

ARTIGOS / ARTICULOS

El derecho de la salud en el complejo jurídico

Health law in the juridical complex

Miguel Angel Ciuro Caldani

Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, y en Ciencias Políticas y Diplomáticas, Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina
Profesor titular Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Resumen: Se propone evidenciar la necesidad de considerar al Derecho de la Salud, diverso del derecho a la salud, como una referencia transversal a todas las otras ramas jurídicas destinada a enriquecer sus desenvolvimientos. Se utiliza la metodología del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, según la cual en todo planteo del Derecho hay que considerar repartos de potencia e impotencia, captados por normas que los describen e integran y valorados por un complejo axiológico que culmina en la justicia. Se considera potencia a lo que favorece a la vida humana e impotencia a lo que la perjudica.

Descriptores: Derecho de la Salud; Integrativismo; Teoría trialista del mundo jurídico.

Abstract: This paper aims to highlight the need to consider Health Law, diverse from right to health, as a transversal reference to all other areas of law designed to enhance their developments. The methodology used is the tridimensional integrativism of the Trialist Theory of the Juridical World according to which, in every juridical approach there is partitions of power and powerlessness to be considered, captured by norms that describe and integrate them, and evaluated by an axiological complex culminating in Justice. It is considered power all that favors human life, and powerlessness all that endangers it.

Keywords: Health Law; Integrativism; Trialist Theory of the Juridical World.

1 Introducción

1. La mayor conciencia de los derechos humanos desarrollada en este tiempo ha incrementado la necesidad, en realidad siempre presente, de atender a la problemática de la salud en un complejo *integral, transversal* a todas las otras ramas jurídicas, que no ignora sino enriquece la presencia de las mismas ¹. A menudo se hace referencia al derecho a la salud, quizás mejor denominado derecho al respeto de la salud y a las prestaciones de salud, dado que no se trata de que asegurarse el logro de la salud. En muchos casos se hace referencia al Derecho Sanitario y al Bioderecho, que a nuestro parecer han de ser considerados partes del Derecho de la Salud, donde se abarca en su conjunto al complejo del régimen jurídico de la misma².

¹ Entre las causas relativamente recientes que incrementan la importancia de la problemática y las soluciones del Derecho de la Salud hay que tener en cuenta también las llamadas “revoluciones” demográfica y sanitaria.

² El Derecho Sanitario se orienta más a lo institucional y el Bioderecho a los desafíos del Derecho ante el desarrollo tecnológico. Se puede c. Eumed.net, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, La revolución integral de la salud y su impacto en la legislación laboral cubana, Juan Guillermo Quesada Santisteban, 2.2.2. Concepto del Derecho Sanitario, <http://www.eumed.net/libros/2011a/918/CONCEPTO%20GENERAL%20DEL%20DERECHO%20SANITARIO.htm>. Consulta 23-7-2012. Es posible ampliar en Ciuro Caldani, MA. Filosofía trialista del Derecho de la Salud, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (28):19-32, 1967. ISSN 1851-0884. Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent284.pdf>, consulta 23-7-2012; Aportes trialistas a la Estrategia del Derecho de la Salud, en: Ciuro Caldani, MA. El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica, *Investigación y Docencia*, (42):61-75, 2009. ISSN 1514-2469.; Ciuro Caldani, MA. El Bioderecho y la teoría trialista del mundo jurídico, *Bioética y Bioderecho*, (4):17-23, 1999. ISSN 1851-1058. Disponible en <http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/handle/123456789/38>, consulta 24-7-2012; Ciuro Caldani, MA. La abogacía, la medicina y la genética humana, *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (11):15-16, [s.d.]; Ciuro Caldani, MA. Introducción general al Bioderecho, *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (22):19 y ss. (y *Bioética y Bioderecho*, (2):11 y ss., 1997; Ciuro Caldani, MA. Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida inútil, *Bioética y Bioderecho*, (1):41-42, 1996; Ciuro Caldani, MA. Un modelo teórico para el bioderecho (comprensión jurídica trialista de los principios básicos de la bioética). In: Sorokin, P. (coord.). *Bioética: entre utopías y desarraigados*. Libro homenaje a la Profesora Dra. Gladys J. Mackinson, Buenos Aires : Ad-Hoc, Villela Editor, 2002, págs. 341-350; Ciuro Caldani, MA. Comprensión trialista del sentido comunitario del genoma humano. In: Hooft, PF.; Chaparro, E. y Salvador, H. (comp.). *VII Jornadas Argentinas de Bioética - Jornadas Latinoamericanas de Bioética*, Mar del Plata : Suárez, 2001, págs. 155-161; Ciuro Caldani, MA. Aportes para la ubicación jusfilosófica del conocimiento del genoma humano, *Jurisprudencia Argentina*, 1/XI/2000, págs. 10-16, 2000-IV, págs. 1012 y ss., ISSN 326-1182; Ciuro Caldani, MA. Responsabilidades Bioéticas en una nueva era. In: Ciuro Caldani, MA. *Estudios Jurídicos del Bicentenario*, Rosario : UNR Editora, 2010, págs. 9-47. Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, consulta 24-7-2012; Ciuro Caldani, MA. Lineamientos trialistas para una Filosofía de la Medicina, *Bioética y Bioderecho*, (3):67 y ss., 1998. También Galati, E. *Resumen de la II Jornada de Bioderecho y Derecho de la Salud*. Ley

Una vez aclarada, la noción de derecho a la salud ayuda a apreciar la insuficiencia de los planteos jurídicos tradicionales al respecto, pero la constitución *equilibrada* de la juridicidad de la salud como *Derecho de la Salud* es necesaria además para evitar que el problema respectivo se radicalice sin consideración de los deberes, supere perspectivas meramente individualistas y se aísle del resto de la problemática jurídica, política y cultural. Existe el derecho a la salud, pero sólo la comprensión de la rama jurídica respectiva encamina para evitar que reclamos individuales se radicalicen en detrimento de las realizaciones de todos los miembros de la sociedad y de los otros derechos.

La problemática jurídica de la salud se presenta en otras ramas especiales, por ejemplo en el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal etc., pero el Derecho de la Salud, como perspectiva transversal *enriquecedora* de todas ellas, ayuda a evitar los avances radicalizadores dominantes, que someten a la salud con sentidos de administrativización, comercialización, laboralización, penalización, procesalización etc. En el complejo hay espacios administrativos de salud e incluso, según el grado de preeminencia, de salud administrativos y así sucede con las otras ramas.

