

# SUMARIO

## **XX NÚMERO ESPECIAL DE BIOÉTICA**

### **“Número Aniversario”**

**Directores: Pedro Hooft y Lynette Hooft**

**Coordinadora: Geraldín Picardi**

---

Presentación	
Por <b>Pedro F. Hooft</b> .....	1
La venta de órganos: problemas de cosificación, explotación y respeto de la dignidad humana	
Por <b>Roberto Andorno</b> .....	8
Medicina, ética y religión: Una experiencia personal	
Por <b>James Drane</b> .....	14
Una perspectiva bioética acerca de la sexualidad humana y sus prejuicios	
Por <b>Constanza Ovalle</b> y <b>Jaime Escobar Triana</b> .....	24
Bioética y envejecimiento	
Por <b>Miguel Kottow</b> .....	28
Consentimiento informado y autodeterminación. Las disposiciones de tratamiento anticipadas en la nueva ley italiana	
Por <b>Franco Manti</b> .....	41
De vuelta a la virtud (de la mano de Lipovetsky)	
Por <b>Álvaro Quezada Sepúlveda</b> .....	49
La bioética y la reintegración de las tradiciones jurídicas	
Por <b>Juan C. Salas Cardona</b> .....	58

Los principios del Derecho de la Salud Por <b>Elvio Galati</b> .....	66
Conflicto de intereses en la ciencia y en la investigación Por <b>Aída Kemelmajer de Carlucci</b> .....	82
Desarrollo de la bioética en América Latina Por <b>José A. Mainetti</b> .....	96
Advertencias sobre el futuro colapso ambiental y sus efectos jurídico-políticos en la época natal de la bioética Por <b>Ricardo D. Rabinovich-Berkman</b> .....	102
El Derecho a la Salud: la acción de amparo (como medio específico de resguardo) y los plazos de caducidad Por <b>Ramiro Rosales Cuello</b> y <b>Gabriel H. Quadri</b> .....	110

### ***JURISPRUDENCIA ANOTADA***

NIÑEZ Y DISCAPACIDAD / Escolaridad de un niño con discapacidad. Reubicación en otra institución. Determinación del grado del ciclo lectivo al que debe asistir. Cuestión abstracta. Costas (JCorrec. Nro. 4, Mar del Plata, 28/04/2017).....	128
La educación integradora de niños con discapacidad a través de un Sistema de Apoyos administrativo. Un caso decidido en clave convencional Por <b>Carina S. Jorge</b> .....	134

# XX Número Especial de Bioética

“Número Aniversario”

## Presentación

Por Pedro F. Hooft

*“La Ética es búsqueda de la vida buena con y para el otro, en instituciones justas”*  
Paul RICOEUR

*“El desafío no es solamente tener más ciencia y más tecnología sino mejor ciencia  
y tecnología más humana”*  
Fernando LOLAS STEPKE

*“El cambio de rumbo se refiere a la necesidad de enfocar las realizaciones y conquistas reales, en lugar del  
establecimiento de lo que puede identificarse como las instituciones y reglas correctas. El contraste tiene  
que ver aquí, (...), con una dicotomía general y mucho más amplia entre una visión de la justicia centrada  
en esquemas y una concepción de la justicia centrada en realizaciones”*  
Amartya SEN

*“La Bioética ha de concebirse no sólo como estudio interdisciplinar, sino igualmente como acción interdis-  
ciplinar... Con el avance de las biotecnologías y la biomedicina pasamos de una aceptación pasiva de la  
realidad natural a captarla de manera que cada vez juegue un papel mayor la intervención humana, que  
aumenta en consecuencia las opciones morales”*  
Juan MASIÁ CLAVEL

Los breves textos que preceden son simplemente a modo de orientación para la lectura y articulación de los muy diversos trabajos incluidos en nuestro número. El texto del eximio filósofo francés Paul Ricoeur conjuga una dimensión personal (“la vida buena”) con la dimensión social (con y para el otro), con la justicia expresada en las *instituciones*. Fernando Lolas Stepke (Chile), con profunda formación ético-filosófica, médica y bioética, patentiza claramente que el imperativo tecnológico sin más no resulta suficiente y que el desarrollo de la tecnociencia exige siempre una necesaria dimensión axiológica. Amartya Sen (en su libro “La idea de la Justicia”) frente a visiones dicotómicas entre esquemas y concepciones teóricas y sus realizaciones *potencia* la visión de la justicia centrada en *realizaciones*. Masiá Clavel (“Bioética y Antropología”) en una línea que en lo sustancial marca una continuidad con los enfoques anteriores nos dirá que la Bioética ha de presentarse “no solo como estudio interdisciplinar, sino igualmente transdisciplinar”.

Estas reflexiones nos colocan en sintonía con enseñanzas del Profesor Jan M. Broekman (Lovaina) en cuanto al inescindible *entrelazamiento* entre Derecho y Medicina (en su libro “Intertwinements of Law and Medicine”), siempre en un espacio interdisciplinar.

Sin desconocer las particularidades propias de los enfoques de cada uno de los autores mencionados, ponen en evidencia, de manera coincidente que los necesarios esquemas, concepciones o teorías (v.gr., de la justicia, de la ética, del derecho, de la bioética...) no han de prescindir nunca de una simultánea preocupación por sus *realizaciones* en la *realidad cotidiana de las personas y de las sociedades*.

Para quienes venimos trabajando año tras año en las publicaciones de los *Números Especiales de Bioética*, presentar el *Número Especial de Bioética XX Aniversario* —que coincide esta vez con la celebración de los 100 años de la publicación de la prestigiosa revista jurídica *Jurispru-*

*dencia Argentina*— constituye un honor, pero a la vez implica un renovado compromiso por parte de Lynette Hooft, Geraldín Picardi y quien suscribe, tanto con la Editorial como con nuestros lectores.

Es que con esta entrega se cumplen 20 años desde la fecha en que recibiera la honrosa invitación del entonces director de la revista, el Dr. Estévez Boero, origen del primer Número Especial publicado el 29 de octubre de 1998, dirección que pocos años después fuera ejercida por un largo período por el Dr. Alejandro Tuzzio y en los últimos años por el Dr. Luis Daniel Crovi, actual Director de *Jurisprudencia Argentina*. Con todos ellos, desde el lejano 1998 —lejano no solo cronológicamente sino sobre todo por la vertiginosidad de los cambios culturales y científico-tecnológicos con su inescindible incidencia sobre el mundo jurídico—, hemos percibido —y valorado— el diálogo abierto, pluralista y respetuoso con las autoridades de la Revista y el ininterrumpido apoyo a nuestra tarea, que merece nuestro sincero reconocimiento.

Esta “Celebración” de XX Aniversario, habilita un *racconto* desde nuestros orígenes como publicación de *JA* y de aquello que en lo personal me llevó a acercarme a la Bioética en su estrecha vinculación con el Derecho. Como primer hito destaco la participación en el Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho (La Plata, 1982), que me permitió establecer vínculos personales a nivel académico, entre otros, con los Profesores Jan M. Broekman y Wolf Paul, quienes además de pertenencia al ámbito de la Filosofía del Derecho, ya se destacaban por el interés por la Bioética y la Ética Ambiental respectivamente.

Dichos vínculos permitieron posteriormente establecer contactos académicos con Universidades de Holanda y Bélgica (Lovaina) que permitieron la invitación de catedráticos europeos a disertar en la Argentina, y en particular en Mar del Plata. Ello sumado a la participación a las actividades bioéticas llevadas a cabo desde La Plata por el Profesor José A. Mainetti motivaron la presentación que tuviera en Jornadas de Filosofía del Derecho sobre el tema “Bioética y Derecho”, aproximación embrionaria a la problemática, que en ese momento generó sorpresa en muchos de los presentes ya que en

esa época las cuestiones bioéticas no eran aún vistas con interés para la Filosofía del Derecho, contrariamente a lo que hoy día ocurre con muy destacados iusfilósofos.

Desde comienzos de los años noventa nos encontramos con un nuevo hito, coincidente con la creación en Mar del Plata de la Primera Carrera —a nivel nacional— de Postgrado Interdisciplinario en Bioética, cuya dirección académica fue ejercida por el Profesor Mainetti; carrera de cuya coordinación académica participo a su vez el suscripto. Estos “nuevos hitos”, me permitieron incorporar la reflexión y la visión interdisciplinaria de la Bioética a las decisiones judiciales, particularmente en acciones constitucionales de amparo (para los cuales el Maestro Morello acuñó la denominación de “amparos salutíferos”) en complejos problemas relacionados con la vida y la salud integral de las personas, a menudo ante dilemas que aún no habían sido abordados en nuestra legislación.

Algunos fallos generaron reacciones encontradas en la doctrina, aunque siempre los disensos aunados a importantes consensos enriquecen los debates. A modo de ejemplo, recordamos temas como la autodeterminación de la persona, anencefalia, derecho a la atención sanitaria integral, que comprende el derecho a rehusar tratamientos médicos no deseados, identidad de género y referido a la validez constitucional de las “directivas anticipadas” o “actos de autoprotección”, antes de su receptación en la legislación nacional (fallo “Caso M.”, 2005) que generaron numerosos comentarios en “notas a fallo” en reconocidas publicaciones, casi unánimemente aprobatorias.

La contribución al debate con la publicación de trabajos doctrinarios multidisciplinarios de reconocidos estudiosos, tanto del exterior como de nuestro país en nuestros “Números” anuales, solo fue factible gracias a la confianza que la Revista nos dispensó para “hacer visibles” temas que en su momento mayoritariamente no habían ingresado al debate público, que a su vez generaron hondos disensos o que simplemente originaron cautelosos silencios.

Este número aniversario es resultado del conocimiento y trato personal con destacadas figuras

de la Bioética de Universidades del exterior, de diversa formación académica de origen (v.gr., Filosofía, Medicina, Derecho, etc.), pero con una común visión interdisciplinaria. Siempre dentro del respeto a la “pluralidad de voces”, varios de dichos catedráticos, han sido autores de trabajos publicados durante todos estos años y en distintas ocasiones, además de los que lo hacen en este Número XX Aniversario, entre ellos —y sin desmedro de otros destacados colaboradores— mencionamos aquí los Profesores Jan M. Broekman y Paul Shotsmans (Lovaina); Gilbert Hottois (Bruselas, Bélgica); Diego Gracia, Marcelo Palacios, Adela Cortina, Jesús Conill, Nuria Terrizas i Sala, Francesc Abel y Juan Ramón Lacadena (España); Franco Mantí y Michele Sesta (Italia); Christian Byk (Francia); Fernando Lolas Stepke y Miguel Kottow (Chile); Roberto Andorno (Zurich); Juan Camilo Salas Cardona (Colombia y Estrasburgo); Jaime Escobar Traina (Bogotá, Colombia); Leo Pessini, Volnei Garrafa, Marlene Braz y Eduardo de Siqueira (Brasil); Jorge Ferrer (Puerto Rico).

De manera contemporánea, han sido también numerosos los destacados doctrinarios argentinos que han hecho su aporte a los sucesivos Números Anuales, y cuya nómina sería por demás extensa, aunque sus nombres son más conocidos para los habituales lectores de revistas jurídicas. Únicamente a modo de ejemplos destacados —y sin desmedro de los valores académicos de otros colaboradores— mencionamos aquí a los Maestros Germán J. Bidart Campos y Augusto M. Morello.

En nombre de Lynette y Geraldín, permanentes corresponsables de “nuestra revista bioética”, nuestro especial reconocimiento a las autoridades de la Revista y de la Editorial, aquí en la persona del Dr. Luis Daniel Covi, director de *Jurisprudencia Argentina*, por el aliento y apoyo recibidos, reconocimiento que de modo muy particular extendemos a todos los autores, distinguidos doctrinarios de nuestro país y del exterior, al igual que a los traductores de trabajos originales redactados en inglés y en italiano, que han brindado su valioso y desinteresado apoyo, que hizo posible presentar este Número “XX Aniversario” y por último agradecemos profundamente a nuestros lectores de distinta formación académica y disciplinaria.

¡A todos, muchas gracias!

Finalmente, a continuación, nos permitimos esbozar una *visión panorámica del presente Número Especial Bioética XX Aniversario*, que esperamos que resulte de utilidad a modo de orientación.

## Doctrina extranjera

1. Roberto ANDORNO, con precisa fundamentación filosófica, bioética y jurídica y con sustento en numerosos Convenios y Declaraciones transnacionales sobre la materia, se detiene en el análisis de las cuestiones sensibles que rodean al tráfico de órganos a nivel internacional. El problema ha adquirido tal dimensión que ha originado en el ámbito del Consejo de Europa (2018) la aprobación de una Convención contra el Tráfico de Órganos Humanos. Vincula con acierto el autor esta práctica con la “cosificación del cuerpo humano y la explotación de los más vulnerables”, y remite en última instancia al “respeto a la dignidad humana” como “principio matriz” de las normas internacionales de la Bioética, con lo cual el autor retoma un tema ya abordado en nuestra revista, trabajo titulado precisamente “Dignidad Humana” (ver: XV Número Especial de Bioética, JA 11/12/2013 – JA-2013-IV).

2. James DRANE, reconocido estudioso de la Bioética (Universidad de Edimburgo, Pensilvania) en su larga y fructífera trayectoria en la investigación y en la docencia, ha logrado hallar “puentes” entre la Bioética anglosajona con la Bioética europea-mediterránea y latinoamericana. Su contacto con los países de nuestra región ha sido particularmente intenso, a partir de la tarea que durante decenios le encomendara la OPS/OMS con miras al afianzamiento de los estudios bioéticos en América Latina. Hoy nos ofrece un trabajo que incorpora a las reflexiones sobre “Medicina, ética y religión” una “visión existencial”, originada en una dolorosa experiencia personal como paciente, tan alejada de las enseñanzas de la Bioética, tema al que tanto contribuyera el Profesor Drane. No obstante sus reflexiones no concluyen con esa experiencia frustrante, sino que, con una visión trascendente, formula un ferviente llamado para superar las limitaciones humanas de la medicina puramente tecnocientífica.

3. Desde la Universidad El Bosque (Bogotá) Jaime ESCOBAR TRIANA —impulsor de la Bioética, desde sus orígenes en esa Universidad— y Constanza OVALLE, ofrecen una perspectiva bioética relacionada con la sexualidad humana y sus prejuicios, con un punto de referencia próximo a las enseñanzas de Gilbert Hottois (Universidad de Bruselas), cercano a las actividades académicas y publicaciones de la Universidad El Bosque, procuraron desentrañar los distintos prejuicios que a menudo han oscurecido el abordaje de temas tan sensibles, con visiones biologicistas-reduccionistas, incompatibles con el valor de la libertad y de la “acción autodeterminadora”. Su postura se orienta hacia “una adecuada educación en bioética”, con miras a “maximizar los valores en la infinitud de formas y expresiones que los seres atribuyen a su propia sexualidad”.

4. Miguel KOTTOW, distinguido catedrático de la Universidad de Chile, una vez más, enriquece el contenido de nuestra publicación anual, esta vez con sus profundas reflexiones acerca de “*Bioética y Envejecimiento*” que excede los límites de frecuentes trabajos estereotipados y reduccionistas sobre el tema. Parte de una realidad sociológica —el creciente envejecimiento poblacional—, “un escenario mirado con alarma en nuestras sociedades orientadas a la producción y al consumo que energizan un acelerado intercambio de bienes”, con relación al concepto de “homo laboraens” como “definitorio de lo humano”. Postula —con el pensador contemporáneo Alex Honneth— una “filosofía y ética del reconocimiento”. En crítica a los procesos de “medicalización” tecno-científica que ejercen una acción “despersonalizadora” sobre la persona “senescente”, sostiene que la Bioética participa en develar y criticar estas falencias de protección y cobertura, pero carece de influencia para cautelar el destino de los desposeídos y marginados, frente a lo cual propicia que la Bioética deba centrar sus esfuerzos en las zonas de no identidad, para mantener su identidad y reconocimiento “a fin de salvaguardar los atributos trascendentales de todo ser humano”, en su relación con el otro —relacionalidad— y su estar en el mundo —trascendencia humana—.

5. El Profesor Franco MANTI, catedrático de la Universidad de Génova, ofrece un análisis jurídico-bioético y constitucional de la reciente legis-

lación italiana en materia de consentimiento informado y autodeterminación del paciente, ley 219, vigente desde el 31/01/2018. Aborda críticamente el desarrollo, particularmente a nivel legislativo, que implicó un retroceso respecto de la jurisprudencia de tribunales superiores en Italia en el caso “Englaro” que había autorizado el retiro de medidas de soporte vital ante un cuadro clínico absolutamente irreversible.

Reivindica el autor un modelo de relación terapéutica superadora de las formas “paternalistas”, al hacer hincapié en una co-responsabilidad entre el médico-equipo terapéutico y el paciente, que implica un “cuidar con” (“*caring with*”), fundado en una “alianza terapéutica”, una relación de confianza, que respete la autonomía mutua y solidaridad entre quienes prestan y reciben atención sanitaria, enfatizando el valor de las directivas anticipadas para resguardar la autodeterminación del paciente en el marco de “una ética de las razones públicas”, frente a posibles visiones diferentes de la “buena vida”, para concluir que “la referencia a la dignidad al final de la vida” resalta “el doble valor ético-político del cuidar” (“*care*”).

6. Álvaro QUESADA SEPÚLVEDA, actual Editor de la prestigiosa Revista *Acta Bioethica* (Universidad de Chile) a partir del modelo propuesto por el filósofo Gilles Lipovetsky, analiza el tránsito desde *una moral del deber* —propia de la modernidad— hacia una moral individualista —postmoderna— del post deber. Su análisis advierte punto de encuentro entre Lipovetsky y Zygmund Bauman (“modernidad líquida”), calificando a la sociedad hipermoderna, como civilización del hiperconsumo (cabe señalar que la misma sin embargo coexiste con extensas poblaciones marginadas y en la pobreza, a menudo excluidas) “aquella en la que prima lo ligero: reina la ligereza” en la que “hemos aprendido a navegar sin grandes complicaciones”, “la vida se aligeró e invita a dejarse llevar entre lo insustancial y lo efímero”.

En ese nuevo contexto prevalecerá “la opinión de los expertos” de modo que “lo bueno”, lo que “conviene elegir” preferir y hacer, tiene su lado “técnico”.

En este devenir el autor —acompañando a Lipovetsky— asigna sin embargo significación a la

“virtud individual” que habrá de implicar “un compromiso” de realismo científico y de idealismo ético, “de utilitarismo y de kantismo”, de imperativo hipotético y de imperativo categórico que caracteriza lo que se puede llamar “posmodernismo bioético”, para concluir en su visión personal en el sentido que “de nuevo sólo cabe confiar en que prime la virtud individual, la capacidad del ser humano de conducir y conducirse con respeto por el acontecer ajeno, no importa cuáles sean los particulares proyectos de vida”.

7. Como ampliación y profundización de aportes anteriores a nuestras publicaciones anuales (JA 04/05/2016, XVIII Número Especial de Bioética, “La Bioética y el final del derecho como ciencia”) Juan Camilo SALAS CARDONA, jurista con graduación en Colombia y posgraduaciones en otras reconocidas universidades europeas, nos ofrece ahora sus reflexiones en el trabajo que titula “La Bioética y la integración de las tradiciones jurídicas”, en las que partiendo de las relaciones entre *Bioética* y *Derecho*, aborda diversas cuestiones vinculadas: 1) a la separación de las tradiciones jurídicas en la cultura de Occidente; 2) la Bioética como espacio de integración entre racionalidades, y 3) el papel de los Comités de Bioética para una reintegración de las tradiciones jurídicas. Los Comités de Bioética como auxiliares de las decisiones de los jueces. Temas todos ellos de significativa relevancia para todos los operadores del derecho, y de modo muy particular para quienes desde hace casi tres décadas venimos trabajando en la articulación de los aportes de la Bioética en las decisiones judiciales y su contribución a la creación de nuevas formas de juridicidad, en su “modelo de justicia de protección y acompañamiento”.

### Doctrina nacional

8. El profesor rosarino Elvio GALATI, desde hace años, viene profundizando los “cambios paradigmáticos en la salud”, en un espacio de diálogo entre la “Teoría Trialista del Mundo Jurídico” de Werner Goldschmidt y los aportes del “pensamiento complejo” de Edgar Morin. En forma sistemática desarrolla sucesivamente, “los principios del Derecho a la Salud”, “los principios en las normas”, para concluir con “los principios en los fallos” en una interacción fluida entre la teoría conceptual y filosófica por un lado, con

las formulaciones jurídicas y su aplicación en la jurisprudencia, lo cual el propio autor sintetiza al señalar que el objetivo de su trabajo ha sido “lograr la conformación normativa y judicial de la existencia del derecho a la salud”, lo cual añade, “redunda a su vez en la convalidación epistemológica de la moral romana, en tanto reconocer principios implica dotar de abstracción un saber que debe contar con leyes científicas, rasgo característico de las teorías”.

9. Carina Susana JORGE, en su trabajo “la real existencia de la educación integradora de niños con discapacidad a través de un sistema de apoyos administrativos. Un caso decidido en clave constitucional”, con aportes tanto doctrinarios constitucionales y jurisprudenciales “en clave bioética” trata con claridad y precisión —con referencias bibliográficas— los temas de la discapacidad —y sus regulaciones jurídicas convencionales—, el “rol de juez como verdadero director” de este proceso de amparo, para sustentar a modo de síntesis la importancia del “nuevo modelo social de la discapacidad y el eje jurídico central de la niñez”, requirieron ya no de declamaciones discursivas, sino andar en su escenario que evidencie y efectivice el respeto y las acciones positivas que prometemos.

En cuanto a la sentencia del amparo —dictada como juez por el Director de este XX Número por razones de decoro, me remito simplemente a su texto y referencias doctrinarias y jurisprudenciales invocadas en el mismo.

10. Una vez más, tenemos el honor de poder ofrecer a nuestros lectores una colaboración de Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, hoy sobre un tema de gran relevancia ética y jurídica desarrollado con maestría bajo el epígrafe “Conflicto de intereses en la ciencia y la investigación”, siempre con sustento en muy autorizada bibliografía, luego de pertinentes consideraciones, aborda —entre otros— el tema del “conflicto de intereses en sentido estricto”, y su significación específica en el área de la salud, su referencia a aspectos legislativos y jurisprudenciales, incluida la transnacional, para arribar finalmente a “una conclusión provisional” que finaliza así: “En todo caso, tomar la decisión correcta, como dice Bertrand Russell, pasa por actuar con sabiduría, o sea, con una justa concepción de los fines de la vida”.

11. José Alberto MAINETTI, doctor en medicina y filosofía, es reconocido como precursor de los desarrollos de la Bioética no sólo en la Argentina sino en Latinoamérica. Dentro de las múltiples facetas de su contribución al impulso de los estudios bioéticos en la Argentina, no es menor en este caso destacar que el Dr. Mainetti, a comienzos del año noventa, fue el Director Académico de la Primera Carrera de Especialización de Postgrado en Bioética, claramente interdisciplinaria, ya que su inserción en el plano de la Universidad Nacional de Mar del Plata lo fue en forma conjunta y coordinada entre las Facultades de Derecho, Humanidades y Psicología, y quien suscribe, juntamente con el Dr. Justo Zanier tuvo el honor de integrar el Comité Académico de Coordinación de la Carrera. En el artículo con el que hoy contribuye al contenido de este Número XX Aniversario titulado “Desarrollo de la Bioética en América Latina”, en un relato que necesariamente es al mismo tiempo autobiográfico, ofrece una recapitulación del desarrollo de la Bioética en América Latina, comenzando por “su recepción en los setenta”, luego “la asimilación de la Bioética en los ochenta” y “la recreación de la Bioética en los años noventa”, para finalizar con reflexiones personales a modo de conclusión. En los círculos propiamente bioéticos en los países hispanoparlantes, Mainetti no requiere de ninguna presentación, y para los lectores de nuestros Números Especiales, en una Revista Jurídica recordemos que el nombrado ha contribuido en sucesivos años, con notas a sentencias judiciales —dictadas por el suscripto— en problemas de índole bioético-jurídicos. Por lo demás en razón de su claridad expositiva, nos remitimos directamente al contenido de su trabajo incluido en esta presentación.

12. Ricardo RABINOVICH BERKMAN —quien me honra con su amistad y con quien desde los años ochenta compartimos inquietudes y reflexiones en la entonces novel Asociación Argentina de Filosofía del Derecho—, se ocupa en este Número de un problema que no conoce fronteras, y que se agrava día a día a escala mundial, en su trabajo titulado “Advertencias sobre el futuro colapso ambiental y sus efectos jurídico-políticos, en la época natal de la Bioética”. Para llegar al núcleo central de su ensayo, aborda temas (desde un fecundo diálogo entre filosofía, arte y literatura —en síntesis, en la

cultura de nuestro tiempo—) en relación con la génesis y desarrollo de la Bioética, tales como el colapso ambiental y lo que denomina “La eutanasia como método alimentario”, configurando un marco referencial en el cual “la nueva noción de dignidad humana es impensable”.

En este sombrío panorama, debía tomarse también visible la corrupción, los poderes económicos transnacionales y la “alta criminalidad” a ella asociados. Un sombrío panorama en el cual la habitual “preocupación” deberá inexorablemente transformarse en “ocupación”, en acciones “proactivas”, aunque allí el autor plantea sus dudas acerca de si podemos evitar el colapso ambiental, y si “podrán funcionar las construcciones republicanas y democráticas” que tanto amamos (con razón) para concluir con otro interrogante en el sentido de si “¿Estaremos en condiciones de preservar los derechos humanos y los fines de nuestra cultura biológica?” Plantear interrogantes —aunque sean sombríos— es también una manera de interpelear a nuestra sociedad actual para profundizar la búsqueda de soluciones.

13. Finalmente debemos referirnos al trabajo de Ramiro ROSALES CUELLO y Gabriel Hernán QUADRÍ (“El derecho a la salud: la acción de amparo —como medio específico de resguardo— y los plazos de caducidad”). Liminarmente los propios autores delimitan el objeto del artículo al señalar que este “apunta a analizar a la acción de amparo como medio específico utilizable en controversias judiciales que involucran el derecho a la salud”. A la introducción suceden “reflexiones fundamentales: sobre los tipos procesales y la eficacia del servicio”, “la acción de amparo y el derecho a la salud”, “la doctrina de la Corte Federal en sus fallos más actuales”, y el solvente abordaje del “plazo de caducidad en el ejercicio de la acción de amparo”, con referencia a los criterios interpretativos, alcances y limitaciones del mismo, excluyendo del mismo a los casos en que se está en presencia de “ilegalidades continuadas” sin dejar de mencionar voces doctrinarias y jurisprudenciales que han estimado que el plazo de caducidad resulta inaplicable a la ley de la amplia y generosa tutela constitucional instaurada luego de la reforma constitucional de 1994, tanto en el orden federal como de la Provincia y la CABA (criterio este al que adhiero plenamente). Durante el año en curso el Dr. Ramiro Rosales

Cuello ha brindado un valioso aporte a Jurisprudencia Argentina, a través de la Dirección de los Números Especiales “Constitución y Proceso”.

Por último, podrá el lector contar con una *sentencia de amparo* respecto de un tema sensible que enlaza derechos fundamentales a la salud y de acceso a la educación, con relación a un niño que padece una severa discapacidad, remitiéndome al contenido del fallo y a la nota al mismo de Carina Jorge.

Con Lynette y Geraldín coincidimos que hay momentos tanto en la vida personal como de las instituciones en que resulta obligatorio exteriorizar *un acto de gratitud y reconocimiento* a alguna persona de relevante labor en nuestros espacios disciplinarios, aquí inter y transdisciplinarios, reconocimientos que entendemos deben efectuarse en vida de la persona homenajeada.

En esta oportunidad, es nuestro deseo efectuar tal homenaje, con nombre propio, en la persona del Profesor James Drane, con una fecunda labor desarrollada durante más de cuarenta años en el fortalecimiento entre los programas de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en su relación con los países de Latinoamérica, dicha labor del Profesor Drane, ha incluido su desinteresada intervención como disertante invitado en jornadas organizadas por la Asociación Argentina de Bioética (AAB) llevadas a cabo tanto en Mar del Plata como en Buenos Aires. La humildad que lo caracteriza, aunado a su profunda formación académica-disciplinaria y sus enseñanzas siempre fundadas en sus hondos valores personales y sociales, lo hace sin duda *merecedor de la dedicatoria de este Número Especial XX Aniversario y a modo de homenaje*.

# La venta de órganos: problemas de cosificación, explotación y respeto de la dignidad humana

Por Roberto Andorno (1)

## SUMARIO:

**I. Introducción.— II. La cosificación del cuerpo humano.— III. Explotación de los más vulnerables.— IV. Respeto de la dignidad humana.— V. Conclusiones.**

*“No hay libertad allí donde las leyes permiten que, en determinadas circunstancias, el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa”.*  
Cesare BECCARIA, *“De los delitos y de las penas”*, cap. 20

## I. Introducción

La venta de órganos humanos y el tráfico de personas con fines de extracción de órganos constituyen actualmente un grave problema global desde la perspectiva de los derechos humanos. En 2007, se estimaba que entre un 5 y un 10% de los trasplantes de riñón realizados anualmente en todo el mundo provenían del tráfico de órganos (2). Hay razones para creer que estas cifras han aumentado desde entonces (3).

En vista de la magnitud y complejidad del problema, algunas organizaciones intergubernamentales han desarrollado en las últimas dos décadas marcos legales para prevenir y

combatir el tráfico de órganos, entre los cuales el más reciente es la Convención contra el Tráfico de Órganos Humanos del Consejo de Europa (2015) (4).

Actualmente, puede decirse que la prohibición de la venta de órganos constituye uno de los principios del bioderecho internacional (5). Este principio se encuentra en los principales instrumentos tanto intergubernamentales como no gubernamentales relacionados con la biomedicina, como la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005) (art. 21, párr. 5º) (6), las directivas de la OMS sobre células, tejidos y órganos humanos para trasplante (2010) (principio rector nro. 5) (7),

(1) Profesor asociado de Bioética y Derecho Biomédico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zúrich, Suiza. El presente trabajo es la traducción de un artículo publicado originariamente en inglés con el título “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, en el *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, nro. 22017, ps. 119-127.

(2) BUDIANI-SABERI, Debra A. - DELMONICO, Francis L., “Organ trafficking and transplant tourism: a commentary on the global realities”, *American Journal of Transplantation*, nro. 5, vol. 8, 2008, ps. 925-929.

(3) Parlamento Europeo, Dirección General para las Políticas Externas de la Unión, “Trafficking in Human Organs. Study”, Bruselas, Unión Europea, 2015, p. 8.

(4) Ver un comentario de la Convención en: NEGRI, Stefania, “Transplantation Ethics and the International Crime of Organ Trafficking”, *International Criminal Law Review*, nro. 2, vol. 16, 2016, ps. 287-303.

(5) ANDORNO, Roberto, “Principles of international biolaw”, Ed. Bruylant, Bruselas, 2013, p. 30.

(6) “Los Estados deberían tomar las medidas adecuadas en los planos nacional e internacional para luchar contra (...) el tráfico ilícito de órganos”.

(7) “Las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin ningún pago monetario u otra recompensa de valor monetario. Deberá prohibirse la compra, o la oferta de compra, de

la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, también conocida como “Convención de Oviedo” (1997) (art. 21) (8), y la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre donación de órganos y tejidos (2012/2017) (párr. 31) (9). A nivel nacional, al menos 55 países tienen leyes que prohíben expresamente la compra y venta de órganos para trasplantes (10).

Este artículo tiene por objeto presentar brevemente las dos razones principales que justifican la prohibición del comercio de órganos humanos: la cosificación del cuerpo humano y la explotación de las personas más vulnerables. Al mismo tiempo, sostiene que lo que en última instancia está en juego en esta práctica es el respeto de la dignidad humana.

### II. La cosificación del cuerpo humano

Hoy es ampliamente aceptado que resulta inaceptable, tanto desde el punto de vista moral como jurídico, tratar a las personas como si fueran meras “cosas”. Desde la abolición de la esclavitud existe consenso para considerar que todo ser humano merece ser tratado como “alguien” y no simplemente como “algo”. Por esta razón, los sistemas legales contemporáneos tienden a rechazar sistemáticamente cualquier práctica que implique desdibujar los límites entre las “personas” y las “cosas”. Se puede decir que la distinción neta entre ambas categorías es el principio más básico y estructurante de los sistemas jurídicos modernos (11).

Una aplicación particular de la *summa divisio* entre “personas” y “cosas” es el principio que prohíbe la comercialización de partes del cuerpo humano. Este principio, que, como se acaba

de mencionar, se encuentra en varias normas internacionales y nacionales relacionadas con el trasplante de órganos, refleja un axioma ético y legal según el cual los órganos humanos no deben ser tratados como “mercaderías” que pueden comprarse y venderse. La razón de esta prohibición es que tal práctica implica una *cosificación* (o mercantilización o reificación) del cuerpo humano, en cuanto convierte a las personas en mercancías u objetos de comercio.

La forma más conocida y extrema de cosificación de la persona humana es, desde luego, la esclavitud. Los esclavos son mera propiedad de sus amos y carecen de derechos; los esclavos se pueden comprar y vender como si fueran simples objetos. Aunque la esclavitud y el tráfico de esclavos han sido abolido formalmente en todo el mundo, se estima que, aún hoy, más de 45 millones de personas en todo el mundo son víctimas de distintas formas modernas de esclavitud (trata de personas con diversos fines de explotación: trabajo forzado, prostitución, etc.) (12). Estas nuevas formas de esclavitud constituyen un fenómeno complejo que florece en todo el mundo y que requiere una acción más enérgica de la comunidad internacional para prevenirlo y proteger los derechos de las víctimas (13).

En bioética, el concepto de cosificación se usa sobre todo en los debates acerca de dos prácticas: la venta de órganos y la maternidad subrogada. Este artículo se concentra en el primero de estos fenómenos para tratar de entender mejor qué significa la cosificación en este caso.

Se puede decir que toda forma de cosificación tiene dos características esenciales: Primero, que las “personas” son tratadas, al menos en parte, como si fueran “cosas”; y segundo, que

---

células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas”.

(8) “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deben ser objeto de lucro”.

(9) “La AMM se opone firmemente a un mercado de órganos”.

(10) Consejo de Europa / Naciones Unidas, “Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs”, *Joint Council of Europe and United Nations Study*, Estrasburgo, Council of Europe Press, 2009, p. 47.

(11) ANDORNO, Roberto, “La distinction juridique entre les personnes et les choses à l’épreuve des procréations artificielles”, LGDJ, París, 1996, p. 5.

(12) WALK FREE FOUNDATION, “Global Slavery Index”, 2016, p. 4, disponible en línea en: <http://www.globalslaveryindex.org/>.

(13) SCARPA, Silvia, “Trafficking in human beings: Modern slavery”, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 4.

las relaciones gratuitas o desinteresadas se transforman en contratos onerosos, es decir, que implican el pago de un precio (14). La primera característica se puede llamar “objetivación” porque las partes del cuerpo se tratan como si fueran meros objetos, aun siendo *elementos constitutivos de la persona*. En la práctica cosificadora las partes del cuerpo se ven como si estuvieran “separadas” del cuerpo, y se las considera distintas de la persona de la que provienen. Simultáneamente, tales partes se integran en una lógica de mercado, como si pudieran venderse (15).

Es cierto que una cierta objetivación de una parte del cuerpo también puede tener lugar en la *donación de órganos*. Al hacer abstracción de la persona del donante, el receptor potencial del órgano puede tender a ver el órgano del donante como un “objeto” que salvará su vida. Todas las esperanzas del receptor se colocan (comprensiblemente) en esa ‘cosa’ salvadora. Por lo tanto, podría sostenerse que el donante de órganos está “cosificándose” a sí mismo en beneficio del receptor. Algunos autores han concluido de esto que la venta de órganos y la donación de órganos son prácticas moralmente equivalentes y que todo lo que está en juego desde el punto de vista ético en este ámbito es la necesidad de garantizar que el individuo que desea vender un órgano pueda dar un consentimiento libre y que el precio que se le pague por el órgano sea “justo” (16).

