

# EL DERECHO DE LA SALUD ANTE UNA NUEVA ERA HISTÓRICA

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI \*

**Resumen:** Se utiliza el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico para mostrar la conveniencia de referirse, sobre todo ante el desarrollo de los derechos humanos y en una nueva era, al Derecho de la Salud, más amplio que el derecho “a” la salud, como rama jurídica “transversal” que enriquece los planteos de las ramas jurídicas tradicionales.

**Palabras clave:** Derecho de la Salud - Bioderecho - Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico - Ramas del mundo jurídico - Nueva era.

**Abstract:** The tridimensionalist integrativism of the Trialist Theory of the Juridical World is used to show the desirability of referring to Health Law –especially considering the development of human rights and in a new era–, which is broader than the right “to” health, as a “crossing” legal branch that enriches the proposals of the traditional juridical branches.

**Key words:** Health Law - Biolaw - Integrativism - Tridimensionalism - Trialist Theory of the Juridical World - Branches of the juridical world - New era.

El objetivo de nuestra exposición nos presenta tres elementos para ser integrados en un determinado equilibrio: “Salud”, “Derecho” e “Historia en una nueva era”.

No voy a referirme a la *Historia* en general, porque lo he hecho en otras oportunidades en este medio, pero sí he de hacer presente que a mi parecer no es insostenible afirmar que el hombre es un animal histórico. A mi entender, y no es una novedad decirlo, quien no sabe Historia no sabe Derecho. En parte, también lo expresó recién el profesor Francisco Parenti. Sin embargo, las nociones de Historia, Salud, y Derecho que manejamos son construcciones que se van produciendo en la Historia y varían según las culturas y los individuos.

Considero que vale hacerlo presente: vivimos una *nueva era histórica* que, como tal, es más que una simple edad. La variación de era es mucho más que un cambio de edad histórica. Ella se debe sobre todo a las posibilidades tecnológicas en el marco de la

---

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

genética humana; el cambio en el patrimonio genético de la humanidad es una enorme revolución en la Historia, como nunca ocurrió en lo que se sabe de la vida de las especies. Por primera vez una especie puede dirigir casi radicalmente su porvenir.

El complejo *Salud* es, muy claramente, algo por “descubrir” o incluso algo cuyo concepto también se ha de construir, pero con enormes dudas. Considero que se trata de una construcción muy difícil, incluso porque los límites de lo inanimado y lo animado son con frecuencia borrosos, pero tal vez sobre todo porque la idea de Salud está hoy insatisfactoriamente prisionera de la Medicina, y ésta, a mi juicio, con sentido a veces pernicioso, está muy relacionada al modelo biológico e incluso individualista y mecanicista.

Se trata de la Medicina concebida sólo como una “ciencia natural” más, en muchos aspectos empobrecida por la radicalización de las ideas individualistas y mecanicistas que predominaron en el momento más “constitutivo” del campo médico. Mucho se debe a quienes aportaron las relaciones de la Medicina con las ciencias naturales y la experimentación e incluso el sentido de la individualidad que predominó durante largo tiempo. Mucho se debe a una tradición que encuentra raíces en Hipócrates y culmina en figuras como las de Paracelso, Vesalio, Locke, etc., pero también hay que tener en cuenta los aportes de las Humanidades y las Ciencias Sociales, que mucho crecieron a partir del siglo XIX. Es más, la Salud excede el no estar enfermo. La Medicina se ocupa de la Salud de una manera principal, pero ni siquiera en su modelo superior de las actuales limitaciones agota el problema de la Salud.

La manera hoy predominante de construir la noción de Salud implica el concepto de orden, que a muchas personas les resulta satisfactorio, aunque a otras nos parece mutilador. La Salud y la vida exceden el orden y la “normalidad”. Los conceptos responden a intereses y en este caso hay personas muy satisfechas con el concepto médico biologista y también mecanicista e individualista, que se acerca más a la “Salud” de los integrantes de los grupos dominantes; a mí no me parece suficiente.

Volviendo al problema médico, hay que reconocer que integrar no es negar, ni establecer dominaciones inversas a las que se desea superar, y es relevante prevenir que lo que suele ocurrir cuando hablamos de la Medicina no biologista e incluso no mecanicista e individualista es que en ciertos casos caemos en la Medicina que ya no cumple con los requisitos, con las expectativas mínimas de la sociedad, porque en esos casos a veces los médicos saben Antropología pero no saben “curar”, lo cual no es la solución.

El camino es, a nuestro parecer, una *complejidad pura* que supere, no ignore los aportes de la Medicina ahora tradicional. Esta construcción les requerirá el precio de elevarse progresivamente por *sobre* el nivel biologista, mecanicista e individualista, no al

costado, para que algún día haya médicos con la “cabeza” integrada, médicos integrados. Es más, para que un día haya especialistas en Salud con la cabeza integrada. La Medicina es una actividad profesional tridimensional que, como profesión se inspira en un valor específico que es la Salud, en la Verdad de su saber y en la Utilidad, pero a nuestro parecer en la Medicina no se agota el problema de la Salud.