El Derecho de la Salud es una de las ramas de las que se puede y debe tomar mejor conciencia en la actualidad, de cierto modo una “nueva” rama, como el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad (a veces llamado Derecho de la Vejez), el Derecho Ambiental, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la

26529 de Derechos del Paciente, Rosario : Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2010. Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> , consulta 24-7-2012; Pregno, E. El Derecho de la Salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (32):95 y ss., disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1327/1468>, consulta 28-7-2012; Galati, E. Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley argentina de derechos del paciente, *e-ä-Journal*, 2(3), 2010. ISSN 1852-4680. Disponible en <http://www.ea-journal.com/art2.3/Un-cambio-paradigmatico-en-la-salud.pdf>, consulta 1-8-2012; Asociación Argentina de Derecho Médico, http://www.saludline.com.ar/derechomedico/home/aadm/po_006.html, consulta 28-7-2012; Medical Lex, <http://www.medical-lex.com/> , 24-7-2012. En vinculación con la difícil noción de *salud*, cabe v. por ej. Organización Mundial de la Salud, <http://www.who.int/es/>, consulta 23-7-2012; Organización Panamericana de la Salud, http://new.paho.org/hq/index.php?option=com_frontpage&Itemid=1, consulta 23-7-2012. Pese a la diversidad de conceptos de salud, consideramos muy importante no confundirla con la falta de enfermedad. Se trata de un despliegue mucho mayor. Otro campo muy vinculado al Derecho de la Salud es el Derecho del Deporte.

Educación, etc.³ La referencia al complejo de ramas integrado ha de servir para mejoramientos recíprocos, sin que haya excesos de dominación en ningún sentido ⁴.

Para que el Derecho de la Salud pueda constituirse con los alcances que hemos señalado se requiere clara conciencia de la *salud*⁵ y del *Derecho*.

2. Proponemos construir el objeto "Derecho" según el método integrativista tridimensionalista ⁶ que presenta la *teoría trialista del mundo jurídico* ⁷.

³ Es posible ampliar en nuestro artículo Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo, *La Ley*, 2011-A, págs. 841 y ss.

⁴ Cabe c. nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*. Rosario : Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición *Investigación y Docencia*, (37): 85-140, 2004. Disponible en Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793>, consulta 24-7-2012; Ciuro Caldani, MA. Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad", *Bioética y Bioderecho*, (3):83 y ss., 1988. Es posible v. Mainetti, José Alberto, *La medicalización de la vida*. Buenos Aires : Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Hospital Neuropsiquiátrico "Dr. José Tiburcio Borda", Laboratorio de Investigaciones Electroneurobiológicas y *Revista Electroneurobiología*, 4(3):71-89, 2006.. Disponible en http://electroneubio.secyt.gov.ar/medicalizacion_de_la_vida.htm , consulta 23-7-2012.

⁵ Acerca de la noción de salud v. por ej. nota 2.

⁶ En cuanto al tridimensionalismo en general, c. v. gr. Reale, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*, 4. ed., São Paulo : Saraiva, 1986; también v. Professor Miguel Reale, <http://www.miguelreale.com.br/> consulta 31-7-2012.

⁷ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico (perspectiva amplia del Derecho) c. v. gr. Goldschmidt, W., *Introducción filosófica al Derecho*, 6. ed., Buenos Aires : Depalma, 1987; Goldschmidt, W. *La ciencia de la justicia. Dikelogía*, Madrid : Aguilar, 1958 (2. ed., Buenos Aires : Depalma, 1986); Goldschmidt, W. *Justicia y verdad*, Buenos Aires : La Ley, 1978; Ciuro Caldani, Miguel Angel. *Derecho y política*, Buenos Aires : Depalma, 1976; Ciuro Caldani, Miguel Angel. *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario : Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; Ciuro Caldani, Miguel Angel. *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario : Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; Ciuro Caldani, Miguel Angel. *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario : Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, disponible en Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/795> consulta 24-7-2012; Ciuro Caldani, Miguel Angel. *Metodología Dikelógica*, Rosario : Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, disponible en Cartapacio <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1003/883>, consulta 24-7-2012; Ciuro Caldani, Miguel Angel. *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, Rosario : UNR Editora, 2012, disponible en Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, consulta 28-7-2012; Ciuro Caldani, Miguel Angel. *Bases del pensamiento jurídico*, en prensa en UNR Editora; también c. Lapenta, Eduardo V. y Ronchetti, Alfredo Fernando (coord.). *Derecho y complejidad*, Tandil : Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011; Dabove, María Isolina. El Derecho como complejidad de "saberes" diversos. *Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 3(3):95-116, 2003/04, disponible en Cartapacio, 2004, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/29/17> , consulta 15-6-2012. En general, v. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> , consulta 23-7-2012; Facultad de Derecho de la Unicen, Portal

La propuesta de construcción del objeto jurídico del trialismo indica que ha de integrarse con repartos de potencia e impotencia (*dimensión sociológica*) captados por normas que los describen e integran (*dimensión normológica*) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*⁸). Potencia es lo que favorece a la *vida humana*; impotencia lo que la perjudica. La referencia a la *vida humana*, difícil de conceptuar pero de imprescindible consideración, porque vivimos, muestra desde ya la gran relevancia que la salud y el Derecho de la Salud poseen en la propuesta trialista. Desde un despliegue más dinámico, se trata de la de la *actividad* vinculada al aprovechamiento de las *oportunidades* de realizar repartos (*dimensión sociológica*) captada por normas (*dimensión normológica*) y valorada por un conjunto de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*).

Según la propuesta de construcción integrativista tridimensionalista trialista, el mundo jurídico se diferencia en *especialidades* materiales, espaciales, temporales y personales. Las especialidades materiales constituyen las ramas jurídicas⁹. Todas las particularidades referidas constituyen campos más o menos *autónomos*, pero la autonomía más relevante es la que se refiere a las ramas jurídicas.

En relación con el integrativismo tridimensionalista de la propuesta trialista del mundo jurídico es posible construir un *mundo de la salud* también de referencia integrativista tridimensionalista, con una dimensión de actos sanitarios, otra lógica y otra higialógica¹⁰.

Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, consulta http://www.cartapacio.edu.ar/index.cgi?wid_seccion=2&wid_item=3, 24-7-2012.

⁸ Diké era una de las divinidades griegas de la justicia. El término “dikelogía” fue acuñado por Altusio.

⁹ Cabe c. Bentolila, JJ (coord.), *Introducción al Derecho*, Buenos Aires : La Ley, 2009, págs. 151 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel Angel. Necesidad de un complejo de ramas jurídicas para un nuevo tiempo, *Investigación y Docencia*, (40):113-119, 2007. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/1166/1137>, consulta 28-7-2012.

¹⁰ Hygia era, en Grecia, una divinidad de la higiene y la salud; como suele ocurrir al transponer las palabras griegas, se utilizan al respecto diversas grafías. Su equivalente en la mitología romana fue Salus. El padre de Hygia, Asclepio, educado por el centauro Quirón, era divinidad de la medicina; en el mundo romano fue Esculapio. También las hermanas de Hygia eran invocadas en el área de la salud. Apolo era médico (V. por ej. Hispanos.net, *Diccionario de Mitología Griega y Romana*, Glosario - Letra H, Higea, Higiea, Higía, http://www.hispanosnet.com/diccionarios_online/diccionarios_arte/

De acuerdo con lo ya referido, el mundo de la salud particulariza, a menudo de manera tensa, las características generales del mundo jurídico, de modo más notorio en lo material pero también en lo espacial, temporal y personal. La salud contribuye a diversificar el Derecho en el espacio, el tiempo y las personas. En este caso, nos ocupamos de las particularidades *materiales* que el “Derecho de la Salud” como rama jurídica significa respecto del resto del Derecho.

2 El espacio trialista del Derecho de la Salud

a) Dimensión sociológica

3. La construcción jurídica integrativista tridimensionalista trialista de la dimensión sociológica la refiere a adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana, que pueden ser *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y, centralmente, *repartos* producidos por la conducción de seres humanos determinables. La diferenciación de tales causas es a menudo muy difícil. En general, se entiende que las influencias humanas difusas provienen del obrar de seres humanos indeterminables, aunque pueden abarcar repartos. Se originan, por ejemplo, en la concepción del mundo, la lengua, la economía, la religión, el nivel de educación etc.¹¹ La salud recibe todas esas adjudicaciones e interviene en su producción.

Es significativo atender a los vínculos de la naturaleza adjudicadora con la salud, pero también a los vínculos de ésta con las influencias humanas difusas. Es muy relevante poder descubrir, por ejemplo, los lazos de la salud con la *economía*, v.

mitologia_griega_romana/h.html , consulta 23-7-2012, - Letra S, Salo, Salus, consulta http://www.hispanosnet.com/diccionarios_online/diccionarios_arte/mitologia_griega_romana/s.html, consulta 23-7-2012; Darriba Rodríguez, P. Mitología, Medicina y Enfermería en la Grecia Antigua, *Cultura de los Cuidados*, 3(5):33 y ss. Disponible en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5164/1/CC_05_06.pdf , consulta 23-7-2012. Por esto podría hacerse referencia también a una dimensión asclepiológica o apológica. Se puede v. asimismo GRIMAL, P. *Diccionario de Mitología Griega y Romana*, trad. Francisco Payarols. Buenos Aires : Paidós, 2005, págs. 55-56 y 267.

¹¹ En cierto sentido podría decirse con la cultura con alcance amplio en general.

gr. con la riqueza o la pobreza. Al fin cada *cultura* se interrelaciona profundamente con cada noción y realidad de salud ¹².

La consideración de los *repartos* exige atender a sus *repartidores* (conductores), *recipiendarios* (beneficiados y gravados por las potencias y las impotencias), *objetos* (potencias e impotencias), *formas* (camino previos para llegar a las decisiones) y *razones* (móviles, razones alegadas y razones que atribuye la sociedad cuando piensa que los repartos son valiosos). Hay que tener en cuenta quiénes adjudican dando o quitando salud, quiénes se benefician o perjudican en relación con ella, qué se considera potencia e impotencia en vinculación con la salud, qué grado de audiencia se producirá en el curso de la forma de los repartos de salud y cuáles son los móviles, las razones alegadas y la razonabilidad de los repartos de salud.

Es muy importante poder *desenmascarar* la realidad social que las normas captadas en los repartos, hechas por quienes tienen la fuerza de redactarlas, tienden a menudo a ocultar.

Muchas veces quienes en realidad producen los repartos de salud son muy diversos de quienes figuran en las normas, por ejemplo, por el poder de empresas de medicamentos que influyen en autoridades gubernamentales y operadores médicos. En muchos casos hay que exponer fenómenos de corrupción que desvían los recursos respectivos. Muchas personas mueren por causas que podrían resolverse fácilmente. El desarrollo científico está en puertas de alcanzar posibilidades de salud maravillosas, por ejemplo a través de la genética humana ¹³ y de las neurociencias; quizás los de este tiempo seamos considerados no muy lejos los últimos hombres de “vida corta”. Sin embargo, gran parte de la opresión en el terreno de la salud se desenvuelve mediante el uso de seres humanos como instrumentos de

¹² Según ya referimos, la salud posee despliegues materiales, espaciales, temporales y personales.

¹³ Es posible v. por ej. Colata, G. Con la genética se abre un nuevo horizonte para tratar el cáncer, *The New York Times – Clarín*, sábado, 28 de julio de 2012, págs. 1 y 5. En cuanto al mapeo del genoma humano, se puede c. Ciuro Caldani, *Estudios Jurídicos del Bicentenario*. Rosario : UNR Editora, 2010, págs. 50 y ss. V. no obstante Habermas. *Entre democracia y genética*, entrevista con Alexandra Laignel-Lavastine, trad. Ramón Alcoberro, publicada en *Le Monde*, 20 de diciembre de 2012, disponible en <http://www.alcoberro.info/V1/habermas2.pdf>, consulta 29-7-2012.

experimentación, a veces sin su conocimiento. Los repartos del ámbito de la salud se vinculan con las realidades más profundas de la vida y de la muerte, puede señalarse también con Eros y Tanatos.

