

FILOSOFÍA TRIALISTA DEL DERECHO DE LA SALUD

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI*

1) Ideas fundamentales

1. Es importante que la composición de las ramas del mundo jurídico guarde relación con las necesidades de espacio, tiempo y personas. En nuestros días de cambio de era histórica en los que se desenvuelve una gran tensión entre economía capitalista y tecnología por una parte y democracia y derechos humanos por otra, resulta relevante la consideración de nuevas ramas llamadas a *enriquecer*, no a sustituir, los planteos tradicionales, demasiado vinculados al capitalismo y la tecnología¹. Una de esas ramas nuevas a tener en cuenta es, a nuestro parecer, el *Derecho de la Salud*.

La noción de *salud*, a menudo muy discutida y variable según el espacio, el tiempo y las personas, posee gran significado en el enriquecimiento de todo el pensamiento jurídico y cultural². Su aporte a la interdisciplinariedad, requisito del saber de nuestro tiempo, es muy importante.

Cuando nos referimos al Derecho de la Salud, de interesantes contactos con el Bioderecho, lo hacemos en términos mucho más “abarcativos” del a veces llamado “derecho a la salud”. Se trata de una perspectiva que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud, de modo que las distintas ramas tradicionales, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal, no resultan suficientes para plantear y resolver satisfactoriamente las cuestiones jurídicas respectivas³. La jerarquía de la problemática de *salud*, la *complejidad científico-técnica* de las respuestas al respecto y en especial la *debilidad del enfermo* (“in-

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

1 Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

2 Organización Mundial de la Salud, <http://www.who.int/es/> (19-4-2005); Organización Panamericana de la Salud, http://www.paho.org/default_spa.htm (19-4-2005). Ya en 1947 la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud mostraba la complejidad del concepto respectivo (http://www.zuhaizpe.com/articulos/salud_oms.htm - 19-4-2005-). Cabe c. asimismo Internet Sanitario, <http://www.diariomedico.com/enlared/not030899bis.html> (19-4-2005); Federación Argentina de la Magistratura, Salud, derecho y equidad, Mackinson, G. (Directora), Farinati, A. (Coordinadora), <http://www.fam.org.ar/libros.asp?id=4> (20-4-2005). Pueden v. Salud, <http://www.eurosur.org/spa/salud.htm> (23-4-2005); Brasil, Biblioteca Virtual em Saúde, História da Saúde e da Medicina, <http://www.bvshistoria.coc.fiocruz.br/> (23-4-2005); Departamento de Medicina Preventiva y Salud Pública e Historia de la Ciencia, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, <http://www.ucm.es/info/dosis/> (23-4-2005).

3 Cabe c. nuestro artículo “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 22, págs. 19 y ss., (y en “Bioética y Bioderecho”, N° 2, págs. 11 y ss.).

firme”, “infirmus”⁴) son puntos de vista principales para hacer que los despliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración.

Las cuestiones de salud “*enraren*” los problemas jurídicos haciendo, por ejemplo, que la apertura o el cierre de un hospital o un sanatorio no sean, v. gr., cuestiones administrativas o comerciales comunes.

2. El reconocimiento de las nuevas ramas jurídicas depende en mucho de la riqueza con que se construya el *objeto* del saber jurídico. Creemos, por ejemplo, que el normativismo tiende a ignorar las particularidades “materiales” de los nuevos despliegues y, en cambio, el *integrativismo trialista*, fundado por Werner Goldschmidt dentro de la concepción tridimensional, enriquece ampliamente las posibilidades⁵.

4 Ñusleter # 15, <http://www.niusleter.com.ar/usleter/usleter15.html#UNA%20ETIMOLOGÍA> (20-4-2005). El Derecho de la Salud no se refiere sólo a la condición del enfermo, sino a la de la persona cuya salud se deba recuperar o preservar.

5 Es cierto que Kelsen no excluye con alcance general los aportes de las ciencias causales y de las consideraciones de valor, que entran diversamente en las sucesivas habilitaciones de su teoría, y que sólo las aparta de la ciencia jurídica, pero también lo es que al no tenerlas como parte del objeto jurídico empobrece al saber acerca del Derecho en una “simplicidad pura” que estimamos ha de ser superada en una “complejidad pura”. Rechazamos, en cambio, el retorno a la “complejidad impura” economicista, sociologista, biologista, antropologista, psicologista, jusnaturalista, etc. Al fin, el formalismo kelseniano se abre a lo que suceda en la materialidad de la causalidad y en el terreno de los valores, pero toma distancia científica de una y otros reduciendo la riqueza que más nos importa en el saber acerca del Derecho y ocultando despliegues sociales y valorativos relevantes para la intervención de los juristas como tales en el cambio histórico.