La idea de Salud que pretendo construir es muy compleja. Me parece que no hay que apartarla de la Medicina biológica, mecanicista e individualista, pero debe cambiar su concepto formando integradamente, como decimos, el plexo “Salud”. Estimo que a esa superación tiende, aunque de manera muy discutida, la Organización Mundial de la Salud, con su concepto de Salud. Algunos lo admiten, otros dicen que es demasiado amplio o reducido, pero marca un camino diferente. Me toca dirigir el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, que tiene áreas de Derecho de la Salud y de Bioderecho y un becario doctoral del CONICET que hace su tesis en Derecho de la Salud y aprecio las dificultades enormes que se encuentran para construir la noción de Salud. Diría, a lo mejor, necesitamos un médico y un especialista que vuelvan de alguna manera al paradigma hipocrático, pero con todo el acervo ahora de cierto modo milenario de la “Medicina científica”.

En este caso, procuro construir una noción de Salud aprovechando el modelo del *integrativismo tridimensionalista trialista* que ustedes conocen y trataré de contar en cuanto es necesario en esta circunstancia. El integrativismo tridimensionalista trialista no se refiere exclusivamente a la normatividad, la realidad social o los valores y construye el objeto jurídico con los tres enfoques. El reconocimiento trialista de la Salud lleva al reconocimiento de la especificidad del *Derecho de la Salud* y, paralelamente, del Bioderecho. El Derecho de la Salud se ocupa de todas las cuestiones jurídicas vinculadas a la Salud, el Bioderecho de las cuestiones jurídicas de la Bioética.

La Salud *hace particulares* todos los problemas jurídicos. Como una primera aproximación, vale señalar que siempre, y ahora de manera especial, un médico y un enfermo no son administrados ni contratantes indiferenciados, que una medicina no ha de ser una simple mercancía y que el cierre de un hospital no es análogo al de cualquier oficina administrativa, ni el de un sanatorio equiparable al de cualquier empresa.

No se pretende sacar a la Salud de los ámbitos problemáticos del Derecho Constitucional, Internacional Público y Privado, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, Comercial, del Trabajo, etc., pero sí mostrar que, sobre todo en nuestro tiempo, se requiere asimismo una lectura “transversal” de los aspectos jurídicos de la Salud que enriquezca todas esas perspectivas ya establecidas.

En la *dimensión sociológica*, el trialismo refiere el objeto jurídico a adjudica-

ciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida. Estas adjudicaciones son originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar o son producidas por la conducta de seres humanos determinables. Las primeras son denominadas distribuciones; las segundas son llamadas repartos. Tenemos así un gran problema, de cierto modo inicial: la relación de la Salud con la *naturaleza*. ¿En qué medida la naturaleza influye en el desarrollo y la pérdida de la Salud? Se ha pensado la salud en relación de mera oposición a la enfermedad (no firmeza) natural. Sin embargo considero que esa enfermedad, sobre todo la “no firmeza” tradicional, es sólo un despliegue de la falta de salud.

Luego hay que considerar la relación de la Salud con las *influencias humanas difusas*, con el obrar humano difuso. La Salud es un fenómeno vinculado, por ejemplo, a la religión. En cada idea de religión subyace una idea de Salud y, por ejemplo, cosas que para nosotros, los occidentales, pueden ser enfermizas, para un musulmán pueden ser saludables o a la inversa. Me parece interesante establecer la trama entre Salud y religión.

Otra vinculación problemática relevante es la que puede establecerse entre la Salud y la Economía. Evidentemente, cada sistema económico tiende a construir una idea de Salud y a influir en su desarrollo o su pérdida. Para nuestra cultura occidental, un hombre sano es, sobre todo, un hombre que se adecua a las necesidades del sistema capitalista. Un hombre no está “sano” en el sistema actual, y lo estoy diciendo con cierto sentido crítico, si no se puede adaptar al paradigma de las necesidades de la producción, la distribución y el consumo. En cambio, en otras culturas un hombre está sano si, por ejemplo, tiene músculos muy fuertes, cosa que en este tiempo en Occidente casi no se necesitan.

¿Nosotros “optamos” por construir la noción de Salud o ésta es resultado de tales fuerzas que nos exceden? ¿Somos libres o creemos que somos libres cuando construimos la idea de Salud y procuramos realizarla? Si somos libres, se nos hace necesaria la idea de reparto. Si hay conducción, entendemos que hay es reparto.

En la consideración del reparto aparecen los *repartidores*, los *recipiendarios*, los *objetos*, las *formas* y las *razones*; en este ámbito, en cuanto producen potencias e impotencias de Salud.