Las formas a menudo burocráticas de los repartos puede poner en cuestión importantes problemas de salud. Con frecuencia se ocultan los alcances de los problemas de salud, v. gr., no explicando contraindicaciones de los medicamentos. El proceso de consentimiento informado es muy difícil y necesario. Las personas enfermas (no firmes) se encuentran a menudo en estados de necesidad que las llevan a aceptar sin posibilidad de opciones reflexivas lo que se les proponga. La propaganda respecto de la salud tiene características y riesgos muy particulares. Es significativo promover, además, la conciencia de razonabilidad sanitaria de la sociedad.

Si estas realidades serían graves ya dentro de los marcos del Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho Procesal etc. lo son más cuando se trata de problemas de salud. Sólo el Derecho de la Salud está en condiciones de resolverlas satisfactoriamente.

Los repartos pueden ser *autoritarios*, producidos por imposición y realizadores del valor poder, o *autónomos*, desenvueltos por acuerdo y satisfactorios de valor cooperación. Es evidente que la salud y la noción respectiva generan un gran poder, que en los últimos tiempos se ha visto relativamente atenuado por la conciencia del principio de autonomía bioético y biojurídico, pero incrementado por el desenvolvimiento científico y técnico. Definir lo sano y lo normal ha sido siempre un formidable instrumento de dominación ¹⁴. La autonomía en materia de salud enrarece la autonomía de otras ramas jurídicas, v. gr., con una referencia más profunda a la verdadera voluntad de los

¹⁴ Se puede ampliar en Ciuro Caldani, MA. Acerca de la normalidad, la anormalidad y el Derecho, en *Investigación y Docencia*, 19:5 y ss., 1992. V. asimismo Foucault, Michel. *Historia de la locura en la época clásica*, trad. Juan José Utrilla, Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica, 1990 (disponible parte -III- en Uruguay Piensa, <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/679.pdf>, consulta 24-7-2012); Foucault, Michel. *Enfermedad mental y personalidad*, trad. Emma Kestelboim, Barcelona : Paidós, 1984.

interesados. La voluntad de un enfermo es diversa a la de cualquier contratante, aunque se trate de un consumidor de alcance general.

4. Los repartos pueden presentarse *ordenados* o *desordenados*. El orden, también denominado régimen, se genera mediante el *plan de gobierno* y la *ejemplaridad*. El plan indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y, cuando está en marcha, realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desenvuelve a través del seguimiento de repartos considerados razonables y satisface el valor solidaridad. El plan de gobierno suele expresarse en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, reglamentos administrativos etc. La ejemplaridad se manifiesta, por ejemplo, en la costumbre, la jurisprudencia, los usos etc. Los órdenes suelen diferenciarse en subórdenes, como lo es el de la salud. A través del régimen se constituyen modelos, por ejemplo, médicos, a veces en conflicto. Lo son, por ejemplo, la alopátia y la homeopatía, la medicina naturista o más convencional apoyada en la química, la mayor referencia específica o la osteopatía etc.¹⁵.

La presencia del plan de gobierno y la jurisprudencia en materia específica de salud se han ido incrementado muy notablemente¹⁶. Las costumbres en el espacio de salud, por ejemplo en materia sexual, han tenido cambios hasta hace poco inimaginables, promoviendo en varios casos modificaciones consonantes en la planificación gubernamental expresada en la legislación. La vida sexual y la noción de salud respectiva se han liberado de maneras muy profundas.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que en ciertos medios los relatos del plan hechos en las formalizaciones respectivas pueden ser muy diferentes de la realidad, por ejemplo, por interferencias del poder político, económico, etc.

5. Los repartos y su orden pueden construirse con *límites voluntarios*, establecidos por sus conductores, y tropezar con *límites necesarios*, surgidos de la naturaleza de las cosas. Estos pueden ser generales de todos los repartos o

¹⁵ V. por ej. Radio Nederland. Ley holandesa más severa con la homeopatía, <http://www.rnw.nl/espanol/article/ley-holandesa-m%C3%A1s-severa-con-la-homeopat%C3%ADa>, consulta 28-7-2012.

¹⁶ C. por ej. Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, consulta <http://www.csjn.gov.ar/>, 27-7-2012. Es posible v. Hooft, PF. *Bioética, Derecho y ciudadanía*, Bogotá : Temis, 2005.

específicos de los repartos proyectados en cuestiones vitales. Los límites generales pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos o socioeconómicos. Los límites especiales de las cuestiones donde se juegan intereses vitales consisten en que, al momento del cumplimiento, los repartos proyectados son replanteados, sea con resultados de cumplimiento o abandono. Los límites necesarios, a menudo entrecruzados, surgen siempre de una relación de fuerzas entre las que poseen los repartidores y las que se les oponen. En el Derecho de la Salud, todos los límites están presentes. Se ha de tener en cuenta que al fin siempre se encuentra con un límite físico fuertemente rechazable, que es la muerte. Personas que psíquicamente están inclinadas a no recibir ciertos tratamientos establecen desde lo necesario límites voluntarios en dicho sentido, como sucede con los Testigos de Jehová. Es posible violentar el deseo de las personas que optan de ese modo, pero esa violencia cambia el sentido del reparto autónomo de curación para establecer uno autoritario en tal sentido. En muchos medios los límites socioeconómicos de los repartos de salud son muy graves. Gran parte de la humanidad presenta necesidades de salud gravemente insatisfechas que al fin pertenecen a toda nuestra especie y las ramas tradicionales están lejos de poder encarar manera conveniente.

6. Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica son la causalidad, la finalidad “objetiva” que “encontramos” en los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad, la realidad y la vida. La causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad, la realidad y la vida son categorías “pantónomas”, referidas a la totalidad de sus manifestaciones (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como no podemos abarcarlas en su integridad, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas produciendo certeza. Cuando la finalidad subjetiva logra concretarse en las otras categorías el reparto que la contiene es exitoso; si no lo consigue, es fracasado; si las categorías se concretan por otros motivos ¹⁷, el reparto es desbordado. La salud presenta a esas categorías pantónomas con manifestaciones muy amplias, por eso en esta materia hay grandes niveles de incerteza. A menudo no se sabe con certeza cuáles son las verdaderas posibilidades

¹⁷ Por otros repartos o distribuciones (por ejemplo el reparto que proyecta matar a alguien que muere por otras causas).

