Derecho Sanitario desde el punto de vista de distinguidos investigadores y profesores que con la excelencia de sus artículos proporcionan una visión más amplia y global de cómo el tema se desarrolla en cada país.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

La Universidad ISALUD tomó la iniciativa de publicar los principales artículos sobre los temas que se trataron en el Seminario de Santana do Livramento, a fin de difundir más extensamente los debates científicos, jurídicos y sociológicos que subyacen en el modo en que este tema es abordado en los diferentes países, para favorecer la profundización del conocimiento sobre la vinculación del derecho con la con la salud de las personas y justificar la prioridad cualitativa a este tema por parte de los ciudadanos. Como coordinadora de aquel Seminario, aliento a profundizar en las novedosas reflexiones jurídicas y sociológicas propuestas.

Liane Martins Caon

Advogada OAB/RS 41.837

Especialista em Direito Processual Civil

Mestra em Direito com ênfase em Direitos Sociais e Políticas Públicas

Graduada em Sociologia

Professora na Faculdade IDEAU Bagé- Curso de Direito

Direito vivo e o direito à saúde na fronteira de Santana do Livramento/RS

Prof. Ms. Liane Martins Caon¹

Resumo

O presente artigo busca analisar a questão da saúde nas cidades transfronteiriças de Santana do Livramento-Brasil e Rivera- Uruguai, buscando evidenciar a existência de um direito vivo que está presente muito antes da elaboração de pactos binacionais.

Palavras- chave: Direito à saúde - Direito vivo- Direito fraterno

A questão do direito à saúde nos é cara em qualquer lugar do mundo. A forma como enfrentamos os problemas de saúde pública é que varia de um país para outro, ou melhor dizendo, a forma como tratamos da questão da saúde é que muda.

O direito à saúde se apresenta como tema de relevância, vez que está vinculado aos direitos fundamentais. Além de ser um bem da comunidade², se apresenta de forma singular quando falamos em uma comunidade transfronteiriça.

No Brasil temos o Sistema Único de Saúde- SUS, foi fundado em 1990, através de Lei orgânica nº 8.080, que substituiu o antigo Instituto Nacional de previdência social – INPS, que atendia aos trabalhadores que tivessem carteira de trabalho assinada, embora já existisse o SUS, que até então se prestava a prevenção de doenças em caráter universal (como a vacinação, por exemplo) e proporcionava atendimento médico-hospitalar para algumas doenças, a quem não tinha acesso ao atendimento. A partir de Lei acima referida, o SUS se tornou um programa amplo que atende todos os tipos de enfermidades e todos os brasileiros possuem direito à saúde. O SUS faz parte de um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo e é o único a garantir acesso integral, universal, igualitário e gratuito para toda a população.³

¹Advogada. Licenciada em Sociologia pela Universidade Federal de Santa Maria- UFSM. Professora no curso de Direito da IDEAU- Instituto de Desenvolvimento do Alto Uruguai em Bagé/RS. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela URCAMP.

² Nesse sentido: MARTINI, Sandra Regina. **Direito à saúde e fronteiras: saúde e fraternidade como pontes para efetivação de direitos**. In: O direito à saúde na União Europeia e no MERCOSUL/ Sandra Regina Martini, Francesco Bilancia (orgs.); Alberto Navarro García ... (et al). Coleção: Direito e Transformação Social; 1). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³ Informações disponíveis em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>. Acesso em 09dez.2015.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Ademais se trata de um direito fundamental do ser humano e está assegurado na Carta Constitucional em seu artigo 196⁴ que prescreve o direito à saúde como “direito de todos e dever do Estado” e foi através da previsão constitucional que a saúde se tornou direito do cidadão.

A maioria dos hospitais brasileiros são conveniados com o SUS e fazem o atendimento à população mediante repasse dos Estados e da União. De acordo com as informações disponíveis no blog do Planalto da União, a forma como esses recursos são repassados se dá da seguinte forma:

União: É responsabilidade da União coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos. Por meio do Ministério da Saúde, a União planeja e fiscaliza o SUS em todo o País. O MS responde pela metade dos recursos da área; a verba é prevista anualmente no Orçamento Geral da União.⁵

Estados: É papel dos governos estaduais criar suas próprias políticas de saúde e ajudar na execução das políticas nacionais aplicando recursos próprios (mínimo de 12% de sua receita) além dos repassados pela União. Os Estados também repassam verbas aos municípios. Além disso, os estados coordenam sua rede de laboratórios e hemocentros, definem os hospitais de referência e gerenciam os locais de atendimentos complexos da região.⁶

Municípios: É dever do município garantir os serviços de atenção básica à saúde e prestar serviços em sua localidade, com a parceria dos governos estadual e federal. As prefeituras também criam políticas de saúde e colaboram com a aplicação das políticas nacionais e estaduais, aplicando recursos próprios (mínimo de 15% de sua receita) e os repassados pela União e pelo estado. Igualmente os municípios devem organizar e controlar os laboratórios e hemocentros. Os serviços de saúde da cidade também são administrados pelos municípios, mesmo aqueles mais complexos.⁷

Distrito Federal: Acumulam-se as competências estaduais e municipais, aplicando o mínimo de 12% de sua receita, além dos repasses feitos pela União.⁸

Feitos os esclarecimentos quanto à aplicação e ao repasse das receitas, retornamos ao nosso objeto de estudo que é analisar a questão da saúde na cidade de Santana do Livramento que é uma cidade brasileira que faz fronteira com a cidade de Rivera no Uruguai, conta com 82.464 habitantes registrados no último

⁴ VADEMECUM compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8ª ed. Atual., e ampl.- São Paulo: Saraiva. 2012. p. 64.

⁵ Informações disponíveis em: <http://blog.planalto.gov.br/>. Acesso em: 09dez.2015.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

censo realizado no ano de 2010⁹ e a vizinha Rivera possui em torno de R\$ 85.000 habitantes. Importa ainda dizer que enquanto Santana do Livramento é considerada uma cidade de pequeno porte e está localizada na fronteira oeste da região sul do Brasil, Rivera é considerada uma cidade de médio porte para os padrões uruguaios.

As peculiaridades existentes nesta fronteira, especialmente em relação à saúde, merecem ser registradas em virtude de que podem ser vistas como experiências que foram bem-sucedidas em relação aos acordos binacionais.

Primeiramente é preciso esclarecer que entre as duas cidades fronteiriças mencionadas existe uma convivência pacífica de mais de 190 anos, sendo reconhecidas como “Fronteira da Paz” e em vista desse convívio irmão e muito particular é que foram nascendo muitas práticas que deram origem a muitos acordos binacionais.

É imperioso reconhecer que o direito não pode ser apreendido em códigos e leis, pois é muito mais que isso, é fenômeno social e, como tal, acompanha a evolução da sociedade. Evolução essa que ultrapassa a própria possibilidade legislativa, por isso dizemos que é um direito vivo e nesta fronteira em particular, podemos observar de forma latente.

Direito vivo, ou vivente, é uma expressão usada por Eligio Resta, cuja obra e estudo merecem destaque neste trabalho. Diz ele que:

[...] o “direito vivente” voltou a ser uma categoria presente e significativa. Talvez o sucesso possa ser imputado à formulação “quente” de seu léxico. A vida do direito vivente nos aproxima a um “corpo” atravessado mais por paixões quentes fechadas no interior de continentes frios.¹⁰

Durkheim já referia que é a coesão social que mantém unida a sociedade e para que ela exista, o sentimento de coletividade deve preponderar sobre o da individualidade e, é justamente o afastamento da individualidade presente na sociedade atual que Resta vai buscar resgatar e lançar as bases de uma nova configuração social.

O que significa dizer que a práxis, ou os costumes acabam por ditar um fenômeno que há muito ocorre nestas cidades, até com relação à língua falada há uma diferenciação, vemos, por exemplo, que todos os fronteiriços arriscam o “portunhol” como é chamado a mistura entre português e espanhol, assim como, a maioria da população costuma levar em suas carteiras duas moedas diferentes, o peso uruaio e o real.

Como as cidades não são separadas por rios ou pontes, o trânsito fronteiriço é livre, não há necessidade de se fazer os trâmites legais na área que é considerada “zona de fronteira”, livre trânsito de pessoas é observado com espanto

⁹ Disponível em: <http://ibge.gov.br/cidadesat/painel/painel.php?lang=&codmun=431710&search=rio-grande-do-sul|santana-do-livramento|infograficos:-dados-gerais-do-municipio>. Acesso em 09dez.2015.

¹⁰ RESTA, op. cit. p. 5.

SERIE: ATUALIDADE DO DIREITO SANITARIO

Número 1

pelos que não conhecem as cidades e com tranquilidade pelos moradores habituados a essa irmandade.

Falar sobre direito vivo na fronteira não é uma tarefa difícil, pois ele está muito mais claro nas zonas de fronteira, embora esteja presente em toda a sociedade.

Como já mencionamos alhures, o direito é vida e como tal não pode ser apreendido em códigos e leis, ele faz sua rotina na vida que acontece todos os dias. Especialmente em zonas fronteiriças temos uma função de interpretação de leis e conjunção ou separação de leis pela binacionalidade, mas o que acontece quando duas cidades de países diferentes possuem afinidades vai além dos pactos, ou melhor dizendo, acontece muito antes de se formalizarem os pactos.

Inclusive é de se observar que as questões jurídicos-sanitárias também se revestem de particularidades, as campanhas de saúde se valem de reuniões binacionais que buscam a redução de danos na fronteira. Para citar um exemplo, recentemente aconteceu a programação da Semana Binacional do Idoso, a qual promoveu atividades voltadas para a saúde dos idosos, possibilitando testes para verificação de glicose, pressão, entre outros.¹¹ O que demonstra que o nível de integração não é apenas cultural, mas também se relaciona nas questões voltadas à saúde.

Também acontecem muitos atendimentos médicos efetuados por profissionais dos diferentes países, sendo comum que brasileiros possuam planos médicos uruguaios e vice-versa. Da mesma forma ocorre quando há dificuldade de atendimento médico no Brasil pelo SUS, em muitos casos são os hospitais riverenses que dão conta do atendimento, inclusive realizando partos, o que também gera, uma outra particularidade ao permitir que os nascidos no país vizinho, em face de dificuldades no atendimento brasileiro, sejam registrados como brasileiros.

Daí podemos perceber que a fraternidade não é mera utopia, existe um direito que vive além dos códigos e das fronteiras fruto dos costumes da região. Claro que para entendermos melhor essa convivência também teríamos que analisar os instrumentos jurídicos-normativos existentes, o que, devido ao objetivo deste artigo, não o faremos neste momento. Mas, sabemos que na área da saúde os atendimentos médicos acontecem mesmo sem uma previsão legal, os referidos atendimentos passaram primeiro por uma situação de lacuna legislativa e os instrumentos foram sendo elaborados à medida em que eram necessários.

Se sabemos que a lei já nasce “velha” devido à evolução e ao dinamismo social, isso é bem claro nesse *locus* de fronteira, primeiro a necessidade faz com que as coisas aconteçam e depois o direito busca regulamentar a prática existente.

¹¹ Prefeitura municipal de Santana do Livramento. Notícias. Disponível em: http://www.sdolivramento.com.br/new/index.php?pagina=noticia_detalle_cf.php&id=3031. Acesso em: 08 out. 2015.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

É, portanto, um “direito vivente” a demonstrar que há uma vida dentro do próprio direito.¹²

Os habitantes das cidades de Santana do Livramento no Brasil e da cidade de Rivera no vizinho país do Uruguai há muitos anos vêm se adaptando a um sistema de condutas que dão amparo as duas cidades, ocorrendo uma flexibilidade que gera vários costumes, ao mesmo tempo em que se criam verdadeiras fontes de direito que valem apenas naquela região.

Tomamos por certo que o direito legislado não tem conseguido acompanhar a realidade social, especialmente nas zonas de fronteira, onde nos deparamos com realidades binacionais, isso fica mais claro, ou seja, quando o Estado fica fraco ao ponto de não mais garantir os direitos mais elementares, só compreende que o cidadão procure satisfazer por si mesmo o que na sociedade não encontra o Estado não lhe proporciona.¹³

É como se existisse uma renúncia da nossa condição do cidadão da órbita política do Estado, onde há o reconhecimento de alguns direitos, mas há uma perda substancial da cidadania e, dessa forma, fica extremamente difícil invocar direitos frente a um poder que os oculta.¹⁴ Daí que a própria fraternidade entra no jogo, fazendo com que os indivíduos busquem soluções entre os próprios.

Nesse cenário, não é tarefa simples situar as velhas categorias do Estado, Sociedade Civil e cidadania, para reconstruir as fórmulas da convivência.¹⁵

Por isso que o tempo no direito é algo que deve ser pensado em termos fronteiriços, se formos pensar no que nos diz François Ost sobre o tempo, veremos que ele tem grande valia na análise de pretendemos fazer.

Se do um lado tomamos um convívio harmonioso de mais de 190 anos, inevitável falarmos sobre costume, sobre memória, um dos quatro tempos mencionados por Ost, para quem, a memória liga ao passado o esse passado está ligado ao costume. Se o direito precisa da memória para ligar-se ao passado, vemos também que pressupõe o esquecimento, uma vez que não podemos simplesmente deixar que toda a memória faça parte do presente, mas sim, solucionarmos o que é bom para que permaneça.

Claro que nem sempre essa seleção é acertada, pois se formos pensar na Revolução Francesa, veremos que a fraternidade ficou esquecida até bem pouco tempo, enquanto a liberdade e a igualdade foram não só mantidas, como almejadas dentro do que se buscava na sociedade daquele período e hoje, vemos que a fraternidade vem sendo resgatada, pois ver o outro como outro eu, como nos diz

¹² RESTA, op. cit., p. 01.

¹³ GARCIA, Pedro de Vega. **Mundialização e direito constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual.** Constitucionalismo e Estado. Rio de Janeiro: Forense, p. 476-525, 2006.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid., loc. cit.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Sandra Martini, é condição necessária na sociedade atual, de risco, contingente e paradoxal que vivemos.

De sorte que para que o próprio direito sobreviva é necessário que esteja ligado à memória que vai privilegiar a manutenção de muitos costumes que dão sentido ao social, nascendo um sentimento de pertencimento.

Outra questão do tempo também essencial para Ost, se refere ao perdão, sem o qual a sociedade não poderá caminhar sem perdoar o que outrora experimentou ou imputou determinados comandos sociais que no tempo atual não fazem mais sentido.

Se vemos, por exemplo, a questão da escravidão no Brasil, hoje temos de buscar perdoar o sofrimento experimentado, que antigamente fez parte do cotidiano da sociedade, e que ainda hoje há um tratamento desigual, mas a sociedade está se desenvolvendo no sentido de se libertar das discriminações. Outro exemplo que podemos observar diz respeito à África e o que Nelson Mandela deixou de herança para toda sociedade, depois de passar uma vida preso, quando chegou ao poder pregou o perdão, não o esquecimento, mas o perdão à fim de África não ficasse remoendo uma história, assim como permitiu que fosse conhecida a verdade, mesmo que para isso tivesse que anistiar seus antecessores, para que o país pudesse avançar.

Perdoar, com certeza, não é esquecer, mas avaliar o que pode ser perdoado para que uma sociedade tenha futuro, por isso o perdão, na visão de Ost, desliga o passado permitindo projetar o futuro.

Também é interessante que o direito também precisa ligar-se ao futuro, por isso a promessa, a qual busca dar sentido ao futuro, diz-se que temos um futuro anterior, ou seja, estamos, atualmente, fazendo promessas que nos ligam ao futuro, como base na história que está arraigada em nós. Ou seja,

[...] tratar-se-ia de ir buscar ao passado recursos de energia para um futuro possível que aí estaria inscrito de forma embrionária: reatamos assim com a figura paradoxal de um futuro anterior.¹⁶

Futuro anterior no sentido de rememorar as orientações passadas para fundamentar o futuro, que reside em termos na memória os ensinamentos do passado que servirão de base para o amanhã.

Nesse sentido é que Livramento e Rivera podem ser analisadas, eis que há efetivamente uma integração com troca de informações de cunho extraoficial rotineira, demonstrando que o direito legislado destarte ser necessário, pode, ocasionalmente em algumas situações, atrapalhar sob vários aspectos o desenvolvimento da região.

¹⁶ OST. François. *O tempo e o direito*. Instituto Piaget, 1999. p. 86.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Não temos certezas, mas podemos ter previsões e manter viva a esperança de uma sociedade melhor até criando mecanismos que nos protejam de paixões avassaladoras ou de manipulações de líderes carismáticos.

Como exemplo, podemos ver que a CF Brasileira elegeu direitos fundamentais que não podem sequer serem objeto de deliberação na tentativa de aboli-los, chamados de cláusulas pétreas que, se por um lado podem vir a engessar a evolução da sociedade – como argumentam alguns –, por outro, nos protegem de arroubos que poderão vir a limitar tais direitos, logo, temos aí uma promessa, uma proteção de não retroceder nos avanços sociais e que cria uma segurança jurídica para tudo aquilo que conseguimos avançar com muita luta.

Por fim e não menos importante, o quarto tempo do direito mencionado por Ost, se refere ao requestionamento que nos desliga do futuro, ou seja, propõe um repensar da sociedade pós-moderna que vivemos, onde certezas não mais a caracterizam, mas sim a incerteza constante, vislumbramos que essa sociedade é uma sociedade de risco que devemos conviver com novas realidades que até então não faziam parte da pauta social.

Não há como dissociar as práticas jurídicos-sociais do tempo, pois ele é uma instituição social antes de ser cronológica, assim como o Direito se constitui num performativo que institui o sentido e o valor da vida em sociedade. Nesse sentido, mencionamos François Ost e as quatro figuras normativas e temporais que permitem a relação entre o Tempo e o Direito: a memória (que liga o passado), o perdão (que desliga o passado), a promessa (que liga o futuro) e o (re)questionamento (que desliga o futuro).¹⁷

Vivemos na era da informação, cujo excesso se traduz em desinformação, uma sociedade em rede, sempre conectada, onde tudo acontece em tempo real, não é mais possível pensar em segurança e liberdade sem que para se ter um, tenha que se abrir mão de outra, é uma equação difícil de ser solucionada como bem lembra Zigmun Baumann.

A velhas fórmulas já não atendem mais as necessidades sociais, se temos formas diferentes de lidar com a realidade, onde o conhecimento não é mais vertical e sim horizontal, temos também que aprender como avançar com realidades tão distintas.

E o que essas temporalidades tem a ver com o direito vivo? Ao nosso ver, tudo, pois o tempo que vivemos é na sociedade pós-moderna e o direito se apresenta de formas não tradicionais, embora tenhamos que ter presente a memória para nos embasar, é preciso seguir adiante, perdoar, ter em mente a esperança das promessas para pensar num futuro promissor, assim como requestionar todas as certezas para vivermos na sociedade atual, porque para avançar é preciso conhecer.

¹⁷ OST, op. cit., p.44 a 45.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Saúde é um tema que ultrapassa as fronteiras, e o desafio nesse momento é de justamente analisar os limites e as possibilidades na sociedade hodierna¹⁸, especialmente quando falamos na fronteira entre Brasil e Uruguai, especificamente nas cidades de Santana do Livramento e Rivera, dessa forma, vemos que “a sociedade contemporânea registra características assaz distintas dos períodos que a sucederam, de sorte que indica novos paradigmas sociais”¹⁹, e o direito fraterno se constitui justamente nesse novo paradigma que está sendo construído a partir das zonas transfronteiriças.

Temos que compreender que a própria eficiência com relação a proteção da pessoa humana deve levar em conta o atual momento em que vivemos, ou seja, o tempo pós-moderno, onde a sociedade é de mundo, complexa e contingente como afirma a Professora Sandra Martini, e essa sintonia contribuirá para a mudança paradigmática do Direito. Por isso, nos cabe aqui trazer as premissas do Direito Fraterno de Eligio Resta, vendo a sociedade como uma sociedade cosmopolita, sendo uma ferramenta para a realização da fraternidade, alicerçada nos direitos humanos, sendo que um desses direitos fundamentais se constitui justamente no objeto de estudo deste trabalho que é o direito à saúde.

A saúde é direito fundamental do ser humano, assim que sua importância é incontestável, não pode ter mero destaque no texto constitucional se não for efetivado de forma a realmente dar o atendimento digno que o indivíduo merece, nesse sentido,

[...]Entender o direito à saúde, na perspectiva de direito fundamental, implica luta contínua para a consolidação desse direito, como um bem comum, como aquilo que deve perpassar toda a sociedade, fundado na solidariedade, na fraternidade e no compartilhar, significa ver o outro como um outro eu.²⁰

Essa luta contínua para consolidação do direito à saúde, na área transfronteiriça, encontra ainda particularidades, além das dificuldades que já decorrem do sistema existente, na fronteira, a atenção tem aspecto binacional, como já mencionamos alhures, as campanhas de saúde se valem de reuniões binacionais que buscam a redução de danos na fronteira.