El médico ha sido y todavía es un gran *repartidor*, un gran constructor de la idea de salud y de su realización. En nuestro tiempo también lo son los pacientes. Quizás algún día se desarrolle el papel conductor del sanitarista. Pero hoy, además, aparecen los protagonistas del mercado constituyendo y realizando la idea de salud; por ejemplo lo hacen los empresarios de la salud; sus empresas van desde los laboratorios hasta las empresas de moda. ¿Qué es ser sano? Ser gordito es ser enfermo, ser flaco, al tiempo de

morir de delgadez es ser sano, ¿quiénes dijeron que eso es ser sano? ¿Cuándo eso que se plantea como sano me hace sano o enfermo según los criterios que considero aceptables? Me parece que hay una gran cantidad de repartidores sorprendentes; que habría que decir quiénes construyen la idea de salud e influyen en su realización o no realización.

Luego están quienes son los que reciben la idea de salud y sus concreciones, es decir, son *recipiendarios*. Estos individuos son muy diversos. Creo que cualidades de los hombres que nos resultan muy valiosas pueden quedar bloqueadas por la idea presente de Salud. Se “es” sano si se responde a ciertas expectativas predominantes. Tal vez San Francisco de Asís, al elegir la pobreza, hoy sería un hombre enfermo; quizás también lo sería Madame Curie cuando opta por sus investigaciones. Me parece que es importante determinar la selección que hacen el mercado y sus conductores admitiendo la diversidad sólo cuando se adecua a sus necesidades.

En cuanto al *objeto* del reparto: ¿qué es tener salud, de cierto modo ser “sano” y qué es ser “enfermo” y cómo se producen las concreciones al respecto? Lo que en el siglo XIII y en el siglo XIX era sublime, en el siglo XXI puede ser enfermo. Como hemos dicho, hay que saber quiénes construyen respecto de la Salud, quiénes se benefician y perjudican, pero asimismo ¿qué es la Salud, al menos qué construimos como Salud? La Salud es tener un cuerpo que funciona bien, una mente que funciona bien, una buena inserción social, vivir en bienestar, vivir feliz...

En cuanto a la *forma*: ¿cómo se determina la idea de ser sano, incluso cómo se establece la idea de ser enfermo? ¿Hay audiencia? El siglo XX ha logrado construir la idea de Salud con un grado de audiencia bastante importante, pero me parece que no es suficiente. La idea de Salud es algo determinado por ciertos sectores que escuchan a quienes les conviene escuchar, sobre todo el mercado escucha a quienes le conviene escuchar. Como resultado, en muchos aspectos no hay audiencia.

Otro problema que me parece interesante es el de las *razones* de los repartos, que abarcan los móviles, las razones alegadas y las razones sociales. En primer término vale atender a los móviles de la construcción de las ideas de Salud y enfermedad. ¿Es la construcción de las ideas de Salud y enfermedad móvil en sí misma? ¿Es la Salud un móvil en sí mismo? ¿Somos sanos porque queremos ser otra cosa? ¿Hay que ser sano para ser consumidor? ¿Se procura ser sano para estar ocupado? ¿Hay que ser sano para ser científico? A mí parece que aquí otra vez aparece algo, un móvil, que hay que desenmascarar, por ejemplo, los móviles de las empresas comerciales que construyen una idea de salud respondiendo a sus intereses.

Al menos aparentemente, la idea de Salud es una idea que la sociedad tiene como buena en su discurso, es más o menos razonable para la sociedad hablar de ella.

Creo que hoy es más razonable hablar de Salud que de santidad. En el siglo XIII, a lo mejor acosados por las muertes masivas, los occidentales se proyectaban a un mundo del más allá y cabía más hacer un discurso de santidad que uno de salud. Ustedes se imaginan que San Francisco no hubiera obtenido el sorprendente auditorio que logró si hubiera propuesto “seamos sanos”, les dijo que fueran santos. Un discurso de Salud es más o menos recibido en una sociedad. Me parece que por fortuna en Occidente nos hemos despegado de algunas ideas muy absorbentes y la Salud hoy es tenida por buena, es razonable, aunque no sepamos bien qué es ser sanos ni siquiera no estar enfermos.

Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos. La definición de la idea de Salud e incluso de enfermedad es un fenómeno de *autoridad* incalculable. El que puede definir lo que es ser sano, sobre todo en nuestra cultura, tiene un poder incalculable. Sin embargo, en nuestros días hay, al menos en apariencia, cierta *autonomización* de los repartos respectivos.

Los repartos se *ordenan* a través de la planificación, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, y de la ejemplaridad, desenvuelta según la razonabilidad.

Como la sociedad sostiene que se debe ser sano, tener la posibilidad de *planificar* al respecto posee una descollante importancia. Por ejemplo: una planificación acerca de la salud y la admisibilidad sexual es, en gran medida, una planificación social. El cambio de la razonabilidad social en tal sentido ha significado una gran mutación social.