Sin embargo, este argumento meramente utilitario es superficial y no logra captar lo que realmente significa la venta de órganos humanos. Más allá de la cuestión del consentimiento informado y del monto que se paga al donante, la pregunta crucial es si *el cuerpo humano merece ser tratado como si fuera una cosa o propiedad*. Al centrarse meramente en el consentimiento informado y en el precio a pagar se olvida la cuestión ética decisiva porque se parte de la base (no justificada) de que las personas tienen

*derechos de propiedad* sobre sus cuerpos. Pero la inmensa mayoría de los juristas de todos los tiempos se han siempre resistido a la idea de un derecho sobre el propio cuerpo (*ius in se ipsum*), por ser contradictoria: el derecho implica por definición una relación de *alteridad*. Allí donde sólo hay una persona, no hay relación jurídica. De este modo, la noción de propiedad sobre el cuerpo es contraria a la naturaleza misma del ser humano, que es una *unidad*. No podemos desdoblarnos dentro de nosotros mismos entre un “sujeto de derecho” y un “objeto de derecho” sin que nuestra unidad más profunda quede afectada. En tal sentido, el jurista Ulpiano afirmaba que *dominus membrorum suorum nemo videtur* (17).

Además de este argumento filosófico-jurídico, hay una razón práctica para oponerse a la idea de propiedad sobre el cuerpo: quienes defienden la venta de órganos no tienen en cuenta el trasfondo de la creciente mercantilización de las interrelaciones humanas, así como su impacto en la vida de millones de personas en nuestro mundo cada vez más globalizado. Está claro que, ni el “consentimiento informado” ni el precio “justo” alcanzan para frenar la explotación y mercantilización de los potenciales vendedores de órganos, que proceden de los estratos sociales más empobrecidos del planeta. Más aún, el modelo mercantilista alienta tal explotación porque todo mercado de órganos se basa inevitablemente en relaciones de poder asimétricas, y cuanto más asimétricas sean, más facilitarán el comercio y la consiguiente explotación.

En realidad, la donación de órganos y la venta de órganos no son prácticas moralmente equivalentes. La donación de órganos no supone una mercantilización del donante porque no se ve al órgano como algo que sea *vendible*. Como se mencionó antes, una de las características de la cosificación es que las partes del cuerpo se integran en una lógica de mercado y se ven como si pudieran venderse. La cosificación tiene

(14) MARWAY, Herjeet - JOHNSON, Sarah-Louise - WIDDOWS, Heather, “Commodification of Human Tissue”, en HAVE, H. Ten - GORDIJN, B. (dir.), *Handbook of Global Bioethics*, Dordrecht - Springer, 2014, ps. 581-598.

(15) *Ibid.*, p. 585.

(16) WILKINSON, Stephen, “Bodies for Sale. Ethics and Exploitation in the Human Body”, Ed. Routledge, Londres, 2003.

(17) “Nadie es propietario de sus miembros” (Digesto, 9, 2, 13).

## La venta de órganos: problemas de cosificación...

precisamente lugar cuando el órgano de una persona es “etiquetado” con un precio y colocado en el mercado para la venta. La oferta de una cantidad de dinero a cambio de un órgano no es algo trivial porque la presencia de dinero transforma radicalmente una relación gratuita, desinteresada y altruista en una mera transacción comercial. Más que regalar una esperanza de vida, los donantes de órganos, al cobrar un precio, se convierten en *vendedores de un objeto*, que no es ni más ni menos que una parte de su propio cuerpo.

En otras palabras, al poner un precio a uno de sus órganos (por ejemplo, un riñón), que es parte constitutiva de su persona, los vendedores de órganos están de algún modo “vendiendo” su propia persona y de este modo, degradándose a sí mismos al rango de “objetos”. Esto no ocurre en la donación de órganos ya que los donantes, lejos de mercantilizarse, realizan un acto de altruismo laudable y hasta heroico. Cabe destacar que la lógica de mercado que rodea la venta de órganos está totalmente ausente de la donación de órganos, que está motivada por un deseo de solidaridad con el prójimo enfermo, y no por el cobro de una suma de dinero.

### III. Explotación de los más vulnerables

Además de la preocupación por evitar la cosificación del cuerpo humano, la prohibición del comercio de órganos está motivada por un objetivo más concreto: evitar la explotación de los donantes, especialmente de las personas más vulnerables desde un punto de vista socioeconómico, sobre todo en los países en vías de desarrollo. Cuando se ofrece dinero, es obvio que serán los más desesperados —los que viven en una pobreza extrema, no los ricos— quienes serán tentados de realizar un acto gravemente degradante para sí mismos —la venta de una parte de su propio cuerpo— que nunca harían en circunstancias normales. Incluso los autores que apoyan la legalización de la venta de órganos admiten que “quienes deciden vender un órgano no lo harían si pudieran obtener dinero por otros medios” (18).

Aunque es muy difícil definir en forma precisa la noción de “explotación”, parece claro que este fenómeno no puede explicarse simplemente en términos de *deficiencias del consentimiento informado*. La práctica de la esclavitud no es menos explotadora porque sus víctimas la hubieran “consentido” para aliviar en cierta medida su miserable situación. Es decir, una transacción no supone una explotación *solo* porque la víctima de la explotación haya estado mal informada o haya forzada o manipulada. Aunque estos diferentes factores, que pueden invalidar el consentimiento, estén presentes en muchos o en la mayoría de los casos de venta de órganos, la explotación también puede ocurrir cuando las víctimas entienden perfectamente la naturaleza de la transacción y su consentimiento es válido en términos puramente legales.

Por lo tanto, la dimensión explotadora no desaparece simplemente por el hecho de que se establezca un sistema que garantice que los potenciales vendedores de órganos estén bien informados acerca del procedimiento y de sus riesgos para su salud y lo acepten “libremente”. Tampoco se soluciona el problema estableciendo que el precio que se les ofrezca sea “justo”. En otras palabras, la venta de órganos no es inmoral por meros factores contingentes o circunstanciales que podrían corregirse en el marco de un “mercado regulado”. Ofrecer dinero a los más pobres para inducirlos a vender sus órganos es una práctica *intrínsecamente explotadora* porque supone aprovecharse cruelmente de la situación desesperada de ciertos individuos para apropiarse de partes de sus cuerpos como si se tratara de “cosas en el comercio”.

Sin duda, la explotación implica siempre una cierta *disparidad* en el valor de lo que cada una de las partes ofrece. Por ejemplo, se puede decir que un trabajador sufre explotación cuando, aun trabajando a tiempo completo y haciendo todos los esfuerzos posibles, percibe un salario que no le permite cubrir sus necesidades más básicas. Si el salario se incrementa hasta un nivel justo, puede afirmarse que ya no hay más disparidad y, en consecuencia, desaparece la explotación.

(18) FABRE, Cécile, “Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person”, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 144.

Sin embargo, en el caso de la venta de órganos, esta disparidad no puede evitarse con un mero aumento del precio que se paga al individuo dispuesto a vender un órgano. De hecho, los órganos no tienen un “precio” y, por lo tanto, la disparidad es inevitable. Las partes del cuerpo no tienen precio por la sencilla razón de que no son “cosas”, sino *elementos constitutivos de la persona*. Es decir, no poseemos nuestro cuerpo y los órganos que lo componen del mismo modo que poseemos un auto o una casa, y por esa razón, no podemos venderlos como si fueran “objetos”. Como dijo Kant, las personas no tienen un “precio” sino una “dignidad”: mientras que “precio” es el tipo de valor para el que se puede dar algo como equivalente, la “dignidad” está por encima de cualquier precio, y no admite ningún equivalente (19).

Algunos autores que están a favor de los mercados de órganos hacen una distinción entre vender una *persona completa*, que sería inaceptable por constituir esclavitud, y vender *una parte* del cuerpo de esa persona, lo que sería éticamente aceptable. Por ejemplo, Michael Gill y Robert Sade afirman que “a una persona que vende un riñón todavía le queda el resto del cuerpo” y “con él puede continuar controlando su propio destino. Además, el dinero de la venta podría servirle para mejorar la variedad de opciones que tiene, y aumentar, en lugar de disminuir, su capacidad para controlar su propio destino” (20).

Este tipo de argumentos, además de ser superficiales, ignora la circunstancia fundamental de que todos los elementos del cuerpo humano son interdependientes en función de una unidad superior que constituye el *todo* de la persona, con una dignidad inherente. Como lo señala el bioeticista Calum MacKellar, “el valor moral de los elementos del cuerpo es similar al de todo el cuerpo y no se puede medir financie-

ramente. Esto significa que, si el cuerpo entero de una persona no puede tener un precio, tampoco los elementos que la componen pueden tenerlo” (21).

#### IV. Respeto de la dignidad humana

---

Como ya se ha señalado en la introducción, la cosificación del cuerpo humano y la explotación de las personas más vulnerables son las objeciones más frecuentes a la venta de órganos. Sin embargo, la razón última de la prohibición de esta práctica es que viola gravemente la *dignidad humana*. En efecto, al reducir el cuerpo humano al rango de una “cosa” que puede comprarse y venderse, y al exacerbar las condiciones para la explotación de los más pobres en el mercado global, la venta de órganos viola gravemente la dignidad humana. Desde esta perspectiva, esta práctica se parece mucho a una forma de auto-esclavitud, aunque lo que se venda no sea todo el cuerpo, sino solo una parte de él.

Es decir, la venta de órganos pone directamente en juego la dignidad humana porque el respeto de la dignidad prohíbe la *instrumentalización* de los seres humanos. Como se mencionó antes, tanto la cosificación como la explotación presuponen instrumentalizar a las personas al reducir partes de sus cuerpos a la condición de meros *objetos de comercio*. En este sentido, vale la pena recordar la famosa segunda formulación de imperativo categórico kantiano según el cual siempre debemos tratar a las personas como *fin*es en sí mismas y nunca como meros *medios* para satisfacer nuestros propios fines (22).

Como lo señala acertadamente Cynthia Cohen, “los seres humanos y las partes de sus cuerpos tienen un valor que está más allá de las contingencias de la oferta y la demanda o de cualquier otra estimación relativa. Vender una parte del

(19) KANT, Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 189.

(20) GILL, Michael - SADE, Robert, “Payment for Kidneys: The Case for Repealing Prohibition”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, nro. 1, vol. 12, 2002, p. 30.

(21) MACKELLAR, Calum, “Human Organ Markets and Inherent Human Dignity”, *The New Bioethics. A Multidisciplinary Journal of Biotechnology and Genetic Ethics*, nro. 1, vol. 20, 2014, p. 59.

(22) KANT, Immanuel, ob. cit.

## La venta de órganos: problemas de cosificación...

cuerpo humano supone corromper el significado mismo de la noción de dignidad humana” (23).

La noción de la dignidad humana ha sido a menudo criticada en los ámbitos bioéticos como “vaga”, como un “mero slogan” o incluso como un “concepto inútil” (24). La verdad es que esta noción, lejos de ser inútil o puramente retórica, tiene un significado muy profundo, ya que enfatiza la igualdad radical de todos los seres humanos. No es casual que esta noción se encuentre en la base misma de todo el sistema internacional de derechos humanos que surgió después de la Segunda Guerra Mundial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) se basa explícitamente en el “reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo). Desde el inicio, la Declaración afirma sin ambages que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1º). Consecuentes con esta idea, los dos Pactos internacionales de derechos humanos de 1966 afirman explícitamente en sus respectivos Preámbulos que los derechos humanos “derivan” de la dignidad humana. Es decir, si la dignidad es la fuente de los derechos humanos y todos los seres humanos poseen la misma dignidad, entonces todos son titulares de los mismos derechos.

Aunque el derecho internacional no brinda una definición de la dignidad humana, ofrece una serie de pautas muy útiles para la comprensión de esta noción. P. ej., cuando afirma, como se acaba de señalar, que la dignidad es “inherente” a todos los seres humanos. El término “inherente” significa aquello que ‘por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello (25). La idea contenida en este adjetivo es que la dignidad es *inseparable de la condición humana*. Por lo tanto, no estamos ante una cualidad accidental de algunos

seres humanos, o un valor derivado de algunas circunstancias particulares, como el hecho de ser rico o pobre, joven o viejo, hombre o mujer, sano o enfermo, sino más bien algo que todos los seres humanos poseen por el solo hecho de existir.

El principio de respeto de la dignidad humana constituye no solo el fundamento del completo edificio de los derechos humanos. También es la noción central de los instrumentos internacionales sobre bioética que han sido adoptados desde fines de los años 1990 por organismos intergubernamentales tales como la UNESCO y el Consejo de Europa. En tal sentido, no es sorprendente que haya sido calificada de “principio matriz” de las normas internacionales de bioética (26).

Cabe mencionar que también los documentos internacionales que tratan de los trasplantes de órganos y del tráfico de órganos hacen hincapié en la noción de dignidad humana. Por ejemplo, la Convención contra el Tráfico de Órganos Humanos del Consejo de Europa (2015) condena esta práctica porque “viola la dignidad humana y el derecho a la vida” (Preámbulo). El Protocolo adicional al Convenio sobre derechos humanos y biomedicina relativo al trasplante de órganos y tejidos de origen humano (2002) reconoce que “el uso impropio del trasplante de órganos o de tejidos podría llevar a actos que amenazan la vida, el bienestar o la dignidad humana” (Preámbulo). La Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes (2008) afirma que el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana y deberían prohibirse” (art. 6º). El mismo artículo agrega que “puesto que los donantes con menos recursos económicos o más vulnerables son el blanco de la comercialización de trasplantes, se produce inexorablemente una injusticia y debería prohibirse”.

(23) COHEN, Cynthia, “Public Policy and the Sale of Human Organs”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, nro. 1, vol. 12, 2002, p. 57.

(24) MACKLIN, Ruth, “Dignity is a Useless Concept”, *British Medical Journal*, vol. 327, 2003, ps. 1419-1420.

(25) *Diccionario de la Real Academia Española*.

(26) LENOIR, Noëlle - MATHIEU, Bertrand, “Les normes internationales de la bioéthique”, Presses Universitaires de France, París, 2004, p. 16.

### V. Conclusiones

Los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la biomedicina, y más específicamente los que se ocupan del trasplante de órganos, prohíben estrictamente la compra y venta de órganos humanos. También condenan, aún más severamente, el tráfico de personas con fines de extracción de órganos para trasplantes, práctica que puede calificarse de “una nueva forma de esclavitud de nuestra época” (27). Al condenar estas prácticas, exigen que “el cuerpo humano y sus partes sean trata-

dos, no como simples mercaderías, sino como aspectos esenciales de nuestra humanidad compartida y encarnada” (28).

Para concluir, estas prácticas socavan el valor de la dignidad humana al permitir la instrumentalización de algunos seres humanos en beneficio de otros. Como lo señala brillantemente Anne Phillips, “es difícil sostener el principio de que somos todos iguales si toleramos que los cuerpos de algunos seres humanos sean utilizados para resolver problemas en los cuerpos de otros” (29).

---

## Medicina, ética y religión: Una experiencia personal (1)

Por James Drane (2)

### SUMARIO:

**I. La medicina y la ética hoy.— II. La ética médica. Su base y amenazas.— III. Una reciente experiencia personal.— IV. Bioética: Ética médica contemporánea.— V. Conclusión.**

En los años 60, con Daniel Callahan viajamos juntos alrededor del mundo. En esa oportunidad, Dan era el editor de la *Revista Commonweal*, una publicación católica nacional de religión y política, fundada en Nueva York. Yo estaba ya

en la Universidad de Yale después de haberme visto obligado a dejar el sacerdocio católico por escribir un artículo que propugnaba el cambio en las enseñanzas oficiales de la Iglesia sobre el control de la natalidad. Dan estaba investi-

(27) SCARPA, Silvia, ob. cit., p. 4.

(28) CAMPBELL, Alastair V., “Human Dignity and Commodification in Bioethics”, en DÜWELL, M. - BRAARVIG, J. - BROWNSWORD, R. - MIETH, D. (dir.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 540.

(29) PHILLIPS, Anne, “Our Bodies. Whose Property?”, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2013, p. 154.

(1) Las perspectivas planteadas en este nuevo trabajo pueden ser ampliadas teniendo a la vista el trabajo anterior del mismo autor titulado “Aprendiendo a mirar la muerte” (“Learning to Face Death: a Role for Living Wills and Proxy Surrogates”), trad. Geraldín PICARDI, publicado en JA, 07/11/2007 (JA-2007-IV-963), y amplia bibliografía allí citada.

(2) Durante largos años, James Drane ha cumplido un rol importante como Delegado de la OPS (Organización Panamericana de la Salud) en la implementación de políticas en materia de Bioética en América Latina. Ha efectuado

gando las políticas públicas sobre el aborto en las diferentes culturas. Yo estaba estudiando las diferentes políticas públicas sobre el control de la natalidad. Ambos escribíamos sobre estos temas. Lo que más recuerdo de nuestro tiempo compartido fue que Dan se preguntaba si podía dejar su trabajo en *Commonweal*, para poner en marcha un instituto para el estudio de las cuestiones éticas de la medicina científica moderna.

Tanto el aborto como el control de la natalidad eran cuestiones instaladas después de la Segunda Guerra Mundial. Había un *baby boom* en los países desarrollados una vez finalizada la Guerra. Las familias católicas eran generalmente más numerosas y el control de la natalidad llegó a ser aún más un problema ético instalado para ellos, una vez que se disponía de nuevos y diferentes tipos de anticonceptivos.

La posición católica oficial fue oponerse a cualquier uso de tecnología para el control de la natalidad. Solo se aceptaba la planificación familiar natural, utilizando los períodos fértiles e infértiles de la mujer. Este método de control de natalidad, sin embargo, no funcionó simplemente para la mayoría de las familias, y así surgió una necesidad real de reconsiderar las enseñanzas oficiales de la Iglesia.

Tanto mi sanción por tomar una postura en favor del cambio, como mi abandono al sacerdocio, fueron cubiertos ampliamente en los medios. Mis artículos sobre control de la natalidad recibieron también amplia repercusión. Aún en seminarios católicos mis argumentos fueron examinados y confrontados a los argumentos católicos tradicionales. En los inicios de 1970 la mayoría de los sacerdotes católicos se habían movido hacia la aprobación de una perspectiva oficial del control de la natalidad más "liberal".

### I. La medicina y la ética hoy

---

Después de la Segunda Guerra Mundial, las cuestiones en la investigación médica y en la medicina clínica fueron cubiertas ampliamente en los medios. El gobierno de los Estados Uni-

dos invirtió enormes sumas de dinero en investigación médica. Se construyó una nueva ciudad en las afueras de Washington DC (The NIH) donde se radicó la investigación. La medicina basada en la ciencia contemporánea que nació como medicina alemana, llegó a ser la medicina estadounidense después de la Segunda Guerra Mundial. Las cuestiones éticas que surgían a partir de los diferentes proyectos de investigación en medicina eran, primero evaluados por un eticista quien trabajaba en el NIH. Pero tenía poca autoridad, y los proyectos de investigación eran más numerosos de lo que cualquier persona podría evaluar. Muchos proyectos de investigación involucraban sujetos humanos, y en muchas instancias las vidas de los sujetos estaban amenazadas. La mayoría de las investigaciones, sin embargo, tuvieron lugar sin el consentimiento de los sujetos de investigación.

Además de la enorme inversión del gobierno en investigación, mucha investigación médica fue conducida por compañías farmacéuticas. De todos los diferentes proyectos de investigación, resultaron muchos nuevos medicamentos. Las nuevas tecnologías también llegaban en la práctica clínica médica en una corriente constante. Todo nuevo desarrollo incrementaba sus propias cuestiones éticas. Las antiguas cuestiones éticas asociadas con el comienzo y el fin de la vida sin embargo nunca perdieron importancia. El Dr. Rock, un médico y científico católico, desarrolló su píldora de control de la natalidad en los 1960, que causó una explosión de cuestiones éticas sobre su uso, y sobre las restricciones legales de la venta de las diferentes formas de anticonceptivos. Las cuestiones de procreación fueron ampliamente discutidas en los medios públicos, en las legislaturas federales y estatales, y en los tribunales. Los debates fueron intensos y los profesionales médicos se unieron al común de los ciudadanos en la búsqueda de la dirección ética.

Los médicos en práctica clínica, especialmente, necesitaron ayuda con las cuestiones éticas, una vez que las innovaciones y tecnologías post guerra llegaron a las farmacias y al lado de la

---

visitas académicas a distintos países de la región, dando impulso al desarrollo de la Bioética y en ese contexto, en la Argentina ha participado como conferencista de Jornadas organizadas por la Asociación Argentina de Bioética tanto en Buenos Aires como en Mar del Plata.

cama del paciente. Muchas de las nuevas tecnologías hicieron posible prolongar la muerte de un paciente y acentuando las cuestiones creadas sobre el rol de la medicina una vez que el paciente ingresó en el proceso de muerte. ¿Deberían los médicos prolongar la muerte por medio de sus tratamientos, o deberían acelerarla? Fuera de este contexto, los “hospice” son creados como una manera de hacer la muerte al menos más humana.

Finalmente, había cuestiones más filosóficas sobre la naturaleza de la profesión médica, los fines de la medicina, y la interrelación más antigua de la práctica médica con las cuestiones acerca de lo correcto y lo incorrecto. Filósofos e historiadores ahondaron el tema del entendimiento humano acerca de la salud y la enfermedad, y este entendimiento fue tan complejo como el entendimiento humano de la vida en sí misma. La salud y la enfermedad son experiencias humanas básicas y estas experiencias fueron estudiadas por pensadores de todas las culturas. En las culturas occidentales, post Segunda Guerra Mundial, la comprensión de la salud y la enfermedad, se basó ahora en la ciencia dura contemporánea.

Por los años 60 las cuestiones éticas estaban todas involucradas en la medicina científica moderna y eran abarcadas por el mismo estudio organizado. La dirección ética para los médicos “en ejercicio” era necesaria como lo eran las políticas públicas. Con Dan Callahan dialogamos juntos sobre estos diferentes temas durante nuestro tiempo. Sobre la multiplicación de las cuestiones éticas creadas por la investigación masiva en medicina después de la Segunda Guerra Mundial, no hubo duda. La duda era si se podría encontrar ayuda financiera para establecer un Instituto para el estudio de todos los nuevos problemas éticos. ¿Podría contarse con recursos suficientes para comenzar un Instituto de Ética Médica?

Cuando regresamos del viaje por el mundo, Dan terminó su libro sobre aborto que tuvo un importante impacto sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema cuando esta dictara sentencia en “Roe vs. Wade”. En 1969, él recibió la ayuda financiera que necesitaba para un Instituto de Ética. Así que dejó su cargo en *Commonweal* y fundó el *Hasting Center*. La fundación de este primer Instituto para el Estudio Sistemático de las Cuestiones Éticas de la Medicina Contemporánea marcó un paso importante hacia el establecimiento de la ética médica contemporánea y la nueva disciplina académica llamada Bioética (3).

Hoy la idea de una Medicina separada de la ética, en el sentido de una atención formal y sistemática a cuestiones éticas, es inimaginable. La nueva ética médica es mucho más amplia y más compleja que la ética médica tradicional. La ética médica constituye hoy una de las disciplinas características de nuestra era. Nadie presumiría entender la Europa Medieval sin estudiar con seriedad teología, y nadie podrá entender la medicina contemporánea sin estudiar ética médica. La ética médica hoy es más importante que nunca porque la medicina y la salud son para las personas hoy, lo que la religión y la salvación eran para las personas en la Edad Media. Dolencia, enfermedad, cirugías, experimentos, envejecimiento, mejoras corporales, genética, etc.; hoy estos temas preocupan a las personas, y nos identifican en este tiempo en la historia. Las cuestiones éticas fueron ligadas con todos los aspectos de la medicina contemporánea. Asociaciones profesionales como “Organización Mundial de la Salud” (WHO), “Organización Panamericana de la Salud” (PAHO), “Asociación Médica Argentina” (AMA), y similares asociaciones médicas en todos los países, tuvieron que estar interesadas en cuestiones éticas que surgían tanto de la investigación médica como de la práctica médica.

(3) El término Bioética se atribuye a VAN RENSSLAER POTTER cuyo libro “Bioethics: Bridge to the Future” (“Bioética: Puente hacia el Futuro”) fue publicado en 1971 (Englewood Cliffs, N. J., Ed. Prentice Hall, 1971). Nota de la Redacción: el Hasting Center –con predominio de pensadores que adscriben a Iglesias Protestantes– juntamente con el Kennedy Institute of Ethics –con prevalencia del pensamiento católico– constituyen los dos centros mundiales de referencia en la Bioética occidental, muy particularmente en el mundo anglosajón.

La ética ha estado asociada con la medicina occidental desde los comienzos hipocráticos del siglo quinto antes de Cristo. En realidad, aún la ética filosófica clásica de Aristóteles se basó en la medicina en el sentido natural; es decir la misma fisiología y biología que definían la medicina. Este enlace entre la medicina y la ética continúa en la era contemporánea de la medicina científica. La medicina científica contemporánea comenzó tal como ocurriera con la medicina alemana del siglo diecinueve, en el sentido que vinculó la disciplina de la medicina con la ciencia dura del laboratorio.

En la medicina contemporánea, la perspectiva filosófica de fondo ya no era simplemente una visión que veía a la naturaleza como una realidad estructurada. La naturaleza llegó a ser una realidad que invita tanto al entendimiento como a la intervención. El proyecto de la ciencia y la medicina hoy, es aprender a intervenir en la naturaleza y utilizar los poderes de la naturaleza para sanar y curar (4). La medicina no es más sólo entendimiento de la naturaleza y equilibrar humores (*"humors"*). Ahora la medicina es la capacidad humana para intervenir y modificar la naturaleza. La dirección proviene de datos proporcionados por la ciencia dura de laboratorio. La medicina hoy tiene que basarse en experimentos y muchos experimentos tienen que llevarse a cabo en sujetos humanos.

Hacia fines del siglo diecinueve y comienzos del siglo veinte, asociaciones médicas profesionales en Alemania y autoridades del gobierno alemán habían desarrollado reglas éticas para la investigación científica médica dura y para la práctica médica científica (5). Sabemos sin embargo cuán rápidamente y cuán profundamente estas normas éticas fueron ignoradas por los médicos nazis, quienes sustituyeron los clásicos compromisos originales expresados en el Código Hipocrático: es decir, amor de humanidad; hacer siempre lo que es beneficioso para el paciente por una creencia en la Eugenia.

En Núremberg, después de la Segunda Guerra Mundial, juicios separados fueron llevados a cabo para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos por tantos médicos nazis. Los juicios de Núremberg dieron lugar a un código ético para la investigación médica. Sin embargo, este Código de Núremberg no era tan diferente de las regulaciones del gobierno alemán las cuales habían sido tan descaradamente ignoradas por los médicos nazis. Lo que facilitó las violaciones éticas de los Nazis, no fue entonces una ausencia de reglas y regulaciones éticas sino la ausencia de vigilancia continua de parte de las organizaciones profesionales, un monitoreo continuo de las actividades médicas por los profesionales médicos, y el continuo énfasis en los componentes éticos de la medicina profesional. El abandono de parte del gobierno y de las organizaciones profesionales de la participación práctica en las dimensiones éticas de la medicina, hicieron posible las violaciones éticas que fueron condenadas en Núremberg. Esta es una lección que no puede ignorarse hoy sin correr el peligro de que algo similar vuelva a suceder en el futuro.

Después de la Segunda Guerra Mundial, al Código de Núremberg lo siguieron directivas éticas emanadas del Gobierno de Estados Unidos, la Asociación Médica Mundial, la Asociación Médica Americana, y la Declaración de Helsinki. Fue, sin embargo, ampliamente asumido que Núremberg marcó el fin de las violaciones éticas en la investigación médica y en la práctica médica. En los 1960 hubo muchos artículos en investigación médica publicados en los Estados Unidos, pero no se prestó suficiente atención al tema de la ética porque se asumió que el Código de Núremberg y las regulaciones subsiguientes habían previsto una adecuada dirección para evitar nuevas violaciones éticas. En suma, se pensó que las graves violaciones éticas cometidas por los médicos nazis, no podrían ocurrir en los Estados Unidos.

(4) Un reciente ejemplo de intervención en la naturaleza es el intento de intervenir en la estructura genética de diferentes seres vivos, es decir, el cambio de la estructura, la naturaleza, la misma definición de creación.

(5) Me refiero aquí a la directiva en Experimentación Humana que fue emitida por el Ministro Prusiano de Asuntos Religiosos, Educativos y Médicos en 1900. Luego en 1931, el Ministro del Interior del Reich publicó una circular que emitía reglas éticas claras y concretas para la investigación con sujetos humanos. Estas eran más específicas y de más largo alcance que las primeras directivas de Núremberg y Helsinki.

Sin embargo, en 1966, Henry K. Beecher, profesor de anestesia en la Universidad de Harvard dejó caer una “bomba”. En el *New England Journal of Medicine*, publicó un artículo en el cual detallaba información sobre alrededor de 20 proyectos de investigación en los que se habían violado los estándares éticos antes mencionados (6). La similitud entre estos fracasos éticos en los Estados Unidos y las violaciones éticas de los Nazis fue impactante. Las violaciones éticas que reveló el Dr. Beecher eran cometidas en los pacientes más vulnerables, utilizando inclusive dinero del gobierno, en investigaciones presumiblemente realizadas por “buenos médicos” estadounidenses.

Las reglas y normas éticas y los Códigos habían tenido su lugar por mucho tiempo. Pero una cosa que no estaba en su lugar era el monitoreo efectivo de lo que estaba sucediendo en todas partes del mundo médico moderno. Muchos de los sujetos de investigación eran pacientes que habían ido a buscar ayuda a sus médicos, sólo para convertirse en sujetos de investigación, sin ser informados ni dar su consentimiento. Los controles éticos establecidos no funcionaban porque los doctores tenían tantos incentivos financieros y culturales para perseguir aquello que creían que eran objetivos científicos importantes. Las clásicas virtudes como un buen médico (“*good doctor*”), así como las históricas reglas de los códigos médicos eran marginadas o ignoradas en la educación médica. La educación médica era todo sobre ciencia, y la práctica médica era sobre las nuevas medicinas, dinero y autopromoción.

Esta breve perspectiva histórica sobre medicina y ética, afortunadamente, brinda una lección para todos los que practican medicina o quienes están involucrados de alguna manera con la profesión médica. Los errores se cometieron en el pasado, y si se ignora la historia de la medicina, similares errores continuarán siendo realizados. ¿Quiénes sufrirán los errores? Los pacientes más vulnerables y la profesión de la medicina en sí misma sufrirán. Tenemos que prestar aten-

ción en lo que ocurrió en el pasado. Tenemos que hacer un lugar para la relación de la medicina con otras áreas académicas como la ética y la religión. Tenemos que prestar atención al entorno cultural de la medicina contemporánea, y cada profesional médico tiene que reflexionar sobre su experiencia profesional. Compartiré aquí mi propia experiencia reciente con la medicina científica contemporánea, pero en este caso, como paciente.

La Medicina tiene una ética incorporada, una ética interna, una ética basada en la relación médico paciente (7). El núcleo ético o la base ética de la medicina no es impuesto desde afuera por las fuerzas sociales o las autoridades políticas. La base de la ética de la medicina es interna, en el sentido que esta se origina, en aquello a lo que apunta, el fin de la medicina, el objetivo de la medicina. Lo que define a la medicina y distingue la práctica médica de otras actividades humanas es un núcleo ético como su base. Permítanme proporcionar una breve sinopsis de esta base.

### **II. La ética médica. Su base y amenazas**

---

Primero, hay una persona con una necesidad fundamental de ayudar a causa de la enfermedad/dolencia. Luego, hay otra persona con competencia para abordar esa necesidad y para proporcionar esa ayuda, y quien ha realizado un compromiso público para hacerlo. La ética médica es interna en el sentido que relaciona a las personas con conocimiento médico que han hecho un compromiso público para proporcionar ayuda médica a las personas con una necesidad para esta ayuda. La base, fuente u origen de la ética médica es un encuentro cara a cara entre un médico y un paciente. Este encuentro cara a cara es la raíz o el fundamento de la moralidad de la medicina. El fin o el propósito o el objetivo de la medicina es el proporcionar ayuda a las personas que lo necesitan. Vemos este fundamento básico de la ética expresado en el primer principio del juramento hipocrático “Seguiré el

(6) BEECHER, Henry K., “La Ética y la Investigación Clínica”, *New England Journal of Medicine*, 274, 1966, nro. 24: 1354-1360.

(7) N. de R.: “relación fiduciaria”.

régimen que de acuerdo con mi capacidad y juicio considere para el beneficio de mi paciente y me abstendré de lo que sea perjudicial y malicioso” (8).

El beneficio del paciente, el bienestar del paciente es aquello a lo que apunta la medicina y es lo que el médico públicamente promete seguir. Cuando el propósito y el objetivo de la medicina se logra conscientemente por un médico, la ética médica objetiva se convierte en una virtud; una parte de las personas profesionales en sí mismas, la forma interna de su ser (9). La base de la ética médica es una reunión, una unión, un encuentro entre una persona que está enferma y una persona que sabe cómo sanar. El sanador responde con cuidado, competencia y ayuda en forma de actos de curación. Aun cuando la curación ya no es posible, el médico puede ayudar aliviando el dolor. La cura (“cure”) puede no ser posible, pero el cuidado (“care”) siempre es beneficioso (10).

La relación entre una persona vulnerable que necesita ayuda y una persona profesional con pericia médica es la base, el fundamento, la fuente, el establecimiento de la ética en la medicina. La relación médico-paciente abre el acceso del médico a la vida interior de otro ser humano. Esto requiere del médico, la virtud del respeto por el paciente y una promesa de no dañar o violentar a la otra persona. Debido a que el médico promete ayudar, invita a la confianza. El bien de la persona necesitada es atendido por un profesional de ayuda. El bien de la persona necesitada genera las obligaciones éticas médicas de un médico.

Esta relación personal central entre el médico y el paciente hoy se encuentra bajo una tensión considerable. La tensión se remonta al comienzo de la educación médica contemporánea. Como todos los profesionales médicos hoy

recordarán, los primeros dos años en la escuela de medicina transcurren en aulas y laboratorios. Hay poco o ningún contacto con pacientes enfermos, o con personas reales con patología en sus anatomías. Este modelo de educación médica fue establecido por Abraham Flexner en 1910. Los primeros dos años se centran en anatomía, bioquímica, biología celular, virología, patología, etc. Cuando los estudiantes de medicina comienzan a conocer personas enfermas, a experimentar una relación personal con los pacientes, la relación médico-paciente ya se ha debilitado. Para cuando los estudiantes de medicina se encuentran con los pacientes, los pacientes se han convertido únicamente en ciertas enfermedades y particulares partes patológicas del cuerpo, más que toda la persona con sus necesidades.

El debilitamiento de la relación personal esencial del médico y el paciente continúa a través de pasantías y residencia y en la práctica profesional. Los médicos, en la práctica, se vinculan cada vez más estrechamente con las tecnologías de diagnóstico y terapéuticas. En muchas especialidades, la relación personal o aún el contacto con un paciente casi ha desaparecido. Hoy, algunos médicos apenas miran a los pacientes o hablan con ellos. Se enfocan en una pantalla de computadora o en el funcionamiento de sus tecnologías.

Sin embargo, cada vez más la tecnología no es el único desafío para núcleo ético de la medicina y de la práctica médica. La omnipresente cultura capitalista circundante tiene una influencia cada vez mayor sobre la medicina y la ética. Inevitablemente, hay una dimensión económica para la atención de la salud porque hay una dimensión económica de la vida humana. Los costos de la práctica médica y el costo de diferentes aspectos de la atención médica deben ser tomados en consideración. Sin embargo, tratar de poner un

(8) El Juramento Hipocrático fue compuesto por miembros de la Escuela Hipocrática de Medicina Griega. Fue una guía ética solo para miembros de la Escuela Hipocrática y no para toda la medicina griega. El Juramento es tomado hoy por muchos estudiantes de medicina graduados de una manera ceremonial o litúrgica.