Tudo isso serve para demonstrar que o nível de integração não é apenas cultural, mas também se relaciona nas questões voltadas à saúde, onde muitas vezes os pactos existentes ora realmente contribuem para que seja efetivado a vida

¹⁸ MARTINI, 2014. op. cit., p. 19.

¹⁹ MARIN, Jeferson. **O direito à igualdade e direito à diferença: uma abordagem sistêmica a partir da diferenciação funcional e do paradoxo da unidade múltipla.** In: Temas atuais de sociologia jurídica/organização, Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 67.

²⁰ MARTINI, Sandra Regina e KÖLLING, Gabrielle. As dificuldades e os avanços do direito à saúde: um estudo da decisão do conselho regional de medicina do estado do Rio Grande do Sul x Município de Aceguá. In: Boletim da Saúde/Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul; Escola de Saúde Pública.-v. 24, n. 2, 2010- Porto Alegre: SES/ESP. Jul/Dez. 2010. p. 16.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

do direito e o direito da vida à saúde, ora dificultam, são essas as interseções possíveis que devem ser consideradas em uma zona transfronteiriça

Isso porque a própria vida cotidiana escapa a regulação jurídica, ou seja, se mesmo num panorama nacional é difícil para o direito regular toda a vida, imagina-se que numa realidade binacional, seja ainda mais difícil tendo em vista a duplicidade de legislações, assim como os tratados existentes. Essa realidade é muito bem compreendida por Eligio Resta, quando diz que:

Àquela reflexão se vinculam estas páginas que, a partir do insuprimível “excesso” da vida em respeito a todas as formas, seguem os traços da difícil “incorporação” da vida no direito. Antes que a “vida” se tornasse o campo visível da regulação jurídica, o próprio direito havia por si mesmo elaborado o paradigma do “vivente”. A cultura jurídica até cunhou a sua fórmula, que é aquela do direito vivente, que hoje vem sendo utilizada com até uma certa desenvoltura que com frequência trai seu sentido.²¹

Essa interação que acontece de forma rotineira, pacífica e que muitas vezes encontra eco nas leis e nos tratados e que, em outras, acontece à margem do direito, nos leva a pensar no pressuposto da fraternidade como cimento para solidificação do direito à saúde.

O resgate da fraternidade é de relevância nesse cenário, pois indica/resgata a solidariedade em nosso tempo, abrindo a possibilidade da transformação das bases do próprio Direito, sob uma perspectiva de inclusão social e cosmopolitismo global. Daí o eco encontrado no Direito Fraternal, que se acha aberto à evolução social, que propõe mais a amizade do que a inimizade. Porque como nos diz Raffaele De Giorgi, “[...] sobre o mundo vive o homem, o mundo é povoado de gêneros, não de individualidades particulares. O mundo é povoado de povos, Estados, Nações[...]”.²²

Concluindo, vemos que a política pública de saúde não é capaz de dar conta do acesso a esse direito básico, vislumbramos essa dificuldade, ou seja, as políticas públicas não diminuem a complexidade, pelo contrário, a incrementam. O que significa dizer que mesmo havendo previsão constitucional desse direito básico, a realidade vem mostrando que as políticas existentes não dão conta de atender de forma minimamente satisfatória a comunidade, a tão almejada efetividade não encontra suporte, uma vez que existem muitas falhas e discontinuidades.

No entanto, a evolução humana tem se direcionado no caminho de uma comunidade global, o que se dá pelo alargamento dos canais comunicativos e também da abertura das fronteiras e das singularidades que elas carregam, demonstrando a existência da fraternidade, isso também despertou no ser humano uma forma mais profunda da própria sociabilidade, sem as separações e classificações que o homem foi historicamente acostumado a fazer.

²¹ RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Bari: Laterza, 2008. p. 02.

²² DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Tradução: Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 206.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

REFERÊNCIAS

- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução: Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **El discurso y el poder (ensayo sobre la sociología de la Retórica Jurídica)**. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 26, 1991.
- GANDRA, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil** –volume 8–, 2a. ed., Ed. Saraiva 1989.
- GARCIA, Pedro de Vega. **Mundialização e direito constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual**. Constitucionalismo e Estado. Rio de Janeiro: Forense, p. 476-525, 2006.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Ed. Livraria Educação Nacional. Obras Primas de todos os tempos. S.l. 1941.
- MARIN, Jeferson. **O direito à igualdade e direito à diferença: uma abordagem sistêmica a partir da diferenciação funcional e do paradoxo da unidade múltipla**. In: Temas atuais de sociologia jurídica/organização, Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 67.
- MARTINI, Sandra Regina. **Uma análise teórica do sistema social da saúde: aproximação com o Sistema da Educação**. In: Saúde, direito e transformação social: Um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. Organizadora: Sandra Regina Martini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. **Direito à saúde e fronteiras: saúde e fraternidade como pontes para efetivação de direitos**. In: O direito à saúde na União Europeia e no MERCOSUL/ Sandra Regina Martini, Francesco Bilancia (orgs.); Alberto Navarro García ... (et al). Coleção: Direito e Transformação Social; 1). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- _____. e KÖLLING, Gabrielle. **As dificuldades e os avanços do direito à saúde: um estudo da decisão do conselho regional de medicina do estado do Rio Grande do Sul x Município de Aceguá**. In: Boletim da Saúde/Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul; Escola de Saúde Pública.-v. 24, n. 2, 2010- Porto Alegre: SES/ESP. Jul/Dez. 2010. .
- Prefeitura municipal de Santana do Livramento. Notícias. Disponível em: http://www.sdolivrimento.com.br/new/index.php?pagina=noticia_detalle_cf.php&id=3031. Acesso em: 08 out.2015.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- OST, François. **O tempo e o direito**. Instituto Piaget, 1999.
- RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Bari: Laterza, 2008.
- _____. **Filosofia do Direito**. 2014. Palestra disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w2vvc8R4BD8>. Acesso em: 07 out.2015.
- _____. **O direito fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

VADEMECUM compacto/obra colectiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8ª ed. Atual, e ampl.- São Paulo: Saraiva. 2012.

VIAL, Sandra Regina Martini. **Direito fraterno na sociedade cosmopolita**. RIPE—Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, 2006.

_____. **Direito fraterno**. In: Revista Jurídica Univates. Lajeado: Ed.Univates, 2004.

_____. **O direito fraterno: uma análise da inclusão/exclusão na sociedade hodierna**. In: Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis (Orgs.). Santa Cruz do Sul: edunisc, 2005.

SERE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Fraternidade, Objetivos Do Milênio E O Direito À Saúde No MercosulSandra Regina Martini²³Mártin Marks Szinvelski²⁴**Resumo**

Buscaremos neste artigo demonstrar como a metateoria do direito Fraternal pode ser oportuna para refletir sobre o contexto internacional e o paradoxo da efetivação dos *Objetivos do Milênio*. Iniciaremos discutindo a sociedade complexa, os pressupostos da Metateoria do Direito Fraternal e a relação destes com os Objetivos do Milênio, procurando sempre demonstrar como é possível operar no mundo atual com a fraternidade como pano de fundo. A fraternidade já mostrou suas possibilidades para a efetivação do direito à saúde, como apresentaremos nesse artigo. Entretanto, é indispensável ir além, superar barreiras e transpassar fronteiras ainda não alcançadas e superadas.

Palavras-chave: Metateoria do Direito Fraternal; Sociedade; Fraternidade; Democracia; MERCOSUL.

Introdução

"Interessa invece capire come e perchè, di quelle grandi narrazioni, la fraternità, accennata allora ma rimasta inedita e irrisolta rispetto agli altri temi dell'uguaglianza e della libertà, ritorni prepotentemente oggi, quanto più il presente impone, con le sue giacobine accelerazioni, le questioni del globale, della dipendenza di tutto da tutto"²⁵.

Para refletir sobre a complexidade do mundo atual, é necessário retornar aos avanços histórico-políticos e ver como estes, justamente porque muitas vezes esquecidos, retornam hoje com novos significados e significantes. Entender a

²³Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Atualmente é professora titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno. É pesquisadora gaúcha FAPERGS e pesquisadora produtividade CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em sociologia jurídica, atuando principalmente nos seguintes temas: direito sanitário, saúde pública, políticas públicas, sociologia jurídica e sociedade. Contato: srmvial@terra.com.br.

²⁴ Graduando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

²⁵RESTA, Eligio. Il diritto fraterno. Laterza, 2002, p. V

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

paradoxalidade atual através do pressuposto da “fraternidade” implica investigar, profundamente, por que ela “ficou esquecida nas masmorras da revolução francesa”, esquecimento este que não se deu por acaso. Vemos que os pressupostos liberdade e igualdade sempre foram amplamente discutidos; porém, a fraternidade ficou sempre à margem desta discussão ou quando foi analisada apresentou um viés caritativo ou de ordem não acadêmica. A proposta da Metateoria do Direito Fraterno é entender como este pressuposto da revolução iluminista pode ser implementado e analisado nos dias atuais, não pela sua presença, mas pela sua falta. Uma falta que quando se apresenta faz toda a diferença numa sociedade indiferente, como o fato ocorrido entre Santana do Livramento e Rivera, que mostraram que a fraternidade é capaz de romper barreiras e fronteiras, aproximando nações e efetivando o direito a ter direitos.

É exatamente o anacronismo da fraternidade que nos permite analisar com profundidade a complexidade social. Hoje temos várias teorias que se ocupam da complexidade social; optamos pela Metateoria do Direito Fraterno como uma possibilidade. Não deixamos de reconhecer a importância de outras teorias, ao contrário, trazemos para a reflexão uma proposta “metateórica”, a qual tem como fundamento a análise das teorias através delas próprias, em que a superação tradicional entre sujeito o objeto desaparece e a análise que se faz está vinculada ao processo de transformação social.

Este artigo tem como objetivo apresentar e discutir a Metateoria do Direito Fraterno, os objetivos do milênio e o direito à saúde no MERCOSUL. Para isso, iniciaremos discutindo a complexidade social, os fundamentos desta proposta metodológica, a vinculação dos princípios da Metateoria com os “Objetivos do Milênio” e faremos algumas reflexões conclusivas, demonstrando que a fraternidade tem um lugar e é necessária em uma sociedade complexa como a que vivemos.

No MERCOSUL, o Plano Estratégico de Ação Social (PEAS), resultado da Cúpula de Córdoba, em 2006, impõe políticas públicas que levam em conta os *Objetivos do Milênio* e a universalização dos serviços de saúde pública (eixo III)²⁶. Na área da saúde, além de buscar “articular as políticas e promover acordos regionais que garantam acesso à saúde pública na faixa de fronteira”, propõe fortalecer a articulação interinstitucional dos integrantes do MERCOSUL com vistas a qualificar o atendimento à saúde materno-infantil e à população indígena. Trata-se do reconhecimento e da internalização das proposições dos *Objetivos do Milênio* pelo grupo de Estados-membros, o que eleva a responsabilidade social do Estado na promoção de direitos e os obriga a dispensar maiores esforços na articulação e desenvolvimento de políticas públicas. Nesse sentido, é notório que um o engajamento interno e externo (MERCOSUL) na conformação de políticas em saúde, faz com que as diretrizes e os objetivos relacionados a ela (alimentação, meio-ambiente e educação) também se

²⁶BRASIL. PLANO ESTRATÉGICO DE AÇÃO SOCIAL DO MERCOSUL. Assegurar o acesso a serviços públicos de saúde integrais, de qualidade e humanizados, como um direito básico. Disponível em: < http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2810/1/DEC_67-10_PT_PEAS.pdf>. Acesso em: 06 março 2016.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

desenvolvam, eis que cada eixo acaba determinando e condicionando o outro.

Sociedade complexa

“La umanità è come l'ecologia che non è fatta soltanto di fiumi incontaminati e di aria pulita ma anche del loro contrario: l'umanità, si diceva, si può minacciare soltanto da se stessa.”²⁷

A tarefa de analisar uma sociedade altamente complexa²⁸ implica o constante desvelamento de paradoxos, e isso é a proposta e a aposta da Metateoria do Direito Fraterno. Assim, reduzir a complexidade da sociedade atual só é possível através do incremento desta mesma complexidade. Ademais, somente em sociedades complexas podemos falar e reclamar o direito a ter direitos; mais do que isso, somente nesta sociedade e através da própria sociedade conseguimos transformá-la. Ou seja, se temos hoje um processo de globalização que exclui é porque somente através dele podemos pensar em novas formas de inclusão social. A necessidade da construção de uma sociedade capaz de dar conta da sua alta complexidade, na qual a democracia é possível, implica na necessária efetivação de uma sociedade mais solidária e/ou fraterna como propõe, por exemplo, Eligio Resta. Pensar em outra sociedade só é possível através da própria sociedade.

Entretanto, o que é democracia e como se pode refletir este conceito? Democracia não é o domínio do povo sobre o povo. Não é autorreferência consubstanciada no conceito de domínio. Não é a superação do domínio, tampouco a anulação do poder pelo poder. Em uma linguagem teórica vinculada ao domínio, a democracia é a única possibilidade de expressar a autorreferência; isso poderia ser também o motivo pelo qual a palavra “democracia” tem sobrevivido. A suposição de que o povo possa governar-se assim mesmo é, não obstante, teoricamente improvável.

Direito Fraterno e os objetivos do Milênio

A fraternidade é o pressuposto iluminista menos debatido e de maior complexidade para ser efetivado, pois sua implementação depende de uma atuação propositiva dos Estados e das Organizações, já que o simples reconhecimento de direitos é insuficiente para reduzir índices de desnivelamento social e para sanar vulnerabilidades próprias da evolução social. A era tecnológica, na proporção que maximiza o bem-estar de grupos sociais - facilitando o acesso a alimentos ou o controle social das atividades estatais, por exemplo -, acaba limitando direitos das

²⁷RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 1ed. Bari: Laterza, 2002. p. 29

²⁸Muitos conceitos aqui trabalhados têm seu fundamento também na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Por isso, é importante ter presente que complexidade é também aumento das variáveis, conforme Luhmann: “Com a ajuda de modelos de complexidade (que são modelos de seletividade), os sistemas se tornam mais capacitados para processar as irritações provenientes do meio - o que proporciona a possibilidade de aproximar-se da racionalidade. Um sistema pode construir a própria complexidade e, portanto, sua irritabilidade. Ele pode inserir a distinção sistema/meio de ambas as partes, mediante ulteriores distinções e, dessa forma, ampliar suas possibilidades de observação.” LUHMANN, Niklas. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 200.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número1

populações que não conseguem utilizar a tecnologia (sejam elas biomédicas, agropecuárias, químicas ou físicas). Com efeito, do ponto de vista global, quando não compartilhadas²⁹, as tecnologias acabam por criar zonas de pobreza e de subdesenvolvimento. Esta visão é facilmente comprovada com a análise do êxito dos *Objetivos do Milênio*, mesmo que a extrema pobreza e o número de pessoas subnutridas tenham caído pela metade³⁰ de 1990 até 2010.

No MERCOSUL, a pobreza ainda é tema de preocupações e, comodito, suas implicações futuras são marcantes. Segundo estudo do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos³¹, Argentina, Chile e Uruguai possuem menos de 12% da população nacional em níveis de pobreza, ao passo que o Paraguai possui cerca de metade da sua população compreendida nos referidos indicadores, ainda que há 40 anos cresça, anualmente, 7% do Produto Interno Bruto (PIB). Dos cerca de 124 milhões de pobres na América Latina, 37 milhões residem no Brasil. A consequência natural da pobreza é a exclusão social, notadamente, a dificuldade em se exercer os direitos próprios da cidadania, do ponto de vista individual e social.

A presente conjuntura nos leva a repensar pressupostos. Com a Metateoria do Direito Fraterno, Eligio Resta propõe a reavaliação de posturas, o que implica no modo como enxergamos o Direito e a Política. Destaca o autor a noção de que o direito fraterno vincula-se a um direito jurado conjuntamente (*giurato insieme*) entre irmãos, no sentido da palavra latina *frater*. É, fundamentalmente, um acordo estabelecido entre partes iguais³², é um pacto acordado a partir de regras mínimas de convivência e o oposto do direito *paterno*, imposto por algum tipo de soberano³³.

²⁹ STEMPECK, Matt. Sharing data is a form of corporate philanthropic? Harvard Business Review. Disponível em: <<https://hbr.org/2002/12/the-competitive-advantage-of-corporate-philanthropy/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

"Humanitarian response, urban planning, and academia are just three sectors within which private data can be donated to improve the public condition. There are many more possible applications possible, but few examples to date. For companies looking to expand their corporate social responsibility initiatives, sharing data should be part of the conversation".

KIRKPATRICK, Robert. A new type of philanthropy: donating data. Harvard Business Review. Disponível em: <<https://hbr.org/2013/03/a-new-type-of-philanthropy-don/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

³⁰ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Erradicar a extrema pobreza e a fome. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ODM1.aspx>>. Acesso em 23 fev. 2016.

³¹ Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT). *Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe*. ONU-HABITAT: 2012, p.40.

³² RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 1ed. Bari: Laterza, 2002. p. 54. "[...] la sovranità si sarebbe dislocata dal centro alla periferia, dal sovrano ai singoli detentori dei diritti, decomponendosi nei suoi aspetti di arroganza e dissipandosi nei singoli luoghi della comunità; dove ognuno è sovrano non c'è bisogno di sovranità". A soberania seria deslocada do centro à periferia, do soberano aos indivíduos detentores de direitos, decompondo-se de seus aspectos de arrogância e dispersando-se em todos os lugares da comunidade; onde cada um é soberano, não há necessidade de soberania. Tradução Livre.

³³ RESTA, Eligio. In: *Globalizzazione e diritti futuri*. A cura di R. Finelli, F. Fistetti, F.R. Recchia Luciani, P. Di Vittorio. Ministero dell'Istruzione. Roma: Università e Ricerca scientifica, 2004. p.148. "*la coniunctio dei fratelli non è contro il padre, o un sovrano, un tirano, un nemico, ma è per una*

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Trata-se de uma noção que deve ser transportada para o plano de atuação dos Estados.

Para atingir o *Primeiro Objetivo do Milênio* - o combate à fome e à miséria – uma postura que leva em conta conjuramento é necessária. Os dados da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) sobre o indicador “fome”, indicam que aproximadamente 800 milhões de pessoas³⁴ vivem em condições indignas e de fome crônica. A situação é o típico exemplo de desigualdade: vemos o paradoxismo de que em algumas regiões do globo não faltam de alimentos (e às vezes sobram produtos que acabam se deteriorando em vários armazéns públicos e privados) e a realidade miserável que acomete determinados grupos populacionais. O ponto que une a necessidade de jurar conjuntamente e o combate à miséria é a necessidade de ultrapassagem da dependência que alguns países possuem em relação ao fornecimento de alimentos, tanto que o combate à fome é um dos pontos fundamentais para atingir os demais objetivos do milênio até 2030 (são os chamados P’s da Agenda 2030). Segundo recente estudo da FAO, o número de pessoas subalimentadas na América Latina e Caribe caiu de 15,3% para 6,1% (cerca de 37 milhões de pessoas). Em relação à população do país o Paraguai possui o maior índice (10,4%)³⁵, seguida do Brasil, Chile, Argentina, Uruguai e Venezuela, que possuem estimativas inferiores a 5%.

Indícios não faltam para apontar que uma das causas que levam a insuficiência de alimentos é déficit tecnológico que determinados países ou regiões do globo possuem, em especial, em zonas áridas ou com incapacidades técnicas de contornar as barreiras naturais. Quer dizer, a pobreza impossibilita qualquer transformação da realidade. Por isso, uma das propostas mais discutidas atualmente para superar as carências de distribuição de alimentos é o *quanto* e *onde* se deve investir em tecnologia. Mais do que isso, adotando-se uma postura que leva em conta a fraternidade, pactuar a distribuição tecnológica.

Robert Kirkpatrick³⁶ destaca que uma das novas formas de caridade é a doação de conhecimento e uma maior participação privada no enfrentamento de questões públicas. No Paraguai (Departamento de San Pedro) e na Argentina (Província do Chaco), os estudos comprovam que as zonas de pobreza situam-se em regiões rurais e pouco desenvolvidas tecnologicamente. Na Venezuela³⁷, os

convivenza condivisa, libera dalla sovranità e dall'inimicizia. Esso è giurato insieme, ma non è prodotto di una congiura.” Tradução livre.

³⁴ G1. Número de pessoas que passam fome no mundo cai 25% em 25 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/05/numero-de-pessoas-que-passam-fome-no-mundo-cai-25-em-25-anos.html>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

³⁵ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. The State of Food Insecurity in the World 2015. Disponível em: <<http://www.fao.org/hunger/en/>>. Acesso em 06 mar. 2016.