Vale referirse específicamente también al orden según la razonabilidad, es decir, la *ejemplaridad*, que despliega espontaneidad y se concreta en parte en la costumbre. ¿Qué es lo que la costumbre considera Salud? La idea de Salud “vive”. Por ejemplo, a lo mejor, la mujer que según crónicas de estos días mató a su hijo y lo puso en el colchón, en realidad no percibía el valor Salud, porque la sociedad lo construyó de otra manera. Habría que tener en cuenta las costumbres de esos pueblos que poseen una idea de Salud diferente. O sea: vale considerar ¿quién es esa persona que tengo frente a mí y qué idea de Salud posee? Si yo le impongo mi idea de Salud, es muy posible que le esté imponiendo, por correspondencia, mi esquema de poder y mi propio grupo.

En gran medida, la Salud y la enfermedad son piezas del *orden* y del *desorden*. La planificación y la razonabilidad del siglo XIX establecían con cierta energía que Van Gogh era un enfermo; hoy, afortunadamente, la laxitud permite decir que Van Gogh no era un enfermo, sino un hombre quizás sano y seguramente descollante. Hay un poder detrás de la autoridad y la planificación en materia de Salud, un poder intangible en la sociedad. “Usted debe ser tal cosa o tal otra; si Usted no lo es, no es sano, quizás es enfermo”. Me parece, por ejemplo, que las ideas de Foucault sobre la locura en la época

clásica son típicamente el reconocimiento de la idea de ese enfermo que no se adecua a los modelos con que se establecen el control social, el poder social.

Hace muchos años realizamos unas Jornadas sobre la idea de *normalidad*. La idea de normalidad es un enorme paradigma autoritario y de planificación, cuando la sociedad establece qué es normal, ejerce poder de manera abrumadora. Yo siempre he amado a los anormales, porque me gusta romper los moldes de la normalidad. Le temo a la idea de normalidad, como le temo a la misma idea de Salud. ¿Qué cosa es ser sano? Es muy difícil responder. Importa estar sano y al propio tiempo nos sirve estar sano, pero... No puedo imponer a los demás lo que tampoco sé para mí. Yo voy viviendo y me preocupo por ciertos parámetros que llamo de Salud, mas no quisiera imponérmelos a mí ni imponérselos a los demás...

Adelantándome a la dimensión dielógica (que en este caso podría tal vez remitir, asimismo, a la divinidad Higea, diosa de la Salud, o a Asclepio, dios de la Medicina –Esculapio para los romanos–), podría decir que –al menos para mí– el *hombre*, es más, la *vida humana*, son más que la Salud. El hombre es un ser cognoscible y no suficientemente conocido, que forma y de cierto modo vive la idea de Salud.

Es peligrosa la idea de Salud “cerrada”. Tal vez pueda decirse que la Salud es algo como la Justicia, sabemos que hay o por lo menos nos importa muchos referirnos a ellas, pero no sabemos qué son.

El orden en camino de la justicia pacífica, de cierta manera es paz y la Salud, según la construimos, tiene una fuerte relación con la *paz*. Tal vez no sea por azar que el nombre de Imhotep, primer médico egipcio, real o mítico, quería decir el que avanza, viene o llega en paz.

Los repartos tienen *límites necesarios*, producidos la naturaleza de las cosas. Ellos son principalmente físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos y socioeconómicos, pero también hay relevantes límites especiales para los proyectos cuando se trata de cuestiones vitales. La Salud encuentra un límite tradicional en lo que llamamos enfermedad.

Los repartos de Salud suelen hallar límites físicos notorios. Los médicos e incluso grandes sectores de la sociedad son a veces prisioneros psíquicos de la idea de Salud, creen entonces que mantener a una persona sana es mantenerla medicada aunque sea en situaciones casi de muerte. En esos casos aparecen por un lado el encarnizamiento terapéutico y por otro la gente que va a pedirle al médico, y luego al juez, que le reconozcan su derecho a morir. Yo mismo fui prisionero del modelo biólogo, porque mi querida madre agonizaba en estado de coma terminal e hice que la mantuvieran con vida, al menos respirando, desesperadamente, porque identificaba su vida y quizás su Salud con eso que le estaba sucediendo. Pretendí mantener vivo un cuerpo que ya no

servía para la Salud, y tal vez volvería a hacerlo. A lo mejor, mi madre no hubiera querido que yo procediera así. Los límites sociopolíticos y socioeconómicos de la Salud son también notorios, al punto que muchos millones de personas mueren por falta de recursos, incluso sin que medie la decisión de evitarlo. Los límites necesarios suelen ser expresión de la constitución material formada por el juego de los factores de poder y esto se evidencia, v. gr., en el papel que a menudo tienen las grandes empresas de medicamentos. En cuanto a los límites especiales, cuando las cuestiones se hacen vitales, los proyectos se replantean; por esto a veces se discute la viabilidad de las disposiciones respecto de la Salud, v. gr. las disposiciones “vitales” (“testamentos vitales”).

En la *dimensión normológica*, el *trialismo* se refiere a normatividades que captan repartos proyectados, describiéndolos e integrándolos. Cuando las normatividades tienen carácter “promisorio” son llamadas normas. Dado el carácter promisorio de las normas, mucho importa su cumplimiento, es decir su *exactitud*. En cuanto a las numerosas normas del Derecho de la Salud, tiene destacada importancia la exactitud y es relevante señalar que muchas de ellas no se cumplen.

