

EL DERECHO DE LA SALUD¹ COMO
NUEVA RAMA DEL MUNDO JURÍDICO².
UNA RESPUESTA JURÍDICA³ JUSTA⁴

ELIAN PREGNO⁵

I. Exordio

1. Las líneas que siguen son fruto del estudio de la obra de Werner Goldschmidt “*La ciencia de la justicia (Dikelogía)*”⁶, teniendo especialmente en cuenta que el tema desarrollado es objeto de investigaciones encaminadas a la elaboración de mi tesis doctoral. Huelga hacer referencia a la plataforma teórica general que le da cuerpo a esta contribución, verbigracia la *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, magistralmente expuesta por el mismo autor en su “*Introducción filosófica al Derecho*”⁷. Asimismo, de referencia

-
- 1 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, págs. 19/32; “Introducción general al Bioderecho”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 2, págs. 11/21; “Perspectivas Filosófico-Jurídicas de la salud”, en “Bioética...” cit., N° 4, págs. 25/32.
 - 2 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, “Filosofía de las ramas del mundo jurídico”, en “Investigación y Docencia”, N° 27, págs. 65/69; “Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la “crisis de la materia””, en “Investigación...” cit., N° 31, págs. 51/57.
 - 3 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, “Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas”, reedición en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 85/140; “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética...” cit., N° 3, págs. 83 y ss.
 - 4 Esta contribución, en líneas generales, reproduce, en versión corregida y aumentada, la exposición del autor en la Jornada en Conmemoración del 50° Aniversario de “La ciencia de la justicia (Dikelogía)” de Werner Goldschmidt, desarrollada el lunes 25 de agosto de 2008 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
 - 5 Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Belgrano. Becario del CONICET. E-mail: epregno@derecho.uba.ar
 - 6 GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Bs. As., Depalma, 1986.
 - 7 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

impostergable resultan los ajustes realizados por uno de sus discípulos dilectos, Miguel Ángel Ciuro Caldani, posicionado, sin lugar a dudas, como el referente indiscutido de las corrientes integrativistas de corte tridimensional con desarrollo y vigencia en la actualidad⁸.

Básicamente, nos proponemos conjeturar en torno a dos cuestiones, a saber: a) multivocidad de la voz salud; y, b) relaciones del complejo axiológico tensadas por la justicia y la utilidad.

Hechas estas breves consideraciones demarcatorias iniciales, acotadas a exteriorizar la procedencia teórica y el objeto de las reflexiones que figuran a continuación, corresponde dar paso a conversables hallazgos, con la íntima convicción de que no son sino conclusiones en permanente proceso de revisión.

II. Cuestión primera: multivocidad de la voz salud

2. Dos aportes relevantes del jurista rosarino colocan nuestro pensamiento como tributarios de sus enseñanzas y condicionan la cabal comprensión de nuestras conclusiones: i) sus incursiones en el *constructivismo epistémico*⁹, al momento de informar su perspectiva en torno al objeto jurídico, y, consecuentemente, en profunda coherencia metodológica, ii) el *constructivismo moral*¹⁰ con el que es dable sistematizar el funcionamiento de los valores en la dimensión dikelógica. Rescatar estos dispositivos conceptuales se encamina, principalmente, a dar cuentas del alejamiento de la posición originaria que el fundador del trialismo asumió, enrolada en el realismo filosófico, y del apartamiento de una concepción natural de la justicia.

Con la tranquilidad intelectual que supone blanquear la procedencia teórica, en una clara opción metodológica por la generación del conocimiento vía acuerdos de la comunidad científica, resulta válido arriesgarse a debatir las premisas fundantes sobre las que se edificarán los razonamientos venideros;

8 CIURO CALDANI, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; "Metodología dikelógica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

9 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, "La conjetura..." cit.

10 Conviene v. especialmente, CIURO CALDANI, "Metodología..." cit.

aún, en las arenas de la moral¹¹. En otras palabras, se trata de hacer ciencia básica que soporte, luego, ciencia aplicada.

3. En orden a la cuestión planteada en primer término, indudablemente resulta obligada la remisión al agente natural en la materia, esto es la Organización Mundial de la Salud¹², que en 1948 sustituyó el concepto de salud apoyado en la ausencia de enfermedad sosteniendo que se trata de “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Vale la pena detenerse en el resabio objetivista existente en la expresión transcrita, que recoge el primer principio vertido en el Acta Constitutiva del ente –en su versión originaria de 1946–, desde que postula una suerte de estándar único y “superviviente” a cualquier contingencia de tiempo y lugar. Es decir, encabezar la declaración con el artículo “el” supone erigirla en axioma exento de vicisitudes espacio-temporales.

