

El derecho a la salud y su ponderación en época de pandemia del Covid-19

The right to health and its weighting in times of the Covid-19 pandemic

César Verdún¹

Director Jurídico del Consejo de la Magistratura de la Republica de Paraguay

RESUMEN

Ante la pandemia del Covid-19, al igual que otros países en Paraguay el Poder Ejecutivo dispuso entre otras acciones, el aislamiento preventivo general en su momento, como así también, se adoptaron medidas presupuestarias, administrativas, de protección al empleo y mitigación financiera, de financiamiento y rendición de cuentas. Las medidas y acciones preventivas, son reguladas por el artículo 25 del Código Sanitario, y se ejecutaron a través del Ministerio de Salud Pública. En este trabajo se analizan dichas decisiones. Analizadas las justificaciones, se estudiarán los conflictos de derechos que entran en colisión con las medidas adoptadas por el gobierno para proteger el derecho a la salud, y una propuesta de balance o ponderación de tales derechos

Palabras clave: Derecho a la salud, pandemia, Covid-19, Paraguay.

ABSTRACT

In the face of the Covid-19 pandemic, like other countries in Paraguay, the Executive Branch ordered, among other actions, general preventive isolation at the time, as well as budgetary, administrative, employment protection and financial mitigation measures, financing and accountability. Preventive measures and actions are regulated by article 25 of the Sanitary Code, and were executed through the Ministry of Public Health. These decisions are analyzed in this paper. Once the justifications have been analyzed, the conflicts of rights that collide with the measures adopted by the government to protect the right to health will be studied, and a proposal for the balance or weighting of such rights.

Keywords: Right to health, pandemic, Covid-19, Paraguay.

¹ VERDÚN, César. Director Jurídico del Consejo de la Magistratura de la Republica de Paraguay.

Introducción

Desde el 10 de marzo de 2020 el gobierno nacional ha promulgado varias normativas a los efectos de mitigar la propagación del Coronavirus o Covid-19, y en este sentido, ha dictado varios decretos que tienen en común el establecimiento de varias medidas que restringen derechos constitucionales de los ciudadanos en pos de proteger un derecho de fundamental importancia, como lo es, sin lugar a dudas, el de la salud pública.

¿Están justificadas dichas medidas adoptadas por el gobierno? Es la pregunta que se tratará de responder en este artículo. Para tal efecto, se analizarán las normas legales que sustentan dichas decisiones. Analizadas las justificaciones, se estudiarán los conflictos de derechos que entran en colisión con las medidas adoptadas por el gobierno para proteger el derecho a la salud, y una propuesta de balance o ponderación de tales derechos.

Sobre la justificación de las medidas adoptadas

Los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo a lo largo de la vigencia de esta pandemia se encuentran justificados por las atribuciones constitucionales y legales delegadas en el Poder Ejecutivo y el Ministerio de Salud en el artículo 68 de la Constitución Nacional, como también por la Ley N° 836, Código Sanitario.

El análisis de esta legitimidad parte de la cúspide de nuestro sistema normativo y, en ese sentido, el artículo 68 de nuestra Constitución, establece que: *“El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”*.

En concordancia con la última parte del artículo 68 de la Constitución Nacional, el artículo 13 de la Ley N° 836 “Código Sanitario”, establece que en casos de epidemias o catástrofes, el Poder Ejecutivo está facultado a declarar en estado de emergencia sanitaria la totalidad o parte afectada del territorio nacional, determinando su carácter y estableciendo las medidas procedentes, pudiendo exigir acciones específicas extraordinarias a las instituciones públicas y privadas, así como a la población en general.

Las medidas pertinentes pueden ser varias, pero resulta importante que estas sean razonables y proporcionales al objetivo final, cual es la protección de la salud.

En cuanto a las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo, una de las más conflictivas y discutidas es la restricción al tránsito, que colisiona de manera directa con el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Dicha medida está amparada en el artículo 298 del Código Sanitario, que dice: “*El Poder Ejecutivo puede implantar las medidas preventivas y de restricción de tránsito necesarias, adoptando medidas sanitarias tendientes a prevenir y controlar la diseminación de enfermedades y la contaminación de zonas adyacentes, de acuerdo a las normas del derecho internacional*”.

De más está decir que el Código Sanitario es de rango inferior a la Constitución Nacional y que contradice lo establecido en el artículo 41 de ésta; sin embargo, a mi entender dicha restricción está respaldada en otro derecho fundamental que es la protección a la salud, específicamente en la última parte del artículo 68 de nuestra carta magna, que reza lo siguiente: *Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana*. En este caso, la medida adoptada es el aislamiento preventivo, que conlleva la restricción a transitar libremente.