En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico pueden c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987 (en cuanto a la búsqueda de la complejidad pura cabe c. págs. XVII y ss., prólogo de la 4ª. ed., de 1972); CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Es posible v. nuestros artículos “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss. y “El Derecho Internacional Privado y su complejidad pura”, en “Investigación y Docencia”, págs. 3 y ss.. También puede c. DABOVE, María Isolina. “El Derecho como complejidad de “saberes” diversos”, en “Revista Cartapacio”, n° 4, Sección Conferencias y Disertaciones, 2003. Cabe c. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán Feltrinelli, 1997; MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 7ª. reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; Edgar Morin, Son oeuvre majeure: La Méthode, http://membres.lycos.fr/reneseon/complexite/edgar_morin.htm (3-1-2004); Red Mexicana de Pensamiento Complejo <http://www.unla.edu.mx/complejidad/> (23-1-2004); El desafío de la complejidad, <http://ar.geocities.com/adicciones2001/complejidad.htm> (23-1-2004); Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory, François OST and Michel van de KERCHOVE, <http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/textes/vdk1.htm> (22-1-2004); Estamos en un Titanic, Edgar Morin, http://www.iigov.org/etica/2/2_03.pdf (3-1-2004); La lettre chemin faisant, n°31, <http://www.mcxapc.org/docs/interlettre/31/3.htm> (31-3-2005). En general cabe c. también por ej. Naturaleza y didáctica de la Lógica Jurídica, Dra. Ana Lilia Ulloa Cuéllar, <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm> (14-1-2004); Complexity Digest, <http://www.comdig.org/> (25-1-2004); Programme européen MCX “Modélisation de la CompleXité”, Association pour la Pensée Complexe, <http://www.mcxapc.org/> (25-1-2004). Coincidiendo

El integrativismo trialista considera en el Derecho un conjunto de adjudicaciones de “potencia” e “impotencia”, es decir de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente la *vida*, entre las que se encuentran en lugar central los repartos producidos por la conducción humana y también se consideran las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar; los repartos son captados por normas y son valorados por un complejo axiológico que culmina en la justicia. Aunque no sostenemos la objetividad de la justicia, como lo hizo Werner Goldschmidt, creemos que es posible el debate “dikelógico” entre quienes comparten ciertos puntos de partida al respecto.

3. A la *autonomía “material”* de las ramas caracterizadas por especiales rasgos sociológicos, en cuanto a repartos y distribuciones, normológicos y, sobre todo, *axiológicos*, por particulares requerimientos de justicia, cabe agregar las posibilidades de autonomía en lo legislativo (leyes especiales que culminan en la codificación), judicial (fueros especiales), administrativo (administración especial), científico (saber especialmente sistematizado), docente (cátedras especiales) y pedagógico (capacidad formativa especial)⁶. El Derecho de la Salud tiene a menudo despliegues administrativos especiales, que alcanzan v. gr. la configuración de ministerios; posee, por ejemplo en el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el desarrollo docente de un Programa de Actualización y Profundización en Derecho de Salud⁷ y brinda una muy especial capacidad pedagógica que llega a plantear a la salud como uno de los soportes de todas las potencias que se adjudican en el mundo jurídico.

2) *Panorama del mundo jurídico*

a) *En general*

a') *Dimensión sociológica:*

4. Tradicionalmente se ha considerado que las cuestiones de salud dependen de modo muy destacado de las distribuciones de la naturaleza, pero hoy avanza la referencia a distribuciones de las influencias humanas difusas, por ejemplo de la economía y de la educación e incluso puede apreciarse la participación del azar. Un tema significativo, que

con Edgar Morin consideramos que no solamente la sociedad es compleja, también lo es cada átomo del ser humano; el hombre nos resulta un ser jurídicamente complejo y las ramas del mundo jurídico han de reflejarlo (v. MORIN, op. cit., pág. 88).

6 Cabe c. nuestro trabajo “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en “Estudios de Filosofía Jurídica ...” cit., t. II, 1982, págs. 174 y ss.

7 Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/programa_actualizacion.php?PHPSESSID=cefcdb512fc8533e66fea0ce7837a01c (19-4-2005).

aclara el trialismo, es también la creciente intervención de la conducción repartidora en las cuestiones de salud.

En el marco de la conducción repartidora, es útil reconocer (dentro o más allá de los marcos normativos) los elementos de los repartos, es decir: quiénes reparten (son repartidores), quiénes son beneficiarios y gravados, qué se reparte, cuáles son las formas de los repartos (campos previos elegidos para llegar a ellos) y cuáles son las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). La atención a estos despliegues en el campo de la salud es particularmente importante.

Las grandes fuerzas que se desenvuelven en la realidad de la salud hacen, por ejemplo, que los repartos sean producidos ocultamente por integrantes de los poderes comerciales y financieros, v. gr. de los *laboratorios* y los *organismos de crédito*⁸.

El marco de los beneficiarios de la salud es cada vez más difuso; la problemática respectiva tiene importantes despliegues planetarios de epidemias y pandemias como fue la peste y todavía son el cólera, el sida, la influenza, la gripe, etc. proyecciones éstas que, en ciertos casos, se van acrecentando⁹.