³⁶ KIRKPATRICK, Robert. A new type of philanthropy: donating data. Harvard Business Review. Disponível em: <<https://hbr.org/2013/03/a-new-type-of-philanthropy-don/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

³⁷ POBREZA MUNDIAL. Los estados más pobres de Venezuela. Disponível em: <<http://www.pobrezamundial.com/los-estados-mas-pobres-de-venezuela/>>. Acesso em 06 mar. 2016.

SÉRIE: ATUALIDADE DO DIREITO SANITÁRIO

Número 1

Estados de Apure, Guárico e Delta Amacuro apresentam os piores índices sociais, pois além das condições climáticas e geográficas serem desfavoráveis, não existem grandes cidades e condições de infraestrutura que favoreçam o desenvolvimento. A situação se repete nas regiões rurais do Uruguai³⁸. No Brasil, diferentemente, ainda que exista pobreza nas zonas rurais, a concentração ocorre com maior impacto nas zonas urbanas (periferias das grandes cidades). Mesmo assim, percebe-se o quanto a tecnologia não se faz presente nestas regiões, tolhendo o acesso à educação, saúde, cultura e lazer. Entretanto, como solução política, o investimento em tecnologia acaba se tornando uma possibilidade inequívoca de transformação social. Tal responsabilidade tem como sujeito não só o Estado, mas toda a comunidade, nacional ou internacional.

A assunção dos deveres por parte dos Estados e das Organizações revelam um fundamento importante para o Direito Fraterno se identifica o paradoxo da *humanidade ou desumanidade da sociedade*. Resta ressaltar que existe uma grande distância entre ser homem e ter humanidade. Esse aspecto aponta para a necessidade de uma análise antropológica dos deveres contidos na gramática dos direitos, porque os direitos humanos constituem o lugar da responsabilidade e não da delegação.

Partindo da utilização das novas tecnologias (ou novas alternativas) está claro a noção de saúde é determinada pelas condições ambientais e econômicas. Dito de outro modo, a saúde, ao mesmo tempo que é determinada por outros sistemas sociais, determinada as condições em que se desenvolverão a educação e o desenvolvimento de determinada sociedade. Nesse sentido, garantir o direito à saúde, dentro de uma perspectiva que leva em conta as condições alimentares e de salubridade, significa possibilitar o exercício da cidadania, tendo em vista que estar em determinado território não significa necessariamente gozar de todos os direitos e garantias. Se não há um autorreconhecimento da cidadania por partes dos sujeitos de direitos ou o Estado não os trata como cidadãos não há razão para afirmar que existem direitos exigíveis. Daí a importância de se afirmar as mínimas condições de desenvolvimento e subsistência, em especial quando relacionadas às condições que envolvem pobreza e saúde, pois atuando nessas áreas se cataliza a promoção de outros direitos.

Objetivos do milênio e o direito à saúde

Existe uma forte vinculação entre pobreza e precariedade em saúde. Tanto isso é verdade que as zonas de maior pobreza apresentam níveis elevados de registro de doenças endêmicas, além de uma maior taxa de mortalidade infantil, de AIDS e de contaminações sanitárias. Segundo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), além de existirem cerca de 1,2 bilhões de pessoas vivendo na extrema pobreza, “mais de 100 milhões de crianças continuam em

³⁸ Cite-se, por exemplo, as regiões de Artigas, Rivera, Cerro Largo, Tacuarembó, Durazno, Flores, Salto e Paysandú. POBREZA MUNDIAL. La pobreza rural, una deuda pendiente en Uruguay. Disponível em: < <http://www.pobrezamundial.com/la-pobreza-rural-una-deuda-pendiente-en-uruguay/>>. Acesso em 06 mar. 2016.

SÉRIE: ATUALIDADE DO DIREITO SANITÁRIO

Número 1

estado de desnutrição, enquanto 165 milhões são raquíticas³⁹. O fato é que quanto maior o nível de pobreza maior a precariedade no atendimento de saúde. Nesse sentido, do ponto de vista estatístico, os índices melhoraram: a pobreza extrema passou de 47% (1990) para 22% (2013); a taxa de mortalidade caiu 47%, entre 1990 e 2012; a mortalidade materna reduziu 45%, entre 1990 e 2010 e o número de novas infecções anuais por HIV para cada 100 pessoas de 15 a 49 anos caiu de 0,09 para 0,06 em dez anos (2001 a 2011). A partir da análise desses indicadores, percebe-se que, assim como os níveis de pobreza extrema reduziu pela metade, houve uma redução significativa (quase pela metade) dos índices que medem o êxito dos objetivos do milênio, o que indica que as condições de saúde eleitas como prioritárias acompanharam a redução da pobreza.

Nesse sentido, poderia a tecnologia reduzir a pobreza e, assim, possibilitar melhores condições de saúde? Quando se procura vincular tecnologia com saúde, certamente se vislumbra um cenário de apurada técnica científica no tratamento de doenças. Entretanto, a tecnologia da comunicação e da informação tem papel importante nesse processo. Uma pesquisa na zona rural da Índia elaborada por Simone Cecchini (Comissão Econômica para a América Latina) e por Christopher Scott (da *London School of Economics & Political Science*) indicou que as tecnologias da informação podem diminuir o custo das longas distâncias e possibilitar a prestação de razoáveis serviços de saúde ao mínimo custo⁴⁰. Trata-se, aqui, de viabilizar a comunicação especializada entre os profissionais de saúde, não apenas estipular o conhecimento da população sobre doenças. Se difundida essa prática tende a auxiliar a difusão de boas práticas.

O fato é que as mudanças em saúde e a redução da pobreza em nível global estão interconectadas e dependem da formação de *virtuous spirals*⁴¹ para transformar condições indignas de saúde em desenvolvimento (health to wealth), pois, conforme David Bloom e David Canning, "health has a *potential* impact on wealth, and wealth has a *potential* impact on health"⁴². Segundo os autores norte-americanos, diminuir os índices de mortalidade infantil e equilibrar as condições

³⁹PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Erradicar a extrema pobreza e a fome. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ODM1.aspx>>. Acesso em 23 fev. 2016.

⁴⁰CECCHINI, Simone; SCOTT, Christopher. Can Information and Communications Technology Applications Contribute to Poverty Reduction? Lessons from Rural India. "Telemedicine can diminish the cost and hardship of long distance travel for medical attention and diagnosis, and e-mail and medical list-serves can deliver at minimal cost recent medical findings to health workers lacking research and technological facilities". Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN015132.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2016. Ver também: ALVES, Sandra Mara Campos. Os sistemas de informação de saúde no Brasil e o direito à intimidade. In: Cadernos Iberoamericanos de Direito. Sanitário, Brasília, v.3, n.1, jan./jun. 2014.

⁴¹BLOOM, David E. e CANNING, David. The Health and Poverty of Nations: From Theory to Practice. *Journal of Human Development and Capabilities*, 2003, vol. 4, issue 1, p. 47-71.

⁴²BLOOM, David E. e CANNING, David. The Health and Poverty of Nations: From Theory to Practice. *Journal of Human Development and Capabilities*, 2003, vol. 4, issue 1, p. 59.

SÉRIE: ATUALIDADE DO DIREITO SANITÁRIO

Número 1

de atenção básica às crianças, são pressupostos para a proteção da força de trabalho futura e, para além disso, um importante passo na independência e no desenvolvimento de países subdesenvolvidos, que, a partir da estabilização da demografia, poderiam investir mais em educação⁴³. Esse é um importante aspecto que merece ser trabalhado pela comunidade internacional e pode ser retomado levando em conta os pressupostos elencados por Eligio Resta⁴⁴, já que a fraternidade retorna com força no atual cenário mundial, em que os demais pressupostos da revolução iluminista não conseguiram efetivar políticas públicas capazes de incluir sem excluir.

O direito fraterno propõe uma postura mais inclusiva e é decisivo quando as propostas internacionais estão voltadas à redução da pobreza e promoção da saúde. Para Blomm e Canning, "health is a critical problem for poor countries, but it is especially critical for the poorest people within these countries"⁴⁵. Conforme Resta, é necessário construir um mundo sem a preponderância de Estados e de vontades dos mais fortes, mas uma sociedade de mundo que pactua seu futuro. A superação das desigualdades que envolvem a saúde implica apreender a conviver e não apenas viver, pois, indica Resta ser humano não implica necessariamente ter humanidade. Nesse sentido, Edgar Morin, destaca um ponto que dialoga com os pressupostos da metateoria do direito fraterno:

Precisamos aprender a ser aí (dasein), no planeta. Aprender a viver, a partilhar, a comunicar, a comungar; é isso que se aprendia nas e pelas culturas fechadas. Precisamos doravante aprender a ser, viver, partilhar, comunicar e comungar enquanto humanos do planeta terra. Não mais apenas a ser uma cultura, mas a ser terrestres⁴⁶.

O ponto chave que entrelaça tanto o pensamento de Resta e Morin refere-se à necessidade de se ampliar o *nós* e ver no outro um irmão humano⁴⁷. A preocupação em reduzir os índices de qualidade em saúde e efetivar os objetivos do milênio encontra-se vinculado ao compartilhamento de informações. Para além de ajudas físicas, trata-se de uma aposta no empoderamento das comunidades

⁴³ David Bloom e David Canning fundamentam suas visões no fato de que sem a saúde as possibilidades de aprendizado são muito menores: "nutritional deficiencies, infectious diseases, disabilities, reproductive problems, injury, poisoning and substance abuse all have measurable effects on learning". BLOOM, David E. e CANNING, David. *The Health and Poverty of Nations: From Theory to Practice*. *Journal of Human Development and Capabilities*, 2003, vol. 4, issue 1, P. 60.

⁴⁴ RESTA, Eligio. In: *Globalizzazione e diritti futuri*. A cura di R. Finelli, F. Fistetti, F.R. Recchia Luciani, P. Di Vittorio. Ministero dell'Istruzione. Roma: Università e Ricerca scientifica, 2004. P. 55-56. "I diritti fondamentali, innanzitutto, accomunano: vivono di dimensioni che non possono consistere di esclusività ma di inclusività; posso godere della qualità della vita soltanto se contemporaneamente ne godono tutti gli altri, per questo soltanto i diritti fondamentali richiedono e assicurano universalismo e uguaglianza".

⁴⁵ BLOOM, David E. e CANNING, David. *The Health and Poverty of Nations: From Theory to Practice*. *Journal of Human Development and Capabilities*, 2003, vol. 4, issue 1, P. 60.

⁴⁶ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Editora Sulina. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2002. P. 177.

⁴⁷ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Editora Sulina. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2002. P. 168.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

carentes em desenvolvimento e com estruturas de atenção à saúde defasadas. Trata-se de um importante passo para transformar a realidade e humanizar as condições sociais planetárias.

A saúde é entendida internacionalmente com o completo bem-estar psico-físico-social da pessoa, é determinada por inúmeros fatores, como lazer, trabalho, meio ambiente e segurança. O fato é que sem uma atuação política internacional que “amplie o nós” essa transformação não ocorrerá. Se pensar em transformações no plano dos direitos humanos implica em reduzir a pobreza e as fomentar condições de saúde adequadas, “agir” é preciso: não com o pensamento de ajudar atuando com caridade, mas fazendo isso com base no pressuposto de que devemos ver o outro como um outro irmão, como enuncia Restá.

Foi exatamente esta aposta que fizeram os operadores do direito e da saúde na divisa entre Brasil e Uruguai em 2009, nas cidades de Rivera (Uruguai) e Santana do Livramento (Brasil). Relataremos brevemente esta experiência para demonstrar que a fraternidade pode aproximar nações, resolver problemas, ultrapassar os limites de um direito positivista, buscar um direito achado na rua e ou um direito vivo, construído a partir das necessidades de agrupamentos sociais para quem as fronteiras podem ser um local de vida, de felicidade e de ousadia.

A história desta integração transfronteiriça pode ser demarcada no ano de 2006, quando foi criado do primeiro comitê binacional de saúde. Todo este processo tem como marco o *Acuerdo de asistencia gineco-obstétrica de emergencia entre comisión de apoyo al hospital de Rivera, hospital santa casa de misericordia y secretaria de saúde de Livramento*⁴⁸. Este acordo foi estabelecido em função da greve de médicos em Santana do Livramento; a população ficou desassistida, e o hospital de referência obstétrica estava a uma distância aproximada de 150 km. Então, o prefeito e o secretário municipal de saúde buscaram uma alternativa: este acordo, que permitiu a ruptura de várias fronteiras. Assinado em 07.11.2006, prevê a atenção às gestantes brasileiras usuárias do SUS e diz:

La paciente deberá presentar toda la documentación individual y aquella que pueda acreditar y aportar datos sobre controles prenatales, exámenes previos, así como cualquier otra documentación que facilite su correcta asistencia⁴⁹.

O que podemos observar é efetivamente um pacto estabelecido na solidariedade de ambos os lados, pois, embora tenha existido uma contrapartida da Santa Casa de Santana do Livramento, o país vizinho auxiliou de modo significativo na redução da mortalidade infantil e da própria gestante e garantiu uma boa qualidade de atenção neste momento peculiar da vida da mulher. Esta situação

⁴⁸ Livramento é o outro modo como o município de Santana do Livramento é habitualmente chamado/conhecido.

⁴⁹ “A paciente deverá apresentar toda a documentação individual e aquela que possa trazer dados sobre controles pré-natais, exames prévios, assim como qualquer outra documentação que facilite sua correta assistência”. Tradução Livre.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

concreta evidenciou a possibilidade de solução conjunta de problemas das duas cidades, como acidentes de trânsito, combate ao mosquito da dengue, campanhas de prevenção da AIDS.

Novas situações fronteiriças obrigaram as autoridades brasileiras a fazer um ajuste complementar ao acordo para permissão de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios para prestação de serviços de saúde. Este acordo é originariamente de 21.08.2002, e o ajuste foi publicado em 14.12.2009. No ajuste, encontra-se a seguinte frase: “reafirmando o desejo de encontrar soluções comuns para o bem-estar e a saúde das populações dos dois países”; ou ainda “destacando a importância de consolidar soluções por meio de instrumentos jurídicos que facilitem o acesso dos cidadãos fronteiriços aos serviços de saúde, nos dois lados da fronteira”. Estas indicações permitiram os avanços nas relações entre as fronteiras. Fundada no referido acordo, a Escola de Saúde Pública – Secretaria Estadual de Saúde –, inicia, em março de 2010, o *Curso Binacional de Saúde Pública* em Santana do Livramento.

Conclusões

A sociedade atual é uma sociedade de mundo, na qual os limites tradicionais perderam significado. Por isso, é necessário encontrar novas formas de convivência neste mundo global. A fraternidade se apresenta como uma ponte de ligação entre os povos, entre os saberes, entre o desenvolvimento científico e o tecnológico. Mais do que isso, a fraternidade apresenta-se como elemento de mediação com o outro como um outro-eu. Ela é a possibilidade que temos de nos revelarmos como seres humanos, pois a fraternidade exige a presença do outro, em que nos reconhecemos, em que podemos ser livres, pois a liberdade decorre da humanidade, a qual também pressupõe a reciprocidade. Todos estes elementos foram fundamentais para que Eligio Resta apresentasse a Metateoria do Direito Fraternal.

Assim, entendemos que os pressupostos da Metateoria do Direito apresentam-se como alternativa de análise do direito atual, revelando seus limites e suas possibilidades, como um potente instrumento de transformação social e de tornar excluído em incluídos. A saúde e pobreza devem ser os alvos primordiais da atuação internacional para combater as desigualdades. Mais do que uma postura de caridade, uma atuação que leva em conta o outro como um irmão humano, pode ser um importante passo na construção da cidadania em lugares em o Estado exerce sua soberania, mas seus cidadãos não são cidadãos: não se sentem como sujeitos de direitos, nem são tratados como se fossem.

Uma atuação que leva em conta a fraternidade deve ser compreendida como uma aposta. Uma aposta no sentido de investimento não-econômico, uma aposta no sentido humano.

Referências

ALVES, Sandra Mara Campos. **Os sistemas de informação de saúde no Brasil e o direito à intimidade**. In: Cadernos Iberoamericanos de Direito. Sanitário, Brasília, v.3, n.1, jan./jun. 2014.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

BLOOM, David E. e CANNING, David. The Health and Poverty of Nations: From Theory to Practice. *Journal of Human Development and Capabilities*, 2003, vol. 4, issue 1, P. 60.

_____. The Health and Poverty of Nations: From Theory to Practice. *Journal of Human Development and Capabilities*, 2003, vol. 4, issue 1, p. 47-71.

BRASIL. PLANO ESTRATÉGICO DE AÇÃO SOCIAL DO MERCOSUL. Assegurar o acesso a serviços públicos de saúde integrais, de qualidade e humanizados, como um direito básico. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2810/1/DEC_67-10_PT_PEAS.pdf>.

CECCHINI, Simone; SCOTT, Christopher. Can Information and Communications Technology Applications Contribute to Poverty Reduction? Lessons from Rural India. "Telemedicine can diminish the cost and hardship of long distance travel for medical attention and diagnosis, and e-mail and medical list-serves can deliver at minimal cost recent medical findings to health workers lacking research and technological facilities". Disponível em:

<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN015132.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2016.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. The State of Food Insecurity in the World 2015. Disponível em: <<http://www.fao.org/hunger/en/>>. Acesso em 06 mar. 2016.

KIRKPATRICK, Robert. **A new type of philanthropy**: donating data. *Harvard Business Review*. Disponível em: <<https://hbr.org/2013/03/a-new-type-of-philanthropy-don/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

LUHMANN, Niklas. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Editora Sulina. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.

POBREZA MUNDIAL. Los estados más pobres de Venezuela. Disponível em: <<http://www.pobrezamundial.com/los-estados-mas-pobres-de-venezuela/>>. Acesso em 06 mar. 2016.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Erradicar a extrema pobreza e a fome. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ODM1.aspx>>. Acesso em 23 fev. 2016.

Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT). Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe. ONU-HABITAT: 2012, p.40.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Bari: Laterza, 2002.

_____. In: *Globalizzazione e diritti futuri*. A cura di R. Finelli, F. Fistetti, F.R. Recchia Luciani, P. Di Vittorio. Ministero dell'Istruzione. Roma: Università e Ricerca scientifica, 2004.

STEMPECK, Matt. Sharing data is a form of corporate philanthropic? *Harvard Business Review*. Disponível em: <<https://hbr.org/2002/12/the-competitive-advantage-of-corporate-philanthropy/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

El derecho al aborto: Francia en un contexto europeo heterogéneoPerrine Moulin⁵⁰**Resumen**

Existe una variedad de visión sobre el aborto en el mundo. El problema del aborto inseguro es un problema sanitario del mundo. En relación con la situación mundial, la región de Europa aparece como un grupo sin problemas sanitarios a este respecto.

A través de los desarrollos legislativos franceses, es posible ver una concepción del aborto. Existe ahora un real derecho al aborto seguro para las mujeres. Pero es posible ver que cada país de Europa tiene su propia historia y su propia concepción de este acto. Las mujeres no tienen la misma libertad de elección ni el mismo camino en el conjunto de la región europea.

Existe una necesidad de pensar la cuestión del aborto - al igual que otros problemas de salud, de manera internacional y transfronteriza.

Palabras-clave: Aborto; Francia; Derecho a la salud

Visión general del aborto en el mundo

Existe una variedad de leyes y de supervisión del aborto en el mundo. Todas las regiones del mundo tienen desigualdades en cuanto al acceso a la salud y en materia de derechos de las mujeres. El acceso y la supervisión de la interrupción del embarazo son el resultado del desarrollo jurídico del país. La cuestión es, entre otras cosas, el acceso a la salud pero también la disposición de los Estados de concederles la libertad de elección a las madres. Esto plantea una serie de interrogantes en cuanto a la ponderación entre el derecho a la vida de la madre y del niño a nacer.

Existen países donde el aborto está completamente prohibido, otros donde es únicamente posible para salvar la vida de la mujer. En algunos países este procedimiento médico se puede hacer para motivos económicos, y existen muchos países que no tienen restricción para el aborto.

El problema del aborto inseguro en el mundo: un problema sanitario

El problema del aborto inseguro sigue siendo un problema sanitario en el mundo. De hecho, según la Organización Mundial de la Salud, *“cada año, se calcula que se producen 22 millones de abortos inseguros. Casi todos los abortos inseguros*

⁵⁰Université Paris Descartes/ USP CEPEDISA.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

(98 %) se producen en países en vía de desarrollo”.⁵¹

Por 1.000 mujeres en edad de tener niños se realizan 28 abortos⁵². Casi la mitad sería en términos no médicos - por regla general, en los países endesarrollados.

Parece que esta cifra se eleva al 56% en los países emergentes, y el 6% en los países desarrollados.

Si el aborto es un tema que plantea muchos interrogantes, es sobre todo un problema de salud importante. La legalización y la supervisión del aborto por encima de todo deben permitir la medicalización y la seguridad de este acto médico.