En cuanto a la declaración de emergencia sanitaria establecida en el artículo 13 del Código Sanitario, el Poder Ejecutivo lo declaró, primeramente, por medio del Decreto N° 3456, del 16 de marzo de 2020 y, posteriormente, por la Ley N° 6524, del 24 de marzo de 2020. Por medio del mencionado decreto, el Poder Ejecutivo dispuso acciones específicas, tales como el aislamiento preventivo general en su momento, como así también, a través de la ley, se adoptaron medidas presupuestarias, administrativas, de protección al empleo y mitigación financiera, de financiamiento y rendición de cuentas.

Las medidas y acciones preventivas, reguladas por el artículo 25 del Código Sanitario, se ejecutan a través del Ministerio de Salud Pública. Entre ellas, se pueden citar, por ejemplo, el aislamiento y la observación o vigilancia personal por un cierto tiempo.

En este sentido, fue emitido el Decreto N° 3442, del 9 de marzo de 2020, por el cual se dispone la implementación de acciones preventivas ante el riesgo de expansión del Covid-19 dentro del territorio nacional.

Si bien en el citado decreto no se establecieron acciones preventivas específicas, se dispuso que todas las instituciones del Poder Ejecutivo, las Fuerzas Armadas de la Nación, la Policía Nacional y otras dependencias de la administración central colaboren con el Ministerio de Salud para la ejecución del plan nacional de respuesta al virus respiratorio 2020.

Asimismo, se exhortó a las demás instituciones gubernamentales y a la población en general a prestar colaboración con los objetivos del plan nacional de respuesta al virus Respiratorio 2020.

Dichas exigencias para las instituciones públicas tienen como fundamento la última parte del artículo 13 del Código Sanitario, que establece : *En casos de epidemias o catástrofes, el Poder Ejecutivo está facultado a declarar en estado de emergencia sanitaria la totalidad o parte afectada del territorio nacional, determinando su carácter y estableciendo las medidas procedentes, puediendo exigir acciones específicas extraordinarias a las instituciones públicas y privadas, así como a la población en general.* (las negritas y el subrayado son del autor).

Atento a lo expuesto, y de la lectura de las normas transcritas, se concluye que el derecho a la salud es un derecho fundamental, en rigor de lo establecido en la Constitución en su artículo 68, que dice: *El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona (...).*

Como derecho fundamental, el Estado debe garantizar la asistencia a la salud pública de todos los habitantes del país, es decir, está obligado a brindar asistencia sanitaria, tanto en la prevención como en el tratamiento de una enfermedad, cualquiera sea esta.

En contrapartida a este derecho, también existen obligaciones, como lo es el sometimiento a las medidas sanitarias que establezca la ley, aunque este sometimiento tiene un límite, que es el respeto a la dignidad humana, a veces ignorado por los excesos en las intervenciones policiales para hacer cumplir estas medidas.

Entonces, por un lado, se tiene el derecho a la cobertura integral de la salud pública, que es un derecho fundamental de los habitantes del país, y, por otro lado, la obligación a someternos a las directrices del gobierno con respecto a ellas para resguardar la seguridad en el ámbito de la protección de la salud pública.

Estos derechos fundamentales en resguardo de la salud pública y la obligatoriedad de hacer cumplir las citadas disposiciones se contraponen a veces al momento de ser ejercidos, ya que no pueden coexistir al mismo tiempo algunos derechos, y ante esta disyuntiva es cuando el que legisla, aplica y juzga debe ponderar derechos, tarea a la que nos abocaremos a analizar seguidamente:

Sobre la ponderación de los derechos fundamentales (salud vs. otros derechos fundamentales)

Para que el Poder Ejecutivo, a través de sus decretos, o el Legislativo, por medio de la ley, resolviera dejar de lado algunos derechos constitucionales, y que, en contrapartida, prevaleciera el derecho a la salud, fue necesario realizar un análisis que, a priori, parece simple ante las siguientes interrogantes: ¿qué derecho es más importante: ¿la salud o la economía?, ¿la salud o la educación?, ¿la salud o la libertad de reunión?

La respuesta hasta parece obvia; sin embargo, optar por un derecho cuando este entra en conflicto con otro, no es un tema baladí cualquiera, y, en tal sentido, reconocidos juristas como Norberto Bobbio, Manuel Atienza, Robert Alexy y Daniel Mendonca investigaron sobre los conflictos de derechos y la metodología para resolver este tipo de problema.

Nuestro sistema jurídico consagra y garantiza numerosos derechos, que, en algún momento, pueden entrar en conflicto, como sucede con el derecho a la salud y otros derechos fundamentales.