La salud es *básica* respecto de todas las otras potencias e impotencias que se adjudiquen. Sin embargo, los cambios en la noción respectiva han provocado que decisiones que antes podían considerarse agresivas (v. gr. la ligadura de trompas y el cambio de sexo) hoy se estimen conducentes a la salud.

La conciencia de la *audiencia* en la forma de los repartos de salud, que incluye en lugar destacado a la audiencia a los enfermos, se ha incrementado considerablemente. Desde la mera imposición se ha avanzado hacia el proceso y desde la mera adhesión a la negociación.

En el campo genérico de las razones, los *móviles* de los repartos de salud suelen abarcar desde el altruismo al lucro y a la obtención del poder. Suele afirmarse que en este tiempo hay un giro desde haberse logrado un compromiso de entregar un cuidado de alta calidad, a menudo sin fijarse en costos, hacia un sistema de atención eficiente, que contempla un análisis de costo-efectividad. Dada la alta jerarquía de la problemática de salud, las *razones alegadas* tienen significados fuertemente conmovedores aunque, con frecuencia, son distintas de los móviles. Las *razones sociales* de los repartos de salud suelen ir incrementándose con la conciencia sanitaria¹⁰.

5. En relación con las clases de repartos, autoritarios y autónomos, desenvueltos

8 Es posible v. *Ars Medica*, Equidad en Salud, Dr. Gonzalo Grebe Barros, Vol. 5 N° 5, <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica5/EquidadSalud.html> (23-4-2005).

9 Buenafuente.com, Salud, Como las epidemias modelaron al mundo, http://www.buenafuente.com/salud/COMO_LAS_EPIDEMIAS_MODELARON_AL_MUNDO__7159.htm (23-4-2005).

10 La forma hace al diálogo desde los beneficiarios a los repartidores, las razones alegadas al diálogo desde los repartidores a los beneficiarios. En la problemática de salud el diálogo en ambos sentidos tiene particular significación.

respectivamente por imposición o acuerdo y realizadores de los pertinentes valores poder y cooperación, se puede apreciar que la conducción de la salud genera amplios despliegues de *poder* médico en general y de *dependencia* de quien está o corre riesgo de estar “enfermo”, dependencia que llega a invertir la carga de la prueba en los juicios de responsabilidad, pero en nuestros días hay asimismo ciertos avances de la autonomía de los pacientes. Al no dañar y el beneficiar tradicionales se agregan la autonomía y la justicia¹¹.

La jerarquía de la valoración de la salud suele hacer que el poder respecto de ella se convierta en “autoridad”. La autoridad médica es muy significativa.

6. Los repartos pueden presentarse en orden o en desorden. El orden puede constituirse mediante planes de gobierno, que indican quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando están en marcha realizan el valor previsibilidad, y a través de la ejemplaridad, desenvuelta por razonabilidad conforme al esquema modelo y seguimiento, con la pertinente realización del valor solidaridad. Los distintos modelos de juridicidad y política sanitaria son más planificados o ejemplares, por ejemplo conforme sean más socialistas o liberales. En general hay tendencias a la planificación de la salud para obtener órdenes sanitarios sólidos.

Los cambios de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto constituyen *revoluciones* y las revoluciones sanitarias son especialmente significativas. No es imprescindible referirse al nacimiento de las ciencias naturales para encontrar revoluciones en las referencias a la salud. Ya Hipócrates contribuyó a superar en parte el paradigma religioso por otro antropocéntrico¹².

El modelo teocéntrico fue oportunamente superado por la sujeción de la Medicina a las ciencias naturales; luego, en tiempos relativamente recientes, ésta fue cuestionada por la complementación con la referencia psicológica y hoy parece que avanza nuevamente la remisión a las ciencias naturales.

En nuestros días de posible formación de un Estado mundial de alcances hobbesianos y con despliegues de globalización/marginación, en gran medida como resultado de la mundialización de las fuerzas y las relaciones de producción, la *globalización/marginación* en la problemática de la salud se hace particularmente intensa¹³. Es necesario un orden

11 monografías.com, La Bioética y su relación con la tecnología médica, <http://www.monografias.com/trabajos5/biore/biore.shtml> (19-4-2005); Principios de la bioética, Ética y legislación en enfermería, http://perso.wanadoo.es/aniorte_nic/apunt_etica_legislac2.htm (19-4-2005).

12 Juramento de Hipócrates, <http://www.zuhaizpe.com/articulos/hipocrates.htm> (20-4-2005). Parece que el primer investigador experimental en medicina fue Galeno, Apuntes de Historia de la Medicina, P. Universidad Católica de Chile, La Medicina Alejandrina, Galeno, <http://escuela.med.puc.cl/publ/HistoriaMedicina/AlejandrinaGaleno.html> (23-4-2005).