(9) Para un mayor entendimiento del rol de la virtud de la práctica médica tanto histórica como contemporáneamente, ver DRANE, James F., “Becoming A Good Doctor - The Place of Virtue and Character in Medical Ethics”, A Sheed and Ward Book, The Rowman and Littlefield Publishers Inc., 1995.

(10) Capítulo de Warren.

valor monetario en las diferentes intervenciones médicas no es fácil. ¿Quién puede determinar el valor monetario de una fisiología mejorada o de una enfermedad curada?

Las medidas médicas de hoy tienen todos ciertos costos económicos y deben considerarse junto con los beneficios médicos de las mismas. En nuestra cultura estadounidense, cada vez más capitalista, las mediciones de costos se vuelven determinantes cada vez más poderosos de la práctica médica. ¿Quién determina cuánto tiempo dedica un médico a un paciente? La compañía de seguros que paga por la cita lo hace. Aún a la vida misma se le da un valor económico, y en nuestro sistema capitalista de atención de la salud este valor tiene que ser comparado con el costo de diferentes procedimientos médicos. Este desarrollo es peligroso. El peligro es que gradualmente, las decisiones médicas sobre la vida misma y sobre todos los aspectos de la práctica médica, serán realizados, solo sobre la base de los factores de costos. El capitalismo y la economía pueden asumir completamente por sí solo lo que históricamente ha sido una profesión médica y una práctica médica ética.

Durante muchos siglos, la profesión de la medicina y la práctica médica en el mundo occidental surgieron a la par de una ética basada en el respeto por la persona y las necesidades de la misma. Hoy en día, la profesión médica y la práctica médica se están acercando cada vez más a unirse a una cultura económica capitalista. Cada vez con más frecuencia, las decisiones sobre los tratamientos se basan únicamente en razones económicas. ¿Deberíamos simplemente dejar que las cosas sigan como están o debemos tomar una posición para conservar el núcleo ético histórico de la medicina? ¿El compromiso histórico de un médico de hacer lo que es beneficioso para el paciente (el núcleo tradicional de la ética médica) merece un compromiso y respeto continuo? ¿Puede la beneficencia de un médico y el respeto por un paciente como persona, simplemente dejarse de lado por razones económicas? ¿Puede la ética médica tradicional ser tratada como basura y simplemente desecharse? Los eticistas médicos hoy deben reconocer este peligro y trabajar intelectual y clínicamente para evitar que esto suceda. La otra alternativa sería decir “al diablo con la

ética médica tradicional”, “Lo único que importa hoy es el dinero”.

Existe por cierto un costo económico para la atención médica. La economía siempre tendrá una incidencia en la atención médica y en cómo se practica la medicina. El desafío al que nos enfrentamos hoy es preservar la ética médica histórica tradicional, operando en una cultura capitalista cada vez más dominante. Cada vez con más frecuencia, esta cultura deja de lado una ética tradicional centrada en el paciente, y hace que el dinero sea la única y sola consideración en la práctica médica. Las consideraciones monetarias ya determinan qué tratamientos pueden recibir los pacientes comunes en *Medicare*. Las consideraciones monetarias determinan cuánto tiempo puede pasar un médico con un paciente. Las consideraciones monetarias en efecto, más que una ética de beneficio para el paciente —principio bioético de beneficencia—, tienden a dictar cómo se practica la medicina. Nuestra cultura capitalista, de hecho, amenaza con socavar la ética tradicional centrada en los beneficios del paciente de la medicina occidental.

### III. Una reciente experiencia personal

---

Acabo de terminar una estadía en el hospital. Tengo una larga historia de bloqueo cardiovascular y recientemente necesité asistencia de Nuevo, debido a una creciente angina de pecho. Estoy en *Medicare*, gestioné turno por teléfono con un cirujano cardiovascular (siendo atendido por una secretaria). Una semana después, me asignaron a un hospital. Primero me reuní con personal del hospital para completar los trámites. Luego me enviaron a un laboratorio para desvestirme y esperar. En la sala de espera, una enfermera revisó una lista de información sobre el procedimiento que seguía y me llevaron al laboratorio. Allí, me reuní con dos enfermeras que no dijeron nada, pero me prepararon para una intervención cardíaca de alta tecnología. El médico llegó cuando yo ya estaba sedado. Cuando me desperté por la tarde, en una habitación del hospital, un amigo y una señora del servicio de comida del hospital fueron quienes me saludaron. Con la ayuda de mi amigo ingerí una pequeña comida. Para entonces, eran aproximadamente las 5 de la tarde y habían pasado 12 horas. No había recibido una sola visita del

cirujano, y nadie me proporcionó información sobre mi intervención.

El mismo procedimiento se realizó al día siguiente. Me despertó un empleado del hospital a las 5 de la mañana, conectado de nuevo a diferentes tecnologías, y me dijeron que esperara para ser llevado a la sala de operaciones. Entre la hora del despertarme y una comida que siguió al segundo procedimiento, pasaron otras 12 horas. Durante este tiempo, vi a una empleada del hospital, al hacer sonar mi monitor para poder preguntar por un papel que yo había dejado en la sala de espera. Me dijo que ya no estaba y que no podía averiguar más sobre mi papel. Las tecnologías a las que estaba unido le proporcionaban al empleado del hospital todos los datos necesarios sobre mí. Personal médico no se detuvo en mi habitación. Un médico se detuvo por un minuto para decirme que todo salió bien. Al día siguiente, me dieron el alta. Me preparé y un empleado del hospital me llevó en una silla de ruedas hasta la salida, donde un amigo me esperaba para llevarme a casa.

Lo que queda claro de esta experiencia es que los trabajadores y las tecnologías del hospital han reemplazado el contacto personal con los profesionales médicos. Con posterioridad, los síntomas de mi angina de pecho empeoraron. Mi médico de cabecera me envió de nuevo al cardiólogo cuyo consejo fue tomar nitroglicerina y regresar en un mes. Después de varios meses, me puse en contacto de nuevo y se programó otra intervención quirúrgica para la colocación de tres *stents* más. Después de esa intervención, se programó una visita de seguimiento en seis meses. Después de las cirugías, la angina de pecho aún estaba mal y no hubo contacto personal ni con el cardiólogo ni con el cirujano. El único contacto médico-paciente fue con mi médico de cabecera. Seguí tratando mi angina de pecho con mi médico clínico. El dinero que pagó mi seguro no fue suficiente para cubrir una relación médico-paciente tradicional.

Algunas escuelas de medicina han reconocido la pérdida de la relación personal en la práctica

médica y han tratado de poner a los estudiantes de primer año en contacto con los pacientes. El objetivo es impedir una pendiente hacia un exclusivo enfoque en las partes anatómicas y en los datos proporcionados por la tecnología. Ojalá que un nuevo plan de estudios aumente la posibilidad de un mayor interés en la práctica médica personalizada. Otra esperanza es que la próxima generación de profesionales médicos se capacite para comunicarse con los pacientes más que sólo con las tecnologías.

Sin embargo, la preocupación por la postergación de la base personal de la medicina ética no ha desaparecido. De hecho, la preocupación se ha hecho aún más intensa por las tecnologías más nuevas que reemplazan la propia presencia de un médico. Una vez que se elimina la relación personal entre el paciente y el médico, o que el médico es reemplazado por la tecnología, el paciente se convierte en un objeto. Cuando esto sucede, se socaba la base de la ética médica. Una persona con poder puede hacer cualquier cosa que desee con un objeto, y el médico-científico es una persona con poder **(11)**. Hay motivos para preocuparse por la ética médica hoy y por su base en una relación personal entre el médico y el paciente. El dinero y la tecnología son las razones de esta preocupación.

Una de las tecnologías más nuevas y más amenazadoras es un robot diseñado para reemplazar la presencia física de un médico. En lugar de responder personalmente a un paciente vulnerable, el médico ahora puede tomar asiento frente a la tecnología para guiar a un robot sobre ruedas hacia el lugar donde los pacientes esperan para “ver al doctor”. Lo que el paciente “ve” es un robot con una pantalla en la parte superior con la cara de un médico. Debajo de la pantalla hay un parlante que transmite la voz del doctor. La “relación personal entre médico y paciente” es ahora una relación entre el paciente y un robot que examina al paciente y transmite la comunicación del médico con el paciente. El robot que algunos economistas médicos promueven como el futuro reemplazo de los seres humanos, de hecho, ya reemplaza cada vez más al médico.

(11) Esta fue la situación que hizo posible el Holocausto. El Dr. Mendelin, el “médico nazi no ético”, continuó la práctica de la medicina por años después que cayó el régimen nazi.

Los ojos y oídos y la voz del médico están presentes a través del robot. En lugar de ser una oficina, una clínica o un hospital, un lugar para que los doctores y los pacientes se conozcan y se relacionen, ahora se están convirtiendo en un lugar lleno de tecnologías impersonales cada vez más sofisticadas, que hacen a la práctica médica más económica.

El hospital hoy es una poderosa institución económica; un lugar lleno de tecnologías y de falta de contacto personal con profesionales médicos. La economía es la determinante de lo que se hace a un paciente y cuánto tiempo estará involucrado un médico. Esta fue exactamente mi experiencia durante mi reciente estadía en el hospital. Hubo muy poco contacto y comunicación médico/paciente. La economía requirió cada vez más contacto con las tecnologías computarizadas. Empleados de hospital reemplazan a los profesionales médicos. La presencia física de los profesionales médicos y su relación personal con los pacientes son reemplazadas por tecnologías y empleados. Las tecnologías digitales y empleados pueden hacer muchas cosas, pero no es lo mismo que la relación médico-paciente. La esencia de una relación médico-paciente está amenazada y esto significa que la raíz y la base de la ética médica está en peligro.

#### IV. Bioética: Ética médica contemporánea

La visión tradicional de la medicina y la ética médica refleja una perspectiva filosófica de origen en la teoría del derecho natural. La ética de la medicina en esta perspectiva se basa en la naturaleza de la medicina y la estructura de la práctica médica; lo que la medicina era en su origen y lo que debería ser hoy. Hipócrates reconoció un vínculo personal entre el médico y el paciente como fundamento o base ética de la medicina. Ha sido la raíz y el fundamento de la ética médica a lo largo de la historia de la medicina occidental. Recientemente recibió un fuerte respaldo de la nueva y creciente disciplina de la Bioética.

La práctica médica contemporánea no puede permitirse estar cada vez más identificada con la economía y las tecnologías despersonalizadas, sin socavar una ética médica basada en la relación personal del médico y el paciente. La medicina hoy atraviesa una crisis ética que, si no se

aborda, marcará el final de una profesión muy respetada. Si la esencia de la medicina ética es el reconocimiento del paciente como una persona y el compromiso de un médico de ayudarla, entonces se requiere un esfuerzo real para lograr que los médicos estén algo desvinculados de las tecnologías médicas y de la economía. La práctica médica hoy necesita revincularse con los pacientes de una manera personal. La medicina contemporánea en efecto debe regresar a lo que comenzó a ser con Hipócrates; es decir, el encuentro personal de una persona enferma con un médico cuidadoso y entrenado.

Es entendible que los médicos hoy en día tiendan a ser menos personales. Son propensos a pasar menos tiempo con los pacientes y a utilizar tecnologías tanto para identificar la enfermedad de una persona como para luego llevar a cabo su respuesta terapéutica. La práctica médica actual dominada por la economía y la tecnología debe reconocerse por lo que es, pero no puede permitirse que las tecnologías y la economía sean el foco central y que ocupen un lugar central en la práctica médica. En primer lugar, la aflicción y el sufrimiento de un paciente deben ser reconocidos por otra persona y luego deben ser respondidos de forma personal. Pero esto no puede suceder si la atención del médico se centra sólo en la pantalla de una computadora y si lo económico determina todo lo que ocurre. Un buen médico primero debe comprometerse con su paciente visual, verbal y personalmente. Este compromiso esencial con el paciente como persona se refleja en palabras como *empatía* y *cuidado*.

Los buenos médicos aportan tanto cuidado como empatía a su relación con los pacientes. Ellos interactúan con los pacientes personalmente. Cuando es necesario, pasan con ellos un tiempo adicional. Primero lo escuchan. Luego, los actos y los procedimientos médicos se discuten antes de proporcionarse. A lo largo de este proceso, sigue habiendo por parte de un médico una actitud interna de empatía y cuidado. Aun cuando un paciente se acerca a la muerte, la dimensión final verdaderamente humana de la relación médico/paciente será la cooperación del médico con los trabajadores del hospicio.

La preocupación por los costos y las tecnologías tiene muchos peligros. Se aparta de la relación

personal que contribuye a la curación que busca una persona enferma. La vida humana aquí en la tierra conlleva enfermedad y muerte. Abordar estas experiencias de una manera humana no sucede automáticamente. Los buenos médicos deben primero reconocer y luego crear en sí mismos las virtudes morales y los comportamientos médicos necesarios para practicar la medicina personal (12). Ignorar o dejar de lado esta esencial dimensión ética de la medicina pone en peligro, incluso, las dimensiones económica y científico-tecnológica de la medicina. Si esto ocurre, las personas enfermas serán abandonadas en una dolorosa desolación. Las personas enfermas, sin duda, empeorarán en lugar de mejorar.

El médico que comprende el origen ético de su profesión reconocerá los peligros asociados con la economía y las tecnologías en la práctica médica. La práctica de la medicina es un ejercicio moral humano porque se centra en

el respeto de personas que cuidan a personas enfermas. Además de mirar y hablar con los pacientes, “los médicos éticos” deben hablar de tal manera que fortalezca al paciente y que lo motive a participar en su propia curación.

### V. Conclusión

---

Comenzamos esta reflexión poniendo a la medicina en su contexto ético de una relación personal entre el médico y el paciente. Nuestro primer punto fue que la medicina es esencialmente ética. Debe ser personal y no puede permitirse estar completamente absorta en cuestiones de dinero o distraída por las tecnologías porque ambas le roban su dimensión personal. Cuando no se puede proporcionar cura ni ausencia de trastornos corporales, la medicina científica y ética puede al menos hacer que la peor enfermedad sea manejable mediante paliativos. Aunque la curación (“cure”) y el cuidado (“care”) siempre deberán estar presente.

---

(12) Para una comprensión más amplia de la ética médica, ver un libro sobre la virtud y el carácter de la ética médica. DRANE, James F., “Becoming a Good Doctor. The Place of Virtue and Character in Medical Ethics”, Sheed and Ward, Rowman and Littlefield Publishers, Inc., 1995, 2ª ed.

# Una perspectiva bioética acerca de la sexualidad humana y sus prejuicios <sup>(1)</sup>

Por Constanza Ovalle y Jaime Escobar Triana <sup>(2)</sup>

## SUMARIO:

**I. Introducción.— II. Punto de partida: los hechos.— III. Valores.— IV. Deberes.— V. Reflexión final.— VI. Bibliografía.**

### I. Introducción

La sexualidad es una condición que se expresa de diversas formas. Es la diversidad, los cambios permanentes, la movilidad, la apertura, la libertad, la creatividad, la evolución, condiciones que aún nos cuesta aceptar, en contraposición con quienes afirman que la sexualidad humana es inmutable, invariable, visiones que se conservan culturalmente con mayor amplitud.

Una perspectiva bioética invita, por un lado, a valorar y evaluar cuáles son las implicacio-

nes éticas de no adherirnos a una descripción general de los seres vivos, entre ellos, los seres humanos. Su ontología se configura dentro de un debate democrático “en el seno de un Estado pluralista que protege también a las minorías” (Hottois, 2013, p. 123) <sup>(3)</sup>. Por ende, no se aplaude aquí una “Visión” sobre la naturaleza de las cosas que se defiende como una “Realidad indiscutible” (aut. cit., p. 123).

Por otro lado, los juicios de valor cuando se basan en cosas que no se conocen bien, se tornan perjudiciales. Vencer los prejuicios, acos-

(1) Nota de la redacción: El tema en su perspectiva bioético-constitucional y jurisprudencial ha sido abordado en esta misma Revista por el reconocido jurista limeño Carlos Fernández Sessarego –precursor en el desarrollo del denominado “derecho a la identidad personal”– en su nota a fallo titulada: “Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”, y en la misma publicación por Jan M. Broekman –Profesor emérito de la Universidad de Lovaina– en la anotación de la misma sentencia, trabajo titulado “La transexualidad en una nueva perspectiva”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, “Número Especial Bioética”, Buenos Aires, 08/11/2006, ps. 54/80 (JA 2006-IV).

(2) Profesores investigadores del Departamento de Bioética, de la Universidad El Bosque. Jaime Escobar es médico (Universidad Nacional de Colombia), especialista en Cirugía General y Coloproctología (Hospital San Marcos de Londres); M. Sc. en Filosofía (Universidad Javeriana) y en Bioética (Universidad de Chile); y Ph. D. en Bioética (Universidad El Bosque); investigador en Bioética y Salud (Director Doctorado en Bioética, Universidad El Bosque); correo electrónico: [doctoradobioetica@unbosque.edu.co](mailto:doctoradobioetica@unbosque.edu.co). Constanza Ovalle es odontóloga; Ph. D. en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, línea “Políticas públicas” (Universidad de Manizales - CINDE); M. Sc. en Bioética; especialista en Filosofía de la Ciencia, Docencia Universitaria y Bioética (Universidad El Bosque); investigadora en el área Bioética y Educación (Doctorado en Bioética, Universidad El Bosque); correo electrónico: [ovalle.constanza@gmail.com](mailto:ovalle.constanza@gmail.com).

(3) El uso del concepto “ontología” en este documento admite una cercanía con la descripción empírica que, para Hottois, es una “ontología del futuro, de la apertura, de la diversidad” (p. 124). Es un uso procedimental, “posmetafísico” porque de lo contrario, como lo indica este filósofo, “puede generar categorizaciones peligrosas” (p. 122). Es decir, lo ontológico aquí no desea cerrar el debate en torno a las convicciones que se tejan con respecto a la naturaleza de las cosas, en contra de una perspectiva crítica que pudiera surgir en un futuro, lo que desencadenaría esencialismos o fundamentalismos (Hottois, 2013). En cambio, el consenso sobre el término “ontología” admite ser discutido, no como una verdad revelada, como una intuición *a priori*, que se impone a todos (Hottois, 2013).

tumbrarnos al hecho de que existen personas diferentes a nosotros, dice Singer (2003), es un deber moral, en una época en donde convergen múltiples culturas. Es necesario profundizar en el respeto a la diferencia e impugnar las desigualdades, equiparar los derechos de todos los individuos independientemente de su condición sexual, su raza y nivel socioeconómico.

Es preciso valorar y reconocer, también la diversidad, y con ello contribuir con el amparo de un gran abanico de derechos, tales como: a la salud, a la privacidad, a la identidad, a la personalidad jurídica. La diversidad debe, entonces, reconocerse como un derecho a la diferencia, a la ambigüedad y a la singularidad del ser humano. No habrá democracia verdadera sin este reconocimiento.

Estos y otros asuntos nos instan a pensar en la responsabilidad de quienes educamos, quienes nos vemos abocados a vencer prejuicios, los propios, como los que persisten culturalmente entorno a la sexualidad humana.

¿Cómo vencer prácticas de discriminación del que son objeto personas diversas sexualmente? Excluimos de manera “extrema” a estas personas por considerarlas indignas, sin valor alguno, sometidas a actos degradantes a su “alienación total” (Siverino Bavio, 2017, p. 85).

¿Por qué somos capaces de “negar que un individuo dotado de racionalidad, espiritualidad e historia, que tiene un núcleo de afectos e intereses, que trabaja, vive, ama, sufre, proyecta, sencillamente no existe”? (Siverino, 2017, p. 85).

Los sentimientos de odio, repudio, en nuestra opinión, deben erradicarse las ideologías “racista, clasista o antisemita” tienen como “objetivo la deshumanización del otro, hacerle inexorablemente diferente” (Borrillo, 2001, p. 37). Son consignas que desmeritan al otro, que hacen daño, que dejan graves secuelas a las personas, frenan el desarrollo humano, son un obstáculo para la conformación de sociedades justas en las que es posible “la plena realización de derechos” (aut. cit., p. 15).

En este ensayo se desea dar una perspectiva bioética libre de prejuicios en torno a la sexualidad

humana en la cual el sexo, género y erotismo son condiciones que juntas configuran la identidad de un individuo.

### II. Punto de partida: los hechos

---

La complejidad de la identidad de un individuo radica en que los seres se construyen en relación con los otros, tanto como que “somos seres sexuales y sexuados desde el inicio de nuestro desarrollo, el sexo es totalmente indisoluble del ser sí mismo” (Siverino Bavio, 2017, p. 87). Son diversos los aspectos que participan en la sexualidad humana, aspectos biológicos, psicológicos, sociales, culturales, ambientales, etc. Por tanto, una reducción del sexo a asuntos corporales, biológicos, religiosos, o de algún otro de los tantos aspectos que influyen en la sexualidad humana desencadenan juicios discriminatorios.

En este sentido, Siverino Bavio cuestiona cómo el sexo para el derecho es tan solo una cuestión de índole biológica, cromosómica o genética “instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (...)” (Siverino Bavio, 2017, p. 77) razón por la cual se decide en sentencias proferidas por las cortes “la diferencia entre los sexos responde a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada” (aut. cit., p. 77).

Argumenta que en lugar de amparar los derechos de las personas, se torna más bien, en una manera de evadir la responsabilidad de dar protección, en palabras de esta abogada, es necesario erradicar “el incipiente reconocimiento de los derechos” (...) en “un momento (...) donde se está jugando el real significado y lo que tutela un Estado Constitucional de Derecho, frente al furioso embate de grupos conservadores que pretenden eliminar el enfoque de género y (...) el reconocimiento de los derechos sexualmente diversos” (p. 89).

Por consiguiente, la imposición binaria jurídica de la sexualidad como forma de identidad con base en el sexo anatómico (biológico, orden orgánico) desconoce el orden simbólico y el orden psíquico, indisolubles en la constitución del ser humano. Por ende, la diversidad sexual es un hecho que no puede interpretarse como marginalidad, perversidad o anormalidad.

Lo heterosexual es lo más frecuente, es la norma; no quiere decir que es “lo bueno”. La homosexualidad es lo menos frecuente, no sigue la norma, pero no quiere decir que es “lo malo”. Para Borrillo (2001) existe socialmente establecido un régimen de las sexualidades que determina una diferencia hetero/homo como dispositivo de orden social basado en la importancia de la reproducción biológica como sostén de la especie. En sus palabras:

“La homofobia se convierte así en el guardián de las fronteras sexuales (hetero/homo) y de las de género (masculino/femenino). Por eso los homosexuales no son las únicas víctimas de la violencia homófoba, que también atañe a todos aquellos que no se adhieren al orden clásico de los géneros: travestidos, transexuales, bisexuales, mujeres heterosexuales con fuerte personalidad, hombres heterosexuales delicados o que manifiestan sensibilidad...” (p. 16).

Hoy hay mayor interés por estudiar la homofobia como aquella actitud arbitraria y de hostilidad hacia los otros por considerarlos diferentes, anormales, inferiores o cuasihumanos. “Etiquetamos al otro y nos olvidamos de que la etiqueta es un adjetivo de algo sustantivo que es su humanidad, que siempre merece respeto” (Etxeberria, 2000).

La medicalización de la sociedad ha tenido un gran papel en el aislamiento de sujetos por el solo hecho de denominarlos “enfermos”. La medicina, como el derecho y la religión, “se han arrogado el derecho de definir la normalidad de las conductas e identidades sexuales” (Siverino Bavio, 2017, p. 89), solo con un debate en el que se pongan en cuestión estos juicios de normalidad, se interpielen las posiciones reduccionistas, será posible reivindicar la dignidad de las personas y por ende sus derechos.

A propósito, la Disforia de género según el Diccionario APA, 2013, se define como una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y el que se le asigna, denominación que se asocia con un malestar clínico o deterioro en lo social. Esta consideración médica de una patología mental le ha conferido a los seres transexuales derechos por “vía terapéutica”, con base en el derecho a la salud, sin embargo, la interpretación jurídica tendría más realce para

Siverino Bavio (2017, p. 88) si se considerara a “la transgeneridad como expresión identitaria de la diversidad humana”. Para esta abogada se protege la identidad sexual con base a su calidad de seres humanos que le confiere además “el reconocimiento de la personalidad jurídica”. Subrayamos que el argumento de esta autora “con base a su calidad de seres humanos” es insuficiente desde un punto de vista bioético, por que admite un “especismo” (Singer, 2003).

Proteger la identidad requiere más de un reconocimiento al pluralismo sexual en lugar de un estatus de calidad de seres humanos, es más un sentimiento de respeto y valoración de las diferencias, postura ética que trasciende lo jurídico y que alivia en parte, las prácticas discriminatorias que persisten y que están lejos de ser aún resueltas.

### III. Valores

---

Nuestra capacidad moral nos permite juzgar si las cosas son justas o injustas, por lo cual para Rawls, citado por Singer (2003) la moralidad deberá corresponderse con un “estado de equilibrio reflexivo” esto es, la posibilidad de ponderar los valores, las diferentes perspectivas, evaluar cuáles valores están afectados o entran en conflicto, con el fin de que sea posible “una sistematización plausible de los hechos” (Singer, 2003, p. 47).

La cualificación de la sexualidad humana como diversa admite ser valorada, en lugar de verse como sospechosa o denominarse de extraña aquella que se sale de los cánones establecidos. Argumento que promueven los discursos homofóbicos, según los cuales se constituye, a la diversidad como una amenaza para la “cohesión cultural y moral de la sociedad” (Borrillo, 2001, p. 37).

### IV. Deberes

---

Para hacer juicios de valor debemos “apoyarnos en características moralmente relevantes en los seres a los que les atribuimos derechos (...) como la conciencia, la autonomía, la racionalidad” atributos que nos “hacen ser personas” (Singer, 2003, p. 247). En los debates bioéticos existe

un amplio consenso en que la dignidad, la integridad, la vulnerabilidad, la autonomía humana sobresalen, como virtudes y principios en una relación intersubjetiva como construcción social.

Serían entonces los principios bioéticos los que orienten nuestras apreciaciones con respecto a las prácticas sexuales. Esto es, si una persona va a actuar según un conjunto coherente de principios (la dignidad, la integridad, la vulnerabilidad, la autonomía humana) tendrá que ajustarse a estos principios desde un punto de vista normativo, “puesto que los principios morales son necesariamente imperativos” (Singer, 2003, p. 42).

Por cuanto “los principios morales deben ocuparse del sufrimiento y la felicidad” de las personas (Singer, 2003, p. 42), para quienes atribuimos una condición sexual particular, debemos cuidar el que no sean objeto de sufrimiento o infelicidad alguna. Las personas deberán poder gozar de la vida, sentirse formar parte de una red de relaciones con otras gentes, poder “anticipar lo que el mañana podría traerle” y elegir libremente “el curso que su vida va a recorrer durante los años venideros” (Singer, 2003, p. 248).

### V. Reflexión final

---

La vida humana “no es la única vida que tiene valor” (Singer, 2003, p. 339) el valor de la vida se extiende a otros seres no humanos ¿qué decir con respecto a qué vida humana merece ser valorada? En el curso de este ensayo se estima valorar las distintas formas de vida. Se indica que la ontología de un ser que se piensa como inamovible o esencialista demanda una lectura crítica.

Se asume un pluralismo sexual que intenta dar cuenta de “una variante constante y regular de la sexualidad humana” (Borrillo, 2001, ps. 14-5). La sexualidad humana sea el resultado de una elección o una cuestión de orientación sexual o condición del deseo erótico es considerada como legítima en una sociedad respetuosa de las diferencias. Una buena prueba de ello es Francia, en donde la sexualidad es considerada un “atributo de la personalidad” a nivel de otros

atributos como “el color de la piel, la afiliación religiosa o el origen étnico” (p. 15) por tanto, los comportamientos homoeróticos están protegidos.

“La vida no es un bien intrínseco, no es un bien en sí misma, sino una precondition para otros bienes o valores, tales como la existencia de estados de conciencia placenteros, la satisfacción de preferencia y deseos, y muchas otras cosas de este orden” (Singer, 2003, p. 339). Por tanto, existe una relación íntima entre el valor de la vida y los intereses o deseos de las personas.

La “vida humana no tiene de por sí ningún valor, pero fomenta dos cosas muy valiosas: el bienestar y el valor de la libertad y de la acción autodeterminadora” (Singer, 2003, p. 356). Una definición de nosotros mismos reclama el disfrute de una identidad erótica, que nos confiere la posibilidad de pertenecer “a una colectividad, en razón de los deseos, las fantasías, las prácticas sexuales y de escogencia de parejas que las compartirán con el conjunto de sus miembros” (Dorais, 1999, p. 105).

Razón por la cual una adecuada educación en bioética deberá propender por maximizar estos valores en la infinitud de formas y expresiones que los seres le atribuyan a su propia sexualidad.

### VI. Bibliografía

---

- BORRILLO, D., “Homofobia”, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2001.
- DORAIS, M., “Eloge de la Diversite Sexuele”, Vib Editeur, Montreal, 1999.
- ETXEBERRIA, X., “Ética de la diferencia”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.
- HOTTOIS, G., “Dignidad y diversidad humanas”, J. ESCOBAR - TRIANA, (eds.) y J. BERMÚDEZ (trad.), Ed. Kimpres, Bogotá, 2013.
- SINGER, P., “Desacralizar la vida humana”, Ed. Cátedra, Madrid, 2003.
- SIVERINO BAVIO, P., “El derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *JA XIX Número Especial de Bioética*, HOOFT, P. - HOOFT, L. (dirs.), Buenos Aires, 17/05/2017, JA 2017-II.

## Bioética y envejecimiento

Por Miguel Kottow (1)

### SUMARIO:

**I. Introducción.— II. *Homo laborans*.— III. Envejecimiento como tema médico.— IV. Medicalización del envejecimiento.— V. Biogerontología.— VI. Gerontología social.— VII. Bioética y senectud.— VIII. Bioética del enfoque médico sobre envejecimiento.— IX. Bioética del enfoque social sobre envejecimiento.— X. Hacia una bioética propia de la senescencia.— XI. Una propuesta bioético-antropológica para la senescencia.— XII. Conclusión.**

### I. Introducción

---

El problema demográfico del acelerado crecimiento de poblaciones añosas es observado con creciente alarma en los países occidentales tanto de altos ingresos como aquellos de mediano y bajo ingresos medidos en términos de Producto Interno Bruto (PIB). La inquietud proviene de las insuficiencias económicas tanto fiscales como privadas para financiar las pensiones de vejez que ya ahora son bajas para la mayoría de las personas en retiro laboral, estas arcas entrando en franca insolvencia a medida que crece el número de beneficiarios cuyas expectativas de vida van en aumento, mientras el monto de las pensiones se estanca pese a los crecientes costos de vida.

La demografía mundial indica un acelerado envejecimiento poblacional desde mediados del siglo 20, de manera que 100 años más tarde habrá un 22% de personas sobre 65 y con mayores expectativas de vida mientras la fertilidad va disminuyendo, un escenario que está siendo mirado con alarma en nuestras socieda-

des orientadas a la producción y al consumo que energizan un acelerado intercambio de bienes.

En 1905 el distinguido médico canadiense William Osler declara la conveniencia del retiro laboral a partir de los 60 años edad, cuando el individuo se vuelve del todo “inútil”. Algunos años antes había comenzado a fijarse los 65 años como la edad de jubilación obligatoria, un límite proveniente en parte de reivindicaciones sociales, pero en grado no menor por motivos políticos, económicos y de la mayor productividad de trabajadores jóvenes.

En los albores de su vejez, Simone de Beauvoir escribió un extenso estudio sobre el tema del envejecimiento, iniciando el cuarto capítulo con la siguiente frase: “Es de común conocimiento que la condición actual de las personas añosas es escandalosa” (2). Poco años después, el escritor británico Ronald Blythe anota: “La creciente burocracia, profesional y legal, voluntaria y estatal para abordar el tema de la geriatría, hace sentir a algunos ancianos que ya no pertenecen a la raza humana” (3). Los prejuicios

(1) Profesor Titular Universidad de Chile. Designado “Maestro de la Bioética chilena” (2013). Nota de la Redacción: Nuestra publicación anual a partir del “Primer Número Especial Bioética”, 1998, ha contado con valiosos aportes el Profesor KOTTOW. Dentro de ellos, y por su mayor vinculación con el tema ahora exhaustivamente abordado, cabe mencionar los trabajos titulados “Vulnerabilidad, susceptibilidades y Bioética” y “Autonomía y protección en Bioética”, publicados el 23/07/2003 y 29/09/2005, respectivamente (JA-2003-III-955 y JA-2005-III-1251).

(2) BEAUVOIR, S. De, “Coming of Age”, G. P. Putnam’s Sons, Nueva York, 1972: 216. Original. “La Vieillesse”, Ed. Gallimard, París, 1970.

(3) BLYTHE, R., “The View in Winter”, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York - Londres, 1979.

sociales contra las personas de edad se reflejan en el frecuente uso de epítetos negativos como decadencia, dependencia, deterioro, demencia, discapacidad, enfermedad, muerte: “las personas mayores están expuestas a sufrir la pobreza, la invisibilización o la fragilización, con sus particulares expresiones en esta etapa de la vida” (4).

La industria farmacéutica, la medicina y las políticas de salud pública crean un bloque sólido —*blocco storico* en palabras de Gramsci— de hegemonía ideológica negativa del envejecimiento, “promoviendo un continuo de valor social decreciente con el avance de la edad” (5).

“Los servicios sociales y de salud implementan rutinariamente la ideología del deterioro [etario] en sus procedimientos, decisiones y valores sociales, institucionalizando la discriminación por edad en todas las áreas de provisión social” (*Ibid.*, p. 7).

La preocupación por la subsistencia y fragilidad social de los adultos mayores ha sido enfrentada de tres modos: extender la vida laboral productiva, medicalizar el tema de la vejez, y desviar la obligación del Estado por garantizar cuidados y protección a los ancianos hacia políticas y programas de autoresponsabilidad y gestión individual, en línea con los requerimientos de la “Nueva Salud Pública” que pone en manos de las personas individuales la promoción de su salud —cuidados nutricionales, estilos de vida saludables— y la prevención de enfermedades —controles médicos periódicos, tratamientos de estados preclínicos—.

Una mirada introductoria a estos intentos de enfrentar el envejecimiento poblacional confirma su escasa capacidad resolutoria y el anticipo de que las aristas problemáticas del tema van en aumento. En la perspectiva económica se reco-

noce que los gastos médicos y de cuidados de salud exceden todos los sistemas de cobertura, tanto públicos como privados, obligando a un pago de bolsillo cada vez más oneroso, y que golpea con especial fuerza a las personas de menores ingresos —viejos, marginados, inmigrantes desempleados—. Las falencias se dan primordialmente en países de economía débil, mas también afectan a las naciones de alto ingreso. Como la mayoría de los estudios académicos sobre estas materias se realizan en países de altos ingresos (HIC), los datos obtenidos no son extrapolables a realidades socioeconómicas más precarias, además de no considerar las disparidades de ingreso —Índice Gini— que determinan inequidades a pesar de ingresos medianos altos (HMIC), como ocurre en varias naciones latinoamericanas (6). Por ello, es más esclarecedor pensar en términos de NELI —Naciones de Empoderamiento Limitado e Insuficiente— cuyo desarrollo económico no es ni será subsidiado por ayuda externa sino que deberá evolucionar, en término de la OMS, con “realización progresiva” (7).

### II. *Homo laborans*

El trabajo ha sido una constante definitoria de lo humano, desde la Biblia, pasando por Karl Marx, las primeras leyes de retiro obligatorio a los 65 años (Bismarck 1883), el dicho alemán *Arbeit macht frei* —el trabajo libera— perversamente decorando el ingreso a varios campos de concentración del nazismo alemán, hasta el contundente trabajo filosófico de Hanna Arendt sobre la condición humana como una *vita activa* comprometida en tres esferas de actividad: labor, trabajo y acción (8).

En una sociedad hiperproductiva como la actual —sociedad de rendimiento la llama B-C. Han—, los senescentes pierden presencia porque son

(4) HUENCHUAN, S. - RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, L., “Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección”, Naciones Unidas CEPAL, Santiago, 2010, p. 15.