Al respecto, Mendonca (2016) manifiesta cuanto sigue:

La mayoría de los juristas acepta que cuando dos derechos entran en conflicto, uno de ellos debe prevalecer sobre el otro. Esto no significa, sin embargo, considerar inexistente (como no consagrado) el derecho no prevalente. Lo que sucede, más bien, según se estima, es que bajo ciertas circunstancias, uno de los derechos precede en importancia al otro, aunque bajo circunstancias diferentes la cuestión de la precedencia puede ser resuelta de manera distinta o inversa (p. 34).

Lo que Daniel Mendonca nos ilustra en esta cita es que los derechos fundamentales no son absolutos. Esto no significa que el derecho a la salud prevalecerá siempre sobre los

otros derechos, ya que esta supremacía es relativa, por tratarse de un caso concreto y por un tiempo determinado.

A los efectos más ilustrativos, es pertinente el siguiente ejemplo: Para el caso de una gripe normal (influenza A), no es necesario el aislamiento preventivo general, como se da para el Covid-19. Tanto para la influenza como para el Covid, se deben tomar medidas a los efectos de cuidar la salud, pero, en el caso de este último, por la falta de inmunización y el alto porcentaje de personas que mueren a causa de esta enfermedad, resulta necesario un aislamiento preventivo general, lo que no es necesario con una simple gripe.

El ejemplo propuesto nos lleva a concluir que el derecho a la salud no es un derecho absoluto, sino relativo; al menos, en el sentido de prevalencia absoluta ante los otros derechos y en todas las circunstancias posibles (Mendonca, 2016. p. 14).

Ahora bien, ante este análisis de ponderación de derechos, impera establecer criterios o estrategias jurídicas, que Daniel Mendonca lo resume como un trabajo de ordenación de derechos, lo cual supone —según lo manifiesta— que un derecho considerado como superior o más importante prevalece sobre el otro, considerado inferior o menos importante, mediante un enunciado determinante de la fórmula: “D1 prevalece sobre D2 en C por la razón R”.

De esta manera, él resume esta estrategia en tres operaciones: 1) La identificación de los derechos en conflictos; 2) La ordenación de los derechos identificados, y 3) la fundamentación de la ordenación establecida (Mendonca, 2016.p. 35).

Trasladando estas tres operaciones sugeridas por Mendonca, a las decisiones del gobierno —conforme se desprenden de los decretos emitidos durante la pandemia— se las podría estructurar de la siguiente manera:

En cuanto a los derechos fundamentales en conflicto con el derecho a la salud, en nuestro sistema se identifican los siguientes:

Artículos: 3. De la libertad de reunión y manifestación, 41. Del derecho al tránsito y la residencia, 73. Del derecho a la educación y sus fines, 86. Del derecho al trabajo, 107. De la libertad de concurrencia, y 108. De la libre circulación de productos.

En cuanto a la ordenación de derechos identificados, se tiene que: El derecho a la salud prevalece sobre los demás derechos fundamentales durante esta época de pandemia del Covid-19.

En cuanto a la fundamentación de la ordenación establecida, se extraen los argumentos establecidos en el considerando del Decreto N° 3456 “Por el cual se declara estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional para el control del cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas en la implementación de las acciones preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19), y son los siguientes:

Que el artículo 238, numeral 1), de la Constitución Nacional faculta a quien ejerce la Presidencia de la República a dirigir la administración general del país.

Que el artículo 68 de la Constitución Nacional establece que el Estado paraguayo protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad.

Que la Organización Mundial de la Salud declaró el 30 de enero de 2020 que la situación en relación al Coronavirus (COVID-19), constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional, por lo que el Poder Ejecutivo adoptó una serie de medidas orientadas a proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, en el intento de contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública.

Que, sin embargo, la situación generada por la evolución del COVID-19 hizo resaltar la necesidad de adoptar medidas de prevención y contención extraordinarias para las autoridades de salud pública, estableciéndose como prioridad, limitar la propagación del virus, reforzar el suministro de equipos médicos en todo el país, y hacer frente a las consecuencias socioeconómicas que implica la situación actual.

Que por medio del Decreto N° 3442/2020, se estableció que todas las instituciones del Poder Ejecutivo colaboren con el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social para la ejecución del plan nacional de respuesta a virus respiratorios 2020, exhortando además a prestar la mayor colaboración a los efectos que los objetivos del mencionado Decreto sean cumplidos.

Que a través de la Resolución S.G. N° 90/2020, del MSPBS se establecieron medidas para mitigar la propagación del coronavirus (COVID-19), por el plazo de quince

(15) días, disponiendo entre otras cosas que las oficinas públicas deberán implementar medidas de higiene, seguridad y salubridad para mitigar la circulación del virus, y que las medidas establecidas en ese acto administrativo, no afectarán la prestación de los servicios públicos imprescindibles. Además, dicha resolución instruye a las reparticiones públicas a tomar medidas para evitar la aglomeración de personas, asegurando el funcionamiento de las instituciones, recomendando asimismo el uso preferente de la tecnología y el trabajo a distancia.