13 Cabe c. nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs.41/56. Es posible v. monografías.com, Ética y salud en el marco de la globalización, <http://www.monografias.com/trabajos12/ensfin/>

mundial de la salud y para eso se requiere el desenvolvimiento del Derecho de la Salud¹⁴.

El desorden de los repartos de salud resulta de especial gravedad.

7. La conducción humana, que puede producir repartos, es referible a límites voluntarios que fijan los repartidores y a *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas. Estos reclaman especial consideración cuando se trata de cuestiones de salud.

La historia de la medicina ilustra sobre un inmemorial esfuerzo del hombre para hacer *ceder* los límites físicos y psíquicos opuestos a su salud. Los progresos al respecto, sobre todo en los últimos tiempos han sido sorprendentes. Entre los límites psíquicos cabe incluir las barreras culturales que a menudo restringen pero a veces reorientan las posibilidades de desarrollo de los medios para la preservación y el restablecimiento de lo que consideramos salud (testigos de Jehová¹⁵). El equilibrio de la cultura produce, incluso, desajustes en los que los medios para la preservación de la salud pueden constituir amenazas para el desarrollo del resto de la cultura (una vacunación puede desequilibrar una cultura referida a lo sobrenatural).

También hay que tener en cuenta límites sociopolíticos y socioeconómicos, de particular significado en materia de salud. En países como el nuestro se advierten en diversos grados las desviaciones que el poder político suele producir, por ejemplo por la senda de la corrupción, contra la conducción en materia de salud¹⁶. Asimismo es relevante atender a los límites socioeconómicos que con frecuencia deben afrontar las conducciones en el ámbito de la salud, v. gr. por escasez de recursos.

Cuando las cuestiones son *vitales*, como suelen ser las de salud, las reglas generales siempre se replantean, aunque sea para repetir lo antes resuelto. Por eso en los asuntos de salud nunca se sabe realmente cuál será la voluntad de los beneficiarios. Lo que se establece en situaciones de salud puede ser reconsiderado e incluso resuelto de otra manera cuando se presentan las situaciones críticas.

8. Entre las categorías básicas con las que se construye la realidad social del Derecho se encuentran la causalidad, la finalidad objetiva que atribuimos a los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad¹⁷. La causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad se muestran especialmente “*panónomas*” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), es decir, referidas a la totalidad de sus manifestaciones y, como no podemos

ensfin.shtml (23-4-2005).

14 Puede v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

15 [Watchtower, <http://www.watchtower.org/languages/espanol/> (23-4-2005).

16 BID América, Una receta peligrosa, <http://www.iadb.org/idbamerica/spanish/JAN02S/jan02s1.html> (23-4-2005).

17 Puede v. nuestro estudio “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967.

abarcar plenamente esa totalidad, son necesarios fraccionamientos productores de certeza. La complejidad de la problemática de la salud en cuanto a causalidad, finalidad objetiva y posibilidad hace que en el Derecho respectivo haya frecuentes manifestaciones de *incerteza* (incertidumbre).

b') Dimensión normológica

9. En la propuesta integradora de la construcción del objeto jurídico que formula el trialismo, las normas son captaciones lógicas neutrales de los repartos proyectados. Esas captaciones describen e integran los repartos; la descripción se refiere a los contenidos de la voluntad de los repartidores (fidelidad) y a su cumplimiento (exactitud) y la integración ha de nutrirse en la adaptación de los conceptos a la voluntad de los repartidores. Para que la descripción de los contenidos de la voluntad de los autores sea fiel y los conceptos sean adecuados la problemática de la salud exige que las normas sean redactadas con *alta calificación científico-técnica*. Con miras a que las normas sean exactas se requiere también una alta calificación científico-técnica y la disponibilidad de recursos personales y materiales muy significativos.

Las normas tienen siempre un antecedente que capta el sector social a reglamentar y una consecuencia jurídica que capta la reglamentación. Ambos tienen características positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que las normas funcionen. La importancia de la salud hace que, de modo muy enérgico, toda consecuencia jurídica del Derecho de la Salud tenga una *característica negativa* que excluya su daño. Ninguna norma del Derecho de la Salud debe aplicarse si se perjudica a la salud.

Los conceptos empleados por las normas integran la realidad social cambiando de cierto modo sus significados, es decir, produciendo "*materializaciones*" personales y no personales. En las normas referidas a la salud estos productos normativos, como los de médico, enfermero, paciente, receta, medicamento, prospecto, material quirúrgico, hospital, sanatorio, etc. poseen gran relevancia y motivan muchas veces, por su alta significación social, económica, etc. grandes tensiones sociales¹⁸. Los títulos de médico son a menudo promotores del nivel social de quienes lo poseen y a menudo se los busca procurando no cumplir los requisitos respectivos. El efecto placebo es una muestra del alto efecto integrador que tienen los conceptos en el terreno de la salud¹⁹.