Que el aborto es un problema de salud importante no es, sin embargo, una novedad. *“El aborto inseguro, una causa prevenible de mortalidad y morbilidad maternas, debe abordarse como parte del Objetivo de Desarrollo del Milenio relativo a la mejora de la salud materna y de otros objetivos y metas internacionales de desarrollo”*.⁵³

Parece que en los lugares donde existen menos restricciones, las complicaciones debidas a los abortos inseguros son muchos menores. La legalización y la supervisión del aborto no hacen descender las tasas de aborto pero la medicalización de este procedimiento es necesaria. Los países que aplican una legislación muy restrictiva y que penalizan este acto tienden a no proporcionar ningún tipo de supervisión médica.

El caso de Sudáfrica es un ejemplo sintomático de esto. El aborto se permite desde 1997, y esta autorización legal se tradujo en una disminución del 91% de la mortalidad relacionada con el aborto entre 1998 y 2001.

La región de Europa como un grupo

La región de Europa aparece como un grupo sin problemas sanitarios a este respecto. Según la Organización Mundial de la Salud, *“las tasas de aborto inducido son las más bajas en Europa Occidental, donde el uso de anticonceptivos modernos es elevado y el aborto legal en general está disponible a requerimiento”*.⁵⁴

Si el aborto ya no es un problema de salud importante en Europa, hasta ahora no hay ninguna posición europea sobre este tema. Es posible ver que cada país de Europa tiene su propia historia y su propia concepción de este acto particular. Y es que se trata de un acto particular ya que reúne muchas cuestiones

⁵¹ Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Segunda edición, 2012, Ginebra. p.17

⁵² La información expuesta se toman de : Guttmacher Institute para la OMS, *Facts on Induced Abortion Worldwide*, Janvier 2012.

⁵³ Resolución WHA57.12. Reproductive health: strategy to accelerate progress towards the attainment of international development goals and targets. In: Fifty-seventh World Health Assembly, Geneva, 17– 22 May 2004. Geneva, World Health Organization, 2004 (WHA57/2004/REC/1), traducción de Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Segunda edición, 2012, Ginebra.

⁵⁴ Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Segunda edición, 2012, Ginebra. p.22.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

morales, éticas y, a veces, incluso religiosas. Surge por ejemplo la delicada cuestión de la condición del niño pornacer.

A través de los desarrollos legislativos franceses, es posible ver una concepción del aborto (I). Este diseño parece ser distinto al de los demás países (II).

El derecho al aborto: Francia en un contexto europeo heterogéneo

En Francia, el aborto antes era un delito. Ahora, es un derecho fundamental de las mujeres. En Francia hay hoy en día un verdadero derecho al aborto, protegido por la ley. Es, sin embargo, el resultado de un largo camino. La evolución de la ley, que se consagró con la legalización del aborto, empezó, en parte con el movimiento feminista de los años 1950 y 1960.

En ese sentido, una etapa importante de la legalización del aborto fue el proceso de Bobigny. En este caso, la abogada Gisèle Halimi defendió a una mujer que había ayudado a su hija para abortar después de una violación. Este proceso fue muy importante y se convirtió rápidamente en un proceso político, que tuvo un impacto crucial en la concepción del aborto, y sus leyes.

La evolución francesa del derecho al aborto se puede ver a través de varias leyes importantes que ilustran una dinámica legislativa de sistematización para garantizar la efectividad de este derecho. Una primera etapa clave comenzó en 1967, cuando la ley "Neuwirth" permitió por primera vez la anticoncepción en Francia. Después, en 1975, la ley "Veil" despenalizó el aborto. Esta ley tiene el nombre de la Ministra de la Salud que defendió esta ley: Simone Veil. Ella declaró en ese momento que el aborto, sin embargo, debía ser una excepción –y no la regla- y compensar los límites de la anticoncepción. El principal objetivo de esta ley era sanitario: era quitar la morbilidad y la mortalidad asociadas al aborto ilegal.

Más recientemente, la Ley de 2001⁵⁵ también fue un paso decisivo. Esta ley amplió el tiempo legal para el aborto de 10 a 12 semanas y permitió ampliar también el acceso al aborto con medicamentos fuera de establecimientos de salud. Llama la atención que esta ley es relativa no solo al aborto sino también a la anticoncepción: debe tenerse en cuenta el hecho de que el aborto no es un problema aislado pues hace parte de un problema de salud más amplio. El aborto se debería con el tema de la educación sexual, de la anticoncepción - de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

A partir de 2013, el paquete de financiación del aborto se ha incrementado y el aborto está ahora siendo pagado 100% por el seguro de salud. Esto ayuda a evitar que los establecimientos no procedan a abortar cuando es necesario debido al costo que podría generarse.

Finalmente, la última ley realmente relevante es del 2014.⁵⁶ Esta ley es importante porque abolió la noción de angustia como requisito para abortar. La

⁵⁵ Ley francesa n°2001-588 du 4 juillet 2001.

⁵⁶ Ley francesa n°2014-873 du 4 août 2014.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

noción de 'angustia de la mujer' no se verifica en la realidad, pero el objetivo era un objetivo legal.

Habrán normalmente nuevas evoluciones con el Proyecto de Ley de Salud francés. Una de ellas debería ser la supresión del período de reflexión que es actualmente de 7 días. Se ha generado un debate importante en la sociedad francesa.

Ahora, el aborto es un derecho real para las mujeres: completamente reconocido por los textos antes de las doce semanas de gestación. Las mujeres tienen la libertad de elegir durante este período. Nada puede oponerse a la mujer que desea ejercer ese derecho antes del final de las doce semanas de embarazo. Está prohibido impedir hacerlo así como evitar que tenga las informaciones correctas.

Después de doce semanas aún todavía posible, pero por razones médicas muy estrictas. Ya no es una opción libre sino una decisión médica tomada con los médicos. Son entonces dos actos distintos. Es tanto una cuestión sanitaria como una cuestión de derecho de las mujeres.

Durante varios años existió una tendencia general hacia la mejora del acceso al aborto para las mujeres que desean interrumpir su embarazo. Esto permitió un gran progreso para la condición de la mujer. Sin embargo, esta dinámica de normalización del acto del aborto no ha terminado. Lo que es importante es que existe un derecho a la salud.

Diversos enfoques europeos

Hoy en día existe una gran variedad de leyes sobre el aborto en el mundo, y si en general se aprobó en Europa es diferente según el país y la región.

Si nos fijamos en los problemas de salud relativos a abortos inseguros y sus consecuencias, vemos que en Europa, en general – así como en la mayoría de las regiones desarrolladas - no hay mayores problemas al respecto.⁵⁷

El concepto de Europa se entiende como la región europea. No es específicamente la Europa de los derechos humanos, ni la Unión Europea, a pesar de que su inclusión es fundamental.

Las legislaciones que permiten el aborto en Europa no nacieron al mismo tiempo, o incluso para los mismos períodos. El acceso al aborto depende de las evoluciones en función del contexto histórico, político y social de cada país. No obstante, la mayoría de los países europeos han despenalizado el aborto, al menos en ciertas condiciones. Estos avances son el resultado tanto de un movimiento común como de historias específicas.

⁵⁷Por ejemplo, World Health Organization. *Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003*. Fifth edition. Geneva, 2007, & World Health Organisation. *Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*. Sixth edition, Geneva, 2011.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

Por un lado, hay excepciones a este caso general europeo. En Irlanda, se permite el aborto sólo en caso de peligro para la vida de la mujer embarazada. Así mismo, en Polonia, la ley que permite el aborto fue invalidada en 1993 debido a que la Iglesia Católica ha sostenido que este derecho violaba la protección del derecho a la vida del niño por nacer. El derecho a la vida del niño por nacer y el comienzo de la vida son un problema jurídico real sobre el aborto y no hay ninguna posición común sobre estos temas en Europa. Cada país tiene su propia historia y su propio enfoque de la cuestión del aborto.

Por otro lado, en los países donde se permite el aborto, el enfoque jurídico y las reglas no son siempre las mismas. Cabe anotar, por ejemplo, que las leyes no están codificadas en los mismos códigos: en Francia las disposiciones sobre el aborto están en el Código de la Salud Pública, mientras que en Alemania y Bélgica están codificados en el Código Penal. Esto ilustra la diferencia de enfoque que se le da a este problema jurídico.

Hay diferentes grados de elección para las mujeres en los diferentes países. Ya no hay restricciones legales en Francia a tener un aborto antes de las doce semanas. Este es un derecho consagrado en los textos. La mujer es completamente libre de hacer su elección. Del mismo modo, en Luxemburgo, Noruega, Suecia o España, parece ser una opción real consagrada en los textos —así los plazos difieren de un país al otro. Efectivamente, si en Francia, Luxemburgo y Noruega el plazo es de doce semanas de libertad de elección para la mujer, en España este plazo es de catorce semanas y en Holanda de 22 a 24 semanas.

Igualmente, en algunos países, el concepto de la angustia aún existe en los textos. En Suiza y Bélgica, por ejemplo, el concepto de la angustia sigue presente. Si no hay restricciones en la práctica, la idea general que anima el texto no es la misma.

De igual manera, algunos países permiten el aborto por razones de salud estrictas o razones socioeconómicas.

Esto demuestra que algunos países están considerando el aborto como un derecho, y otros como una excepción.

Finalmente, cabe anotar que hay tantos cursos de medicina para las mujeres como países que permiten el aborto en Europa. En algunos países hay un período de reflexión obligatoria y en otros no y el aborto también se puede practicar en establecimientos diferente según el país.

En Europa hay muchas diferencias entre las tasas de aborto de los distintos países, aunque el aborto sea generalmente legal en casi todo el continente. Un hecho que ilustra bien esto es que en Europa se encuentran a la vez la tasa mundial de aborto más alta y la más baja del mundo. En Europa occidental, la tasa de aborto es dos veces inferior a la de Europa del Este. Esta diferencia se explica a la luz de la historia de ambas regiones, que ha sido muy distinta en cuanto a la concepción del aborto. En Europa del Este, en la antigua Unión Soviética y en sus territorios asociados, el aborto era el primer medio de control de la natalidad y se le permitió aún antes de la anticoncepción. Este no fue el caso en Europa Occidental.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Se puede concluir de todo esto que así haya una cierta homogeneidad en la ausencia de prohibición absoluta del aborto en Europa, las mujeres no tienen la misma libertad de elección ni el mismo camino en el conjunto de la región europea. Esto tiene consecuencias particulares como la existencia de movimientos de migración en función de la legislación. En Francia, por ejemplo, algunas mujeres van a Holanda porque la demora es de 24 semanas.

Esto demuestra la necesidad de pensar la cuestión del aborto - al igual que otros problemas de salud, de manera internacional y transfronteriza.

El aborto es un caso especial porque plantea cuestiones morales, religiosas, éticas y políticas. Eso hace aún más imperativa la necesidad de pensar y cooperar más allá de las fronteras.

Sin embargo, la cuestión de la armonización de las legislaciones europeas es difícil y delicada porque todos los países tienen su propia historia y su propio enfoque. De ahí se desprende que las instituciones europeas no garanticen directamente este derecho.

En cuanto a la 'Europa de los derechos humanos', algunos países han sido condenados por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) pero no directamente sobre el derecho al aborto, sino sobre la efectividad del curso. La Corte se refiere a los artículos 8 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, relativos al derecho a la vida privada y familiar y a la prohibición de tratamientos inhumanos.

La cuestión de la objeción de conciencia ilustra la dificultad de la pregunta, y la libertad dada a los Estados en esta materia. La mayoría de los países europeos sugieren, de la misma manera, la posibilidad de que el profesional de la salud pueda negarse a practicar abortos en caso de que impacte su conciencia. Este derecho parece fundamental para los médicos si no interfiere con la asistencia sanitaria. Sin embargo, una proporción sustancial de objetores de conciencia puede ser un problema real.

El Consejo de Europa, en una resolución de 2010⁵⁸ afirmó tanto el derecho a la objeción de conciencia como el derecho de los pacientes a recibir un tratamiento adecuado. Esto le deja un amplio margen de apreciación a cada Estado de la Unión en la interpretación de la decisión del Consejo.

En cuanto a las instituciones de la Unión Europea, de manera general, la organización y la prestación de asistencia sanitaria es responsabilidad de los países miembros. La Unión Europea sólo se les permite hacer recomendaciones en este campo.

⁵⁸ Parliamentary Assembly, Council of Europe, *The right to conscientious objection in lawful medical care*, Resolution 1763 (2010).

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Direito à saúde e Mobilidade UrbanaJoão Luis Kleinowski Pereira⁵⁹**Resumo**

O objetivo deste artigo é discutir a relação entre Mobilidade Urbana e Direito à Saúde. O Sistema de Mobilidade Urbana é um sistema em constante mutação e aperfeiçoamento, é formado pela organização dos modos de transporte, serviços e de infraestruturas para o deslocamento de pessoas e cargas atendendo necessidades sociais, entretanto. A interação entre estes atores resulta em um sistema de capacidade poluidora altamente relevante e acaba por tocar diversos sistemas sociais, sobretudo meio ambiente e o sistema da saúde. O desafio é garantir que o sistema de mobilidade urbana torne-se sustentável e harmônico, inclusive em relação a outros sistemas ora impactados por este.

Introdução

Mobilidade urbana é balizada a partir de diversos conceitos, veremos, entretanto, que o senso comum a interpreta como o puro e simples trânsito de veículos, especialmente em grandes centros urbanos, sua ligação com a saúde e com o Direito à Saúde é o que pretendemos abordar, alguns de seus aspectos. A composição do sistema de mobilidade leva em conta o tráfego de veículos, evidentemente, inclusive veículos leves, pesados, particulares, públicos, individuais, coletivos, rodoviários inclusive o tráfego de veículos ferroviários, aéreos, navais e, claro, ciclistas e pedestres.

As reflexões que seguem estão subdivididas nos seguintes aspectos: mobilidade urbana: algumas considerações gerais, onde pretendemos demonstrar as dificuldades que existem em termos de infraestrutura e como isso pode impactar na saúde. Este impacto na saúde será tratado no ponto final do artigo.

Vamos apresentar, ainda, aspectos relativos ao sistema de mobilidade urbana e seus elementos intrínsecos e extrínsecos. Finalizando o artigo retomamos a questão do sistema da saúde. Destaca-se que neste artigo que utilizaremos alguns aspectos relativos à teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

⁵⁹Mestre em Qualidade Ambiental –transdisciplinar– Direito Ambiental - FEEVALE (capes 5); MBA em Direito da Economia e da Empresa pela FGV; Especialização em Direito do Estado pelo UNIRITTER/LAUREATTE; Graduação em Direito pela PUCRS. Professor no UNILASALLE ora lecionando Dir. Societário, Dir. Empresarial, Dir. Trabalhista e Dir. Previdenciário. Professor convidado FADERGS e UNIRITTER. Conferencista convidado Università Degli Studi G. D. Annunzio – Pescara/Itália. Advogado executivo sênior. Sólida formação construída em ambiente corporativo com atuação no contencioso judicial empresarial, arbitragem, compliance e contratos empresariais. joakopereira@gmail.com.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número1

Na conclusão identificamos a pouca produção acadêmica na área atinada ao direito à saúde e mobilidade urbana.

Considerações iniciais

Diversas realidades restaram evidenciadas ao longo do tempo, desde a construção das primeiras vias para utilização de veículos tracionados por animais até a construção de túneis, pontes e a roteirização aérea já com a finalidade de empreender eficiência e agilidade ao transporte, deixando de ser somente um simples sistema de locomoção para tornar-se um sistema de locomoção complexo e eficiente, assim, o enfrentamento principal diz respeito ao quanto eficiente é este sistema e como, no nosso caso, isto pode ter impacto tanto no direito à saúde quanto no acesso à saúde.

A infraestrutura de transportes existente parte de modelos historicamente construídos a partir de pequenas localidades, regiões, cidades, Municípios e Estados sendo que a integração entre estas ocorreu, regra geral, sem o devido planejamento, afinal, a obtenção da máxima eficiência de um sistema integrado de transportes certamente comportaria modificações em sistemas de transportes já existentes, necessitando da alocação de verbas em detrimento do atendimento de outras necessidades prementes, logo, neste cenário, alcançar a eficiência não é o único elemento relevante.

O sistema de mobilidade urbana é um sistema em constante mutação e aperfeiçoamento, seja pelas condições físicas existentes, seja pelas condições físicas necessárias em função da sociedade usuária e estes movimentos são diretamente afetados por elementos intrínsecos e extrínsecos ao próprio sistema.

O que hoje mais impacta a Mobilidade Urbana como um todo é a ideia de fluxo de veículos, fluxo este composto por uma infinita gama de veículos e, inclusive, pelo fluxo de pedestres, cada um com características específicas e, assim, com necessidades e possibilidades também específicas.

Cada um dos elementos e atores pertencentes ao sistema de mobilidade, elementos intrínsecos, justamente por se tratar de um sistema, deve interagir com o outro de maneira que todos os interesses sejam atendidos, e aqui nos deparamos com o primeiro ponto de complexidade a ser tratado.

De outro lado, mobilidade urbana igualmente nos remete a elementos não diretamente pertencentes ao sistema de mobilidade urbana, elementos extrínsecos, tocados pelo mesmo sistema, entretanto, com equivalente grau de importância, tais como: impacto ambiental decorrente da poluição emitida pelos veículos, impactos na área da saúde em razão de doenças causadas pela poluição química, sonora e visual e mesmo os impactos econômicos diversos decorrentes da maior ou menor eficiência do sistema de mobilidade urbana de cada região do país e do mundo, e aqui nos deparamos com o segundo ponto de complexidade a ser tratado.

Tanto os elementos intrínsecos quanto os elementos extrínsecos do sistema de mobilidade urbana devem, sem margem de dúvida, coexistirem, e mais, de forma

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

harmoniosa. Atender eficientemente um desses elementos em detrimento de outro afasta a premissa da sustentabilidade, elemento essencial ao alcance de um sistema de mobilidade urbana sustentável e, por via de consequência, a satisfação do direito à saúde consubstanciado na Constituição Federal.

O sistema de mobilidade urbana

Inicialmente, cumpre considerar que o conceito de sistema aplicado tem base na Política nacional de mobilidade urbana; objetiva designar tudo o que envolve mobilidade urbana. Parte da ideia de organização, ou seja, um conjunto de elementos funcionais independentes que interagem entre si formando um todo com a finalidade de alcançar determinado objetivo. Conceito diverso do que complexamente define os sistemas sociais de Niklas Luhmann, como por exemplo o que será utilizado na última parte do trabalho quando tratamos da saúde.

Grandes centros urbanos tem o sistema de mobilidade urbana como um dos sistemas mais representativos, já que ocupam relevante espaço geográfico e detêm fundamental utilidade econômica, social e também sanitária, seja no aspecto estrito de saúde seja no aspecto estrito de mobilidade, tomando-se por exemplo o ágil tráfego de ambulâncias nas cidades para o atendimento do que lhe é peculiar.

O desenvolvimento regional depende da locomoção e transporte de pessoas e coisas e esta dependência cresce exponencialmente, afinal, quanto maior a população, maior sua capacidade de produção e, consequentemente, maiores as suas necessidades. Pensar num sistema de mobilidade sem considerar a peculiaridade de cada um de seus componentes e impactos é desqualificar o sistema como um todo e desconsiderar as necessidades de saúde da população.

Note-se, exemplificativamente, que uma malha viária rápida e segura construída em local sem a respectiva demanda é inútil, assim como permitir o trânsito de qualquer tipo de veículo em qualquer malha viária lenta e insegura construída em um grande centro urbano é igualmente inútil e, sobremaneira, nocivo à saúde pública.

O sistema de mobilidade urbana, a partir da interação entre seus elementos intrínsecos e extrínsecos impacta e é impactado por diversos outros sistemas, sejam eles econômicos, da saúde e, inclusive, operacionais. Todos estes direitos estão constitucionalizados, porém é oportuno ressaltar as observações de Martini a respeito da constitucionalização do Direito à Saúde, vejamos:

A constitucionalização do direito à saúde foi uma tentativa de reduzir a complexidade, porquê, na medida em que se positivava um direito, em tese, atende-se à demanda social de redução da complexidade, mas ao positivá-lo, tem-se a complexidade aumentada, pois, a partir disso, teremos um leque de ações que se constituem obrigação para o Estado, e cria-se uma série de direitos advindos desse. Com a positivação do direito à saúde, assim como de qualquer outro direito, precisamos construir uma estrutura capaz de dar conta da concretização desse direito; temos, também, a possibilidade de exigí-lo judicialmente. Ou seja, torna-se mais complexo ainda. Esta análise não exclui outras possibilidades de observação, como, por exemplo, a

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

importância dos movimentos sociais ou o processo de redemocratização do país.

Elementos intrínsecos

Ao mencionarmos elementos intrínsecos do sistema de mobilidade urbana, nos referimos especificamente aos atores que compõem este sistema, ou seja, demandas sociais, demandas sanitárias, demandas econômicas setoriais, possibilidades estruturais, veículos e pedestres.