Esta primera consideración respecto de la noción reconduce la discusión, a nuestro juicio, hacia irresolubles posiciones sostenidas otrora por nominalistas y esencialistas en las disputas sobre los universales y las palabras de clase. Luego, la adjudicación de significado a las palabras queda fuera de las posibilidades de los mortales, en la medida que los conceptos “son” independientemente del consenso de la comunidad parlante. Probablemente, no pueda sostenerse en nuestros días que, en rigor de verdad, la extensión de los conceptos pueda determinarse *ab initio* y con prescindencia del enclavamiento cultural de los sujetos; máxime, con vocablos que reenvían palmariamente a cosmovisiones y particulares “modo de ser” de las personas y los pueblos.

11 Conviene v., por ejemplo: GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004; RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

12 “La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948”. Con más las “reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente...”. Cf.: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (09-10-2007).

Tal vez el entusiasmo que inicialmente reportó el hallazgo se tradujo en una sobrestimación del descubrimiento lindante con posiciones reñidas con la conciencia lingüística del momento. Aún así, se animó a postular que la salud era “el” completo estado de bienestar bio-psico-social.

4. Desandando el camino seguido por el ente y sus filiales, permite pensar que la definición, al poco tiempo, dejó alguna desazón porque, claro, se trataba de “el mundo y sus alrededores”. De manera que, treinta años después, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud¹³, reunida en Alma-Ata, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, del 6 al 12 de septiembre de 1978, sustituyó el artículo “el” por el artículo indeterminado “un” y dijo que, en realidad, es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”.

Entendemos que el esmero por delimitar es palmario y necesario pero no suficiente. La extensión del concepto sigue siendo excesivamente amplia, si bien más permeable debido a que habilita que el “estado de completo bienestar” sea uno de los posibles.

Se atribuye a Winston Churchill haber dicho que “la salud es un estado transitorio entre dos épocas de enfermedad y que, además, no presagia nada bueno”¹⁴. En la misma línea, viene a cuento traer a colación que, al respecto, se ha dicho que esta noción de salud introduce un diferendo entre quienes están enfermos y quienes aún no han sido suficientemente estudiados.

5. Pero el afán por definir de la Organización Mundial de la Salud llegó a su punto máximo en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa, Canadá, el 21 de noviembre de

13 “... organismo internacional de salud pública con 100 años de experiencia dedicados a mejorar la salud y las condiciones de vida de los pueblos de las Américas. Goza de reconocimiento internacional como parte del Sistema de las Naciones Unidas, y actúa como Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud”. Cf.: http://www.paho.org/Spanish/PAHO/about_paho.htm (10-12-2007).

14 BOTIRDETH TOSÍA, Julio Alberto, “Citas sobre la Salud y los Médicos”, en “Revista Médica Hondureña”, vol. 66, N° 4, 1998, pág. 180.

1986, cuando elaboró la Carta de Ottawa¹⁵. Expresamente remarca que “la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario”, y así desliza una serie afirmaciones que desinsacala a la salud de la órbita de los procesos clásicos de salud-enfermedad-atención coligándola a esferas exorbitantes como los orbitales ampliados descritos en la última versión de la declaración, actualizada en Bangkok en el año 2005. Así, se postulan “pre-requisitos para la salud”, lo que traducido significa garantizar para todas las personas “la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad”. En la misma línea, al pronunciarse sobre “la reorientación de los servicios sanitarios”, “especifica” que: “La responsabilidad de la promoción de la salud por parte de los servicios sanitarios la comparten los individuos, los grupos comunitarios, los profesionales de la salud, las instituciones y servicios sanitarios y los gobiernos. Todos deben trabajar conjuntamente por la consecución de un sistema de protección de la salud”.

Obsérvese el anteúltimo acápite del documento de referencia, que aparece encabezado por el subtítulo: “el compromiso a favor de la promoción de la salud”. Es posible advertir en dicho segmento una comprensión idealista (en el sentido de no-materialista) de la existencia. Vale decir, el motor de la historia no es la materia sino la idea. Tal parecer es opinable, como todo, por lo que no podemos más que destacar que conlleva el peligro de sumir en formas totalitarias; de igual modo, pueden también las concepciones materialistas traducirse en respuestas afines. Cuantiosas y lamentables evidencias históricas nos relevan de ahondar en lo afirmado.