10. Las fuentes reales de las normas son los repartos, sea que se presenten a nivel

¹⁸ Acerca del lenguaje de los prospectos, cabe c. por ej. Tonos, Revista Electrónica de Estudios Filológicos, Número 8, Los prospectos: estudio de lo tecnolectal hacia lo divulgativo, Encarnación Pérez García, <http://www.um.es/tonosdigital/znum8/corpora/3-prospectos.htm> (30-4-2005).

¹⁹ La Rebotica, El efecto placebo, <http://www.larebotica.es/larebotica/secciones/medicamentos/placebo/index.html> (20-4-2005).

simplemente material, en su realidad social, o formal, como autobiografías de los repartos producidas por los propios repartidores (constituciones, tratados, leyes, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, contratos, testamentos, etc.). A veces las *fuentes formales* son cabalmente tales, en otros casos son medios de propaganda para que alguna vez se cumplan y en otros son meros espectáculos. La jerarquía de las cuestiones de salud incrementa la posibilidad de las *fuentes de propaganda* e incluso de mero *espectáculo*.

Las fuentes formales pueden producirse de manera más o menos rígida o flexible y por medios más o menos participativos y pueden ser más o menos elásticas. En general, la salud necesita *flexibilidad, participación y elasticidad*.

La problemática de la salud se ha difundido en *diversos tipos de fuentes*, incrementándose por ejemplo su papel en los tratados internacionales y en las sentencias. La mundialización de los problemas de salud requiere la difusión de fuentes convencionales internacionales. Al menos en países como el nuestro, la referencia a los jueces como última garantía del desenvolvimiento gubernamental incrementa su papel de modo que, por ejemplo, resultan a veces, llamados a tomar medidas urgentes de internación, provisión de medicamentos, etc. para la preservación de la vida de los enfermos²⁰.

11. Para que los repartos proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas *funcionen*, real o conjeturalmente, cumpliendo en cuanto sea necesario tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Sin perjuicio de la intervención de jueces, administradores, etc., en el ámbito de la salud los *encargados del funcionamiento* de las normas son a menudo personal calificado de manera especial como médicos, enfermeros, etc.

Las relaciones entre médicos emisores de normas y enfermeros encargados de hacerlas funcionar tienen particular interés, sobre todo dentro de los centros de salud, principalmente por la calidad e imprevisibilidad de los problemas y la responsabilidad respectiva. Es relevante que emisores de normas y encargados de su funcionamiento tengan denominadores comunes, propósito con el cual resulta importante la formación de enfermeros profesionales, de ser posible universitarios.

A veces el ámbito jurídico de la salud produce una gran cantidad de normas que problematiza el *reconocimiento* por cuestiones de vigencia, pero la importancia de los asuntos lleva también a dudas respecto de la validez por el consentimiento, principalmente en los actos jurídicos personalísimos en que suelen expresarse las decisiones sobre la salud²¹.

En cuanto a la *interpretación*, en esta materia es particularmente posible que la

²⁰ El panorama de las fuentes es una expresión de cada situación histórica.

²¹ Es posible v. NICOLAU, Noemí, "Vida humana y Derecho Civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida humana", tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1990.

intención pensada concretamente por los autores de las normas, por ejemplo los médicos, entre en conflicto, ante la imprevisibilidad de los casos, con los fines perseguidos. Los encargados del funcionamiento, por ej. los enfermeros, pueden tener importantes dificultades interpretativas.

La riqueza imprevisible de la problemática de la salud puede exigir normatividades *indeterminadas* y al fin el recurso a principios fundamentales. La complejidad de las cuestiones puede producir *carencias históricas* por olvido o por novedad de los problemas (v. gr. los vinculados al sida y los relacionados con los grandes avances de la ciencia y la técnica). La salud suele conducir al rechazo de las normatividades existentes generándose *carencias axiológicas*, que son dikelógicas, pero desde la perspectiva sanitaria (podría decirse carencias de referencia “higielógica”, si se tiene en cuenta que Higiencia era la diosa de la salud²²). Ante la carencia de normas de salud es posible recurrir, como ocurre habitualmente, a soluciones que están en el propio ordenamiento, sea por analogía o principios generales, o a la pura referencia axiológica que, en estos casos, ha de lograr de manera principal la coadyuvancia entre la justicia y la salud.

La *argumentación* en materia de salud se nutre de un rico despliegue de la razón médica. En cuanto a la *aplicación*, el encuadramiento de los casos de salud y la efectivización de la consecuencia jurídica de las normas son a menudo dificultosos, en parte por la complejidad de los problemas, en parte por la necesidad de recursos especiales.

A veces la *síntesis* de las normas se muestra muy dificultosa, sobre todo cuando confluyen varias normas (por ej. prescripciones de medicamentos) en la única persona de cuya salud se trata.