Num sistema de mobilidade urbana, devem-se levar em consideração todas as modalidades de transporte, sejam elas ferroviária, aérea, rodoviária ou marítima e isto justamente em função da necessária interação entre estas modalidades. Ora, sabe-se que o deslocamento de pessoas e cargas em grandes distâncias é melhor atendido pelo transporte aéreo, entretanto, algumas barreiras são relevantes, por exemplo: preço e capacidade de carga das aeronaves. Se o transporte aéreo, impactado por questões atinadas do setor econômico, é definido como impróprio para a realização do transporte de pessoas ou cargas, outra modalidade será, necessariamente, eleita.

O transporte na modalidade ferroviária tem como característica principal a alta capacidade de carga e custo relativamente baixo, entretanto, esta modalidade de transporte é violentamente impactada por elementos extrínsecos do sistema de mobilidade urbana, exemplificativamente, meio ambiente.

O transporte na modalidade rodoviária inicialmente caracterizada por sua condição de agilidade e baixo custo, passou a substituir as modalidades de transporte aéreo e ferroviário e permaneceu, por longo tempo, como o mais eficiente meio de transporte de pessoas e cargas, conjugando sua disponibilidade técnico-operacional, despesas e custos, acessibilidade e, principalmente, a praticidade com seus usuários.

O transporte rodoviário, ao contar com veículos de características e finalidades diversas, veículos de porte pequeno, médio e grande, pesados e leves, particulares ou públicos, individuais ou coletivos, motocicletas, bicicletas e outros, cada qual com sua característica específica, devem utilizar o sistema viário de forma harmoniosa, sem esquecer, é claro, do trânsito de pedestres.

Automôveis pequenos, privados e individuais transportam, de regra, um passageiro (ainda que comportem quatro), mas ocupam espaço equivalente ao ocupado por oito pedestres ou quatro Bicicletas. Um veículo pequeno particular, além de trafegar, deve estacionar em seu destino, ou seja, além das vias de trânsito, tornam-se necessárias as áreas de estacionamento, espaços públicos que poderiam ser destinados ao bem-estar da população.

Um ônibus, em que pese comporte cerca de cinquenta passageiros, segue percurso pré-determinado e atende a horários e condições especiais oriundas de planejamentos que levam em conta especialmente a demanda social regional. É claro que um ônibus não alcança determinados pontos geográficos, seja em razão de seu tamanho, seja em função de eventual inviabilidade econômica ou mesmo em

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

razão da poluição emitida, abrindo oportunidades para veículos de menor porte operador por concessionários de serviços públicos ou mesmo por particulares.

A bicicleta, alvo de iniciativas ambientais positivas, não emite poluição, ocupa pouco espaço, é relativamente rápida em pequenos percursos, uma boa opção, enfim. A bicicleta, de regra, comporta um ocupante, exige vestimenta de segurança, preparação física adequada e, sobretudo, necessita de local adequado para trafegar.

A bicicleta, inicialmente, teve por objetivo servir como equipamento de transporte e, ao longo do tempo, passou também à condição de equipamento de lazer e era utilizada de forma compartilhada com pedestres junto aos passeios públicos, junto às calçadas.

Com o passar do tempo, as vias de trânsito passaram a não mais atender sua finalidade, foram sobrecarregadas com a utilização de veículos automotores leves e pesados e a locomoção de pessoas passou a contar com o infortúnio da morosidade decorrente do trânsito pesado, fazendo com que o desenvolvimento dos grandes centros passasse a seduzir um número cada vez maior de pessoas a passarem a utilizar a bicicleta como meio de transporte próprio.

O que parecia ser uma solução viável ao ineficiente sistema de mobilidade urbana acabou por impactar sobremaneira o trânsito de pedestres e de veículos, gerando a necessidade de alocar esta nova modalidade de transporte para local próprio, seguro e rápido, demandando, naturalmente, espaços que, a princípio, não invadissem áreas de pedestres. As cidades, salvo raras exceções, são fruto da antiga engenharia que, dadas as circunstâncias da época em relação a quantidade de pessoas que ali circulavam e a peculiaridade dos veículos da época, o espaço público não contou com uma estrutura apta a receber o trânsito de bicicletas na magnitude em que hoje é empregado, um denso tráfego de bicicletas sem qualquer ordem, verificando-se o livre trânsito de bicicletas em vias de trânsito, passeios públicos, espaços privados, etc., ainda que recentemente tenhamos passado a contar com algumas vias específicas, as ciclovias.

A moderna engenharia tem permitido a utilização física dos passeios públicos mediante o atendimento de regramento próprio, sinalização de áreas específicas de trânsito de bicicletas, entretanto, quando tal hipótese não é possível, alternativa passa a ser a utilização de vias de trânsito de veículos, afinal o sistema de mobilidade urbana deve atender às mais diversas demandas que se apresentem, oportunizando a utilização de veículos conforme sua destinação.

A realidade de grandes centros é a de congestionamentos em quase todos os locais e isto é fruto de uma séria de circunstâncias, especialmente da falta de espaço nas vias para melhoria do fluxo de veículos e é deste espaço já reduzido que nascem as ciclovias, local próprio para o trânsito de bicicletas, mas, note-se, o nascimento de uma ciclovias retira espaço de trânsito de veículos, a questão é qual o nível de eficiência agregada por tal medida.

Este peculiar meio de transporte é equipamento de utilidade intrigante no cenário atual de mobilidade urbana. Diversos são os ciclistas que a utilizam para

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número1**

lazer, mas há os que a utilizam para, por exemplo, locomoverem-se ao trabalho mediante o enfrentamento da violência crescente do trânsito, entretanto, há os que acima de tudo desejam utilizar suas bicicletas com igual finalidade, mas não podem pelas circunstâncias de suas vidas, note-se: deixar o filho na escola, buscar o filho na escola, fazer compras, chegar no horário marcado para a reunião no trabalho, etc., e nos dias de chuva? E a reunião formal? E o filho na escola? e as compras? Está-se tratando de continuísmo, comodismo, necessidade, evolução, sustentabilidade? A bicicleta é, de fato, equipamento de utilidade intrigante no cenário atual de mobilidade.

Veículo tão representativo quanto este no sistema de mobilidade urbana, é o veículo pesado de carga, o caminhão, impulsor do progresso. O transporte de cargas, historicamente, simboliza a mais promissora porta do desenvolvimento, da circulação de riquezas e, a contrário sensu, o veículo que mais emite poluição, um verdadeiro vetor de doenças serias e causador de despesas ao sistema de saúde pública.

Cabe salientar, ainda, que o pedestre, tão importante ator do sistema de mobilidade urbana quanto os demais, é diretamente impactado, seja a partir da estruturação física e organização das vias de trânsito e dos veículos e das regras a ele inerentes, bem como, acerca da exposição da pessoa aos agentes poluidores oriundos da emissão de gases de veículos automotores.

É de se notar que o sistema de mobilidade urbana não é composto por um dois de seus atores, mas é composto por todos seus atores, essenciais, interagindo diuturnamente sob a premissa maior de que a exclusão de qualquer desses atores impactará diretamente o sistema.

Elementos extrínsecos

Interagindo com a operacionalidade e motivações do sistema de mobilidade urbana, os elementos extrínsecos tornaram-se fatores balizadores do moderno sistema de mobilidade urbana, ainda em construção.

Os elementos extrínsecos do sistema inicialmente detinham pouca importância, pois pouco afetados; foi com o crescimento populacional que tais elementos adquiriram maior relevância e passaram a serem tocados de maneira a não mais caminharem à revelia os demais.

Estamos tratando de outros sistemas, sistemas sociais que, com o crescimento da demanda por transporte, passaram a assumir papéis efetivamente relevantes, seja no enfrentamento de questões já existentes, seja no tratamento de riscos, a exemplo do sistema do direito, sistema da economia, bem como os sistemas atinados ao meio ambiente, especialmente o sistema da saúde.

O processo evolutivo da sociedade atual é permanente e não controlado no quesito preservação e sustentabilidade. A degradação do meio ambiente e seus consequentes impactos na área da saúde são relevantes e detêm efeitos também não controlados e impactantes em sistemas sociais diversos.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Um evento que ocorre do outro lado do mundo pode e influencia nossa vida cotidiana, por exemplo, a poluição emitida por veículos. Esta realidade impacta diversas regiões do país e do mundo e cada região enfrenta a questão com as medidas que lhes possíveis alcançar, entretanto, sabe-se que as consequências da poluição impactam a vida de pessoas de todo e qualquer lugar do planeta, o sistema é global, aliás, não é por outra razão que diversas são as oportunidades em que a comunidade internacional busca discutir sobre meio ambiente.

Muito embora Luhmann, não tenha trabalhado diretamente com Direito Ambiental, seus conceitos podem ser e, são utilizados por esta disciplina, que envolve vários sistemas sociais, mas os “reclamos” populares nem sempre se transformam em direito material, com observa o autor:

“...Sin embargo, en La transformación, sobre todo, en los problemas ecológicos y en la regulación del derecho ambiental, se ve lo poco que cumple la personificación con lo que exige ese contexto. Estotiene a ver con las dificultades de la atribución causal: se atribuy en las repercusiones ecológicas a acciones que están socialmente determinadas; estas acciones excluyen todo efecto esencial que se orienta por obligaciones y derechos individualmente motivados. Por eso se discute sobre el reclamo popular del interés público, sin que a el lo correspondan posiciones deslindables em el derecho material. Este ejemplo aclara em qué medida la forma de la personilización es un produto propio de la evolución del derecho y no undictado del entorno interno de La sociedad⁶⁰.

Fato é que a sociedade atual está em franca e permanente evolução, evolução caracterizada como o processo em que o controle é praticamente inexistente; cada seara avança à sua maneira, uma sucessão de eventos absorvidos pelos sistemas sociais, a exemplo da urbanização descontrolada de áreas rurais que passam a demandar acesso e transporte impactando áreas regularmente urbanizadas com baixa elasticidade operacional.

Diferente da evolução da sociedade, o desenvolvimento da sociedade está amparado numa política ou programa que pode ser controlado, ainda que não em todos os seus aspectos, mas reportando-se a diversos sistemas impactados no intuito de garantir o desenvolvimento de maneira sustentável.

Tem-se que o desenvolvimento sustentável é o caminho apto a atingir o equilíbrio esperado entre homem, meio ambiente e saúde, entretanto, parece não ser esta a realidade atual. Modernamente as decisões são tomadas sempre envoltas em atropelos e ausência de planejamentos e restrições. A grande maioria das medidas impostas à sociedade tem por objetivo atender demandas específicas, necessárias e prioritárias, desatendendo uma importante premissa, a da sustentabilidade.

⁶⁰ .”LUHMANN, Niklas. El Derecho de laSociedad. Traducción Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana: Mexico, 2002Pg355

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número1

O sistema da saúde

No Brasil, a Política Nacional de Mobilidade Urbana traça planos que anseiam mitigar impactos ambientais, mas o que se verifica é o insistente aumento de enfermidades na população e a perpetuação de um sistema de mobilidade urbana ainda ineficaz.

A organização Mundial de Saúde, em seus atos constitutivos, afirma que *“saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, não somente a ausência de doenças e enfermidades”*. A situação de equilíbrio parece determinar o que significado de saúde na sociedade, mas, em que medida e considerando quais circunstâncias sociais?

Claudia Viviana Madies elucida o alcance do termo saúde e conforta o posicionamento acerca da afetação sofrida pelo sistema da saúde em razão da operacionalidade do sistema de mobilidade urbana e da interação entre seus elementos intrínsecos e extrínsecos que o caracterizam e o determinam:

El concepto “salud” es un termino amplio, múltiple (porque permite distintas visiones Del mismo, ya sean grupales o individuales), relativo (porque dependerá de La situación, tiempo y circunstancias de quien lo aplique), complejo (porque implica multitud de factores, algunos de los cuales serán esenciales o no dependiendo Del punto de vista que se adopte), dinámico (porque ES cambiante y admite grados) y abierto (porque debe ser modificable para acogerlos cambios que La sociedad imponga a su concepción)⁶¹.

Fernando Aith refere que o paradoxo entre saúde e doença, historicamente, manteve relação com o indivíduo, a natureza e a sociedade, caracterizando saúde mediante a ausência de doença. Refere que a moderna representação de saúde traz uma concepção diferente, mais ampla do que a puramente médica e defende o conceito de harmonia entre a pessoa e seu entorno social para designar saúde⁶².

No que se relaciona à saúde pública, Aith nos lembra que saúde pública, apesar de ser expressão comum em discursos políticos e na linguagem popular, na verdade representa conceitos de maior amplitude, vejamos:

A saúde pública representa, portanto, um grande campo de atuação, multidisciplinar por natureza e cujos limites expandem-se aos mesmos limites do conceito de saúde como bem-estar físico, psíquico e social, conforme recomendado pela Organização Mundial de saúde. Tais limites se ampliam e redesenham a cada nova descoberta científica, a cada nova forma de se encarar a humanidade.

⁶¹ O Direito à saúde na União Européia e no Mercosul. Sandra Regina Martini e Francesco Bilancia (orgs). Apuntes sobre el Derecho a la Salud en La República Argentina. Claudia Viviana Madies. Porto Alegre/RS. Ed. Livraria do Advogado. 2014.

⁶² Curso de Direito Sanitário. Fernando Aith. A proteção do Direito à Saúde no Brasil. São Paulo. Quartier Latin. 2007.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número1

O sistema da saúde é um dos sistemas fortemente impactados pelo sistema de mobilidade urbana e, na medida em que este sistema altamente complexo ganha relevância e importância este passa a ser disciplinado pelo Direito Sanitário, o qual vem tomando corpo no cenário mundial.

Maria Célia Delduque assim refere:

Como um derecho directamente relacionado com La vida, el Derecho Sanitario está ganando massa crítica en todos los países del mundo y, muy apropiadamente, em America Latina. Las diferentes visiones Del derecho sanitario de los países y estudiosos de esta nueva rama de Derecho, lejos de representar una disociación de ideas, tienen La ventaja de reunir em torno de um nombre –Derecho Sanitario – los elementos que, juntos, garantizan La salud y La dignidad a su gente⁶³.

Diversos são os sistemas sociais que sobremaneira impactam o sistema da saúde e estes são trabalhados a partir de um enfoque transdisciplinar e, em função desta abrangência, todos os agentes impactantes devem ser enfrentados em grau de igualdade.

O sistema da saúde, modernamente, dentre outros, é impactado pela integralidade do sistema de mobilidade urbana, isto em decorrência do impacto ambiental inerente à toda e qualquer modalidade de transporte e da infraestrutura que a comporte.

Cada modalidade de transporte, em razão de suas características distintas, emite poluição em menor ou maior grau, mas a emite. A poluição é fato notório e relevante em qualquer parte do mundo e é combatida dia a dia, contudo, observando-se às necessidades da humanidade que consistem em verdadeiros e, por vezes, intransponíveis bloqueios à preservação integral do meio ambiente e, neste caso, na preservação da saúde humana.

O simples transitar de veículos emite todo o tipo de poluição, seja química, do ar, visual ou sonora e as consequências diretas na saúde não se resumem à geração de doenças originadas por diversos fatores com efeitos e tratamentos distintos.

O impacto na saúde pública decorrente da maior ou menor eficiência aplicada no sistema de mobilidade urbana de cada região do país e do mundo, é um dos principais pontos de complexidade a serem enfrentados, aliás, o conceito de complexidade social, baseado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, demonstra ser uma teoria privilegiada para enfrentar a questão ambiental e saúde e indicar a necessidade de uma postura inovadora na operação destes sistemas e relativizar os atritos existentes entre eles, assim como o enfrentamento dado pelo Direito Sanitário, aliás, note-se:

⁶³El Derecho desde La calle. Introduccion critica AL derecho a La salud. Maria Célia Delduque (org.) Bases Conceptuales de La salud: Del derecho a La salud AL derecho sanitario. CEAD. FUB. Brasilia. 2012.

SÉRIE: ATUALIDADE DO DIREITO SANITÁRIO

Número 1

Com a ajuda de modelos de complexidade (que são modelos de seletividade), os sistemas se tornam mais capacitados para processar as irritações provenientes do meio – o que proporciona a possibilidade de aproximar-se da racionalidade. Um sistema pode construir a própria complexidade e, portanto, sua irritabilidade.⁶⁴

Dado que o sistema de mobilidade urbana existe em razão de inarredável necessidade social, esta conta com atores de importante capacidade poluidora geradora de enfermidades e patologias diversas. O cenário é de alta complexidade. Cabe ao sistema da saúde assumir seu papel igualmente relevante na tomada de decisões que norteiam as políticas atinadas à mobilidade.

Ainda que se perceba tímida a participação do Direito Sanitário no que se relaciona à mobilidade urbana, mormente quando os elementos extrínsecos colidem com alguns dos elementos intrínsecos do sistema de mobilidade urbana, a pronta necessidade operacional do sistema, a exemplo da necessidade de expansão do sistema viário gera riscos de diversas espécies. A questão aqui é tempo; ou definem-se soluções de curto prazo ou desenham-se soluções de longo prazo.

Neste cenário, mais uma vez, o Direito Sanitário, fundamental, não pode imiscuir-se de sua responsabilidade de enfrentamento e, se for o caso, impedir ou condicionar ações de particulares ou da iniciativa privada de forma a garantir a efetivação do sagrado direito à saúde em sua ampla concepção ao invés de permitir, por omissão, a tomada de decisões não sustentáveis.

A Teoria dos Sistemas Sociais enfrenta a questão dos riscos na sociedade atual. Luhmann escreveu sobre “sociologia do risco”, mas os seguidores desta teoria, utilizam com frequência as observações sistêmicas para identificar os riscos ambientais. Risco para Luhmann está vinculado a vários outros conceitos, e o direito (assim como qualquer outro sistema social) ao prevenir riscos pode correr outros riscos, já que o direito opera com decisões e uma decisão sempre poderia ser diferente da que foi tomada, assim, um vínculo importante do risco com o direito é a questão temporal:

“...il diritto si condensa come una forma specifica del vincolo temporale, che risolve il proprio problema particolare e non considera altri problemi del vincolo temporale. Se si pretende dal diritto che si assuma dei rischi, questo può accadere soltanto di temporalizzato il giudizio sulla correttezza o meno del le decisioni. Questa è proprio esigenza típica dell’ orientamento normativo: potersapere già da subito qualia spettative potranno esse re mantenute anche in futuro⁶⁵”.

Ao tomarem-se medidas de pronto atendimento à questões urgentes, prementes, atinadas ao sistema de mobilidade urbana, afastam-se determinados

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Vozes. Petrópolis/RJ, 2010. P. 200.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. Sociologia del rischio. Bruno Mondadori, Milano, 1996. pg. 71.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

riscos ou mesmo perigos, mas acabam-se por criar outros riscos com repercussão imediata ou diferidas no tempo.

A extensão de malhas viárias, a criação de ciclovias, as restrições de trânsito de determinados tipos de veículos em determinadas regiões são medidas paliativas aplicadas para prontamente solucionar dificuldades já existentes e repetem-se ao longo do tempo, mas desconsideram os motivos pelas quais estas medidas estão sendo tomadas, geralmente são medidas tomadas com base tão somente disciplinar, sem a necessária interação com as demais disciplinas impactadas.

Germano Schwartz enfrenta o tema Direito e saúde de maneira específica ao reconhecer que a crise do sistema de saúde brasileiro não tem resposta ou solução prontas, vejamos:

Quando se reporta à saúde, há que se verificar que este é um conceito altamente subjetivo e modificável. Que este conceito depende da sua atuação/interação com os demais sistemas sociais. Por isso mesmo, a saúde deve ser analisada por uma teoria mais apta para entender sua complexidade: a teoria dos sistemas sociais⁶⁶.

Tratar do sistema de mobilidade urbana sem tratar do Estado Brasileiro enquanto Estado Democrático de Direito e sem tocar o sistema da saúde e os demais sistemas sociais impactados é concluir de forma resoluta demais, incompleta, insuficiente.

Avaliemos, exemplificativamente, o fenômeno êxodo rural. Êxodo rural, ocorrente em grandes proporções a partir da segunda metade do século XX, representa o movimento de migração de habitantes do campo, de áreas rurais, para áreas urbanas e, como a concentração de emprego e renda se dá em grandes centros, são estas áreas urbanas as que passam a ser o objetivo do migrante. Ora, o grande centro urbano conta, ainda que de maneira insuficiente, com infraestrutura para atender a sua própria demanda e, o crescimento da população local gera diversas demandas que impactam diretamente esta estrutura, inclusive e principalmente ao migrante recém chegado em busca de melhor qualidade de vida.

Ao invés de fazer prevalecer a aplicação de soluções paliativas, poder-se-ia levar em consideração a tomada de decisões atentando outras esferas, outros sistemas sociais que impactem positiva e preventivamente no sentido de simplesmente evitar o êxodo rural incentivando a manutenção da população em seus locais de origem.