y los resultados de los repartos que se pretenden en materia de salud, en general se trata de obligaciones de medios y no de resultados. Los repartos del Derecho de la Salud han de considerar con gran respeto la falta final de certeza en que se desenvuelven. Pese a los grandes avances de las ciencias y las técnicas podría decirse que se trata de decisiones adoptadas en condiciones frecuentes de incerteza.

b) Dimensión normológica

7. La propuesta integrativista tridimensionalista *trialista* hace el mayor esfuerzo posible para vincular a las *normas* con la realidad social y los valores. Por esto propone que la noción de norma sea referida a la captación lógica neutral de un reparto proyectado. La captación se hace desde un punto de vista neutral, es decir, desde el enfoque de un tercero, para dar gran importancia al cumplimiento del reparto en la vida de las personas, o sea, a la exactitud de las captaciones. También son relevantes la fidelidad, referida a la captación de la auténtica voluntad de los repartidores, la adecuación, correspondiente al uso de conceptos apropiados a las necesidades de los autores y la sociedad, y el impacto que la norma produce en el conjunto del ordenamiento. La gran importancia de la salud hace que las normas del Derecho que nos ocupan deban tener estas cualidades con particular intensidad. Siempre es importante perforar el velo normativo para reconocer la realidad social de la vida de las personas, pero lo es de una manera particularmente intensa cuando se trata de cuestiones de salud.

Las normas son juicios y como tales sus *estructuras* han de tener antecedentes que captan los problemas a resolver y consecuencias jurídicas que captan sus soluciones. Cada uno debe poseer características positivas y negativas, que captan lo que debe estar respectivamente presente o ausente para que las normas funcionen. La importancia de la salud puede hacer que al fin todas las normas cuenten con la característica negativa de la consecuencia jurídica de no denegación de salud. En este sentido el Derecho de la Salud aparece como un gran despliegue condicionante de todas las otras ramas jurídicas.

8. Las fuentes *reales* de las normas son *materiales* o *formales*. Las primeras son los repartos, las segundas son las “autobiografías” (relatos) de los

repartos hechas por los mismos repartidores. Las fuentes formales (constituciones, tratados internacionales, directivas, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos etc.) se caracterizan por la flexibilidad o rigidez en su reforma, la elasticidad o inelasticidad con que se relacionan con los cambios de la realidad, la mayor o menor participación de los interesados en su elaboración y su jerarquía, todo diferenciado al fin en la formal o lo material. También hay fuentes de *conocimiento*, que constituyen la *doctrina* (tratados, tesis, monografías, manuales, informes científicos, reseñas, etc.). Con el espacio doctrinario se relacionan los institutos, las áreas y reuniones científicas y docentes respectivos.

Las fuentes reales y de conocimiento referidas a la salud se han multiplicado en su variedad y sus características y han avanzado en su jerarquía. Ahora es frecuente que aparezcan en el bloque constitucional y hay numerosas leyes y sentencias al respecto, todo lo que demuestra, también desde el punto de vista del Derecho Positivo, el nítido desarrollo de una “nueva” rama jurídica ¹⁸. Las cuestiones de salud suelen expresarse asimismo en testamentos vitales, cuyo desenvolvimiento está en expansión ¹⁹. Hay una doctrina creciente, ámbitos de investigación ²⁰, cursos de grado y posgrado ²¹ y múltiples reuniones científicas al respecto.

¹⁸ V. por ej. en la Argentina Ley 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud; Ley 26.657 de Salud Mental; Ley 26.682, de Medicina Prepaga y su Reglamentación; Ley 26.742 sobre Muerte Digna; Ley 26.743 de Derecho a la Identidad de Género (en general, en cuanto a la legislación argentina, Infoleg, <http://www.infoleg.gov.ar/> , consulta 27-2-2012; específicamente *Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Legisalud, Argentina*, <http://www.legisalud.gov.ar/> , consulta 27-7-2012). También v. Corte Suprema de Justicia de la Nación, cit.; Salud Universal 2010+ 2011+ 2012, <http://saluduniversal2010.blogspot.com.ar/2010/10/jurisprudencia-de-la-corte-suprema.html>, consulta 27-7-2012; Mancia, Comunidad de Ciencias de la Salud, <http://www.mancia.org/foro/noticias/93539-fallo-corte-suprema-argentina-aborto-no-punible.html>, consulta 27-7-2012.

¹⁹ Aizenberg, M.; Reyes, RD. *El reconocimiento del derecho a la autodeterminación en el ordenamiento jurídico argentino: la consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la Ley 26529*. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/extension/dma_msa_rdr.pdf, consulta 27-7-2012; García Duffy, MA, *Acerca de las Declaraciones Vitales de Voluntad*, *Revista Persona*, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona29/28Duffy.htm>, consulta 27-7-2012.

²⁰ El Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario tiene un Área de Derecho de la Salud y Bioderecho.

²¹ Por ejemplo: en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario se dicta la asignatura de grado optativa Derecho de la Salud y, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, un Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Salud y Herramientas para la Gestión de las Organizaciones de Salud.

9. Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan en repartos realizados en la vida de las personas es importante que ellas *funcionen* a través de tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis. También se requieren transversalmente tareas de argumentación. Hay relaciones a menudo tensas entre los autores (v. gr. los legisladores) y los encargados del funcionamiento (por ej. los jueces y los administradores). Además del funcionamiento “real” hay otro conjetural según el cual se ordena quizás la mayoría de los repartos. La elaboración significa que no habiendo normas, es decir presentándose una carencia (existiendo una laguna en el ordenamiento) se requiere la producción (elaboración) de normas (integración del ordenamiento). Las lagunas pueden ser históricas, porque no hay normas, o dkelógicas, porque las existentes son descartadas porque se las considera injustas. La síntesis es necesaria cuando varias normas pretenden funcionar en espacios donde no caben. En el funcionamiento de las normas suelen tener relevante presencia los principios.

El funcionamiento de las normas de la salud requiere la intervención frecuente de encargados del funcionamiento calificados, como son los profesionales respectivos. La indeterminación en normas formalmente referidas a otras materias puede ser espacio para que con la determinación se produzca el ingreso de los requerimientos de salud. La elaboración de las normas suele presentar fuertes requerimientos de salud. La síntesis lleva al problema de la adjudicación de recursos.