12. Consideramos que la problemática de salud genera un *subordenamiento* con características propias dentro del ordenamiento normativo general. La permeabilidad respecto del ingreso de soluciones exteriores al subordenamiento es limitada, por la especificidad de las cuestiones de salud. Parece que estas razones tienden a promover que el subordenamiento normativo de salud se constituya a veces de modo predominante como un *mero orden* donde, ante las lagunas, los encargados del funcionamiento (v. gr. enfermeros) se remiten a los autores (generalmente los médicos) depositarios del poder residual y no como sistema, donde los encargados producen una integración. Sin embargo, importa que el subordenamiento del Derecho de la Salud sea *sistemático*, con la pertinente posibilidad de recurso a *principios propios*.

Puede afirmarse que, con cierta dialéctica, el subordenamiento del Derecho de la Salud

²²Acerca de la divinidad de la salud puede v. por ej. Apuntes sobre Historia de la Medicina, Tercera Clase, La Medicina Hipocrática, http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/HistoriaMedicina/HistMed_04.html (23-4-2005); Epi-Centro, Contexto Histórico, <http://escuela.med.puc.cl/Recursos/recepidem/ParEpidem1.htm> (23-4-2005).

debe constituirse para que en el conjunto del ordenamiento encuentre debida acogida el *sistema de salud*.

c') *Dimensión axiológica (dikelógica)*

13. Siguiendo la propuesta de Werner Goldschmidt, creemos importante constituir el complejo axiológico del Derecho (para nosotros susceptible de desenvolvimiento científico entre quienes compartan puntos de referencia al respecto) con la primacía del valor *justicia*. Aceptamos la propuesta “dikelógica”, cuyo nombre deriva de una de las divinidades griegas de la justicia²³.

Si admitimos la conveniencia de construir tridimensionalmente todo objeto cultural, con alcances fácticos, lógicos y valorativos, también la *Medicina*, área cultural signada por el valor salud hondamente relacionada con nuestra rama jurídica, resulta con estos alcances²⁴.

14. El Derecho de la Salud se desenvuelve en gran medida en la relación, que ha de ser de *coadyuvancia*, entre la salud y la justicia, aunque también suele requerirse el apoyo de otros valores como la utilidad, el amor, la verdad, la santidad, etc.²⁵ Durante largo tiempo la coadyuvancia entre salud y justicia se ha apoyado a menudo en el amor e incluso en la santidad, como ocurría con el papel de los hermanos hospitalarios, pero hoy avanza el desempeño de los enfermeros profesionales, referidos a los valores de esa profesión “paramédica” donde la verdad y la utilidad tienen papeles relevantes²⁶.

15. En cuanto a las clases de justicia, vale reconocer que en el desenvolvimiento de la salud hay avances de la justicia consensual (referida al consentimiento real o eventual) sobre la extraconsensual, que es más tradicional y que la unicidad de las personas conduce a la jerarquización de la justicia *con consideración* (“acepción”) *de personas* sobre la justicia sin consideración de personas, de meros roles. La significación de la salud tiende a potenciar los despliegues de la justicia *asimétrica* (de difícil comparación de las potencias e impotencias),

23 Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1986.

24 Cabe c. nuestro estudio “Lineamientos trialistas para una Filosofía de la Medicina”, en “Bioética ...” cit., N° 3, págs. 67 y ss.

En cuanto a las divinidades y los personajes míticos vinculados a la salud y la Medicina pueden v. por ej., además de lo señalado precedentemente, Cátedra de Historia e la Medicina, <http://www.encolombia.com/odontologia/foc/foc20302-catedra.htm> (20-4-2005); Nombres de Diosas dados a conceptos religiosos relacionados con la salud, <http://es.geocities.com/contraandrocenrismo/salud.htm> (20-4-2005).

Cabe c. Quiron, <http://www.bioetica.org/publ6.htm> (20-4-2005); I.B.H.M. - E.L.B.E., <http://www.elabe.bioetica.org/>.

25 Un tema tenso es el de la relación entre salud y verdad respecto del enfermo.

26 Pueden v. por ej. Orden Hospitalaria San Juan de Dios, <http://www.juaninos.org.mx/carisma.htm> (22-4-2005); Enferpro. La Enfermería Profesional, <http://www.enferpro.com/> (22-4-2005).

respecto de la simétrica (a menudo facilitada por el común denominador monetario, que se incrementa en la actualidad) y la justicia *espontánea* (sin “contraprestación”) sobre la conmutativa (con contraprestación que, no obstante, avanza en nuestro tiempo). En la salud tiene gran relevancia la justicia *de participación* respecto de la de aislamiento y, pese a los importantes despliegues de justicia particular, que al fin conducen al Derecho Privado, el Derecho de la Salud tiende a potenciar las referencias a la justicia *general*, cuyos requerimientos caracterizan al *Derecho Público*.

16. También la justicia es pensada como una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como no podemos abarcar totalmente esa totalidad, son necesarios fraccionamientos productores de seguridad.