De cualquier modo, importa detenerse en el “compromiso” que asumen los “participantes”; a saber:

- “a intervenir en el terreno de la política de la salud pública y a abogar en favor de un compromiso político claro en lo que concierne a la salud y la equidad en todos los sectores;

- a oponerse a las presiones que se ejerzan para favorecer los productos dañinos, los medios y condiciones de vida malsanos, la mala nutrición y la destrucción de los recursos naturales. Asimismo se comprometen a centrar su atención en cuestiones de salud pública tales como la contaminación, los riesgos profesionales, la vivienda y la población de regiones no habitadas;

15 Las reuniones subsiguientes fueron en Adelaida (Australia), en 1988; Sundsvall (Suecia), en 1991; Yakarta (situada en la isla de Java, Indonesia), en 1997; México, D.F., en 2000; y Bangkok (Tailandia), en 2005.

- a eliminar las diferencias entre las distintas sociedades y en el interior de las mismas, y a tomar medidas contra las desigualdades, en términos de salud, que resultan de las normas y prácticas de esas sociedades;

- a reconocer que los individuos constituyen la principal fuente de salud; a apoyarlos y capacitarlos a todos los niveles para que ellos, sus familias y amigos se mantengan en buen estado de salud; y del mismo modo se comprometen a aceptar que la comunidad es el portavoz fundamental en materia de salud, condiciones de vida y bienestar en general;

- a reorientar los servicios sanitarios y sus recursos en términos de la promoción de la salud; a compartir el poder con otros sectores, con otras disciplinas y, lo que es aún más importante, con el pueblo mismo;

- a reconocer que la salud y su mantenimiento constituyen el mejor desafío e inversión social y a tratar el asunto ecológico global de nuestras formas de vida.

La conferencia insta a todas las personas interesadas a formar una fuerte alianza en favor de la salud”.

6. No podemos ocultar que nos agrada la ampliación, desde que la conexión es con el bienestar y la calidad de vida; más todavía, no nos representamos quién y con qué sustento puede oponerse, en el estado actual de la conciencia jurídica de nuestro tiempo, a la realización personal, reconociendo al propio individuo como hacedor por excelencia de su propio destino.

Ahora bien, tampoco podemos ocultar que, en relaciones directamente proporcionales, nos preocupa de sobremanera la “volatilidad” de la noción, si vale el recurso pictórico. Puede decirse que la noción alcanzó niveles de saturación diluyentes y, no contentos con la licuación, acabó por evaporarse.

La analogía pretende dar cuenta de un proceso de abstracción cargado de ideología: dinamitar el concepto condujo a naufragar en declamaciones eximentes de responsabilidades. Por ejemplo, al invitar a “irrupir en el futuro”, “manda” a: “El cuidado del prójimo, así como el planteamiento holístico y ecológico de la vida, son esenciales en el desarrollo de estrategias para la promoción de la salud. De ahí que los responsables de la puesta en práctica y evaluación de las actividades de promoción de la salud deban tener presente el principio de la igualdad de los sexos en cada una de las fases de planificación” (¿?). Francamente, nos parece discursivamente loable,

pero queda el sabor amargo (o el sinsabor, en el mejor de los casos) del reenvío al infinito. En buen romance, somos de los que creen que imputar responsabilidades colectivas es equivalente liberar a todos de sus responsabilidades; al menos, en un sentido pragmático de la existencia.

No mostramos sino un profundo escepticismo, desde que nos invade la íntima convicción de que hay, subyacente, una implícita voluntad de renunciar a la identificación de los “conductores” en pos de encriptar todo en pseudo-procesos pseudo-sociales enmascaradores de las incumbencias y competencias en medio de un sinfín de expectativas listadas en el orden de: ¿cómo captar los estándares de atención mínimos exigibles a los integrantes del equipo de salud? ¿Cómo merituar la práctica médica o paramédica desde la jurisdicción? ¿Cómo se asignan recursos en materia sanitaria desde los efectores públicos? ¿Cuáles son las obligaciones a las que se somete el sector privado que, con manifiesto ánimo de lucro, actúa en el área de la salud? ¿Cómo se racionaliza el riesgo en el complejo sanitario? ¿Quién o quiénes se animarán a ejercerla?

Esto no significa que no resulte interesante trabajar con una noción de salud, y con una noción ampliada incluso, pero sí resulta imprescindible trazar algún tipo de límite conceptual, sin otra intencionalidad que la de tornarla operativa.

Ciertamente, la transversalidad de esta nueva rama, verbigracia el Derecho de la Salud, no denuncia más que la problematicidad de la existencia y la pantonomía del complejo vital en su máxima expresión (en última instancia, está en juego la vida y la plenitud de la vida de las personas), pero, a nuestro modo de ver, las dificultades se incrementan si ni siquiera podemos sistematizar la “facilidad” con la que uno enferma y sana en un mismo día. Tal vez sea políticamente incorrecto, pero creemos que en nuestros días hay pocas nociones tan *infladas* y *vacías*¹⁶ como la de salud.