(5) SALTER, B. - SLATER, C., “The Politics of Ageig: Health Consumers, Markets and Hegemonic Challenge”, *Sociology of Health & Illness* 2018. Doi: 10.1111/467-9566.12743. p. 8.

(6) High Income Countries (HIC), High and Middle Income Countries (HMIC) según clasificación del Banco Mundial.

(7) ARRAS, J. D. - FENTON, E. M., “Bioethics & Human Rights”, *Hastings Center Report*, 2009; 39[5]: 27-38.

(8) ARENDT, H., “La condición humana”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2009.

improductivos además de ser consumidores débiles que escasamente activan el mercado de bienes. La clásica figura del viejo sabio, del adulto mayor que vive los “años dorados” de la vejez despreocupada, ha sido opacada por la opinión negativa del ser humano que no aporta, requiere servicios médicos y cuidados sociales que no puede financiar, llevando una vida de sequedad existencial, antropológicamente vista como “un período de años entre la adultez y los propios ritos funerarios, que es etnográficamente vacío y se extiende como una vasta y monótona planicie (9). En este contexto, no es de extrañar que “el concepto de vejez, al margen de la relación directa con la edad cronológica o natural de cada persona, est[é] intrínsecamente determinado por el proceso de producción, ciertas tendencias de consumo y los ritmos vitales impuestos por cada sociedad” (10).

El enfoque médico del envejecimiento gira en torno al eje salud/enfermedad, planteando que el envejecimiento en sí es un proceso patológico que puede ser médicamente tratado a fin de obtener una vejez saludable. La visión social, en cambio, hace el corte entre el adulto productivo y su retiro por jubilación a los 65 años edad.

La bioética tiene una presencia marginal en el tema del envejecimiento, en consonancia con una desprolija preocupación por temas sociales de importancia (11). Precarios, insuficientes y requirentes de revisión son los intentos de aplicar los 4 principios bioéticos de Georgetown a un tema donde la relación médico-paciente ha sido desarraigada por la institucionalización, sistematización y privatización de la práctica médica, y por el reconocimiento que el envejecimiento es un tema de salud pública más que

de interacción personal entre terapeuta y adulto mayor (12).

Para desarrollar una eventual bioética del envejecimiento humano, es necesario considerar la vasta producción del enfoque biomédico tanto clínico —geriátrica—, y de investigación biomédica —biotecnogeriatría—, así como el enfoque social —gerontología y sociología de la vejez—.

### III. Envejecimiento como tema médico

---

La medicina geriátrica ha evolucionado desde sus modestos comienzos en 1906, cuando I. Nascher crea el término “geriátrica” y presenta su terapia ideal basada en la “estimulación mental”, cuya eficacia solo es superada “por algunas horas de pesca cuando la pesca está buena” (13). Desde entonces, y en forma acelerada en recientes decenios, la medicina de las personas mayores se desenvuelve como un potente proceso de medicalización.

Dejando de lado los pintorescos emprendimientos de rejuvenecimiento médico que jalonan la historia de la medicina —Brown-Séquard, Metchnikoff—, destaca la propuesta de retardar el envejecimiento mediante la administración de hormona del crecimiento (Rudman, 1990), que gatilló la creación de la Academia Americana de Medicina Contra el Envejecimiento —American Academy of Anti-Aging Medicine (A4M)—, de muy turbulenta existencia por sus ruidosas ofertas de terapias contra el envejecimiento, que han resultado tan ineficaces como lo ha sido la hormona de crecimiento. El rechazo de la profesión médica al enjambre de propuestas de la “anti-aging medicine”, y a la fabricación y venta de productos tildados de curandería, ha llevado

(9) CLARK, M., “The Anthropology of Ageing, a New Area for Studies of Culture and Personality”, *The Gerontologist*, 1967; 7[1]: 55-64, p. 55.

(10) HUENCHUAN - RODRÍGUEZ-PIÑERO, ob. cit., p. 14.

(11) HEDGECOE, A., “Critical Bioethics: Beyond the Social Science Critique of Applied Ethics”, *Bioethics* 2004; 18: 120-143.

(12) SLUTZKI, L., “Bioética Gerontológica”, Librería Arkadia Editorial, Buenos Aires, 2009. KOTTOW, M., “Eutanasia y *Res publica*”, *Revista Chilena de Salud Pública*, 2005; 9[2]: 111-117.

(13) KATZ, S., “Busy Bodies: Activity, Ageing, and the Management of Everyday Life”, *Journal of Ageing Studies* 2000; 14 [2]: 135-152, p. 139.

a bulladas disputas académicas, ético-médicas, e interminables conflictos legales (14).

Daniel Callahan sostiene la necesidad de desarrollar una medicina sustentable que apunte al equilibrio entre servicios médicos necesarios y desiderativos, y otras prioridades sociales como educación, trabajo y cultura (15). Al respecto, propone limitar los esfuerzos biomédicos —asistenciales y científicos— afanados por extender la longevidad, a un enfoque respetuoso del “ciclo de vida tradicional”, proporcionando atención médica que palie y alivie enfermedades dentro de las expectativas de vida normales en las sociedades más aventajadas, dejando de lado el “incrementalismo progresivo” que aplica medidas médicas extremas a fin de prolongar la vida al máximo. Los economistas de la salud han reconocido que la escasez de recursos médicos obliga a una racionalización de prioridades, desarrollada como el argumento de *fair innings*: toda persona tiene el derecho a un período ‘normal’ de salud (generalmente expresado en años de vida, p. ej., 75 años), más allá del cual no recibiría recursos médicos que signifiquen limitar prestaciones vitales para los más jóvenes (16). La racionalización de recursos médicos limitados para unos, a objeto de satisfacer las necesidades de otros, genera disyuntivas que se entrampan en antinomias éticas. Para los ciudadanos mayores, el QALY o AVAC —años de vida ajustados por calidad— es siempre desventajoso, porque sus años de vida restante son menos que para los jóvenes.

En oposición a Callahan, el filósofo Arthur L. Caplan sostiene que todo proceso natural es teleológico y, como el envejecimiento y la vejez carecen de toda finalidad, no son procesos natu-

rales, sino que un “sub-producto accidental del proceso evolutivo”. Dado que el envejecimiento comparte características con los procesos de enfermedad —padecimiento, disfuncionalidad, alteraciones objetivas—, Caplan concluye que el envejecimiento es en sí una enfermedad y, por ende, justificado de ser tratado médicamente (17). Continuando en la misma línea argumentativa, concluye que la muerte también es un proceso no natural: “La universalidad e inevitabilidad no parecen ser condiciones suficientes para considerar que un proceso es natural” (18). Este enfoque ha sido ampliamente rebatido, basado como está en la premisa errónea de que los eventos naturales son teleológicos, cuando en realidad son procesos causales que tienen efectos, pero no finalidad: la ciencia explica el porqué y cómo, no el para qué de los fenómenos que estudia.

Al concluir que nada hay “intrínsecamente malo” en intentar “revertir o curar el envejecimiento”, Caplan da su apoyo irrestricto a una geriatría sin límites y a la investigación biogerontológica que se propone extender la longevidad humana. Las consecuencias antropológicas, sociales y económicas de esta aventura biomédica serán, señala Caplan, un desafío manejable para la “cultura humana”, contradiciendo así las propuestas prudenciales de una medicina sustentable que limita, como señalado, los esfuerzos terapéuticos extraordinarios inmunes a toda racionalización de recursos sanitarios insuficientes.

### IV. Medicalización del envejecimiento

Desde los últimos decenios del siglo 20, la sociología estudia el fenómeno social de la medicalización, definido como un proceso que

(14) OLSHANSKY, J. S. - PERLS, T. T., (2008), “New Developments in the Illegal Provision of Growth Hormone for ‘Anti-Aging’ and Bodybuilding”, *JAMA*. 299 [23]: 2792-2794.

(15) CALLAHAN, D., “False Hopes”, Rutgers University Press, New Brunswick, 1999.

(16) WILLIAMS, A., “Intergenerational Equity: an Exploration of the ‘Fair Innings’ Argument”, *Health Economics* 1997; 6: 117-132.

(17) CAPLAN, A. L., “The ‘Unnaturalness’ of Ageing - A Sickness unto Death?”, en CAPLAN, A. L. - ENGELHARDT, H. T. Jr. - McCARTNEY, J. J. (eds.), *Concepts of Health and Disease*, Reading, Addison-Wesley Publ. Co. 1981:725-737.

(18) CAPLAN, A. L., “Death as an Unnatural Process”, *EMBO reports* 2005; 6: S72-S75, p. S74.

encarga a la medicina reconocer y tratar problemas interpersonales, existenciales y sociales que tradicionalmente son considerados como no médicos (19). “Hemos creado el genio del capitalismo consumidor: una ingente máquina para la creación de vidas enajenadas que simultáneamente produce el tratamiento de las alienaciones que ha creado” (20).

Los intentos por definir una medicalización sin connotaciones valóricas han sido infructuosos, dado que con muy diversos criterios se sostiene que existe una medicalización buena —medicalización *per se*— y una forma mala —sobre-medicalización— (21). Para Michel Foucault, “la medicalización, es decir, el hecho de que la existencia, la conducta, el comportamiento, el cuerpo humano, se incorporarán a partir del siglo XVIII en una red de medicalización cada vez más densa y amplia, que cuanto más funciona menos se escapa a la medicina” (22).

A los procesos de medicalización se adhieren cada vez más los afanes de la medicina desiderativa y del realce —*enhancement*—, destinados a intervenciones biológicas cuyo fundamento no es terapéutico sino el incremento más allá de lo normal de alguna característica funcional, como también las intervenciones morfológicas con fines cosméticos (23). Las aplicaciones no terapéuticas de la biomedicina generan su propio debate moral donde se enfrenta la pregunta fundamental de los límites y cautelas de la biotecnología, además de reconocer la expansiva demanda por “medicina estética” (24).

La medicalización del envejecimiento se basa en la premisa de que la senescencia es de por sí

un estado patológico aun cuando no se detecte mayor disfuncionalidad ni enfermedad. Son delineadas nuevas prácticas biomédicas que adjetivan el envejecimiento como saludable —*healthy ageing*—, productivo —*productive ageing*—, activo —*active ageing*— y, con especial énfasis, desarrollando la doctrina de envejecimiento exitoso —*successful ageing*—. Estas iniciativas se apoyan en el concepto que la senescencia —*elderhood*— “se sustenta en ideales culturales alojados en el centro de la medicalización del envejecimiento como un creciente proyecto global” (25). El despliegue de la medicina geriátrica abarca desde la denominada “medicina boutique”, la farmacéuticalización con sustancias inactivas o impropriadamente recetadas, hasta la aplicación de terapias holísticas que enfatizan una relación médico-paciente técnicamente sobria, empática, serena y sosegada.

La medicalización del envejecimiento estimula la investigación básica de los fundamentos genéticos y celulares de la senescencia a nivel molecular, sustentada por abundantes recursos destinados al estudio en tres direcciones básicas: a) Investigar la biología molecular orientada a detener y revertir los procesos de envejecimiento celular; b) fortalecer el organismo para fomentar la salud y postergar la aparición de enfermedades degenerativas hasta el final de la vida, apelando a una estrategia preventiva denominada “compresión de la morbilidad” —*compression of morbidity*— (26): “un concepto positivo con el ideal de una larga vida y un período relativamente corto de mengua terminal (27); c) Propensión a vivir más años sin enfermedades ni disfunciones importantes, lo que se lograría a través de modificaciones individuales

(19) CONRAD, P., “The Medicalization of Society”, The Johns Hopkins University, Baltimore, 2007.

(20) ELLIOTT, C., “Adventure! Comedy! Tragedy! Robots! How Bioethicists Learned to Stop Worrying and Embrace their Inner Cyborgs”, *Journal of bioethical inquiry* 2005; 2[1]: 18-23.

(21) PARENS, E., “On Good and Bad Forms of Medicalization”, *Bioethics* 2013; 17[1]: 28-35.

(22) FOUCAULT, M., “Historia de la medicalización”, <http://terceridad.net/Sistemasdesalud/Foucault,%20M.%20Historia%20de%20la%20medicalizaci%F3n.pdf>, consultado el 20-04-2018.

(23) KOTTOW, M., “Bioética y realce moral biotécnico”, *Revista Bioética* 2018; 26[1]: 31-38.

(24) FISHMAN, J. R. - SETTERSTEN Jr., R. A. - FLATT, M. A., “In the Vanguard of Biomedicine? The Curious and Contradictory Case of Anti-ageing Medicine”, *Sociology of Health & Illness*, 2010; 32[2]: 197-210.

(25) KELLY, J. - LOE, M. A., “Sociological Approach to Ageing, Technology and Health”, *Sociology of Health & Illness* 2010, 32 [2]: 171-180, p. 173.

(26) FRIES, J. F., “Aging, Natural Death, and the Compression of Morbidity”, *The New England Journal of Medicine* 1980; 303[3]: 130-135.

(27) FRIES, J. F., “Frailty, Heart Disease, and Stroke. The Compression of Morbidity Paradigm”, *American Journal of Preventive Medicine* 2005; 29 (5S1): 164-168, p. 164.

del estilo de vida, vigilancia médica —*medical surveillance*—, saneamiento medioambiental, ingeniería molecular, todo con cargo a la auto-gestión de cada ciudadano.

### V. Biogerontología

La gerontología es definida como el estudio de fenómenos biológicos, psicológicos y sociológicos asociados con el envejecimiento y la vejez. Se trata de una multidisciplina difícil de determinar, cuyas principales componentes son la sociología, la psicología y la biología, esta última descollando como un emprendimiento científico de carácter empírico y positivista, que ha llevado a hablar de biogerontología enfocada en el estudio celular, molecular y genético del envejecimiento, con el declarado objetivo de lograr un “envejecimiento saludable” —*healthy aging*— que permita extender substantivamente la longevidad humana. Se produce una confluencia de medicalización tanto de la geriatría como de la biogerontología, en programas comunes de *Anti-Aging Medicine* —medicina anti-envejecimiento— como se denominan incluso en la “literatura médico-ética” empeñada en distinguir su estatus académico y científico frente a la A4M (28).

Medicalización de la geriatría y tecnificación de la gerontología producen una compleja trama de interacciones que hasta el presente no logran mejorar el sino de las personas mayores, si bien se presentan beneficios marginales accesibles a los privilegiados.

### VI. Gerontología social

A fin de evitar la dispersión del debate, es posible reconocer tres orientaciones que toma la gerontología social, más allá de sus afanes de investigación biogerontológica: 1) El recurso a documentos internacionales (declaraciones, convenciones, tratados); 2) Las propuestas de políticas y programas públicos en apoyo de la etapa senescente de la vida; 3) La advertencia que las políticas de Estado no tienen la fuerza

económica para asegurar el cuidado y la protección de los viejos que deberán desplegar la iniciativa personal por llevar una vida saludable y planificar en su vida activa el ahorro de recursos para solventar la vejez.

1) Conscientes del creciente envejecimiento poblacional y considerando diversos informes presentados por organismos internacionales, comienza la elaboración de declaraciones que solicitan considerar y atender las necesidades de las personas de edad, complementando las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos proclamada y difundida desde 1948. La persistente discriminación contra personas de edad y las dificultades para reclamar y ejercer sus derechos ciudadanos, aumentan la vulnerabilidad y fragilidad de las personas mayores, habiendo dado origen a iniciativas para elaborar en el seno de las Naciones Unidas una “Convención sobre los Derechos de Personas Mayores”. Si bien las naciones latinoamericanas se manifestaron favorables al proyecto, hubo oposición de diversos países que insistían en la universalidad de los derechos humanos ya proclamados, haciendo innecesarios los costos adicionales de una nueva convención. Asimismo, se argumentó que acciones específicas para resaltar los problemas de la vejez no haría sino exacerbar la marginalización social que afecta a las personas de edad (29).

Los derechos humanos esenciales o de primera generación, al ser proclamados sin discriminaciones ni excepciones, hacen redundante elaborar derechos primarios para determinados segmentos sociales y no requieren ser reforzados para grupo humano alguno. No obstante, el clima social adverso a las personas de edad llama al esfuerzo de “los Estados”, convocados mediante una Convención *ad hoc* a sensibilizar a la ciudadanía “sobre los derechos de las personas de edad”, desde tres aspectos:

a) el reconocimiento de la autoridad, la sabiduría, la productividad y otras contribuciones sociales importantes de las personas mayores;

(28) EHNI, H.-G., “Ethik der Biogerontologie”, Wiesbaden, Springer, 2014.

(29) HUENCHUAN - RODRÍGUEZ-PIÑERO, ob. cit., 2010.

b) la promoción de un trato digno y respetuoso a las personas de edad;

c) la divulgación de una imagen positiva y realista del envejecimiento y la eliminación de los estereotipos.

Las convenciones o tratados apelan a los Estados para su cumplimiento, siendo la fórmula jurídica que se aplicaría a una eventual Convención sobre Derechos de Personas Mayores. Las convenciones sientan principios básicos cuyo amparo legal y jurisdiccional, así como la implementación de medidas concretas, a ser a nivel nacional. Al referirse primordialmente a derechos positivos, su cumplimiento depende no solo de la voluntad política sino también de la solvencia económica de cada Estado signatario (30). Aun cuando las convenciones sean de factura moral impecable, queda en manos de los Estados la interpretación de términos y conceptos, como también la capacidad económica de dar cumplimiento a los derechos positivos de cuidado y protección de la ancianidad.

2) El desarrollo de políticas públicas y programas sociales jaspeados de buenas intenciones, pero sin hacer la necesaria distinción entre lo deseable y lo factible. Una visión actualizada se obtiene del “Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud” (31), provisto de una acuciosa revisión bibliográfica y redactado por un gran número de expertos internacionales. La publicación es extensa, siendo posible extraer de ella algunas observaciones pertinentes al estado actual de la creciente preocupación y deliberación sobre el enfoque social del envejecimiento.

Ya en el prólogo se postula que “el envejecimiento poblacional demanda una respuesta exhaustiva de salud pública” (p. 4), que lamentablemente recibe escasa prioridad en la mayoría de las naciones, incluyendo importantes brechas en acceso a atención médica. “Se requiere acciones exhaustivas y globales de salud pública

en respuesta al envejecimiento poblacional, que transforme sistemas que se encuentran fundamentalmente desalineados [*misaligned*] con la población que crecientemente sirven” (p. 6). Más que intensificar las iniciativas actuales, que son inefectivas, es preciso crear un nuevo marco de acción global, bajo el concepto muy utilizado, pero mayormente indefinido, de “*Envejecimiento saludable, como proceso de desarrollo y mantención de habilidad funcional que permite el bienestar en edades avanzadas*” (p. 28, destacado en original).

La habilidad funcional depende de la interacción del individuo con su medio ambiente, y se sustenta mediante reservas de “capacidad intrínseca” compuesta de las competencias físicas y mentales del individuo, a su vez fortalecidas por la “resiliencia” del senescente.

El documento de la OMS reconoce en forma explícita su énfasis en el concepto de resiliencia: originalmente conceptualizada como un rasgo psicológico del individuo, la resiliencia ha sido recientemente explorada como “un proceso dinámico de adaptación positiva frente adversidad[es]”, o un proceso que habilita “rasgos internos tales como robustez o marcada autoeficacia”, junto a “factores externos tales como soporte social que promueve la capacidad de sobrellevar —*coping*—”.

La cita llama a alarma, puesto que promueve la adaptación a la adversidad y no a su remoción; apela a la autogestión, y a tolerar el *status quo* de las insuficientes políticas públicas de apoyo a la vejez, más que reconocer la necesidad de modificar el compromiso social de cuidado y protección de la población que envejece.

Reconociendo los severos problemas que tienen los servicios de salud, la OMS proclama que las modificaciones necesarias para “colocar a las personas en el centro de los cuidados de salud... son cambios que aparecen tanto *asequibles*

(30) ANDORNO, R., “A 20 años de la Convención de Oviedo: un hito en la internalización del derecho biomédico”, en TINANT, E. (dir.), *Anuario de Bioética y Derechos Humanos*, Buenos Aires 2017: 29-48.

(31) WORLD HEALTH ORGANIZATION, “World Report on Ageing and Health”, Ginebra, 2015.

(*affordable*) como sustentables”. Esta nota de optimismo no tiene fundamento empírico, dado que las arcas fiscales se tornan cada vez más insuficientes para coberturas previsionales, no siendo posible estructurar programas solidarios cuando los aportes activos no logran cubrir una población cada vez más numerosa de senescentes improductivos. El llamado a los individuos por asumir su propia gestión de vida saludable y ahorro previsional advierte que la vejez deberá ser autofinanciada, con la consiguiente disparidad entre pudientes y desmedrados.

“El envejecimiento poblacional presenta algunos desafíos macroeconómicos desalentadores, pero hay muchas opciones para enfrentarlos. Estas opciones incluyen respuestas conductuales de los individuos tales como mayores tasas de ahorro y logros educacionales en anticipación de vidas más largas” (32).

No es raro encontrar contradicciones de fondo: “los cuidados a largo plazo son simplemente un medio para asegurar que las personas mayores con significativa y progresiva pérdida de competencia puedan vivir un *envejecimiento sano*”. La definición holística de salud repetida por la OMS no se compadece con la afirmación de envejecimiento saludable pese a significativas discapacidades.

3) El reconocimiento explícito que las necesidades médicas y sociales de los adultos mayores no podrán ser solventadas por erario nacional alguno, siendo los individuos explícitamente exhortados a llevar una forma de vida que sea preventiva de enfermedades degenerativas como diabetes, hipertensión arterial, desgastes musculoesqueléticos, incluso deterioros patológicos de funciones mentales. Análogamente, los

ciudadanos deberán dedicar a lo largo de su vida laboral activa una parte de sus ingresos para generar un fondo de reserva destinado a suplir sus futuras necesidades, que los menguantes esquemas colectivos de jubilación no cubren.

La evolución negativa de la protección social y del cuidado de las personas de edad se debe a procesos sociales para los cuales hay pocas expectativas de cambio: a) La actitud social del etarismo (33) —*ageism*— que imputa a las personas de edad sus dependencias, fragilidades e incompetencias. En sociedades contemporáneas marcadas por individualismo y formación de familias nucleares, la preocupación por la generación mayor tiende a extinguirse incluso en culturas asiáticas. b) El compromiso de productividad que las sociedades actuales imponen al ciudadano genera un corte radical con los improductivos, escindiendo el mundo de los adultos activos del espacio social de las personas mayores llamadas a retiro forzoso.

Los procesos adaptativos que las sociedades envejecidas deberán elaborar son de tal complejidad social, política y económica que hacen del todo irreal su desarrollo práctico, ilustrado por la necesidad de “construir una cultura de sacrificios compartidos y beneficios compartidos a lo largo de las generaciones” (34).

### VII. Bioética y senectud

La bioética es descrita y definida de muy diversas maneras, siendo notable que el Comité Internacional de Bioética de Unesco, que redactó la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), haya registrado que no logró “acuerdo sobre una definición de bioética (35).

(32) BLOOM, D. E. et al., “Macroeconomic Implications of Population Ageing and Selected Policy Responses”, *The Lancet*, 2015; 385 (feb. 14): 649-657, p. 655.

(33) Los cuidadores del lenguaje sugieren el término “ageísmo” como traducción de *ageism* (*agism* en EE. UU.). Con un mínimo de sentido estético y de protección del lenguaje, se ha preferido el término “etarismo” en consonancia con algunos autores hispanohablantes que lo utilizan (MUSSO y ENZ, del Hospital Italiano de Buenos Aires).

(34) ZISSIMOPOULOS, J. M. - GOLDMAN, D. P. - OLSHANSKY, S. J. - ROTHER, J. - ROWE, J. W., “Individual & Social Strategies to Mitigate the Risks & Expand Opportunities of an Aging America”, *Daedalus*, 2015; 144[2]: 93-102, p. 99.

(35) HAAVE, Ten - HAMJ, Jean M. S. (eds.), “The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights”, UNESCO Publishing, París, 2009, p. 35.

Muchas definiciones, notoriamente en el ámbito anglosajón, limitan la bioética a reflexionar sobre dilemas de la moderna tecnociencia médica y la aplicación de “nuevas tecnologías”, desatendiendo que la bioética ante todo debe hacerse cargo de situaciones y problemas que no son causados por la tecnociencia, como el aborto voluntariamente procurado, desigualdades y discriminaciones, asuntos medioambientales, derechos sanitarios y muchos otros.

Para el presente tema, se entiende bioética como “la reflexión sobre los valores comprometidos en las intervenciones humanas sobre procesos vitales y naturales” (36). En consecuencia, el envejecimiento y la vejez, siendo procesos biológicos, no son materia prima de la bioética, pero pasan a ser temas de alta relevancia dada la multitud de intervenciones humanas en este proceso vital. Los valores comprometidos en intervenciones y omisiones, sobre todo biomédicas y especialmente en el ámbito social, requieren un enfoque bioético que hasta ahora ha sido esporádico y muy insuficiente.

### VIII. Bioética del enfoque médico sobre envejecimiento

---

El fenómeno de la medicalización activa (en tanto oferta exacerbada) y pasiva (desde la extensiva demanda) es críticamente observado desde la bioética, por cuanto el uso de productos farmacéuticos pretende reemplazar los esfuerzos de adaptación existencial, así como los problemas interpersonales y de integración social. Las personas no ganan capacidad de resolver conflictos cuando son subjetivamente minimizados por la resiliencia que otorga el medicamento.

Aunque no ha sido adecuadamente sistematizada, la reflexión bioética sobre la medicalización del envejecimiento presenta una serie de reparos:

— Los procesos de senescencia son identificados y tratados en forma orgánica, con recurso

a una biomedicina positivista. El enfoque biomédico fundamentado en la investigación desatiende el cuerpo humano como un complejo organismo, desconsiderando aspectos existenciales, psicológicos, sociales y económicos que afectan a la población declarada laboralmente inactiva, prefiriendo enfatizar la investigación a nivel genético y molecular al objeto de evitar la senescencia celular y así lograr un envejecimiento saludable.

— La biomedicalización de la vejez plantea volver a otorgar prioridad y mayores recursos a la investigación de la senescencia: “retrasar los procesos de daños moleculares y celulares *simultáneamente* combatiría todas las afecciones de la senescencia, lo cual redundaría en mayores beneficios que la cura de una enfermedad particular del envejecimiento (como el cáncer)” (37). La meta de una vejez saludable solicita prioridad de recursos que irán a costa de desarrollar terapias contra enfermedades degenerativas específicas.

— La medicalización, al incrementar el gasto médico de bolsillo, aumenta las disparidades de acceso a prescripciones médicas que no son cubiertas por seguros de salud, tema que afecta principalmente a las personas de edad, siguiendo la vastamente confirmada tendencia a que quienes tienen las mayores necesidades en salud son los que disponen de menos medios para cubrirlas (38).

— Medicalizar la senescencia significa una aceleración del giro demográfico hacia sociedades envejecidas, cargadas de personas de productividad material reducida, cuyas necesidades superan sus capacidades económicas y por lo tanto requieren subvenciones y aumento de pensiones. En consecuencia, se expandirá la desigualdad entre segmentos sociales solventes frente a los grupos y las naciones desaventajadas. Los pobres sucumbirán antes o, de acceder a la medicalización, serán viejos indigentes y marginados.

(36) KOTTOW, M., “Introducción a la bioética”, Ed. Mediterráneo, Santiago, 3ª ed., 2016, p. 8.

(37) FARRELLY, C., “Aging Research: Priorities and Aggregation”, *Public Health Ethics*, 2008; 1[3]: 258-267.

(38) BLOOM, D. E., *et al.*, ob. cit., 2015.

Los viejos no solo son afectados por enfermedades crónicas y progresivas cuyas causas y tratamientos están bajo intenso escrutinio científico, son en primera línea vulnerables a discapacidades funcionales, entre las cuales se reconocen los cuatro gigantes de la geriatría: movilidad, inestabilidad, incontinencia y deterioro mental, que no son manejables con la biomedicalización actual ni cuentan con expectativas fundadas en investigaciones biomédicas en curso.

### IX. Bioética del enfoque social sobre envejecimiento

La bioética del envejecimiento ha de hacerse cargo que la edad proveya del ser humano es, salvo excepciones privilegiadas, un período de precariedad y vulnerabilidad que enfrentan las sociedades con creciente alarma. La perspectiva social hace un corte radical entre el adulto productivamente activo, y la desinserción del trabajo de los mayores de 65 años que pasan a ser viejos retirados y jubilados. Las necesidades y privaciones de una población denominada “inactiva” (desde la perspectiva de la sociedad contemporánea de producción) son adecuadamente diagnosticadas, más las propuestas de políticas públicas y programas tienen un fuerte sesgo de ser irrealizables por razones culturales y económicas. Las ofertas de actividades programadas para la tercera edad desentonan con las necesidades y preferencias de los individuos a quienes son dirigidas (39). Las políticas públicas inevitablemente son despersonalizadas y diseñadas desde la mesa verde del mundo político y legislativo, y no pueden distinguir que todo individuo vive su vejez de modo personal según su singular biografía, contexto socioeconómico y envejecimiento orgánico. La aparición de dimensiones existenciales como soledad y aislamiento, la significación e importancia que cada individuo da a la disfunción que lo aqueja, son realidades que quedan desatendidas en

planes sociales esquemáticos y generales. La OMS ha reconocido que “el cuidado de la salud y los escenarios de cuidados a largo plazo son centrales a la estrategia global de la OMS por servicios de salud centrados en las personas —[people-centred]—” (énfasis en original) (40). A esta incongruencia —entre global y personal— se agrega la insistencia que las soluciones no podrán ser globales ni nacionales y que, finalmente, lograr una vejez protegida y cuidada rebasa las arcas fiscales actuales y futuras, haciéndola depender del esfuerzo individual, so pena de continuar en un permanente anhelo no cumplido: “Las instancias estatales deben avanzar en línea con el principio de *progresiva realización* que requiere tomar los pasos con el máximo de sus recursos disponibles hacia la completa realización del derecho a salud y otros derechos humanos de las personas añosas” (41) (énfasis añadido).

La lectura bioética del enfoque social del envejecimiento ha de consistir en un mapeo cuidadoso de problemas persistentes, y en escudriñar acuciosamente la inconfesada preocupación por el aumento demográfico de más personas de edad viviendo lustros y decenios en inactividad productiva. Es preciso enfatizar la reducción de los beneficios del jubilado: los seguros sociales tienden a bajar las pensiones y subir la barrera etaria de jubilación obligatoria, una proyección que desprotege a los menos aventajados sometidos a labores rutinarias, físicamente extenuantes y mal remuneradas, de las cuales se deberán retirar a edades más avanzadas que actualmente. Presente y futuro acusan una pauperización y desprotección de las personas senescentes.

“Increíblemente, no podemos indicar a los decisores acaso las personas viven más tiempo y más sanos, o simplemente vivencian períodos extensos de morbilidad” (42).

(39) KATZ, ob. cit., 2000.

(40) WHO, “Framework on integrated people-centered health services”, 2017, <http://www.who.int/servicedeliverysafety/areas/people-centred-care/en/>, consultado el 28/04/2018.

(41) WHO 215, ob. cit., p. 14.

(42) BEARD, J. - BLOOM, D. E., “Towards a Comprehensive Public Health Response to Population Ageing”, *The Lancet*, 2015, 385: 658-661.

### X. Hacia una bioética propia de la senescencia

---

Las personas senescentes “se ven afectadas por dos cambios mayores: en relación con el acceso a apoyos, por un lado, [y] a la construcción de identidad, por el otro” (43).

“Por un lado, se produce la creación de lo que Estes y otros describen como ‘zonas de no cuidado’, donde el apoyo comunitario puede desintegrarse ante la inadecuación de servicios y beneficios. Por el otro lado, puede emerger ‘zonas de no identidad’ que reflejan la ausencia de espacios donde construir una identidad viable para personas de más edad” (44).

Las zonas de no cuidado son, paradójicamente, los procesos de medicalización y de propuestas sociales, ambas dictadas desde arriba en base a datos empíricos y a evidencias estadísticas cuyo blanco de acción despersonalizado es el senescente tipo. Tanto el enfoque médico como el social no logran atender las tribulaciones de la vejez ni dotarla de la seguridad, como también de los cuidados necesarios, deseables y merecidos. Son procesos sociales desencadenados por una visión neoliberal y global frente a la cual la bioética puede ser, y ha sido, crítica, pero sin mayor capacidad de influencia. Los desamparos de la vejez sucintamente englobados en zonas o área de “no cuidados” sociales son causados por procesos socioeconómicos de magnitud nacional, incluso global. La bioética participa en develar y criticar estas falencias de protección y cobertura, pero carece de influencia para cauterizar el sino de los desposeídos y marginados.

Irremplazable es, en cambio, la tarea bioética de centrar sus esfuerzos en las “zonas de no identidad”, donde se da la vulneración de las personas de edad en mantener su identidad y reconocimiento a fin de salvaguardar los atributos trascendentales de todo ser humano, que

son su relación con el otro —relacionalidad—, y su estar-en-el-mundo —trascendencia mundana—.

### XI. Una propuesta bioético-antropológica para la senescencia

---

La bioética tiene por objetivo deliberar sobre aquellas intervenciones que afecten los valores fundamentales de las personas en cuanto cuerpo viviente —experiencias— y cuerpo vivo —funcionalidad orgánica—.

La bioética crítica ha de fortalecer sus dos pilares fundantes: conocimiento de la realidad e imaginación de propuestas. La desmedrada realidad de la ancianidad está a la vista y es vivida por un segmento creciente de la población. La imaginación bioética hará bien en reconocer que los adultos mayores ven heridos los dos rasgos esenciales del ser humano: su relacionalidad con otros, cuya pérdida lleva a la deprimente soledad; y su trascendencia mundana, es decir, su estar-en-el-mundo que, al ser obstaculizado, lo aísla del quehacer social y le dificulta asegurar la protección y los cuidados que requiere para llevar una existencia personal significativa (45).

Los dos atributos antropológicos —relacionalidad y trascendencia mundana— forman la base de la integración social y del reconocimiento de la identidad individual que permiten el ejercicio autonomía frente a los procesos sociales de normatividad y eticidad —*Sittlichkeit*—.

Basado en Hegel y en Mead, el pensador contemporáneo Alex Honneth elabora una filosofía y una ética del reconocimiento a través de un proceso nivelado en tres etapas:

— El reconocimiento intersubjetivo se desarrolla desde el amor —vinculante, sodalicio, erótico—, mediante el cual el individuo reconoce

(43) POWELL, J. L. - CHAMBERLAIN, J. M., “Social Welfare, Aging, and Social Theory”, Lexington Books, Lanham, L2012:122.

(44) POWELL, J. S. - BIGGS, S., “Ageing, Technologies of the Self and Bio-medicine: A Foucauldian Excursion”, *Journal of Sociology and Social Policy*, 2004; 24[6]: 17-29.

(45) KOTTOW, M., “Towards a Medical Anthropology of Aging”, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholar Publishing. En prensa.

al otro y es reconocido, afirmando la confianza-en-sí-mismo.

— El reconocimiento mutuo de ser sujetos de derechos facultativamente reclamables y recíprocamente respetados, permite al sujeto sustentar el auto-respeto o respeto-de-sí-mismo.

— El reconocimiento del individuo como agente moral que participa en el compromiso social de orientación solidaria hacia valores compartidos, da origen a la estima-de-sí-mismo.

Al igual que la justicia que se identifica mejor ilustrando injusticias, la dignidad reconocida a través de acciones indignas ejercidas sobre el cuerpo, y los derechos humanos más claramente enfocados por su violación, ilustra Honneth las fases del reconocimiento relevando su menoscabo: maltrato y violencia destruyen la confianza-en-sí-mismo, la exclusión y privación de derechos desquician y humillan el respeto-de-sí-mismo, en tanto la amenaza a la integridad personal y moral hiere la cooperación y solidaridad social, ofendiendo y erosionando la autoestima (46).