Que el Ministro del Interior en fecha 16 de marzo de 2020, informó al Poder Ejecutivo que "...teniendo en cuenta la evolución de la pandemia, sumada a la falta de acatamiento de las políticas públicas preventivas decretadas por el Gobierno Nacional, y ante la evidencia de que esto representa un peligro inminente para la salud pública, considero oportuno recomendar la declaración del estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional..." y además solicita se declare restricción y aislamiento sanitario por un tiempo determinado.

Que, a pesar de las múltiples disposiciones dictadas y las campañas realizadas en todo el territorio nacional, se han observado incumplimientos de las medidas dispuestas, por parte de ciertos sectores de la ciudadanía, que comprometen la implementación de las acciones tomadas a los efectos de mitigar la propagación del Coronavirus (COVID-19).

Que el incumplimiento de dichas medidas, además de ser pasibles de sanciones, pueden llegar a perjudicar a toda la ciudadanía, gravemente, por lo que en vista a la necesidad de que las mismas sean preventivas y eficaces, se impone la declaración de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, con la finalidad de establecer un control irrestricto del cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas por las autoridades competentes.

Que el artículo 13 de la Ley N° 836/1980, Código Sanitario establece que: "En casos de epidemias o catástrofes, el Poder Ejecutivo está facultado a declarar en estado de emergencia sanitaria la totalidad o parte afectada del territorio nacional, determinando su carácter y estableciendo las medidas procedentes, pudiendo exigir acciones específicas extraordinarias a las instituciones públicas y privadas, así como a la población en general".

Que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social arbitrará las medidas para disminuir o eliminar los riesgos de enfermedades transmisibles, mediante acciones

preventivas, curativas y rehabilitadoras, que tiendan a combatir las fuentes de infección en coordinación con las demás instituciones del sector. (artículo 25, Código Sanitario).

Que el citado Ministerio podrá además disponer la inspección médica de cualquier persona sospechosa de padecer enfermedad transmisible de notificación obligatoria, para su diagnóstico, tratamiento y la adopción de medidas preventivas tendientes a evitar la propagación del mal. (artículo 32, Código Sanitario).

Que el Artículo 298 del Código Sanitario expresa que el Poder Ejecutivo puede implantar las medidas preventivas y de restricción de tránsito necesarias, adoptando medidas sanitarias tendientes a prevenir y controlar la diseminación de enfermedades y la contaminación de zonas adyacentes, de acuerdo a las normas del derecho internacional.

Conclusión

Se puede concluir que, para el gobierno nacional, el derecho a la salud prevalece sobre los demás derechos fundamentales mientras dure esta pandemia del Covid-19. Asimismo, que del esquema sugerido por Mendonca (identificación, ordenación y fundamentación) se ha aplicado implícitamente, en cuanto a la identificación y ordenación, y explícitamente en cuanto a la fundamentación, esta última desarrollada en el considerando del Decreto N° 3556, todas transcritas precedentemente.

Dichos fundamentos pueden ser criticados, como de hecho sucede y sucedió a lo largo de las restricciones, pero, sin embargo, si el “peso” de la salud inclina la balanza, las medidas que abalen su protección estarán legitimadas definitivamente con las evidencias de hechos y por supuesto, las científicas en base a la investigación médico-epidemiológica (Alé, 2021), siempre que las medidas adoptadas sean razonables y conducentes al fin propuesto, que es la protección al derecho a la salud, que como lo afirma Ramírez Candia (2016), es una extensión de la protección a la vida humana.

Bibliografía

- Alé, M. (2021). Colisión de derechos en pandemia: Derecho a la salud y límites a la acción estatal. *Jurídicas CUC*, 17(1), 367–404. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.13>
- Constitución de la República del Paraguay. (1992). Asunción, Paraguay.

-
- Decreto N° 3442. (2020). Por el cual se dispone la implementación de acciones preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19) al territorio nacional. Asunción, Paraguay.
- Decreto N° 3456. (2020). Por el cual se declara estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional para el control del cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas en la implementación de las acciones preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19). Asunción, Paraguay.
- Ley N° 6524. (2020). Que declara estado de emergencia en todo el territorio de la república del Paraguay ante la pandemia declarada por la organización mundial de la salud a causa del COVID-19 o coronavirus y se establecen medidas administrativas, fiscales y financieras. Asunción, Paraguay.
- Ley N° 836. (1980). Del Código Sanitario. Asunción, Paraguay.
- Mendonca, D. (2016). *Derechos, razón y emoción*. Asunción, Paraguay.
- Ramírez Candía, M. J. (2016). *Derecho Constitucional Paraguayo*. 5 ed. Asunción, Paraguay. Tomo I, p.483