7. Desde el andamiaje conceptual de la *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, según estimamos, es posible pensar la noción de salud conservando de algún modo la amplitud semántica que ha experimentado en el último tiempo. Desde luego, para evitar apriorismos, la aplicación de la teoría

16 V., ut supra, nota 3.

supondrá cierta instancia de validación que permita contrastar las categorías empleadas.

Dejando a salvo el requisito de la verificación, arriesgamos que hipotéticamente la salud puede pensarse como una cadena de *repartos*, intercalados con *distribuciones*, de *potencia e impotencia*.

Confesamos cierta reticencia a reconocer *distribuciones* vía *naturaleza*, en la medida que la naturalización de procesos sociales constituye receta histórica de la manutención del *status quo*; no obstante, es dable pensar que alguna influencia natural, por remota que sea, hay en la salud, aunque más no sea porque hay fenómenos que, en principio, parecen exentos de la interferencia del hombre. Por ejemplo: a la noche le sucede el día, y así sucesivamente, independientemente de lo que a “nosotros” nos parezca; el movimiento de los planetas, por ahora, es ingobernable para nuestra especie; la Tierra gira sobre sí misma “sin preocuparse” por la opinión de aquellos que eventualmente pudieran postular, con mejores fundamentos aún, que sería conveniente que mutase el sentido de su rotación por el contrario. Que quede claro entonces: en modo alguno pensamos que exista “orden natural” ni “ordenadores”, sino que simplemente acusamos recibo de datos que denuncian ingobernabilidad para el hombre; ergo, no es descabellado presumir, *ab initio*, alguna incidencia en la salud humana.

A nuestro modo de ver, en última instancia, todo termina reconduciéndose por la *influencia humana difusa*; y, en menor medida, quizá, por el *azar*.

Hechas estas aclaraciones vale pensar el proceso de salud-enfermedad-atención como una secuencia de repartos en la que confluyen:

- a) el “gran repartidor” del “gran sistema de salud” (aludimos a la autoridad gubernamental y/o responsable político de la cartera oficial encargada del área, pongamos por caso Ministros, Viceministros y Secretarios y Subsecretarios de Estado -en todos los niveles: nacional, provincial, municipal);
- b) el director de la organización nosocomial, pública (por ejemplo, el hospital) o privada (por ejemplo, el sanatorio);
- c) los jefes de los servicios, según la complejidad de la estructura departamental en función de las especialidades médicas atendidas;
- d) el titular del equipo de salud y sus integrantes, según el grado de intermediación en la relación con el “enfermo”. Aunque es probable que en nuestros días, a causa de la horizontalización de la relación médico-

paciente y la puesta en crisis del modelo médico hegemónico¹⁷, un “gran repartidor” sea el propio paciente respecto de sí mismo, lo que habilitaría a hablar de *auto-reparto*. Un indicio de tal extremo, es posible advertir en el viraje experimentado en cuanto a la interconsulta, concebida originariamente como una discrecionalidad del profesional que, ante la duda frente a un caso clínico, recurría a un colega. Es posible que aquí se sitúe el origen del ateneo en medicina¹⁸. Ahora el que se va en interconsulta por *motus proprio* es el paciente. Él decide la interconsulta, posicionándose, indudablemente, en otro lugar y evidenciando el factor poder presente en la relación médico-paciente.

8. Finalmente, resta referirse a una afirmación vertida líneas arriba que amerita algún tipo de justificación: la noción de salud, tal cual está, está *inflada y vacía*¹⁹.

Toda *respuesta jurídica* involucra un *nivel conceptual* y un *nivel fáctico* y se desenvuelve en el *ámbito personal, material, temporal y espacial*. A su vez, será *limitada* o *ilimitada*, según toque o no todos estos ámbitos y, asimismo, será *inmanente* o *trascendente*, según la relación de la

17 Al respecto, conviene v. especialmente: MENÉNDEZ, Eduardo, “Modelo hegemónico, crisis socio-económica y estrategias de acción en el sector salud”, en “Cuadernos Médicos Sociales”, N° 33, 1985; MAINETTI, José Alberto, “La crisis de la razón médica. Introducción a la filosofía de la medicina”, La Plata, Quirón, 1988; “Bioética fundamental. La crisis bio-ética”, La Plata, Quirón, 1990; “La transformación de la medicina”, La Plata, Quirón, 1992.