Una tan apretada síntesis del reconocimiento como fundamento de la identidad del ser humano integrado moralmente en su medio social, si bien distorsiona la riqueza de sus fundamentos, sea tolerada como un introductorio entendimiento de la vejez humana como un histórico, sistemático e creciente “desconocimiento del reconocimiento de las personas añosas”. La relacionalidad se cohibe por pérdida de vínculos interpersonales, minando la autoconfianza; el estar en el mundo es obstaculizado por exclusiones o dificultades por reclamar derechos de protección y cuidados, que son desatendidos lesionando el respeto-de-sí-mismo; finalmente, la autoestima se marchita cuando la vejez es medicalizada como enfermedad y disminuida en su autonomía. La sociedad desvincula a los ciudadanos mayores de la productividad, preten-

diendo paliar la experiencia del retiro jubilatorio mediante la presentación de programas costosos, insuficientes e impersonales, que dejan a la vera los valores, intereses y esfuerzos de mantener la identidad-de-sí de los senescentes, además de requerirles aportes individuales desde fondos previsionales que cada uno deberá haber acumulado durante su vida laboral y que, al sobrepasar sus posibilidades, desmorona su auto-estima. La identidad del senescente y su capacidad de mantener relaciones significativas con otros, así como permanecer funcionalmente activo en aquellos quehaceres y afanes que son irrenunciables para la prosecución satisfactoria de su existencia, son los enfoques que la bioética debe reforzar en medio de las insuficiencias políticas sociales por albergar a los que envejecen.

## XII. Conclusión

La bioética en general (la aún inexistente bioética de la senescencia humana, en particular) ha perdido su inocencia y, si alguna vez la tuvo, toda relevancia normativa. Es acusada por pensadores importantes de un academicismo distante de los problemas ético-sociales y existenciales que debe atender. Carece de imaginación, originalidad y actitud crítica frente a la expansión tecnocientífica, inmersa en una tecnofilia que se hace eco de la ética utilitarista que desarrollan los científicos (47). Fuertes son las críticas por los compromisos corporativos de prestigiosos bioeticistas y sus conflictos de intereses al operar como agentes pagados por consorcios farmacéuticos, la industria genética y los diferentes actores del mercado médico (48).

Tal como la gerontología social se ha transformado en biogerontología, la visión social del envejecimiento se vierte en lo médico a través del concepto de *healthy ageing*. El expansivo positivismo del enfoque biomédico del envejecimiento se apropia de la senescencia como

(46) HONNETH, A., “Crítica del agravio moral”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009; HONNETH, A., “Kampf um Anerkennung”, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994.

(47) HEDGECOE, ob. cit., 2004, p. 135, 120.

(48) ELLIOT, C., “Diary”, *London Review of Books*, 2002; 24[23]: 36-37.

una enfermedad que ha de ser médicamente resuelta, dando inicio a la biomedicalización del añoso y clausurando la experiencia de vivir el envejecimiento sin tintes patológicos ni requerimientos médicos en tanto no enferme.

Nuestras sociedades se modifican —¿progresan?— a un ritmo acelerado que deja a la vera a los viejos, además de decretar la edad de retiro de la vida laboral activa por criterios cronológicos. A menos que sean privilegiados por lazos familiares acogedores y una vigorosa solvencia económica, las personas de edad llevan una vida precaria y vulnerable, muy insuficientemente paliada por una medicalización mercantilizada y una red social impersonal y financieramente agujereada. El tema preocupa y consume cuantiosos recursos en investigaciones, creando más de algún modelo de cuidados solo disponibles para los pudientes.

“[L]a subjetividad puede ser delineada como un concepto nuclear en la comprensión del envejecimiento y la biomedicina. Mediante el empleo de la narrativa foucaultiana hemos explorados tres áreas: la mantención de buena salud; el uso

del consejo narrativo; y el realce corpóreo. Estas tres tecnologías han sido utilizadas para iluminar los diferentes modos en que el envejecimiento en sí ha sido remodelado por la propia consciencia de sí mismo (tecnologías *de/ sí mismo*) y por los médicos expertos de los tiempos modernos” (49).

Aunque ajena a la idea de Ortega cuando señalaba que la claridad es “la cortesía del filósofo”, la cita enfila hacia una medicalización de la tecnología de sí del senescente, lo cual profundiza la crisis de identidad desencadenada por una realidad hostil, o al menos indiferente, a las tribulaciones de los individuos añosos que no encuentran la protección y el cuidado social que requieren.

La idea matriz aquí esbozada, que releva la “zona de no identidad” que intimida a los senescentes, apela a la bioética para rescatar y resguardar los valores esenciales con que todo ser humano debe poder contar a fin de asegurar su subsistencia existencial que, en las etapas tardías de la vida humana, se ven severamente amenazados y vulnerados.

---

(49) POWELL, J. S. - BIGGS, S., ob. cit., 2004.

# Consentimiento informado y autodeterminación

## Las disposiciones de tratamiento anticipadas en la nueva ley italiana (1)

Por Franco Manti (2)

### SUMARIO:

**I. Premisa.— II. Consentimiento y cuidado (II consenso e la cura).— III. Las DTA como expresión de la libertad de elección.— IV. ¿Información o comunicación?— V. Cuestiones morales.— VI. Ética de las razones pública y neutralidad política.**

### I. Premisa

El 31/01/2018 entró en vigor en Italia, la ley 219 del 22 de diciembre de 2017, sobre “Reglas de consentimiento informado y disposiciones anticipadas de tratamiento” (“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”). Se trata del punto de llegada de una larga confrontación, a veces amarga, entre las distintas fuerzas políticas del País. Después del caso “Englaro”, el Senado votó, con una estrecha mayoría, un texto de ley caracterizado por una elección ideológica y ética muy precisa, basada en la idea de la vida como un bien no

disponible, del que derivaron algunas normas particularmente controvertidas (3). Este proyecto de ley nunca entró en vigor, en parte porque la mayoría parlamentaria no se correspondía con la realidad social. De hecho, una encuesta encargada por el periódico “Repubblica”, sobre la interrupción de las terapias en el año 2006, a la que Welby (4) fue sometido, dio el siguiente resultado: el 64% de los entrevistados (el 50% católicos practicantes y el 71% de católicos no practicantes) se declaró a favor de la interrupción, contra el 20% que se mostró contrario (5). Además, otros casos (por ejemplo, Nuvoli, Pilidu, Dj. Fabo) (6) contribuyeron

(1) Título original “Consenso informato e autodeterminazione. Le Disposizioni Anticipate di Trattamento nella nuova legge italiana”.

(2) Alumno del Máster en “Global Rule of Law and Global Democracy” dictado por la Universidad de Génova.

(3) Cfr. MANTI, F., “Testamento biológico y alianza terapéutica. Una ética de las razones para elecciones responsables”, *Jurisprudencia Argentina “XI Número Especial de Bioética”* (JA 2009-IV-39), Pedro F. HOOFT (coord.), Geraldín PICARDI y Lynette HOOFT (colabs.), 28/10/2009.

(4) Desde 1955, Piergiorgio Welby –a la edad de diez años–, tuvo los primeros síntomas de la enfermedad que lo llevó a la muerte en 2006. Después de pedir varias veces que apague el respirador automático (en función desde 1997), sin obtener una respuesta satisfactoria, el médico anestesista Mario Riccio decidió asumir la responsabilidad de “desconectarlo” (“staccare la spina”). No obstante que la Orden de los médicos de Cremona (“Ordine dei medici di Cremona”) el 01/02/2007 reconoció, que su comportamiento había sido correcto desde un punto de vista ético y profesional, conocido el procedimiento públicamente, a petición de un Juez de Instrucción Preliminar de Roma fue acusado y sometido a las investigaciones correspondientes por el asesinato al que accedió. El 23/07/2007 fue absuelto definitivamente por el Juez de Sentencia Preliminar, Zaira Secchi porque el hecho no constituye delito.

(5) Cfr. Repubblica.it.

(6) En 2007, Giovanni Nuvoli, afligido por ELA (esclerosis lateral amiotrófica) durante siete años, solicitó repetidamente que lo desactivaran del respirador que lo mantuvo con vida. Cuando el anestesista Tommaso Ciacca decidió avanzar en esa dirección, se lo impidió la intervención de los Carabineros en nombre de la Procuración

a mantener vivo el debate y a alentar la aparición de una nueva conciencia en la opinión pública y entre los parlamentarios. La ley que entró en vigor, aprobada recientemente por una gran mayoría (7), ha adoptado la orientación de la mayor parte de los ciudadanos, presentando aspectos relevantes desde un punto de vista ético que merecen ser objeto de reflexión.

### II. Consentimiento y cuidado (*II consenso la cura*)

---

El art. 1º de ley 219/2017, titulado “*Consentimiento informado*” (“*Consenso informato*”) conecta la protección de los derechos fundamentales, como la vida, la salud, la dignidad y la autodeterminación de las personas. Esta protección se implementa en realidad mediante las disposiciones de tratamiento anticipado (DTA) (8) que se redactan o comunican, después de recibir la información adecuada. En mi opinión, esta es una visión que, al poner la subjetividad de las personas en el centro, amplía las prácticas habituales y, a menudo, demasiado burocráticas del consentimiento informado, mejorando el proceso relacional comunicativo como parte de un concepto más integral de la atención médica.

El párr. 2º del art. 1º de dicha ley, de hecho, identifica explícitamente el propósito de la misma, la

promoción y la mejora del cuidado y la confianza entre el médico y el paciente. Además, la relación de “alianza terapéutica” también se aplica a los demás profesionales del equipo de salud y, si el paciente así lo desea, pueden participar también sus familiares, sus cónyuges, parejas o cualquier otra persona de su confianza.

Los dos conceptos fundamentales aquí, son los de cuidado (“*care*”) y confianza (“*fiducia*”). Al ejercitar la autodeterminación, el paciente se cuida dando instrucciones consistentes con su visión de vida (que también incluyen la muerte como su acto final). Esto puede ocurrir de una manera más consciente y responsable cuanto más se construya una relación de verdadera confianza con el médico, los trabajadores de la salud y eventualmente la pluralidad de los sujetos incluidos en la citada ley.

Un aspecto específico del consentimiento resguarda, en todo o en parte, el derecho al rechazo de cualquier evaluación de diagnóstico o tratamiento sanitario que pueda interrumpir la sobrevivencia del paciente. El médico está obligado a respetar la voluntad de este último; por lo que mientras se atenga a esta, queda exento de cualquier tipo de responsabilidad civil o penal. Esto también se aplica a la alimentación e hidratación artificial, ya que se administra mediante dispo-

---

de la ciudad de Sassari. Seguido a esto, Nuvoli comenzó, el 16/07/2007, una huelga de hambre y sed que lo llevó a la muerte siete días después. En 2015, Walter Piludu, expresidente de la provincia de Cagliari, afectado por ELA y en pleno uso de sus facultades mentales, murió el 3 de noviembre, después de que una jueza titular de Cagliari, Maria Isabella Delitala, autorizó a apagar la máquina que lo mantenía con vida. Los fundamentos de dicha resolución fueron publicados el 5 de diciembre. En ellos la Jueza se refirió a la salud como ‘el bienestar psicofísico’ y el derecho a la autodeterminación, es decir, a la facultad de elegir si prescindir de tratamiento médico. El caso de “Dj Fabo” presenta algunas especificidades que, aquí, no puedo explicar porque se vinculan con la práctica del suicidio asistido. Lo cierto es que este caso también ayudó a resaltar la necesidad de una ley sobre DTA que respetara el principio de autodeterminación. En el verano de 2014, un accidente hizo a Fabiano Antoniani –conocido como DJ Fabo– ciego y tetrapléjico. Después de varios reclamos, incluido uno al presidente de la República en virtud del vacío legislativo italiano, voluntariamente puso fin a su vida el día 27/02/2017, en la clínica suiza Dignitas en Forch, ubicada en el cantón de Zúrich. N. de la R.: En el derecho argentino (vigente desde enero de 2016), se regula las “directivas anticipadas” (DA) y el “consentimiento subrogado”, en los arts. 59 y 60 del Cód. Civ. Estos estatutos fueron implementados legislativamente a nivel nacional con la Ley del Paciente 26.529, en su texto ordenado según la ley 26.742 (2009). Con anterioridad a la vigencia de la citada normativa legal, pero con sustento directo y operativo en la Constitución Nacional –en ausencia legal–, el Director de este número especial jurisprudencialmente admitió la plena validez jurídica de las DA, en el “caso M.”; sentencia que fue publicada en JA 2005-IV-458 con una nota de Augusto M. y Guillermo C. Morelo “Las directivas anticipadas en un fallo notable”, publicado también en La Ley, Buenos Aires, y RDF, con diversas notas doctrinarias.

(7) El texto definitivo fue aprobado por el Senado por 180 votos a favor, 71 en contra y 6 abstenciones.

(8) Directivas Anticipadas en la terminología de la actual legislación argentina.

sitivos médicos con prescripción profesional. Una norma, se opone a lo establecido en la ley sobre *Disposiciones sobre alianza terapéutica, consentimiento informado y declaraciones de tratamiento anticipado*, aprobada por el Senado en el 2009, donde el art. 3º, párr. 6º afirmaba que se debe alimentar e hidratar mediante las diferentes maneras, en que la ciencia y la tecnología pueden brindar al paciente formas de soporte fisiológico y vital, con el objeto de aliviar el sufrimiento hasta el final de la vida, “[...] no pueden ser objeto de una declaración previa de voluntad” (9).

Esta cuestión es la que, para el debate social y las posiciones expresadas por las fuerzas políticas, mayor relevancia tiene desde el punto de vista simbólico. La posibilidad de que el paciente rechace un tratamiento que podría preservar la vida biológica, independientemente de su calidad y, sobre todo, de su forma de concebirla, implica una visión antropológica en la que el autocuidado toma forma, también, como la disponibilidad de la propia existencia, asumiendo la responsabilidad del modo en que uno aborda el acto final con coherencia respecto de la concepción personal de la vida y la biografía de cada uno. La planificación compartida de tratamientos frente a enfermedades crónicas incapacitantes o caracterizadas por un pronóstico ominoso (“*prognosi infausti*”), como se señala en el art. 5º, en tanto aspecto de la relación médico-paciente, parece incorporar esta visión. De hecho, el médico y el equipo de salud están obligados a cumplir esta voluntad cuando el paciente ya no resulte capaz de expresar su consentimiento o se encuentre en condiciones de incapacidad.

La ley 219, en el art. 2º, establece disposiciones específicas referentes al consentimiento vinculado a las terapias del dolor y las restricciones terapéuticas, vinculándolas con la dignidad del paciente en la fase final de la vida. En caso de revocación o denegación del consentimiento para el tratamiento de salud propuesto por el médico, este último, sin embargo, está obligado a garantizar una terapia del dolor adecuada y proporcionar cuidados paliativos con la

participación del médico de medicina general. En caso de un pronóstico desfavorable o muerte inminente, se debe evitar cualquier forma de encarnizamiento terapéutico (en el párr. 2º se hace referencia a la obstinación irrazonable en la administración del tratamiento y el empleo de recursos fútiles o desproporcionados). Es posible recurrir a la sedación paliativa profunda continua asociada a la terapia del dolor, pero también en este caso, se requiere consentimiento del paciente. La apelación o negativa debe ser registrada, con sus justificaciones, en la historia clínica y en el archivo electrónico de salud (párr. 3º).

Las disposiciones contenidas en el art. 2º, son además éticamente relevantes en algunos otros aspectos prácticos: 1) Estableciendo la prioridad de respetar la autonomía en la toma de decisiones del paciente en las elecciones finales de su vida; estando el médico obligado, independientemente de sus creencias específicas, a garantizar la terapia del dolor y la entrega de cuidados paliativos. Lo que significa que no está permitido aquí recurrir la objeción de conciencia; 2) Exhortando la implicación del médico general, fundamentalmente para un abordaje biográfico del tratamiento y su “historia” prolongada en el tiempo. Pudiendo, en este sentido, hacer contribuciones importantes para la identificación de los caminos al final de la vida, dando razones a especialistas y médicos del hospital, con respecto a las decisiones tomadas por el paciente; 3) Vinculando la terapia del dolor, la provisión de cuidados paliativos, la abstención de la obstinación terapéutica y la dignidad del paciente en la etapa final de su vida. ¿Cómo ha de interpretarse esta conexión en un plano ético? En mi opinión, de la siguiente manera: la dignidad humana consiste, ante todo, en la posibilidad de tomar decisiones dando razones y asumiendo la responsabilidad de ellas. El cuidado de uno mismo, pero también el de los demás, con respecto a los problemas del final de la vida, se expresa en reconocer el compromiso de todos para tomar decisiones, en primera persona, porque pone en juego nuestras visiones de la vida, de su calidad, de los significados que intentamos atribuirles. Esta es la razón por la cual una

(9) Cfr. MANTI, F., ob. cit., p. 44.

respuesta puramente médica o biotecnológica resulta reduccionista y éticamente inaceptable. La decisión de recurrir o no a la sedación paliativa profunda debe ser considerado como un hecho biográfico y, como tal, no puede ignorar los significados que cada uno da a la propia dimensión existencial, al modo en que nos relacionamos con el dolor, el cuidado y la misma muerte.

Un caso particular, lo constituye el consentimiento de los menores e incapaces, regulado por el art. 3º de la ley 219. Dos son los puntos relevantes éticamente: 1) La valorización de las habilidades y voluntad del menor (párrs. 1º y 2º); 2) La gestión de los eventuales conflictos que podrían suscitarse entre Representante Legal o Administrador de Soporte y médico, en ausencia de DTA.

Con respecto al primer punto [I] es necesario considerar lo delicado del argumento sobre el poder de decisión reconocido por la legislación vigente. La ley 219 evidencia la necesidad de valorizar la capacidad de los sujetos considerados. Aunque, también en este caso al mismo tiempo, se especifica que el consentimiento informado del tratamiento del niño es expresado o rechazado por los padres o tutores; la orientación ética, en la medida de lo posible, es la de respecto por la autonomía del paciente teniendo debidamente en cuenta la voluntad del sujeto en cuestión (en el caso particular de los menores, considerando su edad y el grado de madurez que presenten). Es significativo, en el caso del niño, como la valorización de las facultades jurídicas está conectada con el respeto a la dignidad.

Análogamente, para la persona incapaz, cuando sea posible, debe ser escuchado; mientras que la persona directamente incapacitada (incompetente) si el consentimiento informado es expresado o rechazado también por el administrador de soporte [*amministratori di sostegno*] (10) o solo por este último, se debe tener en cuenta la voluntad del beneficiario, en relación con su

capacidad de comprender y desear. Se trata de tener en cuenta las diferentes situaciones y contextos, tomando distancia del ejercicio por parte de los padres, administradores de apoyo o tutores de aquellas formas de paternalismo que no están autorizadas (11), que se encuentran meramente justificadas en la condición de las personas representadas.

En cuanto al segundo punto [II], el eventual conflicto entre los representantes legales de la persona inhabilitada, menor de edad, interdicta y los médicos, respecto de los tratamientos propuestos por este último, en ausencia de DTA, es, por así decirlo, “juridificado”, dado que la decisión se deja bajo la tutela judicial.

### III. Las DTA como expresión de la libertad de elección

---

Como se evidencia en el art. 4º, el DTA constituye una expresión de la autodeterminación de la persona a la que refiere el art. 1º de la ley 219. De hecho, la redacción del artículo las DTA no están configurada como una obligación, sino como una facultad. Para garantizar su aplicación efectiva, en cualquier situación a la que pueda enfrentar una persona, se prevé el nombramiento de un “administrador” (o apoderado de salud), quien toma el lugar del administrado y lo representa en las relaciones con el médico y las estructuras de salud (art. 4º, párr. 1º). Este último, a su vez, podrá, en cualquier momento, renunciar al nombramiento (párr. 2º) y ser revocado por el disponente (*“dal disponente”*) sin necesidad de motivación (párr. 3º). En cualquier caso, incluso si el beneficiario (*“il fiduciario”*) no indico, o no pudo hacerlo por cualquier razón, su consentimiento expreso, las DTA mantienen su eficacia con respecto a la voluntad del disponente (párr. 4º).

Los párrafos éticamente más significativos del artículo dedicado a DTA son el quinto y sexto.

En el primero, se identifican casos en los que el DTA puede ignorarse en todo o en parte. El

(10) Asimilable a la figura anglosajona del “health care durable power of attorney”.

(11) Cfr. RAWLS, J., “A Theory of Justice”, Oxford University Press, edición revisada, Oxford - Nueva York, 2000, ps. 218-220.

médico puede apartarse de las DTA, después de escuchar al representante, en dos casos: 1) Cuando surjan patentemente incongruencias que no se correspondan con la situación clínica real del paciente; 2) Si existieran terapias que no estaban contempladas en el momento de la suscripción de las DTA, las cuales resultarían en posibilidades concretas de mejorar la calidad de vida del paciente. Aunque en este caso, ante la presencia de un conflicto entre el médico y el representante fiduciario por la decisión final, se deberá recurrir a la tutela judicial.

En el párr. 6º, la autonomía de toma de decisiones está garantizada por la posibilidad de renovar o modificar las DTA en cualquier momento. En casos urgentes, se permite el uso de la declaración recopilada o grabada en video por un médico, con la asistencia de dos testigos. De esta manera, la ley responde a la exigencia de aquellos que, rechazando la propia idea de DTA, han señalado como la libertad de elección puede ser perjudicial, frente a una posible reconsideración de las convicciones de la persona.

#### IV. ¿Información o comunicación?

El párr. 3º del art. 1º destaca, sin embargo, todas las dificultades encontradas en la construcción de una relación de confianza en el tratamiento (“*fiduciaria di cura*”); porque se revive la visión tradicional unidireccional de transmisión de la información del médico al paciente. Afirmando, de hecho: 1) El derecho de todos (o no, en todo o en parte) a estar informados de manera completa, actualizada y comprensible respecto al diagnóstico, pronóstico, beneficios y riesgos de los exámenes de diagnóstico y de los tratamientos, así como de las posibles alternativas y a las consecuencias de negarse al tratamiento de salud indicado o de someterse a evaluación diagnóstica; 2) El derecho de delegar al paciente, a los miembros de la familia o a una persona de confianza, para recibir información y expresar el consentimiento en su lugar. Las posibles novedades implícitas en la relación de cuidado, como se describió brevemente, son por lo tanto limitadas. La confianza que el paciente confiere y deposita en el médico es lo que le

brinda su corrección deontológica, no el resultado de una relación comunicativa y la asunción de corresponsabilidad con respecto al proceso de tratamiento y los posibles límites de la intervención terapéutica. La comparación basada en dar razones, como expresión de la autonomía de los interlocutores, se limita a la expresión del consentimiento, o a su denegación, por parte del paciente o sus delegados, sobre la base de la información recibida.

Cuidar (“*care*”), sobre la base de un enfoque biográfico, cimentado en la centralidad de la escucha para identificar correctamente las necesidades del paciente, requiere un tiempo prolongado y, en cualquier caso, mayor del que generalmente se destina a la obtención del consentimiento informado. Por esta razón, el tiempo dedicado a la construcción de la relación de cuidado es un aspecto éticamente calificado para el médico y los profesionales de la salud.

El párr. 8º del art. 1º de la ley 219, establece el principio según el cual el tiempo de comunicación entre el médico y el paciente se constituye en el momento central del tratamiento. Ese es un aspecto muy problemático debido a sus implicaciones y su efectiva implementación real. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el término “comunicación” aparece solo en este artículo, y en el párr. 6º del art. 4º, que se refiere a las personas incompetentes que puedan expresar las DTA comunicándolo con los medios más adecuados a su condición. Me parece que en ambos casos la palabra se usa al referirse a áreas de aplicación específicas y limitadas. En el primer caso, la comunicación aparece como sinónimo de información con la invitación a dedicar el tiempo necesario para informar sobre la práctica del consentimiento, considerando este tiempo como parte de la relación terapéutica (enfaticando el tratamiento en el sentido de cuidado); en el segundo es la persona incompetente que “informa” al médico su DTA.

Si tomar el tema del tiempo de tratamiento en serio, toma la forma de un replanteamiento político y social que considera el cuidado como un valor central de la democracia (12) en el sec-

(12) Cfr. IVI, ps. 178-179.

tor sanitario; valorar este tiempo de tratamiento requiere un replanteamiento de cómo, en la actualidad, se viene gestionando la práctica clínica (“*clinical governance*”), en el sentido de promover una democratización de la medicina social hacia el campo médico-clínico (13). Esto significa ubicar las necesidades de los pacientes en el centro del tratamiento, considerándolos como sujetos activos y corresponsables en el proceso de atención (“*di cura*”).

### V. Cuestiones morales

---

Con respecto al art. 1º, anteriormente se ha hecho referencia a la confianza como un aspecto fundamental de la relación entre el equipo médico-equipo sanitario-paciente. Sin embargo, es necesario considerar cómo se desarrolla y se amplía la confianza en la relación de cuidado, y cómo el cuidado de sí mismo es inseparable del cuidado ejercido por los demás. En resumen, una práctica efectiva de lo que la ley prevé implica la construcción de un camino de conocimiento común, de un diálogo constante entre el paciente y aquellos que, de diversas maneras, lo cuidan.

Si esta cuestión es la “sustancia” ética de la ley, no escapa a los problemas causados por el paso desde una relación en que la cual la asunción de responsabilidad por parte del médico y de los equipos de salud hacia el paciente era en gran medida unidireccional, a un paradigma fundado en la corresponsabilidad (y en el respeto mutuo) con el paciente, y si es necesario con otros actores en la relación terapéutica.

El encuentro entre la autonomía decisional del paciente y la competencia para decidir, y la autonomía profesional y responsabilidad del médico, debe tener lugar, tal como lo establece la ley, en la expresión del consentimiento informado; siendo probable que nos enfrentemos a una petición de principio, especialmente si el médico, no está éticamente convencido de la necesidad de fundar la relación de confianza en

la corresponsabilidad y no en su propia visión ética particular, combinada con el conocimiento y las habilidades profesionales, dado que terminara orientando las elecciones del paciente y condicionando finalmente su autonomía en la toma de decisiones.

Esto se torna más importante, cuando se piensa no sólo en el pluralismo de las visiones del bien, típico de nuestras sociedades contemporáneas; sino también en las distintas formas de interpretar la vida, la enfermedad, el dolor, y la propia muerte propio de las distintas culturas; visiones ante las cuales los Sistemas Sanitarios Nacionales se verán cada vez más interpelados a responder. Lo que requiere una reconsideración completa de las prácticas de obtención del consentimiento informado, a partir de la necesidad de que el médico, antes de informar, esté dispuesto para escuchar en todas las formas posibles y, sobre esta base proceda, a lo que no debería ser tan solo un proceso de información, sino más bien de comunicación.

Una visión, del tratamiento basada en lo que J. Tronto define como “*cuidar con*” (“*caring with*”) (14) significa compartir y asumir de manera mancomunada la responsabilidad, con respecto a los objetivos y límites de una intervención terapéutica, fundada, de hecho, en la confianza, el respeto a la autonomía mutua, y la solidaridad entre quienes prestan y reciben atención.

En tal sentido, las disposiciones del párr. 6º del art. 1º no se aplican cuando establece que el paciente no puede exigir un tratamiento de salud contrario a la ley, a la ética profesional o a la buena práctica clínica, para lo cual, ante tales solicitudes, el galeno no tiene obligaciones profesionales. Esta disposición, si se interpreta en un sentido amplio, permite al médico una amplia discreción. De hecho, la generalidad de las afirmaciones en ella es sorprendente. Al no entrar en el mérito de los puntos específicos del Código de Ética Profesional, libera la interpretación de

(13) Cfr. TALLACCHINI, M., “Democrazia come terapia: la governance tra medicina e società”, *Notizie di Politeia*, XXII, 81, Milán, 2006, ps. 21-22.

(14) Cfr. TRONTO, J., “Caring Democracy. Markets, Equality and Justice”, New York University Press, Nueva York, 2013, p. 23.

cada médico, según sus convicciones personales, de lo que debe considerarse deontológicamente apropiado, así como la mera referencia a las buenas prácticas deja un amplio margen de discreción en su definición. Finalmente, ¿qué debemos entender por tratamientos contrarios a la ley? Por ejemplo, el médico parece legitimado, en base a sus convicciones, a reusarse a desconectar la máquina que mantiene con vida al paciente, incluso si este ha renunciado al tratamiento médico. De tal modo, se admite una cierta objeción de conciencia implícita no codificada. El objetivo de evitar el recurso de la objeción de conciencia se motiva por las dificultades que surgieron en la aplicación de la ley 194 del año 1978 (*"Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"*), en tanto mecanismo riesgoso que limita de manera significativa la autonomía decisional del paciente. La analogía con la objeción de conciencia, prevista para el caso de la interrupción del embarazo, no es sostenible, ya que en el caso de las DTA se trata de respetar la voluntad de una persona, sin la existencia de un tercero, como el embrión, del cual su *status* es interpretable según las convicciones éticas y religiosas de cada persona.

En el caso de las DTA, el médico simplemente debe respetar los deseos del paciente (a menos que requieran intervenciones explícitamente ilegales de acuerdo con la legislación vigente). De hecho, si es verdad que las estructuras sanitarias están obligadas a seguir los deseos del paciente, de conformidad con el art. 1º, párr. 9º, que los obliga a dar plena actuación a la ley y, por tanto, a organizar una manera de encontrar el camino para respetar el paciente ¿qué sucedería si no cuentan con un médico en el centro de salud dispuesto a desconectar (*"staccare la spina"*) a un paciente que lo requiriera? La ley, tal como fue aprobada, corre el riesgo de abrir una disputa legal, sobre esta cuestión fundamental, que tiene poco o nada que ver con la verdadera ética del tratamiento y con la relación de confianza a las que hace referencia.

También las disposiciones del art. 1º, párr. 5º, presentan la dificultad, al contemplar ante la negativa o rechazo del paciente de recibir los tratamientos necesarios para la supervivencia, cuando dispone que el médico ponga en acción los mecanismos de apoyo para el paciente,

incluso utilizando los servicios de asistencia psicológica, surgiendo la cuestión de cuáles son los términos y límites de dicha asistencia, especialmente si el paciente no la comparte.

Una limitación adicional a la autonomía decisional del paciente se puede encontrar en el art. 5º, párr. 1º: en cuanto prevé que frente a una patología crónica e incapacitante o caracterizada por una evolución irreversible con pronóstico desfavorable, se puede llevar a cabo una planificación de atención compartida entre el paciente y el médico. No escapa, como el empleo de la expresión *"puede"* conllevar un amplio margen de discreción respecto a la planificación cuya ejecución se vuelve vinculante solo después de que el médico haya decidido compartirla con el paciente y ponerla en práctica.

Incluso el recurso de la tutela jurisdiccional, previsto en los arts. 3º, párr. 5º, y 4º párr. 5º, es problemática desde el punto de vista ético, ya que existe riesgo de que las decisiones no estén en consonancia con la voluntad del interesado. ¿Qué elementos puede emplear el juez para reconstruir la voluntad del paciente? ¿Con qué criterios, no meramente formales, puede explicar los motivos de su decisión? Con referencia particular al art. 4º, aunque se requiere el consentimiento del *"amministratori di sostegno"* para la no implementación de las DTA, si en la evaluación surge una evidente inconsistencia o no correspondencia con la situación clínica real del paciente y con respecto a la existencia de terapias, no previsibles al momento de la suscripción de las DTA, capaz de ofrecer posibilidades concretas de mejora de la calidad de vida, podrían prevalecer las motivaciones generadas por las convicciones personales del médico. Además, a menos que el administrador sea también médico, difícilmente podrá presentar argumentos convincentes para las terapias. En este punto, el eventual recurso de la tutela jurídica está expuesta, y quizás aún más, a las objeciones anteriores.

Una vez más, más allá de la ley y sus límites, la referencia a la competencia ética de todas las partes interesadas es fundamental. Esta es la razón por lo que se torna imprescindible la formación estratégica del personal de salud previsto en los párrs. 9º y 10 del artículo, con referencia a la relación y comunicación con el

paciente. Sin embargo, incluso con respecto a estos dos párrafos, surgen problemas. El primero se refiere al tipo de formación que no puede reducirse a las técnicas de mera comunicación, sino que debe estar dirigida a implementar y desarrollar la competencia ética de los médicos y del personal de la salud, con particular referencia a los procesos relacionales típicos de la ética de la relación terapéutica. Además, es desconcertante exigir capacitación para los establecimientos de salud sobre la base de la cláusula de no variación financiera, por la cual no son posibles cargos nuevos o mayor asignación de recursos en miras a su impacto en las finanzas públicas ¿Cómo es posible formular hipótesis serias para la capacitación calificada a partir de la idea de costo cero? La probabilidad de que no se implementen, o que sean de una inadecuada calidad y con un marco de tiempo limitado, parece muy alta.

### VI. Ética de las razones pública y neutralidad política

---

La enfermedad y la muerte son hechos inevitables para cada ser viviente. El desarrollo de la ciencia permite hoy, hacerlos, en parte, controlables. Esto se aplica, en particular, al final de la vida, que se configura cada vez más como un proceso por el cual nuestra autonomía se ejerce como una elección entre las razones morales (15) que traemos, y la responsabilidad de sostener las decisiones que efectuamos,

incluso cuando decidimos no estar informados o no decidir. Lo mismo aplica para los médicos, el personal de los equipos de salud, y aquellos que pretendemos involucrar en las decisiones en el fin de la vida. La autodeterminación y dignidad a que se refiere el art. 1º párr. 1º de la ley 219 no son, por lo tanto, abstracciones o principios destinados, frente a las posibles visiones diferentes de la buena vida, a entrar en conflicto con los de la no malevolencia y el beneficio de la bioética médica, sino como expresiones concretas de opciones enraizadas en un proyecto de vida. Desde este punto de vista, la referencia a la dignidad al final de la vida resalta el doble valor ético-político del cuidar.

En resumen, la ética de los motivos, a la que se ha hecho referencia, se refleja tanto en la construcción de la relación entre el médico y el paciente, como en considerar el respeto a las razones ajenas como un factor fundamental en el cuidado de la ética pública. La ley 219, más allá de los límites mencionados anteriormente, asume el principio de neutralidad política del Estado frente a concepciones razonables, aunque controvertidas de la buena vida (16), reconociendo implícitamente, el pluralismo de visiones del bien tanto como un hecho, como un valor inherente y constitutivo de las sociedades democráticas liberales. Lo cual, con respecto a las DTA, implica respeto por la libertad de elección de todos en el ejercicio del poder que los médicos y los equipos de salud pueden ejercer.

---

(15) Cfr. LARMORE, C., "Un'etica delle ragioni", trad. it., en LARMORE, C. - RENAUT, A., *Débat sur l'Éthique. Idéalisme ou réalisme*, Grasset & Fasquelle, París, 2004, ps. 27-49.

(16) Cfr. LARMORE, C., "Patterns of Moral Complexity", Cambridge University Press, Cambridge, 1992, 3ª ed., ps. 40-55.

# De vuelta a la virtud (de la mano de Lipovetsky)

Por Álvaro Quezada Sepúlveda (1)

## SUMARIO:

**Resumen.— I. Ya no te creo más.— II. Ahora sí que busco yo solo.— III. El modelo de Lipovetsky.— IV. Afírmate, que galopamos.— V. Ahora la responsabilidad es de cada uno.— VI. Ahora sí, todos pueden estar satisfechos.— VII. El valor de los expertos.— VIII. Bibliografía.**

## Resumen

A la luz del modelo propuesto por Gilles Lipovetsky para entender el tránsito desde una moral del deber hacia una moral individualista o del posdeber, el artículo analiza si debe considerarse a esta última como un retroceso o decadencia, cuyas consecuencias serían el descrédito moral y el desorden en la conducta de personas e instituciones, particularmente de aquellas de bien ganado prestigio, compuestas por médicos e investigadores biomédicos, sometidas durante el pasado siglo a un férreo control, por los abusos cometidos. A juicio del autor, tales consecuencias no serían tales, puesto que la actual condición moral, de libertad y proposición de normas desde la vida individual, sería más bien comparable al efecto de un “caos organizador”. Con ello, se pregunta el autor si es posible confiar nuevamente en la virtud individual de médicos e investigadores.