Como juicios que son, las normas se componen de antecedentes que captan el sector a reglamentar y consecuencias jurídicas que captan su reglamentación. Cada una de ellas tiene características positivas que deben estar presentes y características negativas que han de estar ausentes para que las normas se cumplan. A nuestro entender, la Salud, frecuente problemática de las normas, puede ser preservada en una característica negativa de todas ellas: ninguna norma debe cumplirse si afecta a la Salud debida de las personas (orden público de Salud).

Las normas tienen como *fuentes formales* autobiografías de los repartos: constituciones formales, tratados, leyes, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, contratos, etc. El número y la jerarquía de las fuentes formales de normas del Derecho de la Salud se han incrementado sorprendentemente, en los ámbitos interno e internacional.

Para que los repartos proyectados captados en las normas se realicen es necesario que éstas funcionen. El *funcionamiento* de las normas es un complejo de tareas que abarca el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis. Todas estas tareas suelen quedar afectadas por las particulares exigencias de la Salud. Un despliegue muy interesante es, por ejemplo, la posibilidad de rechazar una norma cuando produzca consecuencias “disvaliosas” de injusticia en cuanto a la Salud (carencia o laguna “dikelógica”).

Me parece que el despliegue de la Salud, como se dijo ayer reiteradamente, necesita *principios*. No podemos usar sólo reglas generales especificadas para resolver problemas que son muy graves en cada circunstancia. Por eso además de legisladores

necesitamos jueces y Comités de Bioética, porque, como expresaban ayer, el Derecho no debe aislarse de la Ética; si no hay Ética el derecho no funciona. Ayer hablé de una Ética del complejo de pronombres personales y en momentos volveré sobre el tema: tiene que haber una Ética del “yo”, el “tú”, el “él”, el “nosotros”, el “vosotros” y el “ellos”. Sin esos pronombres es muy difícil una Ética de la Salud y de la vida, es muy difícil que el Derecho pueda hablar de ella.

Cuando las normas confluyen en una realidad donde no caben, se necesita la tarea de síntesis. Esta se presenta, por ejemplo, en los conflictos de la asignación de recursos.

Los encargados del funcionamiento de las normas son en gran medida los jueces, pero en el ámbito de Salud aparecen también con gran significación los médicos y los administradores sanitarios. Entre autores de normas y encargados del funcionamiento suelen presentarse importantes conflictos, también en el Derecho de la Salud.

Las normas captan la realidad de los repartos mediante conceptos que les dan precisión y los integran con sentidos. Salud, médico, dentista, enfermero, enfermo, hospital, sanatorio, medicamento, quirófano, etc. son algunos de los *conceptos* muy relevantes en el despliegue de la Salud. Los conceptos pueden ser más institucionales, cargados de ideas e indisponibles para las partes o negociales y disponibles. Lo propio ocurre con los conceptos referidos a la Salud que acabamos de señalar. Hasta no hace mucho, la idea de Salud era uno de los más institucionales, es decir, un concepto que se imponía a las personas. A mi parecer, afortunadamente la Salud hoy es más negocial y cada persona puede construir para sí qué es estar sano; tenemos una autonomía mucho mayor.

Aunque sabemos que hay ideas ocultas que la sociedad pone en la cabeza de la gente sin que ésta lo sepa, estimo que la referida autonomía es valiosa. Además, siempre hay que tener mucho cuidado con la demasiada institucionalización de la idea de salud, porque las instituciones son ideas y, como ideas, pueden devorar a las personas.

Dada la gran complejidad de la causalidad de la Salud, gran parte de las obligaciones al respecto son *de medios*, no de resultados.

El orden de repartos es captado por un *ordenamiento normativo* que abarca diversos subórdenes. Importa construir el *subordenamiento normativo* de la Salud para tener en cuenta sus especificidades, que orientan interna y externamente preferencias analógicas y de principios generales.

La *dimensión dikelógica* somete a los repartos y las normas a un complejo axiológico en el cual se destaca la *justicia*. Sin afirmar o negar que existan valores naturales u objetivos, creemos que es posible arribar, respecto de los valores, a consensos en base a las cuales puedan desarrollarse razonamientos de rigor. Además de la justicia, a nuestro entender ocupan lugares destacados en ese complejo la Salud, la Utilidad, la

Verdad, la Belleza, la Santidad, etc. Las referencias a la Salud contribuyen a identificar al Derecho de la Salud. Atendiendo a la remisión griega a Higea, diosa de la Salud, quizás pueda hacerse referencia a un despliegue valorativo “higielógico”.