18 De referencia obligada resulta la escuela neumática, aparecida aproximadamente entre los siglos I y II de nuestra era, liderada por Ateneo de Atalia, precursor de corrientes eclecticas como las que encabezaría Areteo de Capadocia, convencido que en todas las doctrinas médicas había algo útil que debía emplearse bajo el imperio de la experiencia clínica. Cf.: http://www.historiadela medicina.org/HM/1_2.html (10-10-2006). Más cercano a nosotros y con una mirada crítica sobre la interconsulta y el ateneo, cabe citar: BORRELL BENTZ, Rosa Maria, “La educación médica de postgrado en la Argentina: el desafío de una nueva práctica educativa”, Bs. As., Organización Panamericana de la Salud - OPS, 2005, pág. 291: “... la ‘interconsulta’ aparece como la propuesta mejor asociada a cualquier concepto de ‘integración del conocimiento’ y de ‘interdisciplinariedad’, aunque sólo es utilizada en la medida en que se necesita otra visión cuando aparece un caso problemático, pero no como práctica de investigación sobre aspectos que requieran de procesos de intercambio de conocimiento desde diferentes disciplinas y especialidades y de profundización a partir de nuevas preguntas y problemas.

El ‘ateneo’ es el único espacio pedagógico donde los residentes pueden escuchar reflexiones a partir de diferentes miradas acerca de un mismo problema, aunque no necesariamente en el mismo se construya una visión integrada del problema analizado”.

19 V., ut supra, parágrafo 6, in fine y, en consecuencia, la referencia bibliográfica de la nota 3.

solución con cada ámbito. Luego, las respuestas crecen en fenómenos de *plusmodelación* (cuando es *conceptual* hablamos de *inflación* y cuando es fáctica decimos que es *sobreactuación*), decrecen en instancias de *minusmodelación* (cuando es conceptual hablamos de *deflación* y cuando es fáctica decimos que es *vaciamiento*) y pueden darse también supuestos de *sustitución*, apellidándolas *fácticas* o *conceptuales*, según sea el nivel en el que ocurra, y aún *totales* si abarca a los dos. A su tiempo, la transversalidad del Derecho de la Salud dificulta la tarea de identificar sus *razones fundamentales*. En tal sentido, en orden a la composición la rama, sabemos que la justicia se puede realizar por componentes diferentes y puede no realizarse por componentes iguales²⁰.

Cuadra ahora preguntarse por qué combinación optar como proyección dikelógica, vale decir si por *respuestas limitadas e inmanentes* o *ilimitadas y trascendentes*. Ciuro Caldani responde que, *ab initio*, no cabe hacer esa opción escindida del complejo vital²¹.

Al sólo efecto de brindar alguna orientación en el Derecho de la Salud propiamente, nos inclinamos, tal vez por una preferencia manifiesta por la *facticidad*, por decir que prevalecen las *respuestas limitadas e inmanentes* al momento de poner las bases de una *rama jurídica* que repare en la justicia, desde que es hora de hacer coincidir los despliegues *conceptuales* y *fácticos* ante lo que juzgamos como una desmesura conceptual (la actual noción de salud) y, por ende, pasaporte seguro a debates de alto contenido ideológico. No se nos oculta que la ciencia no es neutral, pero bien vale la pena despejar al máximo posible las externalidades que conduzcan al naufragio de la labor teórica a causa de discursos alienantes.

No queremos capitular deslizando temor a las ideas (¡bienvenidas sean todas ellas!) sino horror a las declamaciones que acaban por despistar a la ciudadanía. En otras palabras: vale declamar, vale *inflar*, pero también hay

20 Cf. CIURO CALDANI, "Aportes...", cit., págs. 106 y s. Figurémonos que la justicia fuera el Programa Médico Obligatorio (PMO; en rigor de verdad, corresponde hablar de Programa Médico Obligatorio de Emergencia –PMOE–, establecido por Resolución N° 201/2002, del 02/04/2002, del Ministerio de Salud de la Nación y modificada por la Resolución N° 310/2004, del 07/04/2004, del mismo ente. Nota: el estado de emergencia continúa vigente), podría decirse que distintos componentes, como son: las Empresas de Medicina Prepaga, las Obras Sociales y el Estado en el nivel municipal, provincial y nacional, pueden realizarla (cumpliendo con el PMO); y, esos mismos elementos, pero considerados iguales entre sí por la función que les cabe y no diferenciándolos por su naturaleza, pueden no realizarla (incumpliendo el PMO).

21 Cf. CIURO CALDANI, "Aportes..." cit., pág. 106.

que hacer, hay que *sobreactuar*, hay que *expandir la respuesta*. La noción de salud hoy aparece teñida de *inflación* y la imposibilidad de traducirse en los hechos la *vacía* de contenido. Pobres los destinatarios de semejantes especulaciones, pues, la repercusión, sin lugar a dudas, se traslada al cumplimiento.

III. Cuestión segunda: relaciones del complejo axiológico tensadas por la justicia y la utilidad

9. Al momento de posicionarnos ante el complejo de lo vital, fácilmente se advierte que los recursos son escasos, *per definitionem*, y las necesidades son múltiples (cada vez más). Muchas veces, esa necesidad múltiple es la vida.