### I. Ya no te creo más

La historia del siglo XX da cuenta de conde- nables sucesos en los que se vieron envueltas comunidades epistémicas empaçadas de pres-

tigio social, sobre todo derivado este de inne- gables características en su desempeño. La vocación de sus miembros era el sostén que avalaba su virtud individual, de modo que, salvo el juramento hipocrático y el reconocimiento de códigos deontológicos particulares, se confiaba ampliamente en el criterio personal de sus miembros para resolver los problemas de su actividad y no sufrían el acoso ni la intromisión ética de miembros de otras comunidades epistémicas o de la sociedad en general. La autoridad se veía acrecentada, además, por la peculiar actividad que médicos e investigadores realizan: atenuar el dolor humano, sanar sus enfermedades o investigar para lograr esos efectos.

Luego de Nuremberg y de otros luctuosos hechos, que empañaron el prestigio, en su mayor parte bien ganado, de estas comunida- des profesionales y científicas, la mirada escrutadora de la sociedad, a través de organismos especialmente diseñados para ese efecto, se esmeró por controlar no solo la práctica clínica (2), sino también, y especialmente, la investigación clínica y en general todo proceso investigativo que use seres humanos y anima- les (3).

(1) Profesor de Estado y Magíster en Filosofía, Universidad de Chile. Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile. Editor de *Acta Bioethica*. Profesor de Bioética de la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Chile. Editor de *Anales del Instituto de Chile*. Correo electrónico: [alquezad@uchile.cl](mailto:alquezad@uchile.cl).

(2) “...intervenciones diseñadas solamente para acentuar el bienestar de un paciente o cliente y con expectativas razonables de éxito. El propósito de la práctica médica o de comportamiento es proporcionar diagnóstico, tratamiento preventivo o terapia a individuos particulares”, de “El Informe Belmont”, recuperado de <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/InformeBelmont.pdf>.

(3) “... actividad diseñada para probar una hipótesis, lograr conclusiones y en consecuencia desarrollar o complementar el conocimiento general (expresado, p. ej., en teorías, principios y declaraciones de relaciones). La

Era posible inferir que la “primavera de la confianza” en la virtud individual de médicos e investigadores había concluido. La vocación y el juramento de servir había encontrado obstáculos por diversas circunstancias, muchas de ellas derivadas de ideologías o servidumbres de diversa índole. No obstante, el resultado de este proceso podía ser dramático: el escepticismo global respecto de la conducta moral de médicos e investigadores podía traer consigo un descrédito de la misma actividad científica, y poco menos que el desplome de una civilización que, luego de la modernidad, se fundó casi exclusivamente en aquella. De manera que focalizar en responsabilidades individuales parecía ser una buena manera de proteger la dañada credibilidad de esa comunidad en su conjunto.

Lo que iba quedando claro era que no era posible confiar solo en la virtud moral de quienes tenían esas importantes responsabilidades. La “vuelta”, en este caso, se produjo aumentando los controles externos y acumulando un número importante de códigos, normas y declaraciones que deberían hacer, desde el punto de vista del Estado proveedor de fondos, más difícil la ocurrencia de estropicios como los mencionados. La virtud individual era entonces puesta en entredicho, sometida a permanente vigilancia, en suma, objeto de permanente desconfianza.

### II. Ahora sí que busco yo solo

---

Sin embargo, paralelamente, desde finales de la Segunda Guerra Mundial aproximadamente, el proceso de desarrollo moral de esta misma sociedad surgida de la modernidad seguía aparentemente derroteros opuestos. Las instituciones surgidas luego de la gran conflagración—fundadas en el orden económico que venió en la guerra y que ordenó los procesos de reconstrucción de la Europa destruida, con el mundo dividido en dos bloques irreconciliables y que exigía de las restantes naciones una constante alineación— fueron generando progresivamente una generalizada decepción, sumada a una reconsideración hacia los deberes que

habían ahogado a las personas en las décadas precedentes y que ahora les obligaban a una urgente definición.

La aparición de los reclamos posmodernistas, especie de reacción en cadena contra los valores de la modernidad, particularmente referidos a los ideales de universalidad y necesidad, tanto en la ciencia como en la ética y en la política, reavivaron la importancia de la reflexión y la decisión individuales, por cuanto la cuestión de por dónde avanzar hacia una vida buena ya no estaba prescrito en revelaciones ni relatos universales, sino que dependía de la búsqueda que podía hacer cada uno, de la mano de su experiencia vital y de su necesidades. Naturalmente, en eso consistía la apelación racional, pero en la práctica era claro también que a ese quiebre con lo moderno respondía un nuevo repertorio valórico y político: algo así como una oferta de “proyectos” para el consumo individual.

### III. El modelo de Lipovetsky

---

Por siglos, los seres humanos pusieron su empeño en alcanzar una certeza moral universal que les permitiera, desde allí, conducir su conducta hacia una vida buena. No obstante, en tal propósito la modernidad, como esfuerzo más destacable en ese sentido, no obtuvo el éxito esperado. Resultado de estos esfuerzos modernos por fundar una moral sin dios fue la época del deber absoluto, negación de toda libertad individual, época de abnegación y entrega, basada en el temor de caer en un relativismo pernicioso. Encontrar un fundamento sólido para la moral, indubitable y universal, al modo de las ciencias naturales, fue el esfuerzo de la filosofía en general, aunque a muchos les costó reconocer lo inútil de tal esfuerzo.

Gilles Lipovetsky, particularmente desde “El crepúsculo del deber”, se esmera en mostrar cómo, a partir de la modernidad, la conducta humana fue mutando desde una moral del deber hacia una del poseer, desde una sociedad moralista del deber hacia la sociedad posmoralista del

---

investigación se describe generalmente en un documento formal que establece un objetivo y una serie de procedimientos diseñados para alcanzarlo” (ob. cit.).

posdeber. No fue un derrotero fácil, tal como él mismo lo describe:

“A partir de la Ilustración, los modernos han tenido la ambición de sentar las bases de una moral independiente de los dogmas religiosos, que no recurra a ninguna revelación, liberada de los miedos y recompensas del más allá: ofensiva antirreligiosa que estableció la primera ola de la ética moderna laica que podemos fechar, para dar referencias concretas, de 1700 a 1950. Primer ciclo de la secularización ética cuya característica es que, al emanciparse del espíritu de la religión, toma una de sus figuras claves: la noción de deuda infinita, el deber absoluto” (Lipovetsky, 1994, p. 11).

No obstante, dicha emancipación respecto de los dogmas de la fe no implicó necesariamente liberarse de las exigencias de un absoluto. El abandono de una moral fundada en revelación religiosa no significó olvidar que sobre el individuo siguen vigentes exigencias universales y necesarias. El dios ha tomado una forma terrenal, pero sus reclamaciones son también las del sacrificio y la entrega. “Las democracias individualistas inaugurales en todas partes han salmodiado e idealizado la obligación moral, celebrado con excepcional gravedad los deberes del hombre y del ciudadano, impuesto normas austeras, represivas, disciplinarias referidas a la vida privada” (Lipovetsky, 1994, p. 11).

Naturalmente, tanto el Estado como la misma familia debían estar pendientes para que, una vez desplazado el poder omnímodo de la religión, no hubiera modo de que se colara un sinfín de conductas descontroladas y peligrosas. Por otra parte, la necesidad de consolidar naciones poderosas primó a la hora de imponer más que de convenir o consensuar: no hubo lugar a los puntos de vista, o se estaba o no estaba con la posición general.

“Pasión del deber dictada por la voluntad de conjurar la dinámica licenciosa de los derechos del individuo moderno, de regenerar las almas y los cuerpos, de inculcar el espíritu de disciplina y el dominio de uno mismo, de consolidar la nación por la vía de una unidad moral necesaria para las sociedades laicas” (Lipovetsky, 1994, p. 11).

La disensión y los proyectos individuales podían esperar. Junto con el afán de crítica al conocimiento, con el fin de que respondiera a los ideales de universalidad y necesidad, la moral puso su vista también en dicho propósito. Se trataba de ir buscando las condiciones de necesidad y universalidad de la mano de un ideal secular, desvinculado de los dogmas religiosos. Se trataba de que, desplazados los dogmas, quedara vigente la obligatoriedad y la validez para todos los individuos.

“Y, llevando al máximo de depuración el ideal ético, profesando el culto de las virtudes laicas, magnificando la obligación del sacrificio de la persona en el altar de la familia, la patria o la historia, los modernos apenas han roto con la tradición moral de renuncia de sí que perpetúa el esquema religioso del imperativo ilimitado de los deberes; las obligaciones superiores hacia Dios no han sido sino transferidas a la esfera humana profana, se han metamorfoseado en deberes incondicionales hacia uno mismo, hacia los otros, hacia la colectividad. El primer ciclo de la moral moderna ha funcionado como una religión del deber laico” (Lipovetsky, 1994, ps. 11-12).

Preocupado de ofrecer un modelo histórico que dé cuenta de la evolución moral de la humanidad en torno al tema del deber, Lipovetsky sabe que de la moral del deber fundada en la religión no se escapa completamente a partir de 1970. Más bien, a partir de entonces se inaugura y se suma a la anterior una nueva forma del deber, el secular, tanto o más exigente con el individuo que aquel fundado en la revelación, pero el anterior permanece, en ocasiones como un remanente que nutre la modalidad del deber posterior, a veces vigente en sectores de la sociedad que se niegan, hasta la fecha, a renunciar a esta orientación.

El autor anuncia luego el fin de esta era del deber secular, no revelado. A partir de la segunda mitad del siglo XX, señala, se derrumba ahora también, progresivamente, la “nueva religión del deber”. Producto de las circunstancias históricas de la primera mitad de ese siglo, y de la mano con la caída de los relatos de la tradición, anunciada por el posmodernismo, la humanidad comienza a vivir paulatinamente, pero de manera irreversible, una era del “posdeber”.

“Este período se ha cerrado. Se ha puesto en marcha una nueva lógica del proceso de secularización de la moral, que no consiste sólo en afirmar la ética como esfera independiente de las religiones reveladas sino en disolver socialmente su forma religiosa: el deber mismo. Desde hará pronto medio siglo, las sociedades democráticas han precipitado lo que se puede llamar, utilizando la expresión de Jean Baubérot desviada de su propia problematización y periodización, el “segundo umbral” de la secularización ética, a saber, la época del *posdeber*” (Lipovetsky, 1994, p. 12).

Si es cierto que la orientación moral de la humanidad ya no cuenta con la hegemonía de los sistemas religiosos y filosóficos, universalistas y absolutos; si ya no hay una sola moral que sirva para conducir los destinos de una humanidad extraviada en el consumo y el disfrute egoísta, ¿cabe temer un descalabro de las costumbres y de los proyectos vitales? ¿Ya no hay vida buena en la cual confiar? ¿Que sea una y sirva para todos?

Nuestro interés será revisar el papel de la virtud individual en la así llamada “era del *posdeber*”, edad del individualismo y del hiperconsumo capitalista. Intentaremos mostrar que una moral individualista bien puede ser compatible con un respeto de los derechos básicos de las personas, y que no es cierto que esta situación lleve a un relativismo moral y a un descalabro en la convivencia humana.

#### IV. Afírmate, que galopamos

---

De cuando en cuando, ciertas visiones catastrofistas nos obligan a pensar que sufrimos, en nuestra época, un verdadero desplome moral. Ello se ve reflejado en el desprecio por los valores tradicionales: ya nadie cree en los dioses, el deber hacia la familia, la patria y la sociedad en general se ha disuelto. Aquello que fue el sostén de la convivencia y la salud moral de las naciones “brilla por su ausencia” y deja en claro que sin un resurgir de esos valores (o de otros que sirvan de guía a todos) iremos directo al despeñadero de la inmoralidad y hasta de la amoralidad.

Se percibe entonces a la nuestra como una época de decadencia. Lo que cada individuo

debe considerar bueno —como “mínimo”, se ha convenido en aceptar ahora— para que el cuerpo social no sufra abusos y embates criminales en todos los ámbitos, ha desaparecido. Cuesta hacerse cargo de cuáles sean esos mínimos exigibles a la comunidad para que cada uno desarrolle satisfactoriamente su ideal personal de vida. Es que ya no hay guías universales para concluir al respecto; la relativización ha entrado de lleno hasta en lo más “sagrado”; valores que teníamos como absolutos, son cuestionados desde dentro, como práctica, pero también, y gravemente, como discurso.

El problema entonces ya no es solo una cuestión de inconsecuencia, es también de negación de la importancia de valorar determinadas conductas y formas de vida. Todo vale en la vida pública; y en la privada, no es conveniente recomendar siquiera. Los individuos han tomado el control: ni dios ni ley para medios y fines, ni debo porque creo ni debo porque debo. Todo es parecer personal, meta individual, ausencia incluso de metas, solo dispersión.

El deber se concibe en relación consigo mismo, y a veces ni siquiera eso, pues los fines cambian tan drásticamente que lo que vale para un día, al día siguiente puede ser diametralmente opuesto.

Desde la conciencia de quienes han sido formados en la convicción de que una noción universal de lo bueno contribuye a mejorar la vida de los hombres, tanto individual como colectivamente, crece el escándalo. La idea de que hay un bien —que, es cierto, muchas veces se nos escapa y al que no servimos siempre de la manera correcta— otorga al menos seguridad. Nada garantiza que las personas serán fieles a su estricto cumplimiento, pero ello permite al menos un punto de referencia desde el que absolver o condenar. La posibilidad de que un bien universal se haya esfumado como guía de la vida humana provoca comprensible pánico. Ya no se puede elevar la mirada al cielo para buscar apoyo y orientación; no se puede pedir normas ni pautas de vida a una figura que se retira paulatinamente con la secularización. Tampoco la ideología —la religión sin dios— provee respuestas definitivas, y los particularismos no convencen con su contenido ni con su perentoriedad. Si ya no hay firmeza respecto de lo

que debo hacer y tampoco puedo esperar nada, ¿cuál es la alternativa?

La orfandad respecto del deber externamente establecido provoca inquietud, puesto que obliga a pensar individualmente y a sospechar que será difícil alcanzar una verdad y un bien nuevos. Solamente el abandono irracional a ciertos deberes provee de nuevo a la conciencia de la firmeza perdida. El fanatismo religioso, los nuevos nacionalismos, el absolutismo de la militancia político-moral en defensa de las minorías o del ambiente, o del derecho individual, otorga la sensación de se ha recuperado o conseguido una certeza. Eso restaura la serenidad del persuadido; el peligro es que inmediatamente este entienda que debe universalizar la opción, obligando al resto a rendirse ante sus propias posturas.

“Las culturas tradicionales creaban un mundo “lleno” y ordenado, que traía aparejada una fuerte identificación con el orden colectivo y, por ello mismo, una seguridad identitaria que permitía resistir las innumerables dificultades de la vida. Todo lo contrario, sucede en la segunda modernidad, en la que el mundo, sin el lastre de marcos colectivos y simbólicos, se vive con inseguridad identitaria y psicológica. Había una integración y una identificación sociales de los individuos que funcionaban por sí mismas; ahora, en cambio, tenemos una fragilización creciente, así como una individuación insegura y reflexiva” (Lipovetsky, 2011).

En otra parte, Lipovetsky caracteriza esta civilización del hiperconsumo, la sociedad hipermoderna, como aquella en la que prima lo ligero: reina la ligereza. Ya nada parece importar tanto: los seres humanos hemos aprendido a navegar sin grandes explicaciones ni complicaciones, la vida se aligeró e invita a dejarse llevar entre lo insustancial y lo efímero.

“Rompiendo con la primera modernidad —rigorista, moralista, convencional—, se afirma otra modernidad de tipo “líquido” (Zygmunt Bauman) y flexible. En la época hipermoderna, la vida de los individuos está caracterizada por la inestabilidad, entregada como está al cambio perpetuo, a lo efímero, al nomadismo. Las pesadas imposiciones colectivas han cedido el paso al “autoservicio” generalizado, a la volatilidad de

las relaciones y los compromisos. (...) La vida sexual es libre, la familia y la religión se han desinstitucionalizado; las costumbres y los individuos se quieren *cool*. Liberados de los lazos religiosos, familiares, ideológicos, los individuos “desatados”, desligados, emancipados, funcionan como átomos en estado de flotación social. No sin efectos paradójicos” (Lipovetsky, 2016, ps. 10-11).

Citado por el mismo Lipovetsky, Bauman parece anunciar similares condiciones en la sociedad contemporánea. Despierto ante la idea de que en la moral y en la ética hubo una transición —que la modernidad y la ilustración mediaron— que buscaba orientación de la vida humana apartada de la rigurosidad de lo religioso, aun así, la tarea estaba incompleta: aún había moldes que llenar y no era fácil escaparse de ellos, porque estos definían con claridad las maneras de conducirse en una vida buena.

“Por cierto, todos los moldes que se rompieron fueron reemplazados por otros; la gente fue liberada de sus viejas celdas sólo para ser censurada y reprimida si no lograba situarse —por medio de un esfuerzo dedicado, continuo y de por vida— en los nichos confeccionados por el nuevo orden: en las clases, los marcos que (tan inflexiblemente como los ya disueltos estamentos) encuadraban la totalidad de las condiciones y perspectivas vitales, y condicionaban el alcance de los proyectos y estrategias de vida. Los individuos debían dedicarse a la tarea de usar su nueva libertad para encontrar el nicho apropiado y establecerse en él, siguiendo fielmente las reglas y modalidades de conducta correctas y adecuadas a esa ubicación” (Bauman, 2004, p. 12).

Pero eso no cerró el círculo de la modernidad. A juicio de Bauman, la tarea estuvo inconclusa hasta cuando estos nuevos moldes y formas permitidas de conducirse no fueron también trascendidos, en un esfuerzo revolucionario que ya no tuvo vuelta, pues envolvió en un mismo paquete todos los relatos que proveían significado a estos moldes de conducta. No era posible entonces devolver “pesadez” a esos relatos, so pena de verse en la obligación de desvincularlos de su raíz histórica.

“Sin embargo, esos códigos y conductas que uno podía elegir como puntos de orientación estables, y por los cuales era posible guiarse, escasean cada vez más en la actualidad. Eso no implica que nuestros contemporáneos sólo estén guiados por su propia imaginación, ni que puedan decidir a voluntad cómo construir un modelo de vida ni que ya no dependan de la sociedad para conseguir los materiales de construcción o planos autorizados. Pero sí implica que, en este momento, salimos de la época de los “grupos de referencia” preasignados para desplazarnos hacia una era de “comparación universal” en la que el destino de la labor de construcción individual está endémica e irremediablemente indefinido, no dado de antemano, y tiende a pasar por numerosos y profundos cambios antes de alcanzar su único final verdadero: el final de la vida del individuo” (Bauman, 2004, p. 13).

Si se examina de cerca, tanto la descripción de Bauman como en la de Lipovetsky —a pesar de su diagnóstico sombrío— enfatizan en que en la época actual el esfuerzo racional hace honestos esfuerzos para recuperar el sustento extraviado o definitivamente perdido. Desde la margen secular construye modelos y principios que colaboren en el rescate moral de la vida contemporánea; todo ello *a posteriori*, puesto que la vida sigue su curso, las personas, empresas e instituciones siguen sus propios intereses, proyectan y realizan su propia forma de vida, y los límites morales imponen un “no se debe” en lo que progresivamente se descubre que “sí se puede”. Uno de estos esfuerzos de racionalidad moral es el que apunta precisamente a la reflexión moral sobre la ciencia y la tecnología. Esto es, lo que es posible realizar en este campo sin prescindir de usar al mismo ser humano como objeto y como medio.

### **V. Ahora la responsabilidad es de cada uno**

Luego de abandonar toda relación (o la mayor parte, al menos) con deberes externos —dios y el “deber hacia”—, la sociedad del posdeber, entonces, inaugura el imperio de los deseos individuales, la posibilidad de moralizar y redescubrir normas desde cada uno de nosotros, la posibilidad de una efectiva autonomía moral, la importancia de la seducción y la personalización de la existencia. No se trata de que todo esté

permitido, sino de que, cada uno busca sus respuestas a una realidad “personalizada”. La oferta es múltiple y variada: se trata de encontrar el modelo de vida más ajustado a uno mismo, de encontrar en el mercado de las oportunidades aquella que más se ajuste a mis características personales. La vocación ya no implica sacrificio, sino ajuste y disfrute de las posibilidades que ofrece; es una revolución hedonista, que busca racionalizar en normas y preceptos el conjunto de convicciones surgidas desde una búsqueda individual de vida buena. Lo que cada uno prefiere es lo bueno para sí; allá otros si descubren algo distinto. Las cuestiones coincidentes, aquello en que hemos convenido actuar de común acuerdo, se revelan como acuerdos convencionales que pueden variar según el tiempo y las circunstancias. Normas, leyes y constituciones eternas solo tienen lugar en el museo de la moral y las “buenas costumbres”: es dable modificar nuestra vida, pensando en distintas metas y usando distintos medios, de acuerdo vaya transcurriendo.

El difundido temor a que un tal desarrollo pudiera tener como resultado una progresiva relativización de los juicios morales, con las inevitables consecuencias sobre el comportamiento (algo así como una *pendiente resbaladiza* hacia el “todo está permitido”), queda desmentido en las vitales expresiones éticas de nuestro tiempo, al punto que incluso puede alegarse un cierto moralismo extremo entre algunas actuales manifestaciones. Cada particularismo —de la enorme variedad individual— quiere tomar partido y reclamar sus derechos. La homogeneidad forzada durante siglos reacciona en una explosión de peculiaridades; ya no hay solo un tercer sexo que quiere reivindicaciones: hay un cuarto... y otras nuevas denominaciones buscan diferenciarse del resto y apelar a la validez de sus convicciones dentro de la colectividad. Las mujeres iniciaron tempranamente su trabajo para que se reconocieran sus derechos, largamente conculcados; pero pronto no bastó con reformas políticas, que reconocieran el derecho a voto o al mejor trabajo remunerado: la Mujer (así, con mayúsculas) quiere deconstruir el modo como la sociedad, la política y la cultura se constituyeron en occidente a la luz de criterios “heteronormativos”. Por lo tanto, ya no es posible recibir migajas que graciosamente les tire una sociedad falocrática: ahora hay un

modo de aprender a ser mujer y reconocerse en derechos. Tienen especial relevancia en la actualidad los grupos que buscan “desnaturalizar” la discriminación en el lenguaje y en el trato, y particularmente en el acoso laboral y sexual, tan frecuentemente arraigados que alcanzan un estatus “naturalizado”.

Lo mismo vale para cualquiera de los grupos humanos que el etnocentrismo tradicional tildó de “minorías”; por ejemplo, los grupos LGBT, cada vez más dispuestos a encontrar un lugar para sus formas de vida. Su actitud es para nada contemplativa y toman la iniciativa toda vez que sienten se les impide llevar a cabo su concreto proyecto de “vida buena”.

### **VI. Ahora sí, todos pueden estar satisfechos**

---

El asunto que nos convoca es entender cómo, si las pretensiones universalistas han caído en descrédito, el individualismo moral puede ser capaz de garantizar la convivencia entre ciudadanos y una conducta virtuosa de cada uno de ellos. El miedo a la pendiente resbaladiza del relativismo, fruto de la dispersión de las aspiraciones individuales sobre proyectos de vida, provoca temor entre los más conservadores y obliga a buscar una solución de compromiso y establecer marcos mínimos de comportamiento. Se estima que adelantando lo que se debe exigir a todos antes de ser parte de una comunidad dialogante, se puede dar lugar luego a las valoraciones personales, esto es aquellas en las que el resto de los hablantes, representados por la legalidad del Estado, no puedan intervenir por principio (CORTINA, 2001; GRACIA, 1998). Ya sea que intentemos agrandar el margen de la intromisión de los mínimos o de ampliar lo que sea de nuestro particular arbitrio, la solución mediada sigue siendo eficaz en términos políticos, alimentando como siempre el debate entre liberales y comunitarios.

No obstante, en términos individuales el problema subsiste: tenemos la tendencia a confiar en que si tenemos convicciones universales será más fácil nuestra vida en común. Dada esa condición básica, ni siquiera será necesario ponernos de acuerdo, puesto que cabe esperar una conducta en consecuencia; de otro modo, se apela al castigo correspondiente. Esto es, el

mal surge como voluntad torcida respecto del bien común y no como una visión paralela de este, cuestión esta última que parece ineludible si tenemos en cuenta la sociedad individualista y plural que nos toca vivir.

En una sociedad tal, las visiones y racionalizaciones respecto de lo bueno son variadas, aunque no infinitas, y dependen del modo como el individuo se sitúe frente a su biografía y a su proyecto de vida; también se apoyan en la variedad etnográfica, en los relatos religiosos, en la historia de los pueblos, en la lealtad y fidelidad al interior de las familias, clanes, pueblos, naciones, etc. Una expresión a tal punto variopinta requiere de compromisos y acuerdos respecto de, primero, procedimientos y, luego, acerca de contenidos mínimos razonables a cumplir por los convocados a este acuerdo. De este modo, hay cosas que conviene y está bien hacer porque sostienen una comunidad sana, y otras que conviene elegir porque satisfacen aspiraciones individuales. Ambas constituyen una ética —justificación racionalizada— de la vida en común.

“La moralidad de una bioética secular no sirve de orientación para la vida, sino que es más bien una moral capaz de vincular a extraños morales que se encuentran y colaboran pacíficamente, ya que es lo poco que comparten personas provenientes de distintas comunidades morales y portadoras de visiones diferentes” (Engelhardt, 1995, p. 452).

### **VII. El valor de los expertos**

---

Sin embargo, la pluralidad moral tiene su contraparte en la pluralidad epistémica. La primera se revela en la diversidad de relatos respecto de una vida buena; la segunda, respecto de la cantidad y calidad de saber que se traduce en autoridad y estatus en relación con otros grupos epistémicos menos aventajados. Este ámbito de diferenciación también influye en lo que conviene hacer porque es bueno; claro, porque en determinados contextos convendrá hacerse cargo de la opinión de los expertos, es decir, de quienes racionalmente han alcanzado una comprensión más perfecta de los problemas y su opinión está autorizada por ello. De modo que lo bueno, lo que conviene elegir, preferir y hacer, tiene su lado técnico: es la mejor decisión de acuerdo con el conocimiento existente.

La diferencia epistémica pone en jaque el ejercicio de la autonomía, porque obliga a delegar decisiones acerca de lo que es “bueno” desde el punto de vista de su corrección técnica. Una persona puede verse tentada a decidir su inversión fundándose en los pronósticos de la astrología, pero una racionalidad más ortodoxa le lleva a mejor considerar los consejos de un economista. La corrección técnica se impone allí al capricho individual, aunque, desde el punto del estatus epistémico de la ciencia oficial, se encuentre plenamente justificado.

Similar situación se vive en el ámbito de los comités de ética. Pensados como una forma de dar lugar a la participación ciudadana, introduciendo la voz de los no expertos en el diálogo sobre dilemas éticos, se han convertido progresivamente en burocracia de expertos. Lo que surgió como una forma de no dejar exclusivamente en manos de especialistas decisiones que afectaban a la sociedad en su conjunto, se traduce ahora en delegar la deliberación y decisión en otros especialistas: los expertos en bioética.

“¿Cómo no ver que lo que antes era conciencia moral común, conocimiento universal del deber, se convierte cada vez más en cuestión de expertos y de especialistas, médicos y sociólogos, filósofos y teólogos? La manera como están formados los comités de ética no es ahora el tema fundamental: sea cual sea la proporción de médicos y no médicos considerada, la fijación de lo justo y de lo injusto, del bien y del mal, responde de alguna manera a “profesionales” de la ética. En nombre de la complejidad de los problemas suscitados por la ciencia, ha aparecido una nueva división del trabajo, hasta la ética ha entrado en la vía de la institucionalización, de la burocratización, de la especialización funcionales” (Lipovetsky, 1994, p. 228).

Por lo tanto, no quiera usted decidir solo. Cuide de estar bien acompañado. Eso lo garantiza estar bien informado, o tener conocimiento, que no es lo mismo. La invitación es a poner sus propias reglas, dejar volar su imaginación y ajustar sus convicciones a la que usted cree es la mejor manera de vivir su vida. No obstante, para no pasar vergüenzas, no desprecie la visión del experto ni la oferta de orientación disponible. Verá que no es tan disperso como pretende ser y que más de alguna convicción o precepto

se parecen mucho al del resto. No crea que es tan original. Sobre algunas cuestiones mínimas hablará la legislación y, si no lo hace, tiene usted posibilidad de incidir de alguna forma; porque hablamos de democracia: allí se da la posibilidad de moralizar individualmente.

¿Y en qué queda la virtud individual?

Lo expuesto hasta aquí me lleva a sostener que no se justifican las aprehensiones respecto de la iniciativa moral individualista de la presente era. Si bien entre quienes hemos sido formados en la firmeza de los principios universales y el carácter estático de las normas puede incomodar el actual estado de progresiva diferenciación y autonomización, lo cierto es que la actual situación de consolidación de morales y éticas “customizadas” no constituye caos o, al menos, si es un caos es, a juicio de Lipovetsky, un “caos organizador”:

“Cuando se apaga la religión del deber, no asistimos a la decadencia generalizada de todas las virtudes, sino a la yuxtaposición de un proceso desorganizador y de un proceso de reorganización ética que se establecen a partir de normas en sí mismas individualistas: hay que pensar en la edad posmoralista como en un ‘caos organizador’” (Lipovetsky, 1994, p. 15).

Esto es, “ya que no puedes confiar en una entidad religiosa, que representa la creencia en un ser omnipotente y extraterreno, ni en ideologías totalitarias, que han llevado al mundo a su casi destrucción, lo más conveniente es que te hagas cargo tú mismo de pensar qué es lo mejor para tu vida, y con ello puedas conducirla eficazmente. Puedes buscar en las respuestas disponibles en la tradición, pero nadie te obliga a seguirlas completa o parcialmente: la responsabilidad es tuya”. De esa carencia de sustento universal, que a muchos provocó inseguridad, surge esta intención de pensar una ética para la segunda mitad del siglo XX y lo que vivimos en este siglo XXI, que tenga en vistas las peculiaridades de la existencia humana devenidas sobre todo de la emergencia tecnocientífica.

“...la filosofía de la investigación es un humanismo pragmático que yuxtapone firmeza del principio de respeto de la persona y flexibilidad exigida por el progreso científico, se niega a

transformar al hombre en cobaya, pero también a privarse de un medio necesario para el desarrollo del saber y la utilidad colectiva. Este compromiso de realismo científico y de idealismo ético, de utilitarismo y de kantismo, de imperativo hipotético y de imperativo categórico caracteriza lo que se puede llamar el posmoralismo bioético” (Lipovetsky, 1994, p. 225).

En relación con el atropello a los derechos de las personas en las investigaciones con seres humanos, numerosas iniciativas buscaron prevenir su ocurrencia, mediante dictación y promulgación de numerosos códigos, declaraciones, normas y pautas de acción para la investigación clínica, farmacéutica y psicosocial. Sin embargo, tal profusión de textos que restringen la libertad del investigador siempre descansa en definitiva en la conciencia individual de este, puesto que está a su disposición evadir o salvar su cumplimiento mediante argucias de todo tipo. En este caso, como en muchos otros, y a pesar de los resguardos, siempre cabe confiar en la conciencia individual y, en último término, en la virtud de cada uno de ellos.

“Debatido por hombres, el parecer bioético representa un paso suplementario en el proceso de secularización de la moral: corresponde, en principio, a la colectividad de los hombres fijar y corregir, en función de su voluntad y de los conocimientos disponibles, las normas que la rijan” (Lipovetsky, 1994, p. 228).

En consecuencia, respecto de nuestra pregunta inicial y pese a los temores que en muchos sectores esta actual situación despierta, es necesario apuntar a la conciencia individual de cada

una de las personas, en particular de aquellos cuya responsabilidad es producir conocimiento para beneficio de la humanidad. La libertad que la actual situación de posdeber autoriza tiene su contrapartida en la responsabilidad con que se adoptan las decisiones morales, sobre todo cuando éstas dicen relación con la suerte de otros. La historia reciente ha mostrado que, aun cuando ciertos fraudes y abusos contaminaron el edificio de la ciencia y la investigación, la mayor parte de los investigadores es consciente de que debe servir a la verdad y a una correcta praxis. De nuevo, solo cabe confiar en que prime la virtud individual, la capacidad del ser humano de conducir y conducirse con respeto por el acontecer ajeno, no importa cuáles sean los particulares proyectos de vida.

### VIII. Bibliografía

---

BAUMAN, Z., “Modernidad líquida”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

CORTINA, A., “Ética mínima”, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

ENGELHARDT, H. T., “Los fundamentos de la bioética”, Ed. Paidós, Barcelona, 1995.

GRACIA, D., “Ética y Vida”, Ed. El Búho, Santa Fe de Bogotá, 1998, t. 1.

LIPOVETSKY, G., “De la ligereza”, Ed. Anagrama, Barcelona, 2016.

— “El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos”, Ed. Anagrama, Barcelona, 1994.

LIPOVETSKY, G. - JUVIN, H., “El Occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria”, Ed. Anagrama, Barcelona, 2011.

# La bioética y la reintegración de las tradiciones jurídicas

Por Juan C. Salas Cardona (1)

## SUMARIO:

**I. La separación de las tradiciones jurídicas en la cultura de occidente.— II. La bioética como espacio de integración de racionalidades.— III. El papel de los Comités de Bioética para una reintegración de las tradiciones jurídicas. Los Comités de Bioética como auxiliares de las decisiones de los jueces.**

Cualquier persona atenta que reflexione sobre la identidad epistemológica de la Bioética (2), así como sobre su función práctica, podría formularse las siguientes preguntas acerca de la relación entre esta y el derecho: si todos los ciudadanos debemos cumplir las normas vigentes, ¿qué función tiene el debate bioético sobre ciertos asuntos de relevancia jurídica? ¿Es que, acaso, la bioética puede desconocer el dictado de las normas? En caso de no haber una norma precisa para un determinado caso, como aquellos que Ronald Dworkin denominara “casos difíciles”, ¿no sería más oportuno esperar la decisión de alguna autoridad jurídica estatal, que apelar a un comité de bioética, teniendo en cuenta que las orientaciones de este último no son vinculantes?

Todas estas preguntas gravitan sobre una cuestión de fondo, que no es de poca importancia, y que pudiéramos enunciar preguntándonos ¿para qué el debate bioético, interdisciplinar y plural, si, en última instancia, la palabra final la tiene el derecho vigente?

Estas y otras muchas cuestiones constituyen el objeto de reflexión de una multidisciplinaria que

muchos han comenzado a denominar “bioderecho” o “bioética jurídica”, nombres en torno de los cuales aún no existe mucho consenso, pero que sí remiten a una exploración reflexiva y crítica de las cuestiones anteriormente expuestas (3). Y es precisamente la ausencia de un consenso mayoritario sobre el nombre que debiera tener esta importante reflexión, la que nos conduce a simplemente hablar de “las relaciones entre la Bioética y el Derecho”, cuyo ámbito problemático no sólo es de una actualidad relevante, sino de una urgencia inapelable, ya que cada día surgen más y más cuestiones y problemas respecto de los cuales, tanto el Derecho como la Bioética, tienen la obligación moral de pronunciarse, escenario en el cual se muestra indispensable un diálogo profundo y fructífero entre estas dos cosmovisiones tan necesarias para el mundo actual.

A este respecto, la importancia y urgencia de dicho diálogo nos exige al mismo tiempo una extrema cautela, ya que las soluciones simplistas que suelen proponerse a menudo caen en extremismos inconvenientes, como aquellos que afirman la “marginalidad de la Bioética ante el imperio del derecho”, o, yéndose al otro

(1) Abogado y Doctor en Derecho. Máster en Filosofía, Magíster en Teología y Especialista en Bioética. Profesor de la Universidad de Estrasburgo, Francia. Profesor invitado a los Doctorados en Derecho de las Universidades Nacional de Colombia y de Medellín. Correo electrónico: [salascardona@gmail.com](mailto:salascardona@gmail.com).