Tomando en cuenta los ámbitos y niveles que se les adjudiquen, los valores pueden estar en relaciones de coadyuvancia y de oposición, de carácter legítimo, o de secuestro, en que un valor se atribuye ilegítimamente el material estimativo de otro. Es importante que la Salud y la Justicia guarden relaciones legítimas y, en especial, en nuestro tiempo, que la Utilidad no secuestre el espacio que corresponde a aquéllas. El Derecho de la Salud requiere un importante grado de coadyuvancia por integración de la Justicia y la Salud. Ambos valores necesitan en gran medida de la Utilidad, sobre todo en días de enorme costo de las investigaciones y las prestaciones médicas, pero están con frecuencia sometidos a secuestros de su material estimativo por la Utilidad.

Un problema relevante es el de la aceptación o no del valor *humanidad*, es decir, del deber ser de lo humano, con prescindencia de todos los otros valores. Las vinculaciones entre los otros valores dependen mucho de ello. Por ejemplo, en nuestro caso es relevante para la Justicia y la Salud saber cuánto vale un hombre que, al menos hipotéticamente, no tiene ningún otro valor.

Un gran problema de este tiempo es la gente “inútil”, en este caso de manera principal la Salud de la gente “inútil”. Yo creo que el sistema va a terminar programando la vida, sobre todo genéticamente, para que no exista; o matándola. No se quiere y tal vez no se puede mantener la Salud de gente “inútil”. De cierto modo, es un capítulo muy radicalizado de la tragedia de la excesividad de la vida respecto de los modelos culturales, sean económicos, religiosos, etc. El sistema capitalista se cierra, mantiene un índice de vida de reserva, y luego tiende a deshacerse de ella.

Este es, a menudo, el problema del “piquetero”. El piquetero es “inútil”, pero vive, y el sistema no sabe muy bien qué hacer con él. A menudo se realiza, lamentablemente, una manipulación política de una cosa profunda. Tal vez el gobierno argentino “use” a los piqueteros, pero el sistema no los necesita, y esto es, de diversas maneras, un problema que me parece mundial, no un problema sólo de la Argentina. Están allí y no “sirven” en un sistema que no comprende a la inutilidad, que descarta a lo que no sirve. En el sistema todo tiende a convertirse en mercancía, pero la vida inútil, en tanto se mantenga tal, no lo es.

Alguna vez escribí en relación con estas cuestiones un trabajo de Bioética que denominé “Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida “inútil””.

Siguiendo ideas de Aristóteles pueden recorrerse diversos caminos para el

pensamiento de la justicia que es posible denominar clases de justicia. Entre esas *clases de justicia* hay varias parejas especialmente vinculadas a la Salud. Por ejemplo, son interesantes las sendas de la justicia consensual y extraconsensual; con o sin consideración de personas (de personas o de roles); simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias y las impotencias); monologal y dialogal (de una o varias razones de justicia); conmutativa y espontánea (con o sin “contraprestación”); “partial” o gubernamental (desde la parte o el todo); sectorial o integral (hacia parte o el todo); de aislamiento o de participación y particular o general (en este caso, dirigida al bien común). Nuestro tiempo se encamina a pensar la Salud de manera más consensual y, si bien en general avanzan la justicia sin consideración de personas, simétrica (en relación con la simetría que brinda la moneda) y monologal (económica), hay cierta tendencia a la justicia con consideración de personas (por la no discriminación), asimétrica (con el reconocimiento de la incomparabilidad de la Salud), dialogal (por las diversas aspiraciones a la Salud), espontánea, gubernamental, integral, de participación y, tal vez, general.

¿Se ha de considerar a los hombres sanos para determinados roles o más allá de ellos? ¿Se es sano sólo para ser alumno, profesor, investigador, jardinero, comerciante, etc. o hay una Salud que excede los roles, referida a la persona?

¿La Salud es fácilmente simetrizable, tiene precio? ¿Cómo debe indemnizarse? La Justicia dialogal vincula a la Salud con los problemas de asignación de recursos. ¿Sólo debe adjudicarse Salud mediante “contraprestación”? A nuestro parecer, existen fuertes títulos para fundamentar servicios de Salud gratuitos. La voz popular dice que la Salud no tiene precio, pero en ciertos ámbitos capitalistas se cobra muy significativamente, es decir, se cobran los medios al respecto.

Como la justicia particular caracteriza en gran medida al Derecho Privado y la justicia general identifica en mucho al Derecho Público y hay dudas acerca de la Justicia de la Salud en uno u otro sentido, también hay dudas acerca del carácter *privatista* o *publicista* del Derecho de la Salud. Vale preguntarse incluso cuánto los servicios de Salud deben ser privados o públicos. A mi parecer, al menos debe existir un sistema público básico y eficiente respecto de la Salud. Es notoria, además, la problemática de la Salud Pública.

Otra clasificación de la Justicia se refiere a la partida y la llegada. En la primera se proyecta lo que se tiene hacia el porvenir; en la segunda desde el porvenir deseado se ajusta lo que se tiene. ¿En qué medida la Salud es un problema en que con criterio de *partida* hay que prolongar lo que tenemos y cuánto la Salud es una cuestión en la que con sentido de *llegada* hay que hacer prevalecer el futuro deseado? ¿Cuánto hay que realizar tratamientos que no llevan al éxito futuro? ¿Cuánto ha de prevalecer la vida de un

anciano o la de un niño?