Con la misma facilidad con la que se vislumbra la inadecuación numérica de los bienes existentes y disponibles para satisfacer demandas en materia sanitaria, creemos que aflora el impostergable descanso en la utilidad como criterio orientador del juicio de adjudicación de los recursos.

En cierta medida, no sin sobresaltos, tomamos distancia de posiciones ético-normativas de corte deontológico. En tal sentido, la deontología puede ser muy importante para merituar el obrar profesional, pero no para pensar el funcionamiento de la salud pública, sencillamente porque, por caso, no hay tantas ambulancias como personas existen, porque no hay tantos hospitales como ciudades acusa la geografía, porque no hay tantos médicos como personas puedan necesitarlo. De ahí, entonces, que, según nuestro parecer, la deontología aporte muy poco. En consecuencia, si en el planteo no se introduce algún criterio de utilidad, no podemos dar respuestas a los problemas. Veamos algunos ejemplos.

Cuando en Estados Unidos aparecieron las máquinas de diálisis, se creó un comité para decidir quién ingresaba al tratamiento sustitutivo de la función renal y quién no. Y se lo denominó el “Comité de Dios” porque, lisa y llanamente, el que accedía al tratamiento se salvaba y el que quedaba afuera se moría²².

22 La referencia es al Comité de Seattle, en los términos del artículo firmado por Shana Alexander y aparecido el 09/11/1962 en el N° 53 de la revista norteamericana Life (págs. 102/125), bajo el título: “They Decide Who Lives, Who Dies”.

Recientemente, en Egipto acaban de prohibir el trasplante entre musulmanes y cristianos²³.

En Argentina, para evitar el llamado “turismo trasplantológico” y asegurar la “equidad”, hay una resolución vigente del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) que limita el ingreso a la lista de espera para trasplante a los extranjeros cuando pretenden tratarse en nuestro país y cuentan con módulos terapéuticos análogos en sus lugares de procedencia²⁴.

10. Ahora bien, el utilitarismo sostiene la primacía del principio supremo de justicia²⁵, de suerte que lo erige en valor estelar respecto de otros entes ideales. Tal es así, que Ciuro Caldani afirma que: “la teoría utilitarista del mundo jurídico fue construida básicamente por Werner Goldschmidt como desenvolvimiento de la Ciencia de la Justicia (Dikelogía)”²⁶.

A nuestros fines, importa un límite tal que impide equiparar justicia y utilidad y, con más razón, anteponer ésta a aquélla; pero, la tensión entre utilidad y justicia, incuestionablemente fortalecida en nuestro tiempo, exige resolver de algún modo.

De antemano, nos conforma pensar que en la emergencia cabe privilegiar la utilidad. No nos resulta reprochable que frente a la urgencia de las catástrofes se empleen criterios utilitarios. Nada nuevo aportamos, el jurista rosarino nos dotó de una categoría idónea para sortear el obstáculo recurriendo al *reparto justificado*²⁷. Mas, queda todavía por escudriñar la situación en situaciones de no-emergencia.

23 Cf.: <http://www.clarin.com/diario/2008/08/20/elmundo/i-01741572.htm> (20-08-2008); <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/08/19/medicina/1219132525.html> (20-08-2008); <http://www.diario.salud.net> (20-08-2008).

24 Cf. Resolución N° 85/2004, del 15/04/2004, del INCUCAI.

25 Que consiste en asegurar a cada individuo la esfera de libertad necesaria que lo vuelva capaz de convertirse en persona. Cf. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 417. Cabe citar también, del mismo autor, “El principio supremo de justicia”, Bs. As., de Belgrano, 1984.

26 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 12.

27 Cf. CIURO CALDANI, “Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales (Elementos para la Sociología Jurídica)”, Rosario, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Derecho, Instituto Jurídico-Filosófico, 1967 (reeditado en “Revista del Centro...” cit., N° 28, pág. 112).

11. Así, nos resultan particularmente interesantes los desarrollos de Ciuro Caldani en su obra “Derecho y política”, desde que con él concluimos en la naturaleza política del Derecho; en sus propias palabras: “las diferentes ramas políticas son determinadas por el predominio de los distintos valores absolutos que valoran la convivencia; el Derecho en sus tres dimensiones es una rama política especial -semejante a la política científica, la política económica, etc.-, caracterizada en última instancia por una particular manera de considerar el continente de la convivencia, es decir, por la relación con las exigencias de justicia”²⁸.