A super concentração populacional urbana, apesar de contribuir de maneira determinante à ineficiência do sistema de mobilidade urbana, não tem seus efeitos restritos a este sistema, pelo contrário, impacta outros sistemas, especialmente os que tocam questões como desemprego, moradia e saúde.

⁶⁶Schwartz, Germano Andre Doederlein. O direito da Sociedade. Canoas/RS. Ed Unilasalle, 2014. P 27.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

Perceba-se que neste particular o setor industrial detém importante papel. A instalação de qualquer empreendimento leva em consideração uma série de fatores, desde localização da mão de obra até o local do empreendimento e as peculiaridades operacionais. Instalar uma indústria num grande centro urbano é sempre um grande atrativo, afinal ali se encontra facilmente mão de obra, recursos de logística, demanda e, especialmente, baixos custos operacionais, retirando dos empreendedores qualquer desejo de instalar seus empreendimentos em locais ermos, não desenvolvidos.

Do ponto de vista do empreendedor, o cenário inerente aos grandes centros urbanos é salvo raras exceções, muito favorável, e sinaliza uma sensação de continuidade, ou seja, enquanto houver espaço físico para a instalação de empreendimentos, serão as áreas urbanas os alvos da indústria.

Do ponto de vista da sociedade, ao contrário, o cenário é muito desfavorável. Na medida em que grandes centros urbanos são grandes fontes poluidoras e na medida em que a sensação de continuidade permanece existindo, permanecem as consequências das diversas formas de poluição existentes em grandes centros e o desenvolvimento de regiões remotas permanece em segundo ou terceiro planos.

Sem prejuízo da responsabilização do industrial infrator, agir preventivamente e evitar o agravamento da crise do sistema da saúde não é simplesmente responsabilizar a indústria, afinal, a indústria, como um todo, subsiste a partir da consolidação de seu objeto social, ou seja, se o papel da indústria é produzir, devem haver destinatários a esta produção e, sem qualquer sombra de dúvidas, o destinatário final é o consumidor, a pessoa física, enfim, a sociedade que cria a demanda e que, então, é atendida pela indústria.

Segundo a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, dados de 2012, a emissão de gases de veículos na região metropolitana de São Paulo responde por 95% do monóxido de carbono, 95% dos óxidos de nitrogênio e 40% das partículas inaláveis presentes na região, asseverando-se que até 2050, a poluição por material particulado e ozônio deverá ser a principal causa de morte no mundo no que se relaciona com o meio ambiente.

A poluição emitida pelos atores que compõem o sistema de mobilidade urbana gera ampla, variada e altamente impactante gama de doenças à sociedade, dentre elas: sinusite, rinite alérgica, bronquite, asma, enfisema pulmonar, conjuntivite, irritação nos olhos e nas mucosas, câncer de pulmão, doenças cardíacas, depressão, estresse, diminuição da fertilidade do homem e da performance atlética, enfim, doenças oriundas de um sistema operacional que, frise-se, serve exclusivamente para atendimento das necessidades sociais, clama por maior espaço e maior atenção, clama por medidas aptas a efetivamente redirecionar a carga negativa inerente a tão complexo sistema.

O sistema de mobilidade urbana é responsável por grande parte da poluição lançada na atmosfera, causando relevante impacto no sistema da saúde como um

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

todo e, na forma contida no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil⁶⁷, o ônus de criar e manter as medidas preventivas em saúde, tratamento e custeio, é do Estado, o mesmo responsável pela designação de políticas alusivas à mobilidade.

Conclusão

O sistema de mobilidade urbana inegavelmente toca o sistema da saúde. Trata de elemento com repercussão relativamente nova a ponto de atrair para si a atenção das linhas de enfrentamento do sistema da saúde, uma nova realidade que requer planejamento na área da prevenção, da normatização, do tratamento e do custeio das despesas criadas pela própria sociedade.

Embora haja muitos dados sobre acidentes de trânsito e os custos com os acidentados estejam sempre presentes nas estatísticas oficiais e nas manchetes oficiais, a produção na área do Direito Sanitário é exígua. Por isso utilizamos boa parte deste artigo para explicar alguns aspectos da mobilidade urbana e somente ao final apontamos uma relação mais direta com tal direito.

As peculiaridades atinadas ao sistema de mobilidade urbana nos remetem à preocupante conclusão de que o sistema de mobilidade urbana, em razão do transporte motorizado e sua organização, emite poluição química, sonora e visual e é responsável por grande parte da emissão de gases tóxicos na atmosfera causando chuva ácida, efeito estufa e proliferando doenças. O sistema de mobilidade urbana é resultado da conjugação de realidades sociais e as doenças decorrentes desta poluição atingem grande parte da população e agravam a realidade caótica do sistema de saúde do país.

Não temos dúvida que é passada a hora da academia tomar seriamente este problema como um problema de seus estudos, pois vivemos em uma sociedade interligada, ou melhor, em uma sociedade que pode ser definida como uma malha de comunicações e, nesta malha de comunicações todos os sistemas sociais tem a mesma importância. Destacamos ainda a função dos sistemas da política no sentido de tomar decisões positivamente vinculantes para que o direito à saúde seja assegurado.

Referências

- ALTH, Fernando Alth. **A proteção do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo. Quartier Latin. 2007.
- BRASIL, Constituição Federal do Brasil.
- DELDUQUE, Maria Célia. **El Derecho desde La calle. Introduccion critica AL derecho a La salud**. Maria Célia Delduque (org.) Bases Conceptuales de La salud: Del derecho a La salud AL derecho sanitario. CEAD. FUB. Brasília. 2012.

⁶⁷Constituição Federal do Brasil. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana: Mexico, 2002Pg355

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Vozes. Petrópolis/RJ, 2010.

_____. **Sociologia del rischio**. Bruno Mondadori, Milano, 1996.

MARTINI, Sandra Regina e Francesco Bilancia (orgs). **Apuntes sobre el Derecho a la Salud em La República Argentina**. Claudia Viviana Madies. Porto Alegre/RS. Ed. Livraria do Advogado. 2014.

SCHWARTZ, Germano Andre Doederlein. **O direito da Sociedade**. Canoas/RS. Ed Unilasalle, 2014. P 27.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Direito A Saude E MigraçõesFabio Marcelli⁶⁸**Resumo**

O direito à saúde se constitui num direito universal. Por isso se aplica, se dúvida, aos migrantes, qualquer que seja seu estatuto segundo o direito vigente no País de destinação. Essa conclusão se apreende da leitura e interpretação das normas mais importantes vigentes a nível internacional em matéria de direito a saúde, ou seja, o Pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e o Estatuto da Organização Mundial da saúde (OMS).

Sem embargo, a situação concreta dos migrantes ainda está longe desses objetivos. As resoluções adotadas em maio 2008 por OMS contem uma série de medidas que, se aplicadas, teriam que garantir a saúde dos migrantes. Em particular a desenvolver políticas da saúde que sejam sensíveis ao tema da migração, de garantir o acesso dos migrantes aos serviços de saúde sem discriminação, de instituir mecanismos de monitoração sobre a saúde dos migrantes, assim como mecanismos para preencher as lacunas do serviço sanitário, identificar e compartilhar as melhores práticas na matéria, elevar o nível de sensibilidade do pessoal sanitário e formá-lo a satisfazer as específicas exigências dos migrantes. Uma outra obrigação de caráter fundamental que incumbe aos Estados envolvidos no fenômeno migratório é a de cooperar entre eles sobre o tema da saúde dos migrantes. Enfim, esta resolução leva em conta um tema muito importante que transcende a temática específica da saúde dos migrantes, ou seja, o chamado déficit de profissionais sanitários que coloca em perigo a sustentabilidade do sistema sanitário, também na ótica dos objetivos do Milênio.

Lamentavelmente, muitos Estados, entre eles também os Estados europeus, que contariam mais que outros com os recursos necessários a este fim, não aplicam corretamente o direito internacional. Uma demonstração de quanto a falta de atendimento pelos Estados de suas obrigações na matéria pode produzir consequências trágicas é fornecido exatamente pela situação atual das fronteiras meridionais de Europa, onde muitos migrantes e refugiados continuam a morrer, afogados no mar ou de frio nos montes. Em particular, na Itália um informe apresentado a Comissão parlamentar sobre acolhida a migrantes, fala sem meios termos de “condições degradantes” devidas a vários fatores.

Revirando a aproximação antijurídica dos grupos e políticos racistas, é necessário afirmar que os problemas de saúde dos migrantes são problemas de todos, porque a saúde é um bem comum e global. Sô uma luta unitária para a circulação sem

⁶⁸Director de investigação en el Instituto de estudios juridicos internacionales do Conselho Nacional das Pesquisas italiano (ISGI-CNR). Intervenção a conferencia sobre direito a saude tenida en Sant'Ana do Livramento o 28 de novembere 2015.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

obstáculos das pessoas, assim como dos bens e conhecimentos necessários para proteger a saúde, pode garantir a satisfação dos direitos fundamentais das pessoas, que sejam migrantes, nesse setor tão importante para a civilização e o bem-estar.

O direito a saúde como direito universal

O direito a saúde se constitui em um direito universal. O Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais em seu artigo 12 afirma que: “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”⁶⁹.

Falando de “toda pessoa” os Estados refutam implicitamente a hipótese de reservar unicamente a seus cidadãos o direito à saúde.

Como outras partes do Pacto, sem embargo, esta disposição não é aplicada. Se é verdade que muitas pessoas não gozam do direito à saúde, isso é ainda mais verdadeiro para os migrantes.

Em muitos países os migrantes são excluídos das prestações sanitárias, sobre tudo se se trata de migrantes “irregulares”. Este ponto é muito importante porque a condição de irregularidade comporta uma discriminação que viola de forma muito manifesta o artigo 12 do Pacto.

A necessidade de evitar qualquer discriminação na proteção da saúde é afirmada com clareza e ainda maior pelo artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial: “Na presente Convenção, a expressão a «discriminação racial» visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

Sem embargo, a par desta afirmação poderia parecer fortemente debilitada por os dois parágrafos seguintes, o primeiro dos quais afirma que: “A presente Convenção não se aplica às diferenciações, exclusões, restrições ou preferências estabelecidas por um Estado Parte na Convenção entre súbditos e não súbditos seus”, enquanto que o segundo diz: “Nenhuma disposição da presente Convenção poderá ser interpretada como atentatória, por qualquer forma que seja, das

⁶⁹ O segundo paragrafo do artigo 12 adjunta: “2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

disposições legislativas dos Estados Partes na Convenção relativas à nacionalidade, à cidadania ou à naturalização, desde que essas disposições não sejam discriminatórias para uma dada nacionalidade”.

Claramente, esses artigos afirmam que não é possível interpretar a Convenção contra da discriminação racial para por em discussão o direito dos Estados de atribuir o status de cidadania. Todavia, as ditas diferenciações, exclusões, restrições ou preferências tem que ser, por sua vez compatível com el carácter universal de determinados direitos, como exatamente o da saúde.

De outra parte, o carácter universal desse direito se revela ainda mais necessário frente ao processo de globalização que implica la aceleração da movimentação das pessoas através das fronteiras, determinando novas exigências, oportunidades e perigos. Isso tem levado alguns especialistas da matéria a afirmar que “migração internacional é considerada um dos maiores desafios da Saúde Pública a nível mundial”⁷⁰.

As migrações podem, ademais, representar uma importante ocasião para universalizar o direito a saúde ou, ao contrário, para excluir sectores importantes das mesmas populações residentes nos Países mais ricos dos benefícios inerentes a la proteção da saúde. Uma resposta compatível com os princípios do direito internacional dos direitos humanos implica, de um lado, políticas públicas adequadas e adequadamente financiadas e, de outro lado, uma mais forte e mais efetiva cooperação a nível internacional.

O Estatuto da Organização Mundial da Saúde

O carácter universal do dito direito resulta reforçada da leitura de algumas disposições do Estatuto da agência internacional responsável para a promoção da saúde, a Organização Mundial da Saúde (OMS). O artigo 1º do Estatuto da OMS afirma que “objetivo da Organização Mundial da Saúde (daqui em diante denominada Organização) será a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível”.

O conceito de “povo” aqui mencionado, tem que ser interpretado como extensivo dos migrantes residentes em um determinado país, tanto regularmente que irregularmente.

Cabe ressaltar que se aplica também aos migrantes o fundamental parágrafo do preâmbulo do Estatuto de esta organização, o qual afirma que: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

O dever do Estado de assegurar este “estado de completo bem-estar físico, mental e social” tem como correspondente um direito das pessoas residentes de

⁷⁰DIAS, Sónia e GONÇALVES, Aldina (2007), “Migração e Saúde”, in DIAS, Sónia (org.), Revista Migrações - Número Temático Imigração e Saúde, Setembro 2007, n.º 1, Lisboa: ACIDI, pp. 15-26.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

qualquer maneira sobre o território do Estado. Ditos deveres e direitos são reforçados pelo princípio geral da não-discriminação. O mesmo preâmbulo do Estatuto da OMS afirma a esse respeito que “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.

A condição de migrante representa uma condição social e a fórmula “todo o ser humano” parece bastante clara para incluir também os migrantes, sejam eles, repito, regulares os irregulares. O fato de que sejam irregulares, ou se não registrados pelo Estado onde residem, não podem ceifar-lhes a qualificação de seres humanos.

Portanto, uma leitura conjunta das disposições mencionadas assegura aos migrantes o direito a saúde e elimina toda possibilidade de discriminação entre migrantes e cidadãos, não levando em conta a condição de “irregularidade” do migrante, o qual, quando se encontra no território do Estado, tem direito à saúde.

Este direito se compõe de dois elementos: direito a um ambiente, geral, laborativo ou de outro tipo, que não origine ameaças contra a saúde das pessoas que vivem nele, e o direito mais específico à assistência sanitária.

O primeiro desses elementos se refere evidentemente ao conjunto do povo, enquanto tem como correspondente o dever do Estado em assegurar determinadas características no meio ambiente que, por sua mesma natureza, não permitem nenhum tipo de distinção, ou seja, não permite a discriminação entre “nacionais” e “estrangeiros”. A parte os argumentos de caráter terminológico já analisados, se extraí que debilitando o direito a saúde dos estrangeiros se ataca o direito à saúde de todos, pensando que este direito tem caráter de bem comum, dado que, entre outras cosas, as viroses e outros agentes patogênicos circulam sem obviamente respeitar a nacionalidade, o estado de cidadania mais ou menos perfeita de suas vítimas.

Esta conclusão é tanto mais necessária, se consideramos que o direito à saúde representa uma condição para conseguir outros objetivos que a comunidade internacional acha ser de importância fundamental. Assim, por exemplo, o mesmo Estatuto da OMS afirma que “A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados”.

O caráter global, já mencionado, do direito à saúde, é confirmado para este outro, considerando do Preâmbulo do Estatuto: “Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos”.

O significado particular da tutela da saúde dos migrantes resulta de outra parte enfatizado pela evidente conexão entre diferenças no desenvolvimento de Países diferentes e migrações. A esse propósito, o Preâmbulo citado adverte que “O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum”. Cabe notar, deste ponto de vista, que admitir a possibilidade de discriminações entre cidadãos e migrantes, sejam regulares ou irregulares, em

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

quanto a proteção da saúde, consentiria de amplificar o dito “desigual desenvolvimento”, ampliando sua área operativa até o mesmo território dos Estados aparentemente mais efetivos na luta em contra das doenças e para a promoção da saúde.

O mesmo raciocínio pode-se aplicar ao tema similar da difusão dos benefícios derivantes dos conhecimentos necessários para promover a saúde. A luta contra as doenças e para promover um meio ambiente são, requer sempre mais uma cooperação efetiva a nível internacional. Qual ocasião melhor das migrações, se corretamente entendidas e gestadas, para promover tal cooperação? Lamentavelmente a realidade é muito diferente e contrária a essas aspirações, naturalmente compreensíveis.

A saúde dos migrantes como fenômeno concreto

A OMS estima a população migrante mundial como na ordem de mais ou menos um milhão de pessoas: 740mil migrantes internos e 214mil migrantes internacionais⁷¹. Eles apresentam níveis de exigência de proteção do direito à saúde diferentes, pertencendo a categorias diferentes: trabalhadores, refugiados, estudantes, os sem documentos, e outras. Cada categoria tem sua particular vulnerabilidade, alguns mais, alguns menos.

Em Maio 2008 a OMS adotou uma importante resolução sobre o tema da saúde dos migrantes. Esta resolução convida os Estados a tomar medidas em vários setores e em particular a desenvolver políticas da saúde que sejam sensíveis ao tema da migração, de garantir o acesso dos migrantes aos serviços de saúde sem discriminação, de instituir alguns mecanismos de monitoramento sobre a saúde dos migrantes, assim como mecanismos para preencher as lacunas do serviço sanitário, identificar e compartilhar as melhores práticas na matéria, elevar o nível de sensibilidade do pessoal sanitário e forma-los de forma a satisfazer as específicas exigências dos migrantes. Uma outra obrigação de caráter fundamental que incumbe aos Estados envolvidos no fenômeno migratório é da cooperação entre eles sobre o tema da saúde dos migrantes. Enfim, essa resolução leva em conta um tema muito importante que transcende a temática específica da saúde dos migrantes, ou seja, o chamado déficit de profissionais sanitários que coloca em perigo a sustentabilidade do sistema sanitário, também na ótica dos objetivos do Milênio.

A migração tem várias causas: as desigualdades das entradas entre diferentes regiões geográficas, os conflitos, os processos de deterioração ambiental⁷². Se trata de um fenômeno que sempre caracterizou as relações internacionais, mas que agora é especialmente presente devido as dinâmicas da globalização. Particularmente fortes e crescentes são os fluxos de migrantes entre

⁷¹ http://www.who.int/hac/techguidance/health_of_migrants/en/.

⁷² Ve a este proposito Projeto Mudanças Climáticas, Migrações e Saúde no Nordeste Brasileiro em <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/projetos-concluidos/migracoes-e-saude.html>.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número1

países do chamado Sul e países do chamado Norte. Depois do crolo do muro de Berlin se constroem novos muros. Em particular o da fronteira entre Estados Unidos e México, assim como o Mediterrâneo representa em si una fronteira que é muito difícil atravessar e se converte em um cemitério aonde se concentram os cadáveres de muitos e muitos migrantes e dos que buscam asilo, desafortunados.

Os crimes dos Europeus

Que direto a saúde pode-se garantir nessas condições? A primeira e urgente forma de proteger o direito à saúde passa necessariamente por as decisões dos Estados de destinação dos fluxos migratórios de acolher as pessoas que escapam de miséria, guerra e devastação ambiental. Lamentavelmente não é assim e todos os dias temos novas demonstração da ausência dessa vontade.

Uma outra consideração que se pode fazer é que, em um número crescente de casos, as migrações mesmas constituem uma forma de proteger o direito à saúde, mas podem realizar a proteção sô si os Estados respeitando suas obrigações, particularmente aquelas que veem como destinatário as pessoas que buscam refúgios para subtrair-se a perseguição ou a situações que, por várias razões, podem prejudicar a sua vida, liberdade e incolumidade física.

Uma demonstração de quanto a falta de adaptação dos Estados de suas obrigações na matéria pode produzir consequências trágicas é fornecido exatamente pela situação atual das fronteiras meridionais da Europa, onde muitos migrantes e refugiados continuam a morrer, anegados no mar ou de frio nos montes.

O tremendo crime do qual se fazem responsáveis os Estados europeus negando o socorro aos migrantes e refugiados, constituem uma negação inaceitável dos deveres previstos pelas normas internacionais e, também, dos princípios jurídicos elementares de humanidade e fraternidade.

As responsabilidades dos Italianos

A situação dos migrantes, e em particular dos que requerem asilo ao chegarem à Itália fugindo de situações desesperadas na Síria, Afeganistão, Eritrea e outros países, resulta extremamente crítica.

Os que sobrevivem a máfias e aos grupos criminais nos países que tem que atravessar, os que não perecem no mar Mediterrâneo, vem a conduzir uma existência extremamente difícil nos Centros assistido pelo Estado italiano.

Grupos racistas e políticos oportunistas e sem escrúpulos que querem lucrar uma renda eleitoral sobre o tema dos migrantes, falam sem fundamento de situações de privilégio, tentando descarregar sobre os estrangeiros a frustração crescente dos Italianos golpeados pela crise, pelo desemprego e pelo corte dos gastos sociais.

A verdade é bem diferente dessas indignas especulações e instrumentalizações. A organização não governamental: médicos sem fronteiras tem dedicado muita atenção às condições sanitárias dos Centros onde permanecem os

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

que pedem asilo, publicando vários informes. Para limitarmos ao último desses informes, dedicado a um centro particular, muito importante, o CPSA de Pozzallo no Sul da Sicília, ressalta um juízo muito negativo sobre as condições nas quais os demandantes de asilo estão obrigados a viver. Trata-se de um centro importante estrategicamente para o controle da migração, que, segundo a União europeia, teria que transformar-se em “hot spot” (ponto de acolhida e triagem dos migrantes distinguindo entre pessoas com direito a refúgio e migrantes “econômicos”).