Todo esto hace que el funcionamiento de muchas normas de diferentes ramas jurídicas se produzca con gran influencia del Derecho de la Salud. En general en el funcionamiento de las normas intervienen principios relacionados con la salud, como los de beneficencia, no maleficencia, autonomía, no denegación de salud y justicia, que a menudo tienen raíces en el bloque constitucional y merecen un alto grado de ponderación. Estas grandes particularidades del ámbito de la salud contribuyen a mostrar la necesidad de considerar la rama que nos ocupa.

10. Las captaciones normativas no sólo describen sino *integran* los repartos mediante *conceptos* que les dan claridad y les incorporan sentidos que influyen en nuestra propia vida. En principio vivimos considerando los sentidos incorporados por las normas, que así constituyen “materializaciones” personales, reales y de organismos. Por ejemplo: la norma incorpora en un graduado de medicina el sentido

de médico y lo tenemos por tal, considerando que posee la idoneidad respectiva, aunque luego se evidencie lo contrario. Otras materializaciones son las medicinas, los hospitales etc. Algunas veces se advierte que las medicinas no tienen los alcances pretendidos y en ciertos casos los contrarios. Las medicinas, que generalmente hacen tanto bien, suelen ocultar grandes negocios cuyo régimen no puede resolverse con simples normas de protección de los consumidores o de régimen comercial. La Farmacología, la Bioética y el Bioderecho enfrentan a menudo situaciones de gran gravedad al respecto. Una expresión de la fuerza integradora de las medicinas son los placebos.

Los conceptos pueden ser más *institucionales* o *negociales*, es decir, más o menos cargados de ideología y menos o más disponibles para los interesados. Los conceptos de salud suelen institucionalizar soluciones que, quizás, en lo tradicional podrían ser más negociales (prohibición de venta de órganos humanos) y negociar otras que podrían ser más institucionales (revocabilidad de disposiciones respecto de la propia salud). “El Mercader de Venecia” es una manifestación muy fuerte del conflicto entre la negociabilidad habitual y la institucionalidad de la salud. Forma parte del “horizonte Jurilingüístico” del Derecho con especial referencia al Derecho de la Salud.

11. El *ordenamiento* normativo es la captación lógica neutral de un orden de repartos. Es fiel cuando capta con acierto el contenido de la voluntad de la sociedad respecto del orden de repartos y exacto cuando se cumple. La fidelidad del ordenamiento en cuanto al Derecho de la Salud suele suscitar grandes discusiones, como sucede en la Argentina con la punibilidad del aborto y en los Estados Unidos de América con el seguro de salud obligatorio. Otro gran problema es el del cumplimiento de las normas del Derecho, que hacen a la exactitud del ordenamiento. También aquí el Derecho de la Salud requiere especial consideración.

El ordenamiento se constituye con *relaciones* verticales y “horizontales” (en cualquier sentido no vertical), en cada caso de producción y de contenido. Las vinculaciones verticales de producción realizan el valor subordinación, las verticales de contenido el valor ilación, las horizontales de producción el valor infalibilidad y las horizontales de contenido el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento satisface el valor coherencia. El ordenamiento normativo se

diferencia en *subordenamientos* signados al fin por cierta estructura propia que cuenta de modo destacado con principios que le son al menos relativamente específicos. En su carácter piramidal complejo los subordenamientos no son compartimientos estancos, sino se relacionan entre ellos. Por ejemplo: el subordenamiento penal es “columna vertebral” que de algún modo sostiene a los demás. Un subordenamiento transversal a los otros es el Derecho de la Salud. Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en San Miguel de Tucumán en 2011, declararon – por notable mayoría – que el Derecho de la Salud es una rama dentro del ordenamiento jurídico conformando un subsistema con principios propios²². Como hemos referido, hay casos administrativos de salud y otros de salud administrativos, según la preeminencia de uno u otro sentido, y así sucede con las vinculaciones con otras ramas.

Las *instituciones* no son sólo formas sino *ideas y principios*, y las instituciones de la salud no pueden funcionar sin el claro reconocimiento de la idea y los principios de salud en la rama jurídica respectiva. Desde las órdenes judiciales de internación en sanatorios o de alimentación por negocios a favor de personas necesitadas en riesgo de muerte, hasta la conformación de instituciones como la Cruz Roja, la Media Luna Roja, el Cristal Rojo y Médicos sin Fronteras se encuentran múltiples testimonios de cómo las normas se han adaptado y se adaptan a los requerimientos de la salud más allá de lo que se haya establecido tradicionalmente.

Según el comportamiento que deban asumir los encargados del funcionamiento (principalmente los jueces) ante las lagunas, los ordenamientos son *meros órdenes* o *sistemas* y éstos pueden ser materiales o formales. En los meros órdenes se debe consultar a los autores del ordenamiento. En los sistemas materiales los encargados tienen que resolver siempre, con las soluciones que consideren pertinentes por autointegración o heterointegración. En los sistemas formales deben disponer de una manera preestablecida que “cierra” el sistema, por ejemplo, como sucede en el Derecho Penal liberal, absolviendo al reo. En los meros órdenes el poder residual corresponde a los autores de los ordenamientos; en los sistemas materiales pertenece a los encargados del funcionamiento y en los

²² V. Conclusiones, disponibles en http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_9.pdf, consulta 30.7.2012.

sistemas formales se asigna a los sectores protegidos por el cierre. Las fuentes formales habituales de los meros órdenes son recopilaciones y las de los sistemas son codificaciones. Mucho podría debatirse sobre la conveniencia de codificar el Derecho de la Salud, pero es bastante claro considerar que los códigos relativamente abiertos que ahora suelen utilizarse en otras materias permiten mejor su desenvolvimiento.

c) *Dimensión dikelógica*

12. La dimensión dikelógica abarca un *complejo de valores* que culmina en la *justicia*. Las referencias de esta dimensión al valor justicia lo consideran en sus despliegues formal (de Axiología Dikelógica) y material (de Axiosofía Dikelógica). La formalidad de la Axiología Dikelógica y la posibilidad de construir en la Axiosofía Dikelógica puntos de vista básicos sobre el contenido de la justicia que no pretenden demostración (como en el caso de la teoría de Rawls²³) hacen posible que la dimensión dikelógica tenga desenvolvimientos de rigor.