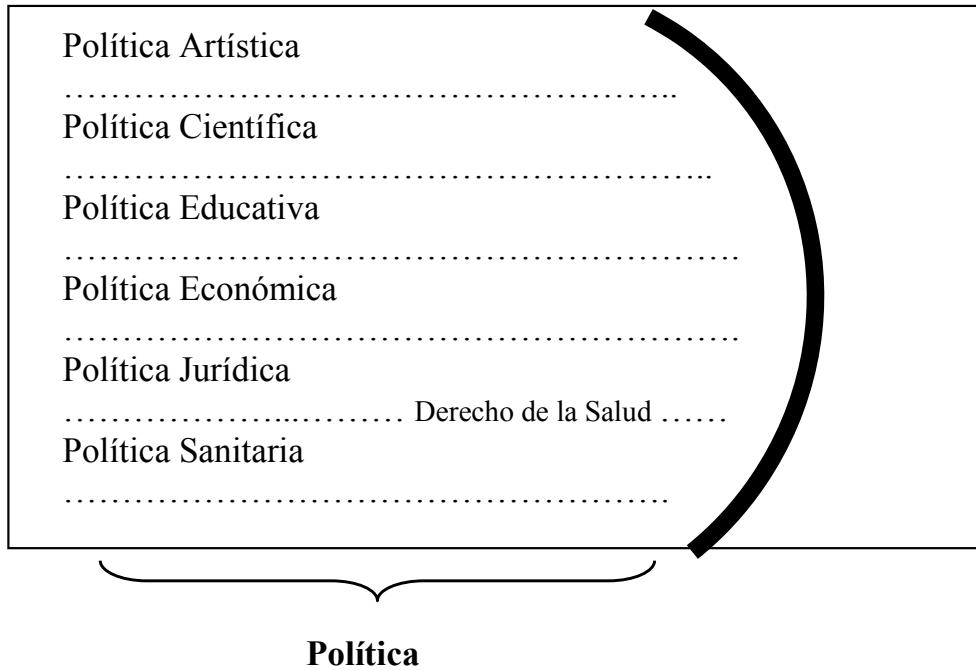
De modo que: en un sentido general, vale representarse a la Política como capítulo encarpetaado en el mosaico cultural; y, a su vez, desgajar, en sub-capítulos²⁹, especialidades de aquélla, verbigracia Política Artística, Política Científica, Política Educativa, Política Económica, Política Jurídica, Política Sanitaria, etc.

En modo alguno las manifestaciones de la Política enunciadas agotan las posibles ni el orden en que fueron listadas traza jerarquía entre ellas; más aún, es dable pensar interpenetraciones entre ellas. Así, el Derecho de la Salud parecería situarse, al menos, en la línea de frontera de la Política Jurídica y la Política Sanitaria, inaugurando una suerte de Política Jurídico-Sanitaria o Política Sanitario-Jurídica (según las exigencias del valor preponderante). Gráficamente:

28 CIURO CALDANI, “Derecho y política” cit., pág. 137.

29 Íd., pág. 133: “el mundo político está dividido en *ramas* históricamente dadas”.

MOSAICO CULTURAL



12. Empero, acordando aún con el despliegue tridimensional de la Política, en la medida que el elenco de sus distintas manifestaciones denuncia prácticas sociales, relativamente captadas lógicamente, con tracción axiológica (la justicia delinea la Política Jurídica; la verdad impulsa la Política Científica; la belleza emplaza la Política Artística; la utilidad motoriza la Política Económica; la salud orienta la Política Sanitaria)³⁰, al momento de definir la Política debemos reconocernos más próximos al pensamiento de Werner Goldschmidt que de Miguel Ángel Ciuro Caldani. Éste la entiende “desde un punto de vista estático, como un conjunto de *actos de coexistencia* (dimensión sociológica), *descritos e integrados por normas* (dimensión normológica) y *valorados, los actos y las normas, por los valores de convivencia* (dimensión axiológica); desde un punto de vista dinámico, como la *actividad descriptible e integrable por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar valores*. En última instancia, el ámbito de la política está determinado por el complejo axiológico de la

³⁰ Íd., págs. 30 y s.

convivencia”³¹. Aquél, en líneas generales dice que “toda actividad dirigida a lograr realizaciones de los valores sociales es política”³², considerando específicamente a ésta como “la lucha por la conquista o la conservación del poder”³³.

13. Retomando el hilván. Frente a la tensión justicia-utilidad, a partir de la segmentación que antecede, arriesgamos que: a) hacia el interior del Mundo Jurídico, quizá se establecen relaciones coadyuvantes de contribución, presumiblemente más afines con corrientes deontológicas; b) por fuera de él, lindando con la Política Sanitaria, tal vez se establecen relaciones coadyuvantes de integración, coligadas a vertientes más bien utilitaristas; y, c) siempre deberá evitarse, tanto dentro como fuera del Mundo Jurídico, las vinculaciones de oposición entre ellas. En esa inteligencia, en la “zona de frontera” de la Política Sanitaria y la Política Jurídica, el Derecho de la Salud jugaría un papel corrector respecto de aquélla.