Otra cuestión de la Justicia es la *equidad*, que lleva a pensar en ella en el desenvolvimiento de la Salud.

La Justicia es una categoría “pantónoma”, referida en el Derecho a la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras. Como esa totalidad nos es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de “fraccionarla” logrando *seguridad jurídica*. Un debate muy significativo es el de los alcances de la Salud, para muchos es una categoría “monónoma”, referida a cada caso, sin embargo, la intergeneracionalidad, las epidemias y las pandemias contribuyen a sostener la posición de que tiene ribetes “*pantónomos*”, referidos a todos los casos.

La Justicia se refiere a *complejos* personales, materiales y temporales y lo propio ocurre con la Salud. ¿En el aspecto personal, la Salud es una “empresa” individual o colectiva? ¿Cuáles son sus alcances materiales? ¿Cuánto dura? Cuando hablamos de estar sanos generalmente nos referimos a fraccionamientos. A veces se dice que “estar sano” es el resultado de no haber sido suficientemente estudiado. Proyectándose al futuro en general, aparecen los despliegues preventivos de la Salud, por ejemplo, en la Medicina preventiva. El nombre de Koch e incluso los de Jenner y Pasteur mucho significan a este respecto.

La pantonomía de la Justicia se refiere a los alcances de las consecuencias. Importa saber cuáles son los alcances de las *consecuencias* de lo que se hace respecto de la Salud. Retomando el tema de los pronombres personales, la Salud es, en alguna medida la mía, la tuya, la de él, la nuestra, la vuestra y la de ellos. Mucho de lo que hemos planteado en las dimensiones sociológica y dikelógica presenta un problema de mayor generalidad y “socialidad” o mayor particularidad e individualidad de la problemática de la Salud. De algún modo, en la Salud hay una cuestión de supervivencia no sólo del individuo sino de la especie. La Salud de unos está, en alguna medida, en la de los otros. Tal vez, sin embargo, para “soltar la Historia”, hoy se prefiera a menudo hacer más referencia a la “propia salud” del sujeto. Una pregunta de mucho valor es la que se refiere a la sustentabilidad de esta Salud recortada.

La relación de la Salud con la *seguridad* es muy estrecha. Para estar seguro hay que estar sano e importa asegurar la Salud. Este es un problema fundamental; el aseguramiento de la Salud es un cometido individual y social. La persona tiene seguridad si está sana y tiene que tener seguridad para estar sana.

Un tema de especial debate es el del contenido de la Justicia. Werner Goldschmidt propuso con carácter objetivo y natural el *principio supremo* de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir convertirse en

persona. Este principio podemos adoptarlo como *base de un consenso* que también permita desenvolvimientos rigurosos. En relación con él pueden pensarse repartos y regímenes justos, en este caso, en relación con la Salud.

En cuanto al reparto, hay que avanzar en las ideas de repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones justas, en este caso, obviamente, respecto de la Salud.

La justicia de los *repartidores* se basa de modo principal en la autonomía (acuerdo de todos los interesados) y relativamente en sus figuras relacionadas de paraautonomía (acuerdo en cuanto a la calidad de repartidor), infraautonomía (acuerdo de la mayoría) y criptoautonomía (acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer lo que se hace). Por otra parte existe la legitimación aristocrática (superioridad moral, científica o técnica). La legitimación para la Salud se ha basado tradicionalmente en la aristocracia médica, con especial afinidad con la beneficencia y la no maleficencia, pero hoy ha avanzado mucho la autonomía de los pacientes. Es más, también hay despliegues de legitimación democrática. Las relaciones de legitimación autónoma, democrática y aristocrática respecto de la Salud son interesantes y a veces tensas. ¿Tiene la sociedad derecho a discutir y definir lo que es Salud o ha de resultar esto de un diálogo entre el médico y el paciente? A menudo, además, el médico –por ejemplo en la soledad del quirófano– ha de actuar como repartidor criptoautónomo.

Un tema relevante es el de la *responsabilidad* de los repartidores, en este caso más particular o social. ¿En qué grados se es responsable por la Salud individual o social y de maneras individual o social?

La legitimación de los *beneficiarios* depende en gran medida de las necesidades o la conducta, es decir, de los merecimientos o los méritos. El debate al respecto en cuanto a la Salud, por ejemplo en la adjudicación de recursos, es intenso y significativo. Entre los principios del Derecho de la Salud y el Bioderecho han de estar los de protección de los hombres como sujetos de Salud (estén o no enfermos) y de los operadores de la Salud (por ej. los médicos).