Dito informe⁷³, apresentado à Comissão parlamentar sobre acolhida aos migrantes, fala sem meios termos de “condições degradantes” devido a vários fatores: superlotação (em vários períodos mais do máximo admissível de 220 pessoas), condições degradantes da estrutura por infiltrações de água, infestação de baratas, serviços higiênicos que não funcionam e não são mantidos, a falta de água quente, falta de tratamento da sarna da qual muitos hospitais eram afetados, bloqueio constante da porta de entrada com perigos em caso de incêndio e em outros casos, falta de kits higiênicos, limites ao direito de comunicação com o mundo externo, proibição de sair, condições de promiscuidade, falta de proteção das categorias vulneráveis (mulheres, menores, LGBT, vítimas de tortura), falta de acesso a procedimentos e informações de natureza legal.

Concluindo: O MSF volta a exprimir a própria perplexidade e dúvidas a respeito da correta funcionalidade do sistema de primeira acolhida do CPSA de Pozzallo particularmente, em função da sua própria transformação em Hotspot. Exatamente tal sistema, na sua resposta a um fenômeno migratório constante, ainda que tenha aumentado nos últimos dois anos, para utilizar uma referência ainda mais emergencial que se revela definitivamente pouco atencioso para responder de maneira substancial, estruturada e eficiente as necessidades dos beneficiários. A persistência da inadequada estrutura e a organização dos serviços no interior, incide negativamente sobre aspectos importantes como a tutela da saúde, identificação e a proteção dos vulneráveis e o respeito à dignidade humana.

Críticas muito duras e muito justificadas, especialmente tomando em conta que se trata de categorias extremadamente vulneráveis, provenientes de verdadeiros calvários de várias formas.

A solução: luta unitária por direito à saúde sem discriminações

Não é possível identificar uma solução dos problemas de saúde dos migrantes sem levar em consideração o sistema sanitário em seu conjunto. Tal sistema se encontra agora em quase todos os países em situação de crise e dificultado devido aos cortes de orçamento e as políticas neoliberal de privatização e o fim do serviço sanitário público e universal.

Revirando a aproximação antijurídica dos grupos e políticos racistas, é necessário afirmar que os problemas de saúde dos migrantes são problemas de todos, porque a saúde é um bem comum e global. Só uma luta unitária para a

⁷³ http://archivio.medicisenzafrontiere.it/pdf/Rapporto_CPI_CPSA_Pozzallo_final.pdf.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

circulação sem obstáculos das pessoas, assim como dos bens e conhecimentos necessários para proteger a saúde, pode garantir a satisfação dos direitos fundamentais das pessoas, que sejam de migrantes a indígenas, nesse setor tão importante para a civilização e o bem-estar.

Referências

- DIAS, Sónia e GONÇALVES, Aldina (2007). **Migração e Saúde**. In DIAS: Sónia (org.), Revista Migrações - Número Temático Imigração e Saúde, Setembro 2007, n.º 1, Lisboa: ACIDI, pp. 15-26.
http://www.who.int/hac/techguidance/health_of_migrants/en/.
Projeto Mudanças Climáticas, Migrações e Saúde no Nordeste Brasileiro em <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/projetos-concluidos/migracoes-e-saude.html>.
http://archivio.medicisenzafrontiere.it/pdf/Rapporto_CPI_CPSA_Pozzallo_final.pdf.

La legislación francesa sobre eutanasia en el contexto jurídico de la Unión Europea

Bruno Ramdjee⁷⁴

Resumen

El derecho del fin de la vida y la problemática de la eutanasia son responsables de muchos debates de sociedad, políticos y jurídicos en Francia. El derecho de la salud regula el papel que desarrolla el médico en ese momento tan especial de la vida de una persona humana, garantizando la protección de su dignidad hasta la muerte e incluso después. Pero esta reglamentación no se puede analizar sin tener en cuenta las mutaciones regionales del Derecho en general en Europa. Las legislaciones relacionadas con la problemática de la eutanasia tienen que evaluarse en este ámbito para pensar las evoluciones futuras del derecho de la salud.

Palabras clave: Francia ; Eutanasia ; persona humana

La humanidad no se puede entender sin considerar la relación especial que tiene frente a la muerte, única en el reino de la vida. Uno de los criterios de identificación del inicio de la humanidad desarrollado por los antropólogos es la aparición de las primeras actividades culturales, particularmente los ritos funerarios. Nos hicimos humanos con la aparición de nuestra conciencia de la muerte, y sobre todo de nuestros muertos. Esta problemática de la muerte y del fin de la vida alimentó la reflexión de los filósofos de la antigüedad. Seneca escribió «meditar la muerte es meditar la libertad; el que sabe morir, sabe no ser más esclavo».

Durante mucho tiempo, esta problemática quedó en manos de los filósofos y de las religiones. Habrá que esperar hasta el siglo V Antes de Cristo y la creación de la medicina clínica y moderna creada por Hipócrates, para que el médico se apropie progresivamente de esta problemática a través del alivio del dolor físico del paciente y el acompañamiento hacia la muerte. Una relación paternalista se instaló desde entonces entre el paciente y el médico, y el desequilibrio de la desigualdad de conocimientos entre ellos condujo a dejar estas preguntas del fin de la vida a la única apreciación de la ética individual del médico durante siglos. La filosofía de Las Luces cambió un poco esta visión, considerándola a través de la prisma de la libertad individual y de la dignidad, lo cual tiene que ver con la interrogación sobre la buena muerte, que es lo que etimológicamente significa la palabra «eutanasia». En ese momento ya se percibía el aspecto pluridisciplinar del fin de la vida, ¿pero cuándo llega el Derecho? Hasta el siglo XX, en Francia, el Derecho se queda apartado de una relación considerada como íntima y individual. Pero poco a poco la

⁷⁴Université Paris Descartes y SciencesPo Paris / USP CEPEDISA.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

deontología se instala en esta relación, con médicos sancionando algunas prácticas de sus colegas. Después llegó el Derecho, pero todavía se tendrá que esperar para que se preocupe más especialmente del acompañamiento médico de la muerte.

Otro aspecto que no se puede excluir, cuando se trata del derecho a la eutanasia y de los cuidados paliativos, es la evolución considerable de los conocimientos científicos. En estas últimas décadas, el alargamiento de la vida y las enfermedades crónicas son elementos que entran en cuenta en el debate, modificando la manera de morir, tal como el lugar de la muerte, que inicialmente era la casa y que hoy es el hospital. Además, hasta la definición misma de la muerte cambió con los avances científicos, con el descubrimiento de la muerte encefálica que tuvo consecuencias en el Derecho y la Bioética.

Será estudiada en una primera parte la legislación francesa que regula el fin de la vida y específicamente la eutanasia, y en una segunda parte la posición del Derecho europeo en relación con estos temas y las consecuencias de la ausencia de armonización de las legislaciones de los países.

La legislación francesa no reconoce un derecho a la eutanasia

Varias leyes tratan del fin de la vida en Francia: la ley de 1999 sobre los cuidados paliativos, la de 2002 sobre los derechos de los pacientes y la organización del sistema de salud, la ley Leonetti de 2005 relacionada con el fin de la vida y completada en 2016 por la que crea nuevos derechos para las personas en el fin de la vida.

No se tratará aquí de detallar la regulación de los cuidados paliativos directamente, pero no se puede tratar la problemática de la eutanasia sin mencionarlos. La legislación francesa define los cuidados paliativos como *«cuidados activos y continuos practicados por un equipo interdisciplinar en instituciones o el domicilio. Tienen el objetivo de aliviar el dolor, disminuir el sufrimiento psíquico, guardar la dignidad de la persona enferma y ayudar el entorno»*.⁷⁵

La ley del 4 de marzo de 2002 hace del paciente el actor principal del cuidado médico, y consagra su libertad individual y sus decisiones. Tiene la posibilidad de oponerse a un tratamiento o a un cuidado, y el médico tiene que darle información sobre todas las posibilidades y las consecuencias de cada uno, pero tiene que respetar su voluntad.

Pero estas dos leyes no eran suficientes para tratar todas las dificultades jurídicas relacionadas con el fin de la vida. Por eso, una nueva ley fue presentada en 2005 en el parlamento y fue adoptada unánimemente por los diputados, lo cual es excepcional y un símbolo muy fuerte del consenso nacional sobre este tema. Pero la unanimidad siempre tiene que interrogarnos: o la ley es perfecta, o se buscó un consenso perfecto, lo que significa que la ley tiene poco contenido político. Esta ley, llamada ley Leonetti, avanzó mucho sobre este tema del fin de la vida. Además de la posibilidad para el paciente de oponerse a cualquier cuidado, se prohíbe la

⁷⁵ Código de Salud Pública, Art. L.1110-10.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

obstinación desrazonable, los cuidados deben ser siempre proporcionados. Cuando parecen inútiles, desproporcionados o sin otro efecto que el mantenimiento artificial de la vida, pueden ser suspendidos o incluso no iniciados⁷⁶. En este caso el médico tiene que conservar la dignidad de la persona garantizando su calidad de vida con cuidados paliativos. La gran novedad de esta ley es la afirmación de un derecho a recibir cuidados para aliviar el dolor. El dolor tiene en todas la circunstancias que ser prevenido, evaluado, tomado en cuenta y tratado⁷⁷. Se reconoce la posibilidad de administrar un tratamiento antálgico para aliviar el dolor, aunque esta administración acelere la muerte del paciente. Pero la aceleración de la muerte tiene que ser el efecto secundario, el efecto primario que se busca tiene que ser el alivio del dolor. En este sentido no es una legalización de la eutanasia ni del suicidio asistido. La administración de una sustancia letal, aunque sea a una persona que la pida, podrá ser calificada por las jurisdicciones penales como homicidio voluntario⁷⁸ o envenenamiento⁷⁹.

Una de las mayores dificultades reside en la imposibilidad por el paciente de expresar su voluntad cuando está en un estado grave e incurable. El médico tendrá en este caso que buscar cuál era la voluntad del paciente. Para conseguirlo, la ley dispone de nuevas opciones: la primera es la posibilidad por el paciente de designar una persona de confianza. Esta persona podrá estar a cargo de ayudar al médico en la toma de decisiones y decirle cuál podría ser la voluntad de la persona. La segunda posibilidad para el paciente es redactar directivas anticipadas. Se pueden escribir libremente, en cualquier momento, pero no tienen fuerza jurídica. El médico tiene que tener en cuenta lo que está escrito en estas directivas, pero puede elegir otra opción. El tercer elemento es la opinión de la familia. Finalmente, la decisión de parar los cuidados será tomada por el médico después de haber tomado en cuenta todos estos elementos, permitiéndole buscar cuál era la voluntad del paciente⁸⁰. Esta decisión tiene que estar tomada después de un procedimiento colegiado especial, con la intervención de otro médico que no cuidó directamente al paciente y que no tenga una relación jerárquica con el médico.

Una última ley, adoptada el 27 de enero 2016, no reconoce tampoco un derecho a la eutanasia, pero dispone de un derecho a la sedación profunda y continua, cuando la pide un paciente que sufre de una afección grave e incurable. La otra novedad es la posibilidad de interrumpir la hidratación y la nutrición artificiales que ahora están consideradas como cuidados y por lo cual pueden ser considerados desrazonables. La ley también hace prevalecer la opinión de la persona de confianza sobre todas las otras opiniones, mientras que antes todas las opiniones tenían el mismo valor. La disposición más importante de esta ley es que las directivas anticipadas tienen ahora que ser redactadas según un modelo

⁷⁶ Código de Salud Pública, Art. L1111-13.

⁷⁷ Código de Salud Pública, Art. L1110-5.

⁷⁸ Código Penal, Art. L.221-1.

⁷⁹ Código Penal, Art. L.221-5.

⁸⁰ Código de Salud Pública L1111-4.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

específico y se imponen a la decisión del médico. La única excepción en la que el médico puede no respetar estas directivas es en caso de emergencia vital.

Esta primera parte muestra que la legislación francesa reglamenta el fin de la vida, pero no reconoce un derecho a la muerte con una legalización de la eutanasia activa ni del suicidio asistido. Pero con la Unión Europea, sobre todo desde el Tratado de Maastricht de 1992, también tenemos que observar lo que ocurre con las normas europeas.

Una falta de derecho europeo regulando efectivamente el fin de la vida

Francia es parte de la Unión Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tres artículos de este Convenio están directamente relacionados con el fin de la vida: el artículo 2 sobre el derecho a la vida, el 3 relacionado con la prohibición de tratamientos inhumanos y degradantes, y el 8 sobre el derecho a la vida privada. La Corte Europea de Derechos Humanos interpretó estos tres artículos en varios litigios, pero no reconoció un derecho a la muerte⁸¹, ni una obligación para los estados de ayudar a las personas que quisieran suicidarse⁸². La Corte adopta a menudo una interpretación de este tipo, dejando mucho margen de maniobra a los estados miembros del Convenio sobre estos temas, tal como la problemática de la gestación para otros, ya que las diferencias entre las legislaciones de los países son muy importantes. Por ejemplo, en Suiza y Holanda el suicidio asistido y la eutanasia están legalizados, y en Bélgica la eutanasia activa está legalizada también. Los estados miembros guardan su soberanía sobre estos temas fundamentales que tienen que ver con la visión de la sociedad de cada país. Pero esto también levanta las diferencias importantes que existen entre las sociedades y los pueblos europeos, lo cual se explica por la historia de cada país y la importancia de la religión. Por estas razones parece complicado imaginar una legislación europea única en relación con el fin de la vida.

Por otro lado, el derecho a la libre circulación de las personas⁸³ y la libre prestación de servicios⁸⁴ entre los países de la Unión Europea tiene que interrogarnos cuando tratamos el tema de la eutanasia. En Francia, algunas personas viajan hacia uno de los países en los que está autorizada para poder beneficiarse de una muerte que consideran digna. Esta situación genera desigualdades frente a la muerte, ya que el que tiene dinero o el que vive muy cerca de la frontera con uno de estos países puede beneficiarse, mientras que el que no tiene dinero no puede. Parece interesante relevar este aspecto y compararlo con la situación del desarrollo del Mercosur, y las diferencias importantes de legislación que existen en relación con estos temas bioéticos como la eutanasia o el aborto.

⁸¹ CEDH, April 29th, 2002, Pretty vs United Kingdom.

⁸² CEDH, January 20th, 2011, Haas vs Switzerland.

⁸³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 26.

⁸⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 56.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Marco jurídico normativo del sistema de salud argentinoClaudia Madies⁸⁵ y Oscar Garay⁸⁶**Resumen**

Este artículo refleja sintéticamente el contenido de la obra *Marco jurídico normativo del sistema de salud argentino, claves y oportunidades*, de los doctores Claudia Madies y Oscar Garay, quienes analizan 154 leyes, decretos-ley y decretos contenidos en el nuevo Digesto Jurídico Argentino y algunas normas sancionadas con posterioridad; e identifican errores en la categorización, falta de reglamentación y de operatividad, y presenta algunas de las conclusiones.

Palabras claves: legislación sanitaria – digesto – vacíos- fallas regulatorias

Introducción

Este artículo refleja sintéticamente el contenido de la obra *Marco jurídico normativo del sistema de salud argentino, claves y oportunidades*⁸⁷, de los doctores Claudia Madies y Oscar Garay, quienes luego de analizar 154 leyes, decretos-ley y decretos contenidos en el nuevo Digesto Jurídico Argentino y algunas normas sancionadas con posterioridad, identifican errores en la categorización, falta de reglamentación y de operatividad, para finalizar presentando sus conclusiones.

⁸⁵ Abogada (UBA), Magister en Sistemas de Salud y Seguridad Social (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), Magister en Bioética y Derechos Humanos (Universidad de Barcelona), Profesora Universitaria en Ciencias de la Salud y el Ambiente (Universidad ISALUD). Directora del Centro de Estudios e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho e integra el comité de evaluación de proyectos de tesis de la Universidad ISALUD. Fue jurista del Digesto Jurídico Argentino y Subsecretaria de Política, Regulación y Fiscalización del Ministerio de Salud de la Nación. Integra el Consejo Directivo de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Fue miembro del Directorio de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación Argentina, asesora legal en el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados de ese país, consultora en el programa Carta Compromiso con el Ciudadano, coordinando su implementación en más de 10 organismos del Estado. Es autora de numerosos artículos científicos y de varios libros vinculados al Derecho Sanitario.

⁸⁶ Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Bioética y Derechos Humanos Por la Universidad de Barcelona. Especialista en Legislación Sanitaria y Derecho Sanitario. Publicista. Autor de numerosas obras bibliográficas sobre la legislación sanitaria, la responsabilidad civil médica, el sistema de salud: público - obras sociales – medicina prepaga, ejercicio de las profesiones de la salud, los derechos de los pacientes y temas de la bioética.

⁸⁷ Madies, Claudia y Oscar, Garay. *Marco jurídico normativo del sistema de salud argentino, claves y oportunidades*. Derecho sanitario y Digesto Jurídico Argentino. 1ra Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ISALUD y Fundación OSDE. 2015

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

El análisis no pretende restarle mérito al Digesto Jurídico Argentino, caracterizado por algunos autores como el primer paso en el camino de la democratización jurídica⁸⁸ que encara el Congreso Nacional Argentino.

Este estudio sobre el marco jurídico del sistema de salud argentino fue desarrollado en tres volúmenes y tiene como fecha de corte el mes de junio del año 2014, trascendiendo un mero compendio de normas, que de por sí es inédito. Busca mapear todos los vacíos, fallas o incongruencias del marco regulatorio sectorial, a fin de facilitar su identificación y la programación de alternativas para superarlos, ofreciendo a los operadores del derecho y sectoriales la posibilidad de consultar textos legales y su análisis, pero a la vez a los decisores políticos, sociales y gerenciales brinda una excepcional herramienta que podría orientar el proceso de priorización de una futura agenda de mejora.

El Digesto Jurídico Argentino

En la Argentina se dictó recientemente el Digesto Jurídico Argentino (DJA), el cual se basó en las leyes nacionales 24.967⁸⁹ –aprobó el procedimiento de elaboración– y 26.939⁹⁰ –aprobó la versión de la colección de leyes de alcance general consolidadas y vigentes, para someterlas a observación pública, junto a un procedimiento para su aprobación definitiva (aún pendiente).

El artículo 7 de la ley 26.939 establece las distintas categorías de leyes que rigen el ordenamiento jurídico argentino, entre ellas la denominada Administrativo Salud Pública (ASA).

Dentro del DJA el equipo de investigadores de este estudio identificó 142 leyes y sus reglamentaciones, que sumadas a las doce ulteriores vinculadas a la materia salud –con sus respectivos decretos reglamentarios cuando los hubo–, totalizan 154 leyes hasta el 31 de julio de 2014, fecha de corte del estudio *Marco jurídico normativo del sistema de salud argentino, claves y oportunidades*, editado recientemente en dos volúmenes por Ediciones ISALUD y la Fundación OSDE.

Esa normativa está promoviendo un empoderamiento de derechos en especial en materia de salud, mediante un proceso en el cual las personas adquieren un mayor control sobre las decisiones y acciones que afectan a su salud (por ejemplo, a través de leyes como las de derechos de los pacientes de reproducción humana asistida y de salud mental, entre muchas otras). Pero no alcanza para la ejecutoriedad de estos derechos con las normas programáticas que los enuncian, sino que faltan normas operativas que los tornen efectivos, así como

⁸⁸ Brenna, Ramón G., El Digesto Jurídico Argentino. Primer Paso en la Democratización de la Información Jurídica, en: Digesto Jurídico Argentino, Suplemento Especial, Director: Ramón G. Brenna, AbeledoPerrot, Buenos Aires, Junio de 2014 ps. 56/58.

⁸⁹ Ley 24.967. Fíjanse los principios y el procedimiento para contar con un régimen de consolidación de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación. Sancionada: Mayo 20 de 1998. Promulgada: Junio 18 de 1998.

⁹⁰ Ley 26.939. Aprobación del Digesto Jurídico Argentino. Sancionada: Mayo 21 de 2014. Promulgada: Mayo 29 de 2014.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

la actualización de las normas que responden a otras épocas. Por eso, se impone una revisión normativa con miras a identificar oportunidades para una verdadera integración jurídica que contribuya a aportar mayor claridad y coherencia al marco jurídico argentino que regula el derecho a la salud, y que lo contextualice conforme a los valores vigentes en la sociedad argentina y a su realidad. Ese es el punto de partida de esta investigación.