(2) Para una visión de conjunto sobre la epistemología de la Bioética, véase PRIETO, Paula, “¿De dónde venimos y para dónde vamos como seres humanos?”, Ed. Universidad Javeriana - Instituto de Bioética, Bogotá, 2005, ps. 53 y ss.

(3) A propósito de las relaciones entre la Bioética y el derecho, véase SPIELMAN, B., “Bioethics in Law”, Ed. Humana Press, Totowa, Nueva Jersey, 2007.

extremo, están aquellas que predicán “la preeminencia de la Bioética, como máxima instancia moral, ante un derecho normativista que no entiende en profundidad las implicaciones de una argumentación interdisciplinaria sobre cuestiones vitales”, o, aquella postura intermedia que considera que la Bioética debe ser “una disciplina auxiliar del derecho”, en la misma línea en que lo son la criminalística, la criminología y la psicología forense, entre muchas otras.

En razón de esta cautela, en estas cortas líneas, solo queremos abordar, de manera introductoria, una cuestión que consideramos fundamental para una adecuada relación entre la Bioética y el derecho, como es aquella que se ocupa de las “fuentes epistemológicas del derecho” (4), la cual, a nuestro juicio, si no está suficientemente clara, es muy difícil avanzar en una construcción de un diálogo mutuamente enriquecedor entre estas cosmovisiones, y en la que se juega, en última instancia, la relevancia o la marginación de la Bioética para la construcción y aplicación del derecho.

Y cuando hablamos de “fuentes epistemológicas del derecho”, estamos declarando que no se trata de retomar los conocidos debates sobre las fuentes formales y materiales del derecho, sino que, remontándonos un poco más atrás, consideramos decisiva la clarificación respecto de cuál es el tipo de razonamiento lógico que subyace a las que conocemos como las principales tradiciones de nuestro derecho occidental, a saber, la tradición europea continental, también conocida como el “Civil law”, y la tradición anglosajona, también llamada “Common law” (5).

A este respecto, y con miras a aportar algunas ideas a esta importante discusión, quisiéramos organizar nuestro aporte en torno de tres apartados: 1) En un primer momento, reflexionaremos

sobre la separación de las tradiciones jurídicas en la cultura de occidente, y sobre la necesidad de un reencuentro de las mismas para una mejor respuesta a los urgentes problemas del mundo de hoy; 2) en un segundo apartado, presentaremos la Bioética como excelente ejemplo de una epistemología que integra una reflexión inductiva, proveniente de los hechos, perspectiva esta típica del *Common law* y consagrada bajo el nombre doctrina del precedente, con una reflexión deductiva, característica del *Civil law*, la cual propone los enunciados normativos, los principios y las grandes síntesis teóricas como premisas mayores que deben ser aplicadas silogísticamente para una mejor toma de decisiones. Y, en un tercer momento 3), presentaremos algunas reflexiones acerca del cómo podrían aportar los comités de Bioética para propiciar dicha reintegración de las tradiciones jurídicas.

### I. La separación de las tradiciones jurídicas en la cultura de occidente

Como es de dominio común, la cultura occidental se configura en torno del conocido “paso del mito al logos”, en el cual, de los poemas homéricos y de Hesíodo, se pasa a la pregunta racional por el principio fundamental de toda la realidad, con el llamado pensamiento presocrático, en el cual autores como Parménides, Tales, Anaxímenes y Pitágoras, entre otros, proponen principios articuladores, explicativos y fundantes de la realidad.

En dichas propuestas subyace la idea de la existencia de “un orden del cosmos”, el cual determina que, tanto el mundo como la naturaleza y la polis tengan igualmente una estructura ordenada. Dichos postulados encuentran sus expresiones más depuradas en el pensamiento de Platón y de Aristóteles, quienes, con base en el orden cósmico y natural, proponen el cómo debe ordenarse la ciudad estado (6).

(4) Una excelente introducción a la epistemología del derecho se encuentra en DOBOUCHET, Paul, “Droit et épistémologie. L’Organon du Droit”, Ed. L’Harmattan, París, 2008.

(5) Sobre este punto véase, VRANKEN, Martin, “Western Legal traditions. A Comparison of Civil Law and Common Law”, Ed. Federation Press, 2015.

(6) Para una visión de conjunto del nacimiento y primeros desarrollos del derecho en occidente, véase el excelente artículo de PANEZI, María, “A Description of the Structure of the Hellenic Republic, the Greek Legal System, and Legal Research”, disponible en: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Greece1.html>.

En dicho contexto nace el derecho occidental, entendido como un esfuerzo para articular “una expresión racional del deber ser de la vida en la polis”, a través de normas positivas, con una fuerza exigitiva que pretende un “enderezamiento” de aquello que se ha desviado, función judicial, de allí el nombre del “derecho”, es decir, instancia que reencausa, endereza y corrige lo que se ha desviado del “orden cósmico, natural y político”.

Dicho orden se expresa con la categoría “logos”, de allí que el conocimiento sobre esa realidad deba ser “lógico”, es decir, que exprese la estructura del logos, hecho que explica la conocida definición de verdad aristotélica de una “adecuación” del entendimiento con la realidad.

Así pues, el derecho occidental es fundamentalmente una expresión normativa de tipo lógico, y si es una expresión lógica, se funda en una relación complementaria entre los dos tipos básicos del razonamiento, el inductivo y el deductivo. El uno que parte de la experiencia concreta de la realidad, y el otro que parte de las conceptualizaciones que se expresan a través de los principios, y se desarrollan a través de un razonamiento silogístico.

Así pues, en el plano lógico el acercamiento a la realidad y a los hechos, a través de la experiencia (la inducción), sirve de instancia de corrección para las conceptualizaciones (las normas), y a su vez, dichas conceptualizaciones, mediante un razonamiento deductivo, sirven de canon para reencausar aquello que en la realidad se desvía.

En el derecho griego, el contacto inductivo con la realidad se daba a través de los ciudadanos — legisladores quienes, reunidos en el ágora, determinaban qué era lo mejor para el bien de la polis (7), y la aplicación deductiva de dichas normas, era tarea de los jueces.

Es por este motivo que el derecho en Grecia estaba al servicio de “la justeza”, es decir del ajuste de las conductas ciudadanas con el orden de la polis, noción que siglos más tarde sería reemplazada por la noción de “justicia”, como adhesión al *ius*.

A pesar de la ostensible importancia del derecho griego para comprender el sentido y las disfunciones históricas del derecho occidental, en la tradición europea-continental, y particularmente en América latina, se le ha dado mayor importancia al derecho romano, particularmente en su era imperial con detrimento del derecho romano de la República. Así pues, en el derecho imperial, tanto el derecho (*ius*), como la justicia (*justitia* = conformidad con el *ius*), eran expresión de los intereses imperiales y no del sentir de los ciudadanos en su comprensión del orden de la polis (8).

Desde esta perspectiva, el derecho en occidente sufre una primera “tecnificación”, en la cual el bien de la ciudadanía es reemplazado por la conveniencia de los senadores y del emperador, cortándole al derecho su fuente de alimentación en la realidad, y haciendo de la justicia una categoría acomodaticia a los caprichos del poder.

A este respecto, empleamos el término “tecnificación”, porque el derecho deja de ser un asunto de ciudadanos, para convertirse en un “saber de especialistas”, el cual, de manera paulatina y creciente, se alejó del sentir ciudadano a causa de los determinantes de la situación política imperial.

En dicho contexto, la fase inductiva del derecho comienza a olvidarse, con lo cual tanto los hechos como la realidad dejan de importar al derecho, en cuanto escenarios con fuerza normativa, para darle paso a unas normas que, en muchos casos, los ciudadanos dejan de ver como expresivas de su sentir de la justicia.

(7) Sobre este punto véase MOSSÉ, Claude, “Le citoyen dans la Grèce Antique”, Ed. Nathan, París, 1993.

(8) A este respecto resultan esclarecedores los comentarios de FORD, Susan, “Greece, Rome and the Bill of Rights”, Ed. University of Oklahoma Press, 1992, ps. 9 y ss.

En esta tecnificación, el derecho es fundamentalmente un ejercicio lógico deductivo de naturaleza imperativa y con una estructura silogística, tal como lo testimonian los cursos de derecho romano que todos los abogados latinoamericanos recibimos en nuestra formación jurídica inicial, en los cuales el núcleo fundamental está dado por una “identificación de las principales instituciones jurídicas de Roma”.

En este escenario, el modelo de profesional del derecho que prevaleció fue el del abogado (*advocatus*), es decir, el llamado para defender los derechos de otro, con detrimento de la figura del jurisconsulto (*iuris consultus*), el cual, con una mayor cercanía a lo que era el jurista griego, era principalmente un “veedor del orden y del bien de la sociedad a través del derecho”.

Una segunda tecnificación del derecho se experimenta con el derecho medieval, en el cual el razonamiento inductivo, que conecta con los hechos y con la realidad, se descarta para darle prioridad a las conceptualizaciones que tenían como premisa mayor los textos sagrados, tanto del judaísmo como del cristianismo y del Islam, en un proceso que se ha denominado “la teologización de Aristóteles”. En dicho proceso, pensadores como Avicena, Averroes, Santo Tomás y Maimónides, entre otros, emplean la cosmovisión del estagirita para fundamentar una organización teocrática de la sociedad (9).

En este esquema, el derecho positivo debía adecuarse al derecho natural, y este a su vez, debía ser expresivo del derecho divino, no habiendo lugar para la inducción, es decir para un razonamiento jurídico fundado en los hechos de la realidad, sino que prevaleció una radical preponderancia del razonamiento silogístico deductivo, en el cual la tarea del jurista era, principalmente, la de buscar la mejor premisa para iluminar el caso en cuestión.

Esta visión del derecho, también conocida como el lusnaralismo teocrático, solo varió en su fundamentación con la aparición del iusnaturalismo antropológico de la escuela de Salamanca, así como del iusnaturalismo racionalista, que va desde Grocio hasta Kant y Hegel, y que queda plasmado en el proyecto napoleónico de la codificación (10).

Mientras que esto sucedía en la Europa continental, en las Islas británicas, con un sentido contestatario, se gestó una teoría del conocimiento de naturaleza inductiva, tradición que se ha conocido como “el empirismo”, contraponiéndola al “racionalismo” típico del pensamiento del continente.

Dicho empirismo, que hunde sus raíces en la fase inductiva de la lógica aristotélica, y que tiene sus primeras manifestaciones en el pensamiento del fraile franciscano escocés Duns Escoto, alcanza su máxima expresión de la mano de autores tan conocidos como Francis Bacon, Thomas Hobbes, John Locke y David Hume entre otros, y fue desarrollado en sus inicios en el plano jurídico por pensadores como Adam Smith, John Austin y Jeremy Bentham, el cual ha sido conocido en los ambientes académicos y escolares como el derecho anglosajón, o como la doctrina del precedente, y menos felizmente es conocido como “derecho consuetudinario”, calificativo que, a nuestro juicio, desdibuja el carácter del razonamiento jurídico inductivo, y cuyo análisis desborda el objetivo de estas líneas (11).

Lo que sí resulta relevante, es que el razonamiento jurídico propio de la tradición anglosajona renuncia a un ejercicio reflexivo de tipo deductivo, en un sentido inverso al razonamiento jurídico europeo continental, cuyos postulados fueron sistematizados en la categoría “jurisprudencia”, la cual, a pesar de su sinonimia semántica con la misma expresión empleada en el derecho continental, no significa ni implica lo

(9) Para una profundización sobre este punto, véase ULLMANN, Walter, “Law and Politics in the Middle Ages. An Introduction to the Medieval Politics Ideas”, Ed. Cambridge University Press, 1975.

(10) A este respecto véase DASTON, L. - STOLLEIS, M., “Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe”, Ed. Ashgate Publishing Company, ps. 57 y ss.

(11) Una excelente introducción al derecho anglosajón y a su problemática se encuentra en CAENEGEM, V., “The Birth of the English Common Law”, Ed. Cambridge University Press, 1998.

mismo, por las mismas razones lógicas comentadas líneas arriba.

En síntesis, con algunos escasos intentos de integración más prácticos que teóricos, llegamos al siglo XXI con dos tradiciones jurídicas que, lógica y epistemológicamente, se encuentran separadas, la anglosajona, fundada en un razonamiento inductivo que conecta con las experiencias concretas expresadas en fallos jurisprudenciales, y la europea continental, que se fundamenta en grandes conceptualizaciones expresadas en principios normativos. En este punto conviene aclarar que es obvio que en la tradición anglosajona también siempre han existido normas y principios, así como en la tradición del *Civil law* también, de cierta manera, han estado presentes los hechos de la realidad, pero la cuestión de fondo está referida al “tipo de razonamiento normativo que cada una de ellas emplea, terreno en el cual” las diferencias y la lejanía siguen siendo manifiestas.

Un ejemplo cercano de esta problemática, podemos encontrarlo en las grandes dificultades que ha tenido la aplicación del Sistema Penal Acusatorio en América latina, las cuales no han sido sólo de tipo técnico y económico, sino que radican también, y principalmente, en la manera como razona un jurista anglosajón respecto de la forma como lo hace uno formado en la tradición del Continente.

### II. La Bioética como espacio de integración de racionalidades

---

Para nadie es un secreto que la Bioética, desde sus inicios, suscitó un gran entusiasmo por múltiples motivos, dentro de los cuales se destacan su papel como espacio para el diálogo, su metodología para la integración de ciencias, disciplinas y saberes, así como su carácter civil y de ética aplicada.

Ahora bien, en este punto conviene recordar que la Bioética nace en el contexto de los “grandes

giros del conocimiento en el siglo XX”, como fueron el giro hermenéutico, el lingüístico, el aplicado y el pragmático, y que su identidad y sentido, sólo se comprenden cabalmente a partir de ellos, tal como lo testimonia Adela Cortina cuando afirma, sin ambages, que la Bioética es una ética aplicada (12).

En este mismo sentido, y valiéndonos del prisma de estos giros del conocimiento, podríamos afirmar que “la Bioética es un ejercicio de naturaleza hermenéutica que persigue una integración de racionalidades, para fundamentar de mejor manera una toma de decisiones”. A este respecto, es evidente, como lo afirma la hermenéutica contemporánea, que el conocer humano es un acto interpretativo, y, por lo tanto, los diferentes actores del diálogo bioético ejercen su labor interpretando la situación en cuestión desde las racionalidades que los definen, es decir desde sus propias ciencias, culturas, disciplinas y saberes.

Pero no se trata simplemente de “poner sobre la mesa” las diversas interpretaciones de los dialogantes, sino que se trata de alcanzar una interpretación articulada, que diferencie los “consensos” de los “acuerdos”, para fundamentar de mejor manera una toma de decisiones. En este sentido, valga recordar, como ha sido ampliamente debatido y aclarado, que dichos consensos y acuerdos, en ningún sentido le hacen el juego a un “relativismo moral”, ya que existe una normatividad proveniente de la realidad del caso en cuestión, y otra proveniente de los marcos teóricos multidisciplinares que sirven de fundamento para una valoración de la situación dada (13).

Así pues, la Bioética facilita una integración de diversas interpretaciones, que a su vez obedecen a diversas racionalidades, para fundamentar de menor manera “tomas de decisiones morales”, lo que en un lenguaje lógico, como el que venimos empleando, significa que la Bioética acondiciona la integración de racionalidades de tipo inductivo, como lo son aquellas características de las ciencias biomédicas y naturales,

(12) Cf. CORTINA, Adela, “El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades humanas”, *Isegoría*, nro. 13, 1996, ps. 119 - 134.

(13) Sobre el carácter interdisciplinar de la Bioética, véase BEDATE, C., “Bioética e interdisciplinariedad”, en *El saber interdisciplinar*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, 2014, ps. 135 y ss.

con racionalidades de tipo deductivo, como son aquellas características de las humanidades, y lo mismo hace con aquellas disciplinas que, indistintamente, utilizan los métodos cualitativos, de estirpe deductiva, con los cuantitativos, de naturaleza inductiva.

Y es precisamente, en esta faceta de su identidad epistemológica como “puente”, y como “espacio de diálogo”, en la que la Bioética de sirve de modelo o ejemplo al derecho para una integración de racionalidades, puesto que, para el diálogo bioético, resultan tan importantes los hechos o las circunstancias fácticas del caso en cuestión, con su carácter normativo, como las interpretaciones que se realizan desde las diferentes ciencias, disciplinas culturas y saberes, incluyendo en ellas la válida lectura que hacen “los ciudadanos del común o los miembros de la comunidad”.

Esto equivale a decir que la Bioética, en su corta vida, ha tenido una gran relevancia en los ambientes institucionales y académicos, porque ha logrado una integración de la normatividad de la realidad, captada mediante una racionalidad inductiva, con la normatividad de los enunciados teóricos, desarrollada a través de una lógica deductiva, tarea que el derecho aún no termina de perfilar por el enorme peso que tiene una tradición de siglos, la cual no ha permitido su reintegración; y empleamos el término re-integración, porque, tal como lo comentábamos líneas arriba, el derecho occidental nace integrando ambas racionalidades.

Sobre este punto conviene aclarar que estamos hablando de “el tipo de razonamiento normativo”, presente tanto en la tradición inductiva-empírica anglosajona, y en la tradición deductiva-subsumtiva europea continental, ya que es un hecho evidente que en el mundo jurídico anglosajón también existen “normas”, por ejemplo las constitucionales y las presentes en códigos penales, las cuales son tenidas en cuenta por los juristas, así como en los ambientes jurídicos de la tradición europea continental también hay un análisis de “hechos”, pero el núcleo de la cuestión al que nos queremos

referir es al de la “normatividad” del razonamiento, lo que equivale a preguntar por la fuente de la “exigibilidad”, terreno en el cual también es evidente que aún, a pesar del paso de los siglos, y de las múltiples mutuas influencias entre ambas tradiciones, que en cada tradición sigue teniendo un rol fundamental la inducción empírica (jurisprudencia) o la deducción lógica (norma vigente), de manera independiente.

Para un jurista anglosajón promedio, la fuerza exigitiva del derecho emerge de una experiencia concreta de valoración de una realidad (inducción), plasmada en una jurisprudencia, en tanto que, para un jurista de la tradición europea continental, esta se origina en una existencia de una norma vigente, la cual hay que aplicar de manera correcta al caso en cuestión (14). En este sentido, resulta obvio que, retomando la lógica aristotélica, a la norma, en tanto que comprensión del “deber ser”, sólo se puede llegar con base en experiencias concretas de la realidad, en razón de la conocida afirmación del estagirita que reza “nada hay en el entendimiento que primero no haya pasado por los sentidos”, pero también es obvio que dichas experiencias concretas de la realidad, válidamente, pueden dar pie a enunciados normativos que, en sí mismos, poseen una fuerza vinculante, lo cual es en última instancia la esencia de una norma.

En síntesis, la Bioética, tanto en el plano teórico como en el práctico, ha venido superando las tradicionales oposiciones entre inducción y deducción, cuantificación y cualificación, hermenéutica y analítica, y puede ayudar al derecho a generar un sistema que articule, de manera dinámica e interpretativa, la normatividad de los hechos con la normatividad de los enunciados legales.

### **III. El papel de los Comités de Bioética para una reintegración de las tradiciones jurídicas. Los Comités de Bioética como auxiliares de las decisiones de los jueces**

---

Si bien es cierto que la idea de una decisión judicial neutra, objetiva, imparcial, y sobre todo justa, constituye una meta deseable para cual-

(14) Para una profundización sobre la tipología y evolución de los modos del razonamiento jurídico, véase LEVI, E., “Introduction to Legal Reasoning”, Ed. The University of Chicago Press, 2013.

quier administración de justicia, no es menos cierto que dicha idea, en muchos casos, no pasa de ser una noble aspiración, aún en el caso de los jueces colegiados, ya que el error es una realidad constitutiva de la existencia humana, tal como lo expresaba San Agustín con su famosa afirmación “si me equivoco es porque existo”, la cual, muy probablemente sirvió de modelo a Descartes para formular su famosa frase “Pienso, luego existo”.

Si la filosofía del juez colegiado es aquella de evitar los sesgos, subjetividades y arbitrariedades, esta queda significativamente desvirtuada cuando se trata de cuestiones problemáticas de naturaleza interdisciplinar, en las cuales los jueces, que obviamente son abogados, deben ponerse a estudiar cuestiones de disciplinas que les son ajenas, como la medicina, la biología, etc.

En dicho escenario, la herramienta del perito judicial suele resultar útil, pero no deja de ser un elemento externo a la lógica del razonamiento jurídico propia del profesional del derecho. Así pues, habiéndonos nutrido de la propuesta habermasiana de un derecho que se construye deliberativamente (15), y habiendo comprobado por años la utilidad de los comités de bioética, puede haber llegado la hora de que los comités de Bioética sean formalizados como instancias asesoras de las decisiones judiciales.

Así como en muchos países las decisiones judiciales deben contar con el aval de instancias públicas defensoras de los derechos humanos, no parece demasiado aventurado el que se constituyan los Comités judiciales de Bioética, los cuales estarían encaminados a asesorar las decisiones de los jueces desde lo que le es propio a todo comité de Bioética, como es el ejercer una racionalidad dialógica, plural, civil e interdisciplinar que ayude a que el rostro de la justicia no se oculte detrás de todos los tecnicismos, intereses, tensiones, y problemas técnico

jurídicos que, infortunadamente, suelen presentarse en las decisiones judiciales (16).

A este respecto, no habría que desandar el terreno avanzado en lo relativo a la composición, funciones y criterios de deliberación, sino “juridizarlos” a propósito del noble objetivo de ayudar a tomar la decisión más justa. En este sentido, los Comités de Bioética judicial, conservarían su identidad tradicional como entes asesores, de forma análoga a su desempeño en el campo médico-asistencial, obviamente reservándose, en este caso, la decisión final a los jueces.

Tal como han venido funcionando, el trabajo de los Comités de Bioética estaría garantizando la pretendida reintegración de las tradiciones jurídicas a la que hemos aludido, ya que el carácter interdisciplinar de los Comités garantizará un mejor acercamiento inductivo a la realidad, obviamente también contando con el aporte jurisprudencial, y a la vez se permitiría un acercamiento “ciudadano, plural y ético” a los enunciados normativos, el cual estaría enriquecido por los marcos teóricos propios de los diferentes miembros del Comité.

Con dicho acercamiento a los enunciados normativos, se estaría devolviendo el derecho a la sociedad, de la que nunca debió apartarse, ya que, como es de dominio común, el derecho se volvió una cuestión de “especialistas”, y no de “ciudadanos”, al punto que estos últimos perciben “lo jurídico” como algo que les es ajeno, y no como una instancia que les propicia el orden, la justicia y hace prevalecer el bien común.

Desde la afirmación habermasiana de una razón que no es “monológica”, es decir, producible válidamente por un solo individuo, sino que es “dialógica”, una decisión judicial será más ética, y por lo tanto más justa, si ha sido enriquecida mediante un proceso dialógico deliberativo e interdisciplinar, como aquel que se desarrolla dentro de un comité de Bioética.

(15) La obra en la cual HABERMAS expone de manera más completa y fundamentada su concepción del derecho es “Facticidad y Validez”, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

(16) Para una visión de conjunto acerca de los múltiples espacios en los que se han desarrollado los comités de Bioética, véase VELLVER, V., “Por una bioética razonable”, Ed. Comares, 2006.

Para nadie es un secreto que la figura del “jurado de conciencia” tuvo que enfrentar grandes obstáculos en aquellos países de América latina en los que se le quiso implementar. Tal vez el principal de dichos problemas consistió en que esta figura, de corte utilitarista, busca “el mayor grado de bienestar para el mayor número de personas” tenido como telón de fondo una comunidad precisa, de tal forma que, en unos ambientes en los que no se ha cultivado la idea de la “comunidad local”, por darle prevalencia a la idea de “una comunidad universal”, de inspiración religiosa, las decisiones de los jurados terminaban adoptando la figura de las “democracias de mayorías”, para decirlo en términos rawlsianos, los jurados terminaban tomando decisiones desde sus “ideas del bien”, y no desde “una noción básica de justicia” (17).

Este problema de la figura del jurado de conciencia, ante el retroceso del sentimiento comunitario, aún en los ambientes del *common law*, viene desvirtuando su papel en la administración de justicia, hecho ante el cual es evidente la conveniencia de los Comités de Bioética judicial.

El conocido debate entre Herbert Hart y Ronald Dworkin acerca de la decisión judicial, nos recuerda la existencia de los llamados “casos difíciles”, que son aquellos para los cuales no hay una norma positiva aplicable de manera precisa, situación ante la cual la respuesta de Hart es la de determinar “la norma de reconocimiento”, que es una figura de carácter sociológico que pretende determinar el sentir de la justicia de la sociedad.

Ante esta postura, la respuesta de Dworkin parte de la clarificación de que dicha “norma de reco-

nocimiento” no existe en el seno de sociedades pluralistas como son las actuales, por lo cual es necesario buscar una respuesta dentro del sistema jurídico apelando a los principios.

Rawls, por su parte, a propósito de la configuración de una noción de justicia que supere los límites de la concepción utilitarista, propondrá las célebres figuras de “la posición original” y del “velo de la ignorancia” para determinar una idea de “justicia como imparcialidad”, en tanto que Habermas promoverá una noción de justicia sobre una base plural, deliberativa y democrática.

Reconociendo que en estas cortas líneas no podemos hacer un estudio pormenorizado y profundo de todas estas importantes tesis, las cuales resultan decisivas para la vida política, jurídica y ética de nuestras sociedades, y tienen hondas repercusiones en las decisiones judiciales, bástenos afirmar, a manera de hipótesis, que la existencia de unos Comités judiciales de Bioética, serviría para una reintegración de las tradiciones jurídicas puesto que una “argumentación completa”, como la que requiere toda decisión judicial, requiere tanto de una racionalidad inductiva, como de una de naturaleza deductiva.

Sobre este punto, no hay que pasar por alto que, en muchos de nuestros países, la motivación de la sentencia por parte de los jueces constituye un verdadero problema, al verse constreñidos por un restrictivo esquema lógico subsuntivo, con lo cual se ve seriamente empobrecida dicha motivación, y con lo que se le quita buena parte de fuerza a la función pedagógica que también debe cumplir toda sentencia (18).

---

(17) Lo relativo a la distinción entre “las ideas del bien”, y “una noción básica de justicia”, RAWLS lo explica con detalle en su conocida obra “Teoría de la justicia”, Ed. FCE, México, 2006.

(18) Para una aproximación crítica al problema de la decisión judicial, véase KENNEDY, Duncan, “Libertad y restricción en la decisión judicial”, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 1999.

# Los principios del Derecho de la Salud

Por Elvio Galati

## SUMARIO:

**I. Introducción.— II. Los principios del Derecho de la Salud.— III. Los principios en las normas.— IV. Los principios en los fallos.— V. Conclusión.**

### I. Introducción

El objetivo de este trabajo es rastrear los principios del Derecho (1) de la Salud (2) en algunos aspectos del Derecho, vistos desde el pensamiento jurídico complejo —trialismo renovado—, como marco teórico, lo que implica buscarlo no solo en las normas, sino también en los fallos, comparando con la doctrina. Me basaré en leyes nacionales y se analizarán los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), que hayan reconocido de 2009 a 2017 el derecho a la salud, haciendo referencia a principios.

La metodología es empírica, específicamente documental, en tanto se hará el trabajo de sis-

tematización de archivos derivados de fallos y leyes. La comparación con los principios de la Bioética, y el derecho francés, ayudará a esclarecer la utilidad y pertinencia de los principios del Derecho de la Salud. Este objetivo está estrechamente relacionado con el grado de avance de la ciencia del Derecho de la Salud, en tanto la evolución de una rama científica se mide por la calidad y cantidad de sus principios científicos (3).

### II. Los principios del Derecho de la Salud

Los principios son elementos fundantes; son de por sí generales, de manera que es redundante

(1) Según Goldschmidt, creador de la teoría trialista, “[...] el mundo jurídico es un conjunto de repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), descritos e integrados por un conjunto de normas (dimensión normológica) y valorados repartos y normas por la justicia (dimensión dikelógica)”. GALATI, Elvio, “Introducción al pensamiento jurídico complejo. La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin”, *Revista de la Facultad de Derecho*, nro. 20, Ed. Universidad Nacional de Rosario (UNR), Rosario, 2012, p. 160.

(2) “Le droit de la santé est donc une branche particulière du droit réglant l’organisation des professionnels de santé afin de permettre aux malades de bénéficier des meilleurs soins dans le souci de préserver leur liberté individuelle”. CLÉMENT, Jean-Marie, “Les grandes principes du Droit de la Santé”, Ed. Les Études Hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 11. Ya en 2005 se habla del “Derecho de la Salud” en lugar del “derecho a la salud”, ob. cit., p. 25. En 2004 se refería a él HOOFT, Pedro, “Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos”, Ed. LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 135. Sobre el Derecho de la Salud p. v. GALATI, “Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley Argentina de Derechos del Paciente”, en *Eä – Revista de Humanidades Médicas & Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología*, Ed. ISO-CYTE – Instituto de Estudios en Salud, Sociedad, Ciencia y Tecnología, Buenos Aires, abril 2011, vol. 2, nro. 3, en <http://www.ea-journal.com/art2.3/Un-cambio-paradigmatico-en-la-salud.pdf> (28/04/2011). El Derecho apunta a la protección de un débil en relación a alguien fuerte. CLÉMENT, ob. cit., p. 17. En este caso el débil es el paciente, en relación al médico –profesional de la salud– y al Estado, por un lado, y por otro lado, el paciente, el médico y el Estado son débiles con relación a la industria farmacéutica. Además, los profesionales de la salud suelen ser débiles con relación a los funcionarios del sistema de salud. Sería una apreciación simple, por reduccionista y binaria, la creencia de que el paciente es el único débil en relación con un único fuerte como el médico. También hay que incluir en el Derecho de la Salud los deberes que cada ciudadano debe asumir para prevenir las enfermedades. *Id.*, p. 18.

(3) Sobre el tema p. v. GALATI, “Epistemología compleja del Derecho de la Salud”, 2018, inédito.

agregar a “principios” el calificativo de “generales”, ya que contemplan un grupo de casos, leyes, valores, con relevancia como para expresar una idea-fuerza, una línea, una directriz, en este caso referidos a la salud de las personas, individual o colectivamente (4).

Los principios en esta rama no son los mismos que los principios tradicionales de la Bioética (5). La razón tiene que ver con la distinción entre el Derecho y la Bioética, en tanto aquel apunta a las relaciones de justicia entre los hombres, y esta promueve el estudio de lo correcto o lo bueno en el ámbito de las ciencias de la vida y la salud, sin circunscribirse a normas jurídicas escritas ni a la moral (6). Con el Derecho visto desde el *trialismo*, las relaciones con la Bioética aumentan (7), aunque cada espacio merece su ámbito de filosofía, de ciencia y de técnica. De hecho la historia de la Bioética (8) contribuye a la sistematización y a la científicidad del Derecho de la Salud, para que los abogados puedan aplicar sus principios en los temas de la rama. Los principios del Derecho de la Salud surgen de las normas, de las valoraciones, viven en los fallos, aunque provienen también de los ámbitos docentes, de la investigación científica, de la filosofía, de la doctrina e incluso de la administración en donde se ubican los comités hospitalarios de bioética y los comités de ética de la investigación científica.

Un principio del Derecho de la Salud es el de la autonomía de la voluntad (9). Tiene su origen

consolidado en la época moderna, cuando por ejemplo, Descartes funda el *cogito ergo sum*, que le da consciencia de la soberanía de su voluntad al *homo sapiens* (10). Significa que el único dueño de las decisiones que atañen al cuerpo, la mente o el espíritu de la persona es el individuo (11). A diferencia del Derecho Civil, en el ámbito sanitario es más radicalizado, en tanto permite la revocación del propio consentimiento, mientras que en el Derecho Civil hay que respetar el *pact sunt servanda*, reforzado por la teoría de los actos propios, o aquello de que nadie puede alegar su propia torpeza o la imposibilidad de volver sobre los propios actos. La consecuencia básica es que la revocación del consentimiento no acarrea perjuicios para el individuo que la realiza. También puede llamarse de autodeterminación, o principio de la libertad (12), de elegir el profesional de la salud y a su vez, la libertad que el profesional tiene de rechazar al paciente, siempre que no lo coloque en una situación de grave riesgo o abandono. Una consecuencia de la autonomía de la voluntad es el derecho a disponer del propio cuerpo, sea para decidir qué anticonceptivo utilizar, prestar el útero en la gestación por sustitución, dar un órgano o material anatómico, adaptar el cuerpo a la identidad de género. También se desprende de la autonomía la objeción de consciencia para aquellos que rechazan la aplicación de una norma en función de sus convicciones, sean religiosas, éticas, filosóficas; si repugna a la dignidad personal realizar una determinada práctica o tratamiento al que tiene derecho otra

(4) V. *id.*

(5) Ellos son autonomía, beneficencia, no maleficencia, y justicia.

(6) Sobre la Bioética p. v. GALATI, “Los comités hospitalarios de bioética. Una comprensión *trialista* y *transdisciplinaria* desde el Derecho de la Salud”, Ed. Teseo-Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, 2015, tb. en <https://elvioacademia.files.wordpress.com/2016/11/galati-los-comitc3a9s-hospitalarios-de-bioc3a9tica-transdisciplinariadad.pdf> (19/03/2018).

(7) Sobre el tema p. v. *íd.*

(8) Sobre el tema p. v. GALATI, “Filosofía de la génesis de la interdisciplinarietà en su relación con la *transdisciplinarietà*”, ponencia a las “XXVII Jornadas de Epistemología e Historia de la Ciencia”, organizadas por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, La Falda, Córdoba, del 07/11/2016.

(9) Sobre el tema p. v. GALATI, “Los comités...”, *ob. cit.*

(10) MORIN, “El Método 2. La vida de la vida”, Ed. Cátedra, Madrid, 2006, trad. de Ana SÁNCHEZ, 7ª ed., p. 215.

(11) Autonomía deriva del griego “autos”, mismo, y “homos”, gobierno, originariamente referido al gobierno de uno mismo de las ciudades-estado independientes. BEAUCHAMP, Tom, - CHILDRESS, James, “Principles of Biomedical Ethics”, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2013, 7ª ed., p. 101.

(12) CLÉMENT, *ob. cit.*, ps. 33, 57 y ss.

persona. Era útil el principio en tanto hubo tiempos en los que no se regulaba dicha objeción, y se la derivaba del principio de reserva, que protege la autonomía de la persona. Este principio llevaría también a ser estrictos en el respeto a las decisiones que se toman cuando un individuo no está consciente, y toca que decidan sus allegados o familiares. Así se podría, por ej., darle primacía a la voluntad reconstruida, en lugar de atender a la mera voluntad de los familiares o parientes. El gran dilema que se presenta es el del consentimiento del suicida (13), y la objeción de conciencia del que es llamado a llevar a la realidad dicho consentimiento.

Parece sencillo explicar la autonomía como la toma de las propias decisiones, pero la situación se torna difícil cuando está dañada dicha autonomía, lo que ocurre en el caso de las personas que sufren de adicciones que afectan su salud, como el adicto a ciertas drogas, al juego, a la comida, al alcohol, al tabaco, etc. Aquí es donde la autonomía puede ser avanzada por la intervención, a fin de que el individuo pueda recobrar su autonomía perdida, justificándose intervenciones (14) o sustituciones de su voluntad, como en el caso de las internaciones involuntarias ante padecimientos mentales; o cuando se impide un tratamiento aún no probado. Lo mismo podría pensarse en el caso de la alimentación forzada hacia aquellos que hacen huelga de hambre (15), cuando están a punto de morir. Si se compara este caso con el de los rechazos a los tratamientos, dicha intervención es difícil de justificar, y más cuando se acepta el suicidio asistido. Aunque la justificación de la intervención es más intensa cuando se piensa que la conciencia de un huelguista

avanzado está perturbada (16) y seguramente se replantearía la decisión inicial de protestar con su cuerpo. En estos casos se comprende que nada es absoluto, incluso la autonomía. Como rasgo de complejidad, la autonomía es también dependiente (17). Consiste en “el respeto por la autonomía del paciente [que] obliga a los profesionales a revelar información, a asegurar la comprensión y la voluntariedad y a potenciar la participación del paciente en la toma de decisiones” (18).