La justicia del *objeto* presenta *objetos* dignos de ser repartidos, es decir, “repartideros”. Entre ellos ocupa un lugar destacado la *vida*, con sus proyecciones de dar vida y quitar vida, con referencia a uno mismo o los demás. Esto se vincula con problemas fundamentales de la problemática de la Salud. Es obvio que, en nombre de la Salud, no puede pedirse un viaje a Tailandia para mejorar las condiciones psíquicas, como se indicó en estas Jornadas. Sin embargo las cuestiones de Salud poseen una importancia descolante. En ellas va lo que quizás más nos importa, la tensión entre los instintos básicos de vida y muerte, en nuestros días muy relacionados con las condiciones tecnológicas. Uno de los principios muy significativos de nuestras ramas jurídicas es,

precisamente, el de preservación y desarrollo de la vida humana.

Temas relevantes son la forma y las razones debidas en los repartos. La forma se vale de la audiencia, las razones hacen a su fundamentación. Ambas temáticas son relevantes en las cuestiones de Salud. La *audiencia* de los beneficiarios de la Salud, por ejemplo los pacientes, es muy significativa. Asimismo es importante la audiencia en temas de Salud Pública. También es muy relevante la *fundamentación* de los repartos de Salud, por ej. los repartos médicos. Estas cuestiones se relacionan de manera estrecha con el consentimiento informado.

Para ser justo el *régimen* ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, debe ser *humanista* y no totalitario. Las exigencias humanistas del régimen en cuestiones de Salud, donde a menudo las personas son mediatizadas, son muy importantes. El ámbito que nos ocupa es muchas veces un espacio de mediatización de los más débiles en aras de la experimentación. El humanismo ha de ser preferentemente abstencionista y excepcionalmente intervencionista (paternalista). Esto se vincula con la autonomía que debe reconocerse al paciente y al sujeto de Salud en general.

Para ser humanista el régimen debe respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. La Salud, según la concebimos, es *única* en cada hombre, *igualitaria* y *comunitaria*. La Salud de cada hombre tiene caracteres muy específicos. Nadie, sean cuales fueran sus condiciones, debería morir o sufrir por causas que de acuerdo al estado tecnológico podrían evitarse. Las posibilidades tecnológicas de nuestro tiempo favorecen la planetarización, pero ésta no debe resolverse en términos de globalización/marginación sino de universalización respetuosa de los individuos y los pueblos. Uno de los despliegues de la *universalización* ha de ser el reconocimiento de la Salud planetaria en la unicidad, la igualdad y la comunidad, en este sentido, de la *comunitarización de la Salud* como empresa de la especie.

Con miras a la realización del régimen justo se ha de proteger a cada individuo contra los demás como tales y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, desempleo, soledad, etc.). Mucho de esta *protección* se relaciona con la realización de la Salud. El amparo del individuo contra el régimen se concreta de modo particular en el debilitamiento del régimen y el fortalecimiento de los individuos a través de los derechos humanos, que constituyen uno de los pilares de la eticidad de nuestro tiempo. El debilitamiento del régimen ha de lograrse, por ejemplo, a través de la división de poderes y la constitución de entidades autónomas. También es relevante la *división de poderes* y la *autonomía* en materia de Salud, pero a veces la urgencia de los problemas y la falta de actividad adecuada de los otros poderes lleva a una, en principio, excesiva intervención judicial. Los *derechos humanos* son uno de los

grandes requerimientos promotores del Derecho de la Salud y el Bioderecho.

El pensamiento jurídico se enriquece cuando se lo construye como parte de un *mundo político* construido de manera integrativista, tridimensionalista y trialista. En este caso, hay que incorporar al objeto político actos de coexistencia captados normativamente y valorados por el complejo de valores de la convivencia. Los actos de coexistencia son de oposición (como sucede en el repartir) o de agregación (según acontece en el compartir). La convivencia, o sea la coexistencia valiosa, se realiza a través de la supervivencia y la convivencia, donde culminan de maneras debidas la oposición y la agregación. La Salud se instala en términos de *oposición y supervivencia* pero también de *agregación e intervivencia*.

El mundo político así construido se diferencia en ramas signadas principalmente por distintos valores de convivencia, por ejemplo, la política jurídica (Justicia), la *política sanitaria (Salud)*, la política científica (Verdad), la política artística (Belleza), la política erótica (Amor), la política religiosa (Santidad), etc. También hay ramas de conjunto, como la política educacional (de despliegue de los valores), la política de seguridad (de recorte de los valores) y la política cultural (dirigida al conjunto de los enfoques de la convivencia). El Derecho es la política jurídica y, en los casos del Derecho de la Salud y el Bioderecho, tiene estrecha relación con la *política sanitaria*.

A nuestro entender, lo expuesto evidencia la necesidad, particularmente intensa en nuestros días, de la construcción del Derecho de la Salud y el Bioderecho como realidades jurídicas *materiales* tridimensionales *autónomas*, dotadas de principios propios, que deben tener reconocimiento legislativo, jurisdiccional, administrativo, profesional, científico y académico y que han de ser valoradas por la alta capacidad que poseen para la formación del jurista y el ser humano. Las Facultades de Derecho y las Universidades deben hacerse cargo, de manera creciente, de las tareas que les corresponden al respecto.