La legislación sanitaria es una especie del género legislación general del Estado y regula en materia de persona humana y salud, salud pública, bioética, alimentos, medicamentos-farmacía-drogas, equipos de salud, y sector salud. El derecho a la salud es un derecho humano reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, entre los derechos sociales. En la Argentina, la legislación sanitaria es dictada, por mandato constitucional, por las veinticinco jurisdicciones del país federal (23 provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional). En la Argentina, el derecho a la salud de todo habitante es proclamado por los artículos 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional⁹¹.

Críticas al digesto

Lamentablemente la ley 24.967 que dispuso la elaboración del DJA no consideró a la legislación sanitaria como una categoría propia, aunque luego se convocó como experta en la materia a la Dra. Claudia Madies⁹² para desarrollar la materia dentro de otras ramas del derecho más convencionales. En efecto, la ley 26.939 agregó a la categoría administrativa cinco nuevas subcategorías, entre ellas la salud pública (ASA).

Por otro lado, la ley 26.939, al definir las normas ASA sobre un total de 3.353 leyes, decretos-ley y decretos de necesidad y urgencia (DNU) que consideró vigentes, el legislador erró cuando encuadró 69 leyes en el derecho administrativo como categoría de salud pública, cinco DNU y dos decretos-ley, es decir sólo 53% de las 142 normas sanitarias que se identificaron en el estudio que corresponden bajo este encuadre, omitiendo incluir una cantidad bastante similar de leyes y decretos que regulan el tema salud y en su lugar asignarlas a otras de las 31 categorías totales del derecho previstas en el DJA. Por ejemplo, la ley 17.132⁹³ de ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración fue insertada en la categoría laboral, como también la ley 23.660⁹⁴ de obras sociales fue insertada en la categoría seguridad social. Según este relevamiento, y en coincidencia con el realizado por el Ministerio de Salud de la Nación, del total de las normas consolidadas –leyes y otras– en las distintas categorías del DJA, las asignadas a la

⁹¹Constitución Nacional, 1994

⁹²Madies, C. y Garay, O., La legislación sanitaria, el digesto jurídico y el cambio de paradigmas, en Digesto Jurídico Argentino. Legislación del bicentenario, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2011, p. 119 y ss.

⁹³Ley 17.132. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. Sancionada el 24 de enero de 1967.

⁹⁴Ley 23.660. Obras sociales. Régimen de aplicación Sancionada: Diciembre 29 de 1988. Promulgada: Enero 5 de 1989

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

categoría ASA son un total de 76, las restantes normas sanitarias fueron situadas en otras categorías (66 normas). A todo esto se suman otras 12 leyes sancionadas luego de cerrado el DJA y hasta el 31 de julio de 2014, fecha de corte del estudio publicado por Ediciones ISALUD.

El digesto es una herramienta de consolidación de la normativa jurisdiccional que fue adoptada por la gran mayoría de las provincias. En 21 jurisdicciones encararon la elaboración de un digesto: 14 lo están desarrollando y 7 lo terminaron. Diez de ellas incluyeron una categoría específica para la legislación sanitaria.

Primeros hallazgos: la evolución de la legislación sanitaria a partir del DJA y leyes ulteriores

El crecimiento del derecho sanitario como rama del derecho coincidió con etapas democráticas y con la gestión de cuatro ministros de salud que dejaron su huella imborrable en defensa de la salud pública: Ramón Carrillo (1949-1954), Arturo Oñativia (1963-1966), Aldo Neri (1983-1985) y Ginés González García (2002-2007). De las 142 normas relevadas en el DJA, 106 fueron aprobadas por gobiernos democráticos y 36 dictadas por dictaduras (entre ellas la ley 17.132⁹⁵ de ejercicio de la medicina y la ley 17.818⁹⁶ de estupefacientes). Si trazamos un recorrido histórico se puede decir:

- 1) Hubo dos temas que atraviesan la legislación en gran parte del siglo XX: enfermedades y obras sociales. Algunos ejemplos del primer caso son las leyes 12.331⁹⁷ del año 1936 de profilaxis de las enfermedades venéreas y 22.964⁹⁸ del año 1983 de control de la lepra. Más recientemente aparecieron normas referidas a enfermedades no transmisibles, como la ley 26.396⁹⁹ del año 2008 de prevención y control de trastornos alimentarios. En tanto, la cuestión de las obras sociales (principio de solidaridad, universalidad e integridad) fue objeto de regulación desde la década del 40, pero la primera ley general fue la 18.610¹⁰⁰ del año 1970 (decreto de gobierno de facto). La ley 22.269¹⁰¹ del año 1980 intentó –sin éxito– terminar con el sistema. Fue

⁹⁵ Ley 17.132. Op. Cit

⁹⁶ Ley 17.818 De Estupefacientes. Promulgada el 29 de julio de 1968.

⁹⁷ Ley 12.331 De profilaxis de enfermedades venéreas en todo el territorio de la Nación. Sancionada el 17 de diciembre de 1936.

⁹⁸ Ley 22.964. Disposiciones que se aplicarán en todo el Territorio de la República a fin de controlar la endemia de lepra en el país. Sancionada el 4 de noviembre de 1983

⁹⁹ Ley 26.396 Declara de interés nacional la prevención y control de trastornos alimentarios. Publicada en el Boletín Oficial el 3 de setiembre de 2008.

¹⁰⁰ Ley 18.610. Normas de funcionamiento de las Obras Sociales. Sancionada el 23 de febrero de 1970.

¹⁰¹ Ley 22.269. Sustituye el régimen de la Ley N° 18.610 y sus modificatorias, que regulan la estructura y funcionamiento de las obras sociales.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

derogada en 1989 con la sanción de las leyes 23.660¹⁰² del año 1989 de obras sociales y 23.661¹⁰³ del año 1989 de seguro de salud.

- 2) En el período democrático 1946-1955 se institucionalizó el Ministerio de Salud y se puso énfasis en la salud pública y el desarrollo del hospital público. Luego, de 1955 a 1958 se promovió el desarme de este último.
- 3) Del período 1963-1966 fue emblemática la ley 16.463¹⁰⁴ del año 1964 de contralor de drogas y productos utilizados en salud humana, que tuvo un peso decisivo en el proceso que culminó con el derrocamiento del presidente Arturo Illia.
- 4) En el período de facto 1966-1973 se sancionaron normas relacionadas con los institutos de servicios sociales (ley 19.032¹⁰⁵ del año 1971 del INSSJyP) y con obras sociales (ley 18.610¹⁰⁶ del año 1970), con las que el poder militar intentó negociar con el sector sindical en momentos de convulsión social.
- 5) La sangrienta dictadura que gobernó entre 1976 y 1983 se caracterizó por el componente autoritario y el desconocimiento de los derechos humanos. Una ley representativa de este momento fue la 22.914 del año 1983 de internación en establecimientos psiquiátricos de personas con deficiencias mentales, toxicómanos y alcohólicos crónicos.
- 6) Entre 1984 y 1989, con el regreso de la democracia, el centro de la legislación fue recuperado por los valores democráticos. Ejemplo de esto fue la ley 23.661 de 1989 de Seguro Nacional de Salud.
- 7) En la década del 90 dominó el mercado y la desregulación del sistema de obras sociales. La normativa evolucionó hacia el reconocimiento de una solidaridad entre obras sociales para atender la expectativa de libre elección del beneficiario, aunque no está resuelta aún la elección entre obras sociales regida por las leyes 23.660 y 23.661 y las otras correspondientes a los otros poderes del Estado, por ejemplo las universidades.
- 8) Desde 2002 en adelante la persona humana es el centro de la legislación en salud. De ello son ejemplos paradigmáticos las leyes de salud sexual y reproductiva (25.673¹⁰⁷ del año 2002 del programa nacional de salud sexual y

¹⁰²Ley 23.660. Op. Cit.

¹⁰³Ley 23.661. Creación. Ámbito de aplicación. Beneficiarios. Administración del Seguro. Agentes del Seguro. Financiación. Prestaciones del Seguro. Jurisdicción, infracciones y penalidades. Participación de las Provincias. Disposiciones transitorias. Sancionada diciembre 29 de 1988. Promulgada Enero 5 de 1989.

¹⁰⁴Ley 16463. Medicamentos. Importación y exportación. Publicada en el Boletín Oficial del 08-ago-1964

¹⁰⁵Ley 19.032. Creación del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. Promulgada el 13 de mayo de 1971.

¹⁰⁶Ley 18.610. Op. Cit.

¹⁰⁷Ley 25.673. Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Sanción.- 23 de mayo de 2003. Publicación B.O.- 26 de mayo de 2003.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

procreación responsable; 26.150¹⁰⁸ del año 2006 del programa nacional de educación sexual integral; y 26.130¹⁰⁹ del año 2006 del régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica), la ley 26.529¹¹⁰ del año 2009 de derechos de los pacientes, consentimiento informado e historia clínica; o la 26.657¹¹¹ del año 2010 de derecho a la protección de la salud mental, la ley de uso de nombre genérico de los medicamentos, la ley de donante presunto modificatoria de la ley de trasplantes, entre otras.

Las fallas regulatorias en general y la revisión por categorías

La legislación sanitaria argentina está viviendo acelerados progresos, tanto a nivel nacional como a nivel de las provincias y la ciudad de Buenos Aires, al punto de integrar incluso un digesto nacional y algunos jurisdiccionales. Pero también es evidente que se mantienen situaciones de gran inequidad inter e intrajurisdiccionales.

Este estudio profundiza sobre los fallos regulatorios identificados en cada caso para cada ley que integra el DJA, pero además recurre a una mirada integral e integrada, facilitando algunas consideraciones generales sobre los vacíos o lagunas detectadas con relación al conjunto del propio marco legal consolidado.

Más allá de las categorías usadas en el DJA y siendo consecuentes con la propuesta efectuada por los autores de usar para la distribución de materias entre las voces o categorías conceptuales que más se ajustan al derecho sanitario, se puede decir que las normas analizadas en este estudio pueden clasificarse, siguiendo la propuesta que hace el propio Ministerio de Salud¹¹², de la siguiente manera: 33 refieren a la persona; 13 a bioética; 11 a medicamentos; 13 a equipos de salud y ejercicio profesional; 25 a tratados y acuerdos; 4 a homenajes y celebraciones; 6 a institutos, hospitales o academias; 9 a obras sociales o EMP; 4 a políticas institucionales; y 21 a salud pública.

Identificación de fallas y desfases regulatorios específicos

De las 154 leyes seleccionadas para este análisis, 109 textos legales no fueron reglamentados o no están operativos, once de ellos son posteriores a la aprobación del DJA. Además, en 137 de los textos se verifican vacíos, lagunas o

¹⁰⁸ Ley 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral. Sancionada: Octubre 4 de 2006. Promulgada: Octubre 23 de 2006.

¹⁰⁹ Ley 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica derecho a acceder a las prácticas de ligadura de trompas de falopio y vasectomía. Publicada en el Boletín Oficial del 29-ago-2006.

¹¹⁰ Ley 26.529. Ley de Derechos de los Pacientes. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: Octubre 21 de 2009. Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009

¹¹¹ Ley 26.657. Ley de Derecho a la protección de la salud mental. Publicada en el Boletín Oficial del 03-dic-2010.

¹¹² Ministerio de Salud. Digesto Jurídico Argentino. Legisalud. Coordinación: Dr. Oscar Garay, 8 de agosto de 2014

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO**Número 1**

falta de actualización, así como eventuales incongruencias o inconsistencias del marco legal. Ese número representa el 89% de las normas analizadas.

Las fallas regulatorias devienen en general de la falta de reglamentación de las normas programáticas que requieren su operativización. También pueden originarse en sentido contrario, por ejemplo de las leyes que ratifican acuerdos internacionales que en general son operativas y no requieren una reglamentación pero no llegan a ejecutarse. En tanto, las normas que imponen coberturas en general requieren precisiones por la vía reglamentaria y no siempre cuentan con una reglamentación. En algunos casos se puede constatar una inadecuada definición legal del ámbito de aplicación—como en el caso de la ley de farmacia que define como ámbito a todo el territorio del país, cuando en su aplicación práctica es una ley local de ejercicio profesional— o viceversa, la ley puede regular cuestiones del derecho civil, como puede ser el tema de trasplantes o sangre, y no obstante ello permite interpretar a alguna jurisdicción que requiere regulación local. También la ley puede omitir la cita de alguna autoridad de aplicación o del régimen sancionatorio, por ejemplo la ley de uso de nombre genérico de los medicamentos, que el transcurso del tiempo demostró que debió ser más específica sobre ese régimen en lo que refiere a los profesionales prescriptores.

La situación post-digesto a marzo de 2016

A marzo del presente año 2016, en el Poder Legislativo Nacional se contabilizaban después de la aprobación del Digesto Jurídico Argentino otras 19 leyes sanitarias, mayoritariamente en las Categorías: Administrativo Salud y Cultura (ASA) 8 leyes, Cultura, Ciencia y Tecnología (ACU) 7 leyes, Laboral (P) 2 leyes, Acción y Desarrollo Social (ASO) 1 ley y Seguridad social (Y) 1 ley.

En el mes de diciembre de 2015 el Digesto Jurídico Argentino contó con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, bajo el Expediente 5782-D-15¹¹³, por el cual se promueven modificaciones a los artículos 1, 4, 6, 7, 14, 17 y 18, así como la sustitución de los anexos I y II de la Ley 26.939.

Hasta tanto se apruebe la consolidación en su versión final, es fácil advertir que subsiste hoy la nomenclatura anterior de las leyes y que muy pocos ciudadanos conocen la situación existente, a la cual se suma la vigencia actual de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde mediados del año 2015, que demanda además un análisis de compatibilidad normativa, sobre la cual poco se ha difundido a la opinión pública.

Conclusión

El DJA como valiosa herramienta jurídica hizo hincapié en su construcción exclusivamente en el aspecto cuantitativo. Pero en lo cualitativo la legislación sanitaria muestra una notable descontextualización normativa y axiológica respecto a los valores filosóficos receptados en nuestra Carta Magna y en el Derecho

¹¹³ Expediente Nro 5782-D-15. Cámara de Diputados de la Nación: Modificación de la Ley 26.939 del Digesto Jurídico Argentino.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Internacional de los Derechos Humanos. La sociedad argentina ha progresado hacia una mayor democratización de los derechos. Acepta la diversidad, la diferencia y promueve la inclusión social (también en salud), superando el autoritarismo, el paternalismo, el patriarcado y el conservadurismo. La legislación sanitaria en general fue engendrada en el marco normativo cultural imperante en el siglo XX y por lo tanto se halla descolocada, en crisis frente a la nueva realidad social y cultural que expresa en estos tiempos el colectivo social del país.

Durante 2007 el Consejo Federal de Salud (COFESA), un actor clave del federalismo sanitario¹¹⁴, incipientemente debatió acerca de la necesidad de una ley federal de salud y en los años 2013 y 2014 el Congreso comenzó a discutir sobre su conveniencia. Con ese horizonte y tras la aprobación del DJA, las recomendaciones de la obra aquí comentada se inspiran en los valores vigentes en esta época, que están centrados en el respeto a los derechos personalísimos. En el mismo sentido el COFELESA (Consejo Federal de legisladores de Salud) también avanzó en debates que trataron la necesidad de ese tipo de legislación¹¹⁵.

La revisión y el análisis del DJA centrado en la legislación sanitaria, muestra todavía una débil jerarquización de la cuestión en el contexto legislativo general, desconociendo su necesaria transversalidad, versatilidad o amplitud, y destaca la necesidad de contribuir a alcanzar el bienestar en salud de la población con un marco legislativo específico: sanitario federal, armónico y equitativo, fundado en los derechos humanos y centrado en la persona para conformar una potente herramienta de democratización y equiparación de derechos.

Para considerar la integración jurídica de la legislación sanitaria, no pueden obviarse hoy las previsiones del actual Código Civil y Comercial, en mérito a que contiene normas sanitarias, ni las críticas fundadas a la sistematización alcanzada a través del Digesto Jurídico Argentino, con base en la necesidad del reconocimiento de la autonomía científica del derecho y de la legislación sanitaria. En consecuencia, es oportuno en el contexto descrito abogar por una revisión normativa con miras a identificar oportunidades para una verdadera integración jurídica que contribuya a aportar mayor claridad y coherencia al marco jurídico argentino que regula el derecho a la salud, y que lo contextualice conforme a los valores vigentes en la sociedad argentina y a su realidad.

Referencias bibliográficas

Brenna, Ramón G., El Digesto Jurídico Argentino. Primer Paso en la Democratización de la Información Jurídica, en: Digesto Jurídico Argentino, Suplemento Especial, Director: Ramón G. Brenna, AbeledoPerrot, Buenos Aires, Junio de 2014ps. 56/58.

¹¹⁴Rodrigáñez Riccheri, Pilar y Tobar Federico (2003). El COFESA como un actor clave en la construcción del federalismo sanitario Argentino. Ministerio de Salud de la Nación. En <http://www.calidadensalud.org.ar/Documentos/seminario2509/COFESA-Tobar.pdf>

¹¹⁵COFELESA: Propuestas para una Ley Federal de Salud. Intervención de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud Buenos Aires, 17 de mayo de 2013. Ver en <http://www.paho.org/arg/images/gallery/COFELESA.pdf?ua=1>

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

COFELESA: Propuestas para una Ley Federal de Salud. Intervención de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud Buenos Aires, 17 de mayo de 2013. Ver en <http://www.paho.org/arg/images/gallery/COFELESA.pdf?ua=1>

Constitución de la Nación Argentina, 1994

Expediente Nro 5782-D-15. Cámara de Diputados de la Nación: Modificación de la Ley 26.939 del Digesto Jurídico Argentino. Consultar en

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5782-D-2015>

Ley 12.331 De profilaxis de enfermedades venéreas en todo el territorio de la Nación. Sancionada el 17 de diciembre de 1936.

Ley 16463. Medicamentos. Importación y exportación. Publicada en el Boletín Oficial del 08-ago-1964

Ley 17.132. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. Sancionada el 24 de enero de 1967.

Ley 17.818 De Estupefacientes. Promulgada el 29 de julio de 1968.

Ley 18.610. Normas de funcionamiento de las Obras Sociales. Sancionada el 23 de febrero de 1970.

Ley 19.032. Creación del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. Promulgada el 13 de mayo de 1971.

Ley 22.269. Sustituye el régimen de la Ley N° 18.610 y sus modificatorias, que regulan la estructura y funcionamiento de las obras sociales.

Ley 22.964. Disposiciones que se aplicarán en todo el Territorio de la República a fin de controlar la endemia de lepra en el país. Sancionada el 4 de noviembre de 1983

Ley 23.660. Obras sociales. Régimen de aplicación Sancionada: Diciembre 29 de 1988. Promulgada: Enero 5 de 1989

Ley 23.661. Creación. Ámbito de aplicación. Beneficiarios. Administración del Seguro. Agentes del Seguro. Financiación. Prestaciones del Seguro. Jurisdicción, infracciones y penalidades. Participación de las Provincias. Disposiciones transitorias. Sancionada diciembre 29 de 1988. Promulgada Enero 5 de 1989.

Ley 24.967. Fíjanse los principios y el procedimiento para contar con un régimen de consolidación de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación. Sancionada: Mayo 20 de 1998. Promulgada: Junio 18 de 1998.

Ley 25.673. Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Sanción.- 23 de mayo de 2003. Publicación B.O.- 26 de mayo de 2003.

Ley 26.130 Régimen para la intervenciones de contracepción quirúrgica derecho a acceder a las prácticas de ligadura de trompas de falopio y vasectomía. Publicada en el Boletín Oficial del 29-ago-2006.

Ley 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral. Sancionada: Octubre 4 de 2006 Promulgada: Octubre 23 de 2006.

Ley 26.396 Declara de interés nacional la prevención y control de trastornos alimentarios. Publicada en el Boletín Oficial el 3 de setiembre de 2008.

Ley 26.529. Ley de Derechos de los Pacientes. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: Octubre 21 de 2009. Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009

Ley 26.657. Ley de Derecho a la protección de la salud mental. Publicada en el Boletín Oficial del 03-dic-2010.

Ley 26.939. Aprobación del Digesto Jurídico Argentino. Sancionada: Mayo 21 de 2014. Promulgada: Mayo 29 de 2014.

Madies, C. y Garay, O., La legislación sanitaria, el digesto jurídico y el cambio de paradigmas, en Digesto Jurídico Argentino. Legislación del bicentenario, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2011, p. 119 y ss.

SERIE: ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO

Número 1

Madies, Claudia y Oscar, Garay. Marco jurídico normativo del sistema de salud argentino, claves y oportunidades. Derecho sanitario y Digesto Jurídico Argentino. 1ra Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ISALUD y Fundación OSDE. 2015

Ministerio de Salud. Digesto Jurídico Argentino. Legisalud. Coordinación: Dr. Oscar Garay, 8 de agosto de 2014

Rodrigáñez Riccheri, Pilar y Tobar Federico (2003). El COFESA como un actor clave en la construcción del federalismo sanitario Argentino. Ministerio de Salud de la Nación.