La importancia dada a la autonomía depende también de la parte del globo en la que nos encontremos. Piénsese en la inaplicación del consentimiento presunto del que nada dijo acerca de sus órganos para después de la muerte, en tanto la ley lo toma como un sí, pero en última instancia decide la familia en Argentina. En función de la autonomía de la voluntad, con el consiguiente derecho a disponer del propio cuerpo, y la solidaridad o altruismo propio del ser humano, es posible la gestación por sustitución para aquellos ordenamientos en los que no está contemplada (19). Del respeto a la autonomía de la voluntad se desprende, como obligación, la del profesional de fidelidad a ella, durante todo el tratamiento (20).

Coloco en primer lugar a la autonomía de la voluntad, en tanto, por ej., una persona podría disponer de su cuerpo para prostituirse, y ello contravendría ciertas concepciones de la dignidad. De la misma manera podría hacerse “daño” con ciertas drogas, que para otros significaría un atentado a la dignidad o incluso a la salud entendida como la permanencia biológica de un cuerpo. De ahí que para contrarrestar

(13) *Id.*, p. 33.

(14) “[...] we do not presume that consent is either necessary in emergencies, in public health interventions, in research involving anonymized data, and so forth [...]”. BEAUCHAMP - CHILDRESS, ob. cit., p. 110.

(15) V. CLÉMENT, ob. cit., p. 124.

(16) *Id.*

(17) *Ibidem*, MORIN, “El Método 3. El conocimiento del conocimiento”, Ed. Cátedra, Madrid, 2006, trad. de Ana SÁNCHEZ, 5ª ed., p. 91. De la misma manera que el espíritu depende del cuerpo que lo sostiene.

(18) SIURANA APARISI, Juan Carlos, “Los principios de la bioética y el surgimiento de la bioética intercultural”, *Veritas*, nro. 22, 2010, p. 123.

(19) Sobre el tema p. v. GALATI, “Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución”, *RDFyP*, nro. 1, año 7, Ed. La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, ps. 165-181.

(20) MORFI SAMPER, Rosa - PEREIRA MÁRQUEZ, Minerva, “Aspectos éticos en la enfermedad de Alzheimer”, *Revista Cubana de Enfermería*, nro. 1, vol. 19, La Habana, 2003, p. 2.

los efectos dañinos sobre el cuerpo y, tal vez, sobre la dignidad, es que se promueve la reducción de riesgos y daños en materia de drogas. La autonomía de la voluntad de la mujer prima frente a la posibilidad del feto o persona potencial, y por eso puede disponer de su cuerpo en el aborto, justificado cada vez más en distintos países como “aborto voluntario” o “interrupción voluntaria del embarazo”. Se trata del cuerpo de la mujer, sin el cual no habría embarazo. La autonomía de la voluntad, como no es absoluta, cede cuando hay viabilidad del feto, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. en el caso “Roe vs. Wade”.

La dignidad humana **(21)** hace referencia a la calidad de vida por sobre la cantidad de días que alguien permanezca. Vemos entonces que la salud de una persona no solo involucra el correcto funcionamiento de los órganos de su cuerpo, sino cuestiones sociales, psíquicas e incluso espirituales. Solo así se entiende, en ejercicio de la autonomía y la dignidad, que un Testigo de Jehová rechace una transfusión sanguínea porque sus creencias religiosas se lo impiden. Es otro principio que se plasma en el derecho a rechazar tratamientos inútiles, en el respeto a los derechos del paciente y del sujeto de investigación.

Cuando el modelo de reducción de daños, en el ámbito de la drogodependencia, apunta a mantener al usuario de drogas en el sistema de salud **(22)**, se dirige a viabilizar la primacía de la salud, principio clave y fundante de la rama, es decir, la especial exigencia de justicia, como decía Goldschmidt. De ahí que, también, un profesional de la salud en contacto con una mujer que ha abortado, deba mantener todo lo allí ocurrido en el ámbito de la confidencialidad, lograr la salud de la paciente, y abstenerse de actuar como un funcionario policial, porque no lo es, sino un profesional de la salud. Debe

mantener con vida a la paciente, no hacer justicia ni salvar las almas. La primacía de la salud también se aplica ante la necesidad de promover la investigación de las enfermedades degenerativas del cerebro utilizando células madre, es decir, para mitigar el dolor del sufriente, y de todos los que padecen alrededor del Alzheimer, Parkinson, Esclerosis Múltiple, etc., frente a la incertidumbre de los que alegan que el embrión es una persona. La salud también prima cuando se impone a los legisladores el dictado de normas que protejan y tengan en cuenta la salud de la mujer embarazada que atraviesa el estado puerperal, que altera su psiquismo, ante otras finalidades como la seguridad o la vida. Ese trasfondo de base que se potencia con el embarazo, hace que no se pueda tratar la muerte que se produce como un homicidio agravado, y de ahí la necesidad de la figura atenuada que importa el infanticidio.

En el concierto de los valores, dos de ellos compiten frecuentemente, como la salud y la utilidad. Al primar la salud, debe ser de libre acceso la posibilidad de contar con los medicamentos genéricos. Recuérdense las leyes Oñativia —16.462 y 16.463—, llamadas así por quien impulsó su dictado durante el gobierno de Arturo Illia. La 16.462 consideraba a los medicamentos como un bien público **(23)** y, como tal, sujeto a controles y restricciones de todo tipo a los laboratorios, incluso fijación de precios y expropiación. Lo que significaba un régimen socialista en materia de medicamentos, en tanto el Estado controlaba las empresas en ese rubro. Y como toda buena ley que pretenda cumplirse, imponía fuertes sanciones en caso de su incumplimiento, como multas, clausuras, inhabilitaciones, comiso y cancelaciones de autorizaciones. Incluso se crea un delito penal contra la salud pública, lo que implica la posibilidad de la prisión, y lo curiosamente coherente es que supletoriamente se aplicaba la ley de

(21) Es el sustituto laico de lo sagrado. CLÉMENT, ob. cit., p. 33.

(22) INCHAURRAGA, Silvia, “Introducción. Reducción de daños, políticas públicas y uso de drogas”, en AA.VV., *Drogas y políticas públicas. El modelo de reducción de daños*, comp. por Silvia INCHAURRAGA, Ed. Espacio, Buenos Aires, 2001, p. 9.

(23) “El gobierno le otorgaba al medicamento el valor de un bien social: un objeto comercial diferenciado, que las personas enfermas debían comprar de manera ineludible y forzosa”. PÉRGOLA, Federico, “Arturo Oñativia, sañitarista de fuste”, *Revista Argentina de Salud Pública*, nro. 14, vol. 4, Buenos Aires, p. 47.

desabastecimiento, que es una herramienta de lucha contra los monopolistas. La ley 16.463 es la que está vigente y se refiere más al control destinado a garantizar la calidad y seriedad del medicamento. La presión de los laboratorios, sumado a las cancelaciones de las concesiones petroleras culminaron en el fin del gobierno radical (24).

El principio *pro homine* llama a adoptar la solución más favorable y amplia para el goce del derecho humano (25). Tiene una relación muy estrecha con el principio de progresividad, que significa por un lado la mejora con respecto al derecho en sí, y por el otro lado el gradualismo en el progreso, en tanto no es fácil lograr mejoras inmediatamente. No está de más recordar que la progresividad va en contra de la regresividad (26). También se dice que no podrían existir restricciones ni suspensiones (27), sobre todo en situaciones de emergencia, en donde los gobernantes suelen echar mano, p. ej., de recortes presupuestarios en el ámbito de los sectores débiles. La manda se dirige a todos los ámbitos del Estado: legislativo, judicial, ejecutivo, órganos extra-poder, en todos los niveles de gobierno. Se lo ha relacionado con la mejora de los haberes previsionales, la baja de edad de imputabilidad de los niños (28), las medidas a aplicar a los crímenes contra la humanidad, y en materia de salud, p. ej., a la hora de la redacción del Programa Médico Obligatorio (PMO), aval legislativo de métodos anticonceptivos,

tipos de abortos, replantear derogaciones legislativas como la del infanticidio, etcétera.

En relación con la primacía de la salud se puede proclamar una convivencia compleja entre la vulnerabilidad (29) y la perfectibilidad como principios, en tanto aquel apunta a la protección del más débil, y este al mejoramiento continuo de la salud y la vida humana. No habría que caer en el extremo de la santificación de la pobreza o el sufrimiento, ni en el otro de la eugenesia. En el medio, la actividad científica debería dedicarse a mejorar la salud humana, no solo de los que pueden costearla. La filosofía de la antropología plantea el desafío de los límites del mejoramiento de la especie humana, en el encuentro con el transhumanismo. ¿La posibilidad de hacernos inmortales será impedida si ello implica dejar de ser humanos? La vulnerabilidad lucha contra la artificialidad de las enfermedades creadas y estudiadas por la medicalización de la vida, y la perfectibilidad da coraje para avanzar en las investigaciones con células madre y luchar contra las enfermedades degenerativas del cerebro. Si se siguiera el principio de vulnerabilidad, leyes y tribunales no perseguirían a consumidores de drogas o comerciantes menores, sino a quienes realmente beneficia el tráfico clandestino: capos de carteles, y funcionarios corruptos o mafiosos (30).

Por respeto al principio de la dignidad humana es que no son permitidos los patentamientos que involucren partes del cuerpo humano, incluidos

(24) REQUEJO, Jorge, “La ley Oñativia y el derrocamiento de Illia”, digitalizado. “Todo indica que esta Ley de Medicamentos precipitó la caída del gobierno de Illia. En efecto, una de las primeras medidas del dictador Onganía fue derogarla”. PÉRGOLA, ob. cit., p. 47.

(25) Hay que sumar también la exigibilidad inmediata e incondicional. DRNAS de CLÉMENT, Zlata, “La complejidad del principio *pro homine*”, Buenos Aires, 2015, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>, p. 101.

(26) AA.VV., “Principio de progresividad de los derechos humanos. Su naturaleza y función en el Estado mexicano”, en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2010/2010361.pdf> (02/03/2018).

(27) MANCILLA CASTRO, Roberto, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, en Cuestiones Constitucionales, nro. 33, México, 2015, p. 87.

(28) V. ZURZOLO SUÁREZ, Santiago, “Sobre los principios interpretativos en materia de Derechos Humanos y la imposibilidad de bajar la edad de punibilidad de los menores”, 2011, en [http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf110057-zurzolo\\_suarez-sobre\\_principios\\_interpretativos\\_en.htm#CT004](http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf110057-zurzolo_suarez-sobre_principios_interpretativos_en.htm#CT004) (02/03/2018).

(29) SYMONS, Xavier, “Vulnerability: a new principle in bioethics?”, del 10/10/2015, en <http://www.bioedge.org/bioethics/vulnerability-a-new-principle-in-bioethics/11602> (18/10/2015).

(30) Es necesario “[...] definir medidas para evitar la marginación de las personas afectadas en lugar de aplicar estrategias represivas al límite de la vulneración de los derechos humanos fundamentales [...]”. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, “Política criminal de drogas. Reflexiones en torno a la normalización del cannabis”, en AA.VV., *Hablemos del cannabis. Avances en drogodependencias*, Ed. L. Pantoja, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, ps. 38-39.

sus genes, secuenciaciones, células germinales, etc. Muchos condenarían la clonación reproductiva alegando que la dignidad humana está compuesta de la unicidad del ser humano (31), pero esta postura reduce lo humano a lo meramente biológico, ignorando el transcurrir del tiempo que haría de esa copia biológica otro ser, con su propia historia, intereses, deseos e inquietudes. De lo contrario habría que impedir los nacimientos de gemelos. Nada hay natural, y menos en la reproducción humana del siglo XXI. Un cliché es considerar que la reproducción sexual es “lo natural”, pero varios animales se reproducen asexualmente y “la naturaleza” no los ha prohibido como la esponja de mar, la hidra de agua dulce, la lombriz de tierra, entre otros. Ni que hablar del hipocampo —caballito de mar— en donde la hembra libera los óvulos al agua, el macho los fertiliza y los incuba en una bolsa durante dos meses.

Otro de los principios es el de la intimidad, por el cual el Estado no debe intervenir en la esfera de libertad propia de todo individuo, que constituye el espacio de reserva, protegido de cualquier injerencia arbitraria. Sí se justifica toda intervención del Estado cuando una acción aparentemente privada perjudique a un tercero. Un ejemplo de este principio es el caso “Asociación Civil Mujeres por la Vida c. Ministerio de Salud/Estado Nacional” (32).

Desprendimiento también de la libertad es el principio de la confidencialidad, por el cual todo individuo que tome contacto con información o material personal, debe cuidar de utilizar aquello para los fines estrictamente necesarios y tenidos en cuenta, sin utilizarlos más allá de ellos,

en tanto, como prolongación de la persona, son parte de ella, y necesitan disponerse con su consentimiento. Ejemplo de este principio fue el caso “Baldivieso”.

Un principio básico es el de veracidad, que puede tomarse como una idea-símbolo o meta, más allá de las discusiones gnoseológicas acerca de la existencia o no de la verdad. Implicaría que los profesionales de la salud brinden toda la información necesaria al paciente, para que él tome las decisiones del caso e implica también para el paciente el decir todo al profesional de la salud, para que ocurra lo mismo de su parte. Puede pensarse que a mayor confidencialidad y respeto al secreto, mayor veracidad del paciente y, en última instancia, mejor salud. Cabe preguntarse si el profesional puede mentir (33) al paciente en pos del logro de buenos resultados de una terapia. Una postura formalista, kantiana, miraría al individuo como un fin, y no como un mero medio, para el logro de un resultado, mientras que una postura más pragmatista apuntaría a analizar si se logra un resultado como criterio de la realización de una acción. Kant diría que tampoco es universalizable mentir. Desde la complejidad, así como los fines interactúan con los medios, en situaciones excepcionales, los imperativos ceden. A la vez que las intenciones originales, que motivan acciones, interactúan con otras y quitan dirección a la acción del actor original, en el mar del ambiente, donde hay también otras acciones con sus intenciones (34). Una derivación de la veracidad es que el profesional admita los errores u omisiones que cometa (35), y la publicación de los resultados, incluso negativos, de una investigación clínica (36).

(31) MASSINI CORREAS, Carlos, “Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana”, *Revista chilena de Derecho*, nro. 4, vol. 28, 2001, ps. 747-757.

(32) V. el pto. referido al “laicismo”.

(33) FRANÇA TARRAGÓ, Omar, “Los dilemas éticos de la práctica psicológica y psiquiátrica”, *Revista de Psicoterapia*, VII, 25, 1995, p. 3.

(34) Es lo que se llama “ecología de la acción”, idea del pensamiento complejo. Así, “[...] [la respuesta] para la cual los fines justifican los medios ignora que los medios impregnan el fin, hacen que este se desvíe, o bien se constituyen a su vez en fines [...]”. MORIN, “Introducción a una política del hombre”, trad. de Tomás FERNÁNDEZ AÚZ y Beatriz EGUIBAR, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 63.

(35) MORFI SAMPER, Rosa – PEREIRA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 2.

(36) Sobre el tema p. v. GALATI, “El Código Civil y Comercial de 2015 ante la complejidad del Derecho de la Salud”, en *Cartapacio de Derecho*, vol. 29, Fac. de Derecho, UNICEN, Azul, 2016, ps. 1-109; en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1490/1830> (14/03/2016), en la parte “Las investigaciones con seres humanos”.

El principio de interdisciplinariedad significa la participación, intercambio, y articulación de distintas ramas de la ciencia que colaboran a la hora de la toma de una decisión en función de una meta común (37). Lo que ocurre en los comités de bioética hospitalarios y de ética de la investigación, así como en el ámbito de la salud mental. Por la Postmodernidad, y el auge de las especializaciones, es decir, la focalización excesiva, sumado a la jerarquización de la técnica, se llama a una mirada global, compleja, permitida justamente para ampliar la perspectiva, en pos de la salud, que no pertenece a disciplina alguna.

El respeto a la diversidad cultural es otro principio. También se lo puede llamar multiculturalismo, pluralismo, y en su versión política laicismo. Permite un ámbito para la pacífica convivencia de distintas cosmovisiones, y como el Estado es el encargado de articular, arbitrar y hacer posible dicha convivencia, no puede adherirse a alguna de ellas. Por ello la promoción de la salud es incompatible con un Estado confesional, en las formas o en los hechos. La ciencia es imposible si está sesgada o administrada por la religión, y prueba de ello fue el caso de Galileo Galilei. Este principio fundamenta la existencia de los comités de bioética, sean hospitalarios o de ética de la investigación científica. Permite también el ejercicio de la objeción de conciencia. Y sería auspicioso que las distintas etnias, culturas y religiones sean tenidas en cuenta a la hora de operacionalizar el consentimiento informado y educado. Este principio tiene como presupuesto que la eticidad no existe como algo a descu-

briar, natural, revelado, ni derivado siquiera de la razón, sino que se gesta con el intercambio, de las profesiones, de la comunidad, y con la participación individual y colectiva. Lo que llama a argumentar y a dar explicaciones. Goldschmidt preveía un clima de tolerancia, en el cual son posibles verdades de fe, y verdades basadas en la razón, la ciencia, mientras que en un clima de autoridad, solo son posibles verdades de fe (38). Una Bioética laica no admite como razones a la autoridad ni a textos religiosos.

Un principio de la Bioética es el de no dañar, o la no maleficencia (39). Lo creo redundante, en tanto el daño surge si se violan cualquiera de los principios que ya trato aquí. También se lo cree de sentido común (40), lo que poco diferencia entonces a la actividad técnica o científica del saber popular, y se espera de la Bioética que supere lo que todos ya sabemos. Si se viola la confidencialidad, revelando datos personales, se causa un daño, así como cuando se priva a un paciente de la intervención de múltiples profesionales para la solución de su problema de salud, dañándose la calidad de la salud que debería recibir, y así con cada uno de los otros principios. El anverso del llamado principio de no maleficencia es el de beneficencia (41), que por llevar en sí la misma generalidad que su reverso, se hace merecedor de la misma crítica (42). No hay que confundir beneficencia con paternalismo, en tanto el bien a realizar es el del paciente. Siempre que alguien lleve adelante alguno de los principios que aquí menciono, contribuirá a reconocer/otorgar beneficios al usuario o paciente de salud. Hablar de la justicia (43)

(37) GALATI, "Los comités...", ob. cit., ps. 113, 116, 121, 125. "Le droit de la santé est donc un matière transverse [...]". CLÉMENT, ob. cit., p. 11.

(38) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 445. V. tb. DAWKINS, Richard, "Buenas y malas razones para creer", en [http://www.um.es/docencia/barzana/DIVULGACION/CIENCIA/Malas\\_razones\\_crear.html](http://www.um.es/docencia/barzana/DIVULGACION/CIENCIA/Malas_razones_crear.html) (08/06/2017).

(39) Obliga a que nos abstengamos de causar daño a los otros. BEAUCHAMP, y CHILDRESS, ob. cit., p. 150.

(40) LLOYD, H., "A genealogical critique of Beauchamp and Childress' four principles approach to medical ethics", Ann Arbor, ProQuest, 2013, p. 205. Además, la Medicina tiene que ver con la no maleficencia. Íd. Hipócrates decía en su juramento: "[...] del daño y la injusticia le preservaré". HIPÓCRATES, "Juramento hipocrático. Tratados médicos", trad. de Ma. Dolores LARA NAVA y otros, Ed. Planeta De Agostini, Madrid, 1995, p. 11.

(41) Implica la realización de pasos para ayudar a otros. Como se trata de beneficiar, lo que el beneficio sea se infiere de un balance con los riesgos y los costos para la producción de un resultado. BEAUCHAMP, y CHILDRESS, ob. cit., p. 202. Lo que ocurre a la hora de llevar adelante una investigación clínica.

(42) "[...] nonmaleficence and beneficence should be fused together as a principle of utility [...]". LLOYD, ob. cit., p. 192.

(43) Refiere a la igualdad y los problemas de distribución de la salud. BEAUCHAMP, y CHILDRESS, ob. cit., p. 249.

como un principio es poco decir, ya que la Filosofía, la Política y el Derecho han dedicado gran parte de su existencia a desarrollar teorías para explicar en qué consiste. No hay que declarar justicia sino ponerla en práctica, desarrollando una teoría y no dejándola en un mero programa. Los parámetros de justicia se tornan discutibles a la hora de hablar de la igualdad y la libertad en materia de salud.

Cabe preguntarse si hay un principio vinculado con el libre acceso a la salud, o el racional acceso a la salud, según sea sin trabas, en función de los recursos económicos con los que cuenta el individuo, o con trabas en función de la inexistencia de dichos recursos. Cabe preguntarse si otorgar/reconocer el acceso a la salud en función de la necesidad, generalmente a grupos vulnerables, a través de la provisión universal de la cobertura. O si se otorgará un paquete básico de servicios de atención integral (44). Lo que implica que un pobre o indigente, por ejemplo, no podría acceder a una cirugía estética, a una dieta de un nutricionista, medicamentos personalizados, terapias genéticas, prestaciones de calidad, internación en habitaciones individuales, con baño en suite, etc. La equidad como principio apuntaría a corregir situaciones de inhumanidad en las que la aplicación de reglas, por su naturaleza general, signifique una injusticia en el caso concreto (45).

Una situación de igualdad total en salud significaría la ausencia de desigualdades asociadas con las ventajas o desventajas sociales (46). Este enfoque no tiene en cuenta criterios de maximización del bienestar económico de los

individuos, ni de eficiencia. Según esta postura, todos tendrían derecho a todo en salud. Como Marx preconizaba para el comunismo final, cada quien recibiría en función de su necesidad: “¡De cada cual, según sus capacidades; a cada cual según sus necesidades!” (47). Técnicamente, implicaría borrar las empresas de medicina pre-paga, que son organismos privados que tienen como objetivo principal el lucro, es decir, son empresas, donde cada quien paga por la salud que recibe. Dicho de otro modo, no estaríamos frente a un país capitalista. Dicho estado de situación requiere una gran inversión del gasto público o cargas impositivas para garantizar el acceso universal (48). No obstante, esta inversión significa una contribución al crecimiento económico que retornará en un aumento del PBI a mediano y largo plazo (49). Además, el aumento de la marginalidad, la pobreza, son factores que contribuyen al crecimiento de enfermedades que se creían superadas, como la tuberculosis, el cólera, la sífilis, la malaria (50), el chagas, lo que redundaría en peligros para todos. Además, el hambre es un factor de inestabilidad (51) para cualquier gobierno. De ahí que sea importante tener en cuenta que se puede lograr un subsidio hacia aquellos que estén en el trabajo informal, si es que hay que convencer a aquellos que son rehueros a dar bienes o servicios sin contraprestación.

Desde un enfoque utilitarista hay un mínimo de prestaciones cubiertas por el Estado, y prima la financiación privada para aquellas prestaciones que no cubre el Estado por ser necesarias pero no rentables. La acción pública se concentra entonces en quienes más pueden aprovechar

(44) HERNÁNDEZ-LOSADA, Diego – BEJARANO-DAZA, Javier, “Aporte de la universalización al logro de la equidad en salud”, *Revista de Salud Pública*, nro. 2, vol. 19, Bogotá, 2017, p. 200.

(45) “[...] la garantía de la equidad no implica necesariamente que todos deban tener acceso a todo en todo momento”. URBANOS-GARRIDO, Rosa, “La desigualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias. Propuestas para lograr la equidad”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 30, 2016, p. 25.

(46) HERNÁNDEZ-LOSADA – BEJARANO-DAZA, ob. cit., p. 200.

(47) MARX, Karl, “Crítica del programa de Gotha”, Ed. Progreso, Moscú, 1977.

(48) HERNÁNDEZ-LOSADA – BEJARANO-DAZA, ob. cit., p. 202.

(49) Íd. “Donc, depuis 1928, l'État intervient pour protéger la santé qui s'insère dans le développement économique et social avec un renforcement, à compter des années 1950, avec l'avènement de l'État providence”. CLÉMENT, ob. cit., p. 31.

(50) BERLINGUER, Giovanni, “Ética de la salud”, trad. de Sabina OHLBERG, Ed. Lugar, Buenos Aires, 1996, ps. 24-25.

(51) BARONA VILAR, Josep, “La medicalización del hambre. Economía política de la alimentación en Europa, 1918-1960”, Ed. Icaria, Barcelona, 2014, p. 20.

los beneficios, es decir, los jóvenes. Es así como el resultado de la salud es el criterio para financiar (52), en una suerte de pragmatismo eficiente. En cuanto a los pagos, los que menos tienen pagan menos, de manera proporcional a su ingreso o renta (53). Es aquí donde cabe reflexionar acerca del óptimo de Pareto, es decir, qué ocurre si la mejora de un individuo empeora la de los demás (54). Este dilema suele plantearse cuando a nivel global, las demandas judiciales por reclamo de prestaciones o tratamientos, impactan en las finanzas de las obras sociales o empresas de medicina prepaga, perjudicando al resto de los afiliados. En un enfoque liberal social, se mejoran las situaciones de los menos favorecidos, y por encima de los estándares mínimos los individuos son libres de procurarse en el mercado bienes adicionales en salud (54). Parecería la situación de Argentina al 2014-2017, donde “[...] los aportantes que tienen mayores ingresos pasan a formar parte de los sistemas privatizados de obras sociales y oferta educativa, mientras que el sector público queda a cargo precariamente de los grupos de menores ingresos, mientras se estudia su derivación” (56). En el medio de un sistema igualitarista y un sistema liberal, el papel decisivo es el que cumple el Estado, dando salud gratuita y universal a través de sus hospitales públicos. Para paliar la escasez de recursos, permaneciendo en dicho medio, puede excluirse de la cobertura a individuos a quienes ello no les signifique un riesgo, o incrementar el copago para determinadas prestaciones, o reducir la lista de prestaciones mínimas cubiertas (57). En el extremo utilitarista más cercano al liberalismo, se justifican las acciones que promueven un bienestar personal, o se atiende a la del mayor número,

en una suerte de utilitarismo social (58). Cuando se habla de “prioridades” o racionalización, es una forma de advertir que habrá quienes no recibirán alguna prestación en salud, o lo que es lo mismo, que no hay igualdad total. Algunos países como Argentina hablan de un PMO, que se traducirá en judicialización para quienes, en la clase media, quieran acceder a lo que no se prevé, justamente por cuestiones de optimización de recursos que son escasos.

No hay que descuidar la utilidad como principio en tanto cada vez que se está ante un derecho de la salud deben evaluarse sus costos en relación a los beneficios. Llevar adelante la reducción de daños y riesgos en materia de drogas (59), implica inevitablemente un respeto de la autonomía y asimismo satisfacer la utilidad. En tanto es mucho mejor que un usuario de drogas utilice jeringas en buen estado y evite contraer hepatitis o HIV.

Según un enfoque liberal, cada individuo tendrá en salud aquella prestación o tratamiento que pueda pagar, directamente, o afiliándose a una obra social, o cuando tenga una por su trabajo. No hay igualdad de resultados, sino de oportunidades (60). La consecuencia política es la privatización de los servicios de salud, el libre mercado, y ajustes estructurales por parte del Estado (61). Si no se quiere llegar a un liberalismo extremo, la función del Estado sería en este modelo reguladora de la competencia entre las empresas de medicina privada, para evitar monopolios, oligopolios o posiciones dominantes. Si el Estado no debe hacerse cargo prioritariamente de la salud, bajo la descentralización se derivarán las competencias sanitarias a las

(52) HERNÁNDEZ-LOSADA – BEJARANO-DAZA, ob. cit., p. 201.

(53) *Ibidem*, p. 200.

(54) *Ibidem*, p. 201.

(55) *Ibidem*.

(56) RAJLAND, Beatriz, “La contradicción entre salud y mercado”, en AA.VV., *Salud, Derecho y Equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo*, dirigido por Gladys MACKINSON, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 123-134.

(57) DEL LLANO SEÑARIS, Juan, “¿Es viable el todo gratis en la sanidad pública?”, del 10/02/2004, [https://el-pais.com/diario/2004/02/10/salud/1076367607\\_850215.html](https://el-pais.com/diario/2004/02/10/salud/1076367607_850215.html) (04/12/2017).

(58) BUNGE, Mario, “Filosofía para médicos”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2012, p. 177.

(59) *Ibidem*.

(60) HERNÁNDEZ-LOSADA – BEJARANO-DAZA, ob. cit., p. 201.

(61) RAJLAND, ob. cit., p. 127.

unidades locales, o a la sociedad civil, demandando la “participación” de redes sociales, ongs, apoyándolas con subsidios y el voluntariado (62).

Las desigualdades, más allá de la asunción de un Estado, como política pública, de la universalidad en el acceso, existen, como por ejemplo, en el tiempo de espera, en tanto suele ser mayor en los efectores públicos. También la pesadez de la burocracia y la lentitud suelen ser vicios del Estado. Cabe preguntarse también si la diferencia se traduce en la calidad del servicio, contestándose afirmativamente, en tanto la atención precoz influye en un diagnóstico temprano y, entonces, un tratamiento a tiempo (63). La educación, como condicionante, influye en la utilización de medios preventivos en salud, siendo entonces menos requerida por la población más pobre. Los inmigrantes suelen utilizar más las urgencias que las especialidades, frente a la existencia de barreras de acceso (64).

En la temática de la producción o distribución en la economía que tiene su impacto en la salud, para aquellos que basan la asignación de la salud en el mérito en lugar de la necesidad (65), es posible que los factores que no contribuyen a la salud, como los determinantes en salud, no puedan ser superados individualmente (66). Lo que amerita que el Estado intervenga, no para dar salud, sino para generar condiciones a fin de que todo individuo la logre (67). Hay situaciones que las personas no pueden elegir, como el lugar en el que nacen, la familia que los recibe, las condiciones ambientales, las predisposiciones genéticas a enfermedades, la clase

social en la que nacen. Todo lo cual configura condiciones de partida que hacen a situaciones de desigualdad (68). Y la persona nada o poco puede hacer contra ellas, ya que parte con una pesada carga original.

### III. Los principios en las normas

La norma fundamental de la Bioética (69), de impacto en el Derecho de la Salud, es el Código de Nüremberg de 1947, establecido luego de las aberraciones cometidas por el Tercer Reich alemán. Entre los principios fundamentales se encuentra el del consentimiento y la posibilidad de su revocación, la necesidad del experimento, su planificación sobre la base de antecedentes, sin daño para los sujetos involucrados, con investigadores calificados. La historia da a entender que el sujeto de la clínica y de la investigación no son meros medios para el progreso de la Medicina o la ciencia, sino que hay que protegerlos.

Uno de los hitos normativos fundacionales del Derecho de la Salud data del año 1953, cuando el Ministro de Salud Pública y de la Población de Francia codifica leyes relativas a la salud pública en el país galo dando lugar al “Código de la Salud Pública” (70). En efecto, el siglo XX es el siglo del Derecho de la Salud: “[...] fue un período crucial para la configuración de un marco sanitario internacional y creación de administraciones sanitarias en Europa [...] la Organización Mundial de la Salud y la Organización para la Alimentación y la Agricultura [...]” (71). Y en 1994 se consagra por primera vez la necesidad del consentimiento (72).

(62) *Ibidem*, p. 133.

(63) URBANOS-GARRIDO, ob. cit., p. 27.

(64) *Ibidem*.

(65) “La incertidumbre se introduce en el interior de lo justo y del bien: ¿Dónde está la justicia? (¿A cada cual según sus méritos? ¿A cada cual según sus necesidades?)”. MORIN, “El Método 6. Ética”, trad. de Ana SÁNCHEZ, Ed. Cátedra, Madrid, 2006, p. 64.

(66) BERLINGUER, ob. cit., p. 70.

(67) *Ibidem*, p. 74: “[...] las instituciones básicas de una sociedad democrática, deben tender [...] a reducir la influencia de estos factores ‘moralmente arbitrarios’ sobre la oportunidad de vida de los individuos”.

(68) *Ibidem*, p. 73.

(69) Sobre el tema p. v. GALATI, “Filosofía de la génesis...”, ob. cit.

(70) LECA, Antoine – LUNEL, Alexandre – SÁNCHEZ, Samuel, “Histoire du Droit de la Santé”, Ed. Les Études Hospitalières, Bordeaux, 2014, p. 51.

(71) BARONA VILAR, ob. cit., p. 24.

(72) LECA – LUNEL – SÁNCHEZ, ob. cit., p. 271.

El antiguo Código Civil (Cód. Civil) argentino hablaba de los principios a la hora de cubrir las lagunas, en el art. 16 **(73)**. Cabe traer a colación aquí, que el Cód. Civil no decía que se refería a los principios generales del derecho positivo, sino a los del derecho, en general, con lo cual el poder del juez aumentaba a la vez que los argumentos de las teorías jurídicas no positivistas. El Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) de 2015 hace varias alusiones a los principios, generalmente en cada rama que aborda. Cuando se refiere a la interpretación en el art. 2º dice que las leyes deberán tener en cuenta los “principios jurídicos”. Habla del principio de buena fe (arts. 9º, 1061), aplicable al Derecho de la Salud. Señalar que la capacidad de la persona se presume (art. 31), parte del principio de la libertad del ser humano. Los niños se rigen por el principio de autonomía progresiva (arts. 26 y 639, b). Así se ve entonces el énfasis que pone el Cód. Civ. y Com. en la autonomía. Se recepta el principio de la tutela judicial efectiva (art. 706), junto con el del interés superior del niño (arts. 26, 64, 104, 113, 595, 604, 621, 627, 639, 671 b, 706 c, 2634, 2637, 2639, 2642), entre otros.

La autonomía de la voluntad está consagrada en la ley 26.529 de derechos del paciente. Dice el art. 2º, e: “el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Lo que se pone en práctica con la reforma de la ley 26.742 que permite rechazar tratamientos, ante el irrefrenable deseo de los médicos de querer lo que ellos consideran mejor para el paciente. También se encuentra en la ley 26.743 de identidad de género, donde se ejerce el derecho a disponer del propio cuerpo en función de la identidad sentida por la per-

sona: “se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo” (art. 2º). También se observa en la ley de contracepción quirúrgica 26130 según la cual “las prácticas médicas referidas en el artículo anterior están autorizadas para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en los casos contemplados por el artículo siguiente” (art. 2º). El Cód. Civ. y Com. consagra la autonomía al regular la voluntad procreacional, en tanto una aplicación de ella se da patentemente cuando los padres ya no lo son solamente por el vínculo gestacional, sino también por el vínculo afectivo o genético, primando entonces el querer ser padre, más allá de la realidad biológica. El art. 562 sobre voluntad procreacional **(74)** era compatible con la consagración de la gestación por sustitución, que quedó trunca cuando el proyecto de 2012 llega al Congreso de la época de la ex presidente Fernández de Kirchner **(75)**. La ley de reproducción asistida también jerarquiza la autonomía de la voluntad, señalando que “el consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad”. Esta disposición es vital para aquellos casos en los que un miembro de la pareja, luego del divorcio, quisiera implantar un embrión, sin el consentimiento del otro cónyuge. Para más precisión, continúa diciendo el art. 7º: “en los casos de técnicas

(73) “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

(74) “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

(75) V. GALATI, “El Código...”, ob. cit.

de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión” (76).

El art. 51 del Cód. Civ. y Com. recoge el principio de la dignidad humana cuando señala que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (77). Al hablar de dignidad resuena la llamada muerte digna, en donde cobran importancia, haciendo aplicación de dicha idea, los cuidados paliativos, que resguardan al paciente del sufrimiento, a la vez que lo cuidan de una permanencia inútil (78).

El art. 156 (79) del Cód. Penal argentino contiene la protección de la confidencialidad convirtiendo en delito la violación del secreto profesional. La Constitución consagra el principio de reserva en el art. 19: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. El decreto reglamentario de la ley 23.798 de lucha contra el sida expresa que “los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus HIV, o se halla enferma de sida, tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo en las siguientes circunstancias: “[...] bajo la

responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor” (inc. 7º). La misma pauta establece el art. 11 de la ley 17.132. La ley de derechos del paciente, en su art. 2º, también consagra la confidencialidad: “el