La significación de la salud tiende a promover permanentes desfraccionamientos de la justicia que producen *inseguridad* en el Derecho de la Salud. La salud se remite a un complejo personal, temporal y real, abarca el pasado, el presente y el porvenir, presenta muchas proyecciones de consecuencias que exceden a los aparentes beneficiarios directos y excede la hoy frecuente medicalización de la vida. No obstante, la evolución de los problemas reales de la responsabilidad médica tiende a evidenciar una a menudo fundada preocupación por la seguridad.

Aunque en el Derecho el objeto central de la justicia son las adjudicaciones²⁷ de potencia e impotencia y no las *virtudes* y los *vicios*, que interesan principalmente a la Moral, éstas son relevantes a veces también en la vida jurídica y, en el Derecho de la Salud tienen, por ejemplo, particular trascendencia en el desempeño de los profesionales del ámbito médico. La Ética Médica, que tanto contribuye al desarrollo de la Bioética y el Bioderecho, aporta asimismo a la fundamentación del Derecho de la Salud²⁸. Para el sostenimiento de las virtudes profesionales suelen ser importantes los colegios profesionales.

17. El *principio supremo* de justicia propuesto por el utilitarismo exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente (para convertirse en persona) y, con el mismo, es posible evaluar el reparto y el régimen justos.

Para reconocer el reparto justo respecto de la salud, es posible apreciar en este marco

27 Forum Barcelona 2004, Medicalización de la salud, reducción de la salud a la medicina, http://www.barcelona2004.org/esp/banco_del_conocimiento/documentos/ficha.cfm?idDoc=665 (23-4-2005).

28 Acerca de la Bioética y la Ética Médica cabe c. por ej. Asociación Médica Mundial, http://www.wma.net/s/history/golden_years.htm (30-4-2005); MedicinaInformacion.com, Bioética - Ética Médica, http://www.medicinainformacion.com/etica_libros.htm (30-4-2005); Ética Médica, <http://meltingpot.fortunecity.com/liveoak/158/etica.htm> (30-4-2005); <http://www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-I-parte2.htm> (30-4-2005); Asociación Argentina de Bioética, <http://www.elabe.bioetica.org/> (30-4-2005); Asociación Española de Bioética y Ética Médica, <http://www.aebioetica.org/> (30-4-2005).

una tradicional legitimación *aristocrática* por superioridad moral, científica y técnica (por ej. en los médicos), pero también el avance de la legitimación *autónoma* por el consentimiento de las personas de cuya salud se trate. La complejidad de la noción de salud y nuestro frecuente desconocimiento respecto de ésta contribuyen a apoyar que los grandes avances de la aristocracia sean acompañados de otros de requerimiento al menos del consentimiento informado. Es posible la legitimación "*paraautónoma*" por el consentimiento de las personas de cuya salud se trata para que intervengan determinados repartidores, v. gr. para fundamentar la actuación de un determinado médico. Parece que en principio la autonomía no alcanza a legitimar, por ejemplo, a los curanderos. No obstante, la legitimación aristocrática de los profesionales de la medicina se debilita cuando se pierden las esperanzas de preservar la salud (enfermedades terminales).

Siempre es importante al menos la legitimación "*criptoautónoma*", referida al acuerdo que daría la persona de cuya salud se trata si conociera la decisión adoptada (por ej. en las situaciones críticas de su falta de conciencia). La legitimación "*infraautónoma*" del acuerdo de la mayoría democrática tiene un despliegue significativo sobre todo ante la proyección social de la salud.

La *responsabilidad* en el campo de la salud es especialmente importante, en mucho por la primacía del poder médico, aunque parece que a veces es exagerada produciendo bloqueos en las decisiones que podrían contribuir a una mejor realización de la salud.

18. En nuestro tiempo en el ámbito de la salud la legitimación por los merecimientos de la *necesidad* de los beneficiarios tiende a avanzar sobre la que se refiere a los *méritos* de su conducta. Sin embargo, a veces se advierte que el desconocimiento de los merecimientos y los méritos de las personas en materia de salud hace que se destinen a objetivos de peso partidista y demagógico recursos que deberían destinarse a salvar la vida de personas altamente meritorias. La *adjudicación de recursos* en materia de salud tiene tensiones de particular interés.

19. La jerarquía axiológica del objeto repartido salud lo destaca como una base de toda adjudicación justa. La salud es fundamental para casi todas las otras potencias e impotencias requeridas por el valor justicia.

La audiencia y la fundamentación en materia de salud poseen jerarquías destacadas.

20. Para ser justo el régimen ha de ser humanista, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio, según lo hace en cambio el totalitarismo. El humanismo puede ser abstencionista, como es preferible, o intervencionista (paternalista). La salud es un ámbito donde los planteos *humanistas* y totalitarios, paternalistas y abstencionistas, entran en frecuentes conflictos. Pese a una larga trayectoria paternalista, viene ganando terreno el

abstencionismo. Las decisiones corresponden, en la mayor medida posible, a las personas de cuya salud se trate.