No todo lo que resulta útil puede estimarse justo. Pero, es posible que un criterio para adjetivar como justo sea la observancia, en algún grado, de ciertos níveles de utilidad. Vale decir, no necesariamente la utilidad reclama a la justicia, pero sí ésta a aquélla. Entre las condiciones de la justicia, presumiblemente, figura la realización de la utilidad. De ahí, entonces, que: dentro del Mundo Jurídico, para mantener a la justicia como Principio Supremo (esto es, para que la justicia prevalezca), es preciso que se traben relaciones coadyuvantes en contribución con el valor utilidad.

En cambio, en Política Sanitaria justicia y utilidad son valores distintos jugando en un mismo andarivel, que se equiparan en relaciones coadyuvantes de integración.

En la “zona de frontera”, cuando la Política Sanitaria invade la justicia, entonces el Derecho de la Salud cumple una función correctiva.

14. Pero decíamos que esto vale para las situaciones de no-emergencia, por lo que dudamos sobre la importancia del aporte, dado que permanece indiscifrable la lógica de un país como la Argentina, que parece

31 Id., págs. 26 y s.

32 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 107 y s.

33 Íd., pág. 89.

estar sistemáticamente atravesado por la emergencia³⁴: emergencia energética, emergencia habitacional, emergencia laboral, emergencia agropecuaria, emergencia vial, emergencia económica, emergencia cambiaria, emergencia financiera, emergencia administrativa, emergencia social, emergencia alimentaria, emergencia sanitaria...

Quizá el gran problema de este país no sea “vivir al margen de la ley”³⁵, sino que la ley sistemáticamente invente la realidad, con hondas repercusiones en la *infidelidad*, en la *inexactitud*, en la *inadecuación*. Si la ley inventa, entonces, la suerte está echada.

34 Prescindiendo de la normativa infralegal y local, *brevitatis causa*, baste con referir solamente a la: Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (sancionada el 06/01/2002; promulgada parcialmente el 06/01/2002; publicada el 07/01/2002) hasta el 10/12/2003; Ley N° 25.820 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (sancionada el 19/11/2003; promulgada el 02/12/2003; publicada el 04/12/2003) hasta el 31/12/2004; Ley N° 25.972 de Emergencia Pública (sancionada el 24/11/2004; promulgada el 15/12/2004; publicada el 17/12/2004; Nota: la ley lleva otro título) hasta el 31/12/2005; Ley N° 26.077 de Emergencia Pública (sancionada el 22/12/2005; promulgada el 09/01/2006; publicada el 10/01/2006) hasta el 31/12/2006; Ley N° 26.204 de Emergencia Pública (sancionada el 13/12/2006; promulgada el 19/12/2006; publicada el 20/12/2006) hasta el 31/12/2007; Ley N° 26.339 de Emergencia Pública (sancionada el 12/12/2007; promulgada de hecho el 03/01/2008; publicada el 04/01/2008; Nota: no sólo la publicación fue de hecho -todo un signo si se trata de evaluar el compromiso del Poder Ejecutivo Nacional- sino que el cuerpo de la norma consta de tres artículos: la prórroga de la emergencia, la fecha de entrada en vigencia y el “comuníquese”) hasta el 31/12/2008. Antes de estas dos últimas se dictó la Ley N° 26.167 (sancionada el 08/11/2006; promulgada el 28/11/2006; publicada el 29/11/2006), a los fines de interpretar el profuso marco normativo existente en la materia. Por último, vaya como dato anecdótico, al momento de concluir esta contribución por escrito, en respuesta a la crisis financiera global, el Poder Ejecutivo Nacional, el 25/11/2008 (publicado el 26/11/2008), dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2.025/2008 que modifica la Ley de Ministerios y crea el Ministerio de Producción. Para un estudio sistemático de la cuestión, conviene v. especialmente: ALTERINI, Atilio A. (Director), “Suplemento Especial Emergencia Económica”, Bs. As., La Ley, 2002; GELLI, María Angélica (Directora), “Suplemento Especial de Emergencia Económica y Recurso Extraordinario”, Bs. As., La Ley, 2003; ETALA (H.), Juan José, “La Emergencia Económica en el Derecho del Trabajo”, Bs. As., La Ley, 2002; SAGARNA, Fernando Alfredo, “Indexación de deudas en la Emergencia Económica”, Bs. As., La Ley, 2003; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario”, Bs. As., La Ley, 2002.

35 La alusión es a la obra de NINO, Carlos, “Un país al margen de la ley”, Bs. As., Emece, 1992.