El complejo de valores de la dimensión dikelógica incluye, además de la justicia, valores como la *salud*, la utilidad, el amor y la verdad. Todos los valores a nuestro alcance se han de remitir en suma al valor *humanidad*, el deber ser de nuestro ser, que legitima a todos los seres humanos, sean cuales fueren sus carencias²⁴.

Los valores pueden tener *relaciones* de coadyuvancia, que son siempre legítimas y de oposición, legítimas como sustitución, o ilegítimas por secuestro que sucede cuando un valor ocupa de manera indebida el lugar de otro. Esto sucede entre los valores mencionados: la justicia, la utilidad, el amor, la verdad y la salud pueden coadyuvar entre sí o situarse en condiciones de oposición, legítima o ilegítima, de sustitución o secuestro. En el Derecho de la Salud hay que tener especialmente en cuenta que las combinaciones de la justicia con otros

²³ V. por ej. Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1980.

²⁴ El reconocimiento del valor humanidad tiene raíces muy antiguas, sobre todo en la teoría e incluso en la práctica de Occidente. En relación con el tema puede v. en la actualidad el pensamiento habermasiano: Puente Sanchez, J. *Habermas y la Bioética*, disponible en <http://www.forodeeducacion.com/numero11/012.pdf>, consulta 29-7-2012.

valores no produzcan situaciones de secuestro del material estimativo que corresponde a la integración de la justicia con la salud. Hoy es relevante sobre todo que la utilidad no se asigne marcos que corresponden a la justicia y a la salud ni a la humanidad

13. Siguiendo el camino de Aristóteles es posible reconocer distintas *clases de justicia* que, atendiendo a las perspectivas trialistas, es viable diferenciar de manera principal como consensual o extraconsensual ²⁵, con o sin consideración de personas ²⁶, simétrica o asimétrica ²⁷, monologal o polilokal ²⁸, espontánea o conmutativa ²⁹, “parcial” o gubernamental ³⁰, sectorial o integral ³¹, absoluta o relativa, particular o general ³², “de partida” o “de llegada” ³³, rectora o correctora y de equidad. La justicia particular es más afín al Derecho Privado y la general se relaciona más con el Derecho Público. La justicia de la salud puede ser pensada desde todas estas perspectivas. En los últimos tiempos han avanzado enfoques de consensualidad, con consideración de personas, gubernamentales, generales, de llegada y de equidad. En general se han desarrollado sentidos más referidos a la sociedad. Aunque la cuestión es muy discutida, tal vez haya un movimiento mayor hacia la *publicización* de los problemas de las prestaciones de salud. La salud es, en medida no desdeñable, una cuestión de la especie humana en el Cosmos. Sin embargo, todavía se piensa, a nuestro parecer con creciente acierto, que es también una construcción

²⁵ Pensada por vía de consenso (no vinculada al consenso real) o extraconsensual.

²⁶ La justicia sin consideración de personas se refiere a roles recortados.

²⁷ De fácil o difícil comparación de las potencias y las impotencias.

²⁸ De una o varias razones.

²⁹ Sin o con “contraprestación”.

³⁰ Proveniente de parte de la sociedad o el todo.

³¹ Dirigida a parte de la sociedad o el todo.

³² La justicia general se dirige al bien *común*.

³³ La justicia “de partida” reproduce lo existente, la “de llegada” sacrifica lo existente con miras a lo que se desea alcanzar (es posible ampliar en Ciuro Caldani, MA. Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso), *El Derecho*, t. 123, págs. 715 y ss.

referida a cada individuo. El Derecho de la Salud modifica, por ejemplo, sentidos privatistas del Derecho Civil y el Derecho Comercial y sentidos publicistas del Derecho Administrativo y el Derecho Penal.

14. La justicia como valor posee tres *despliegues*: la *valencia*, el puro valor; la *valoración*, el valor aplicado a su material estimativo y la *orientación* producida mediante criterios generales. En cuanto a la valoración, la justicia es también una categoría pantónoma. Sus fraccionamientos producen seguridad jurídica. Quizás pueda sostenerse que la salud es también pantónoma, sobre todo si se piensa en un sentido de salud no sólo del individuo sino también de la humanidad. Los recortes en la salud generan otro despliegue de seguridad. Las consideraciones de salud contribuyen a encaminar las valoraciones de justicia. La justicia y la seguridad tienen que ser también justicia y seguridad de la salud. Los criterios generales facilitan las valoraciones, pero pueden ser inaceptables para ciertos casos o francamente inaceptables. Las referencias de salud pueden mostrar que los criterios orientadores de justicia no son aceptables, aunque también los criterios orientadores de salud pueden resultar no aceptables desde el enfoque de la justicia. Los criterios generales interrelacionados de salud y justicia han tenido cambios revolucionarios, por ejemplo en materia sexual. Los despliegues de justicia y salud han de intervenir como requerimientos de diversas ramas jurídicas, en especial del Derecho de la Salud.

15. Si se adopta un *principio supremo de justicia* es posible referirlo con efectos esclarecedores a los grandes interrogantes respecto del valor de los *repartos* y del *régimen*. Proponemos construir el *principio supremo* que requiere adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona.

La justicia de los repartos ha de considerarse en cuanto a repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones. La justicia de los *repartidores* se remite principalmente a la *autonomía*, producida por el acuerdo de los interesados; la paraautonomía, emergente del acuerdo de los interesados acerca de quiénes han de repartir (v. gr. en el arbitraje); la infraautonomía (producida por el acuerdo de la mayoría, como en la democracia); la criptoautonomía (emergente del acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer los repartos) y la *aristocracia* (consistente en la superioridad moral, científica o

técnica). La salud moviliza todos estos sentidos de legitimación. El Derecho de la Salud modifica, en tales perspectivas, la legitimación de otras ramas, por ejemplo, incrementando la legitimación aristocrática de los profesionales del área y la autonomía de los pacientes y las relaciones a menudo tensas entre la aristocracia de los médicos, la autonomía de los pacientes y la democracia; generando la criptoautonomía que deben ejercer a veces los médicos y los familiares cuando no se conoce la voluntad de los pacientes etc. En términos bioéticos y biojurídicos es marco de vinculación particularmente tensa entre los principios de beneficencia y de autonomía.