La desviación *totalitaria* es muy frecuente en el campo de la salud, se trate de una mediatización general, por ej. cuando los enfermos terminales son sometidos a tratamientos a menudo destinados sólo al progreso de la Medicina, de una mediatización internacional, donde los habitantes de los países pobres, sean ellos pobres o no, suelen ser tomados como elementos de experimentación para la Medicina de los países ricos (v. gr. con el ocultamiento de contraindicaciones de medicamentos) y de mediatización dentro de cada país, donde la pobreza es una vía particular de mediatización (por ej. para estudios médicos).

La realización del régimen de justicia requiere el respeto a la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres. En materia de salud, los hombres somos especialmente únicos, necesitamos con particular significación igualdad de oportunidades y nos desenvolvemos en una comunidad de realizaciones y riesgos. La comunidad conduce a la “res publica”; quizás pueda hablarse de una “res pública” de la salud.

La realización del régimen de justicia exige la protección del individuo contra los demás, como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y “*lo demás*” (enfermedad, miseria, ignorancia, desempleo, soledad, etc.). En la protección respecto de lo demás cabe considerar el resguardo directo contra la enfermedad, aunque la amenaza a la salud puede aparecer como perspectiva de la autoagresión, en la amenaza del propio individuo, o como despliegue del ataque de los demás en carácter de individuos y de régimen. Muchas lesiones en general y quizás sobre todo las lesiones mediante armas químicas son muestras de la posibilidad de ataque a la salud por los demás individuos y el régimen. La drogadicción es una de las posibilidades de autoagresión a la propia salud. Temas de gran significación son la problemática de salud incluida en el resguardo contra el encarnizamiento terapéutico y las cuestiones de eutanasia.

Además de los sentidos de la protección es relevante saber cómo se logrará el *resguardo*. En el caso de la salud, los instrumentos para la protección son particularmente importantes. Creemos que han de confluir el resguardo por los demás individuos, como tales y como régimen, por el propio individuo y quizás a través de “lo demás” (v. gr. la medicación, el trabajo, la educación, etc.)²⁹. Un tema de interés es si, ante la gravedad de las cuestiones de salud, cabe la protección mediante “hermosas mentiras”.

Los diversos regímenes, por ej. más liberales o socialistas, varían en la concepción de los peligros y la protección, en este caso, referidos a la a menudo particularizada problemática de la salud.

b) Las ramas del mundo jurídico

²⁹ Un tema de dudosa ubicación es el de las drogas “benignizantes”: es posible c. El Pentágono promueve la guerra psicofarmacológica, <http://www.attacmadrid.org/d/2/020718225511.php> (30-4-2005).

21. Según hemos señalado, las nuevas ramas a considerar en el mundo jurídico, como el Derecho de la Salud, están llamadas a enriquecer, no a sustituir, a las tradicionales. Para comprender mejor las posiciones y relaciones respectivas (en el panorama de la *Teoría General del Derecho* en su aspecto abarcativo) pueden aprovecharse las enseñanzas de la *teoría general de las respuestas jurídicas*, sobre todo de los contactos entre respuestas³⁰. En este panorama pueden detectarse fenómenos de “plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución, fáctica y conceptual y asimismo es factible apreciar condiciones de aislamiento y relaciones de coexistencia de unidades “independientes”, dominación, aislamiento y desintegración. Es importante apreciar, v. gr., cuál es la medida en que una rama califica a los fenómenos (v. gr. si hay calificaciones de salud o genéricamente administrativas o comerciales) y si una rama tiene o no capacidad de rechazar imposiciones de la otra (por ej. si el Derecho de la Salud puede o no rechazar las soluciones meramente administrativas o comerciales).

3) Horizonte de política general

22. A semejanza de la referencia al complejo jurídico a través del integrativismo de la teoría trialista del mundo jurídico, elaborado dentro de la concepción tridimensional del Derecho, es posible hacer referencia al complejo político general en el integrativismo de una *teoría trialista del mundo político*, desarrollado en una concepción tridimensional de la Política³¹. Ese complejo político tridimensional socio-normo-axiológico, referido a actos de coexistencia captados por normas y valorados por valores de convivencia, permite reconocer diversas ramas políticas signadas por distintos valores convivenciales entre las que cabe reconocer, junto a la política jurídica o Derecho (referida al valor justicia), la *política sanitaria* identificable por exigencias del valor salud.

El Derecho de la Salud abre el camino al diálogo con la política sanitaria. Otras ramas del mundo político, con las que ha de desenvolverse el diálogo con la política jurídica y la política sanitaria, son la política científica, la política económica, la política artística, la política religiosa, la política educacional, la política de seguridad, la política cultural en general, etc.

30 Pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976 (también en “Investigación ...” cit., N° 37, págs. 85 y ss.). Es posible v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 33/76; también, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

31 Es posible v. nuestro libro “Derecho y política” cit.