El problema de la justicia de los repartidores tiene vinculación profunda con el de la *responsabilidad*, por los repartos aislados y el régimen. En materia de salud la responsabilidad adquiere rasgos muy relevantes, sobre todo cuando se trata de la responsabilidad por el conjunto de la salud de una persona o el conjunto de la salud de la sociedad ³⁴. Parece evidente que esta problemática justifica, aunque más no fuera por este tema, el reconocimiento del Derecho de la Salud. En el Derecho de la Salud nos va en gran medida nuestra vida.

La legitimación de los *recipiendarios* emerge principalmente de la conducta y de las necesidades, es decir, de los *méritos* y los *merecimientos*. La salud es referida a veces a los méritos, pero hay una tendencia, creciente, a remitirla a los merecimientos. El Derecho de la Salud cambia en medida considerable las referencias a los méritos que suelen primar en el Derecho Civil y el Derecho Comercial. Ayuda, incluso, al esclarecimiento de la importancia de otras ramas como el Derecho de la Seguridad Social. El marco jurídico de la salud plantea el muy importante problema de la adjudicación de recursos.

La justicia de los *objetos* de los repartos, es decir las potencias y las impotencias, lleva a denominar a los objetos justos como repartideros. Los objetos considerados son, por ejemplo, la *vida* y la *propiedad*. En cuanto a la vida, interesan el dar y el quitar vida, propia y ajena³⁵. Se trata de cuestiones hondamente enraizadas

³⁴ Tema relevante es, por ejemplo, el de la mala praxis.

³⁵ Las polémicas al respecto son referidas y resueltas en determinado sentido por ejemplo en DWORKIN, Ronald. *Il dominio della vita*, trad. Carla Bagnoli, Milán : Comunità, 1994. Apenas se

en la Bioética, el Bioderecho y el Derecho de la Salud que hoy generan muy importantes discusiones. El Derecho de la Salud puede llegar a modificar, por ejemplo, consideraciones tradicionales del Derecho Penal acerca de las lesiones y el quitar vida y del Derecho Civil y el Derecho Comercial referidas a la propiedad y su desenvolvimiento privatista.

Las *formas* de los repartos se legitiman por la *audiencia* de los interesados. Los mejores sentidos para la audiencia son el proceso y la negociación, diversos de la mera imposición y la mera adhesión. Las cuestiones de salud requieren senderos de audiencia propios, manifestados por ejemplo en el consentimiento informado y en el Derecho Procesal. La autonomía material del Derecho de la Salud necesita tribunales y procesos especializados.

Las *razones* justas de los repartos se concretan en la *fundamentación*, cuestión ésta muy importante respecto del mensaje inverso, el de las formas, dirigida a los interesados y el resto de la sociedad. Es necesaria una fundamentación propia de la salud.

16. La justicia de los *regímenes* requiere que éstos tomen a cada individuo como un fin y no como un medio, en otros términos, que sean *humanistas* y no totalitarios, trátase del totalitarismo en sentido estricto, cuando el individuo es mediatizado en aras de la sociedad, o del individualismo, donde se lo hace medio de otros individuos. La problemática del Derecho de la Salud suele requerir especial cuidado en que los individuos no sean mediatizados, por ejemplo, con fines de experimentación.

El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista*. El abstencionismo resulta en principio preferible. La época actual ha acentuado el valor del abstencionismo a través del principio de autonomía, de modo destacado en la salud. Para el desenvolvimiento del humanismo es necesario atender a la *unicidad*, la *igualdad* y la pertenencia a la *sociedad*. Las cuestiones de salud acentúan los tres caracteres. Cada individuo ha de tener su salud única, de cierto modo con iguales rasgos a los de los demás y como parte del conjunto.

abandone el esquema rigurosamente positivista, se advierte que estos temas no caben aceptablemente en las ramas jurídicas tradicionales.

Problemas como el del genoma humano hacen especialmente notoria la relevancia de la participación en la salud social³⁶.

Para la realización del régimen de justicia hay que *amparar* al individuo contra todas las agresiones: de los demás como individuos y como régimen, de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad etc.). Todos estos sentidos de protección forman parte hoy del concepto amplio de salud, antes remitido a la falta de enfermedad.

Para resguardar al individuo contra los demás se cuenta con el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal etc. Con miras a proteger al individuo respecto del régimen hay que debilitar al régimen y fortalecer al individuo. El debilitamiento se obtiene a través de las divisiones de poderes, funcionales, espaciales, temporales etc. El fortalecimiento del individuo se logra en gran medida mediante los derechos humanos. También hay que considerar la protección de las minorías, es decir de los grupos especialmente débiles (por razones raciales, lingüísticas, religiosas, de género etc.). En casos muy excepcionales se debe amparar al individuo contra sí mismo, v. gr., evitando los apresuramientos en las decisiones vitales. Los cambios de paradigmas en materia de salud, siempre importantes para adoptar las decisiones, también lo son en cuanto a la salud mental; en este enfoque antes se hacía referencia a un sujeto débil a proteger, ahora a un sujeto con derechos. De ser la regla el no tener derechos ha pasado a ser esto la excepción³⁷. En cambio, el régimen ha de intervenir enérgicamente para proteger contra “lo demás” mediante la organización de la salud pública, subsidios, la realización de la educación pública, el apoyo a las asociaciones etc. Todas estas necesidades de resguardo son constitutivas de la actual noción amplia de salud y

³⁶ Se puede ampliar, ya desde hace tiempo relativamente largo, en Ciuro Caldani, MA. *Aportes para la ubicación jusfilosófica del conocimiento del genoma humano*, *Jurisprudencia Argentina*, 1/XI/2000, págs. 10-16, 2000-IV, págs. 1012 y ss., ISSN 326-1182; Ciuro Caldani, MA. Comprensión trialista del sentido comunitario del genoma humano, en *Bioética y Bioderecho*, (6):9-15, 2001. Disponible en Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/viewFile/239/142>, consulta 28-7-2012.

³⁷ V. por ej. Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Salud Mental, <http://www.msal.gov.ar/index.php/ayuda/101-salud-mental>, consulta 27-7-2012.

el Derecho de la Salud ha de orientarlas en la realización que pueden brindarse desde las otras ramas jurídicas. Hay que promover el régimen justo para que haya salud y la salud para que haya un régimen justo.

17. La complejidad del integrativismo tridimensionalista trialista permite dar cuenta de la complejidad de la problemática jurídica de la salud, principalmente a través del Derecho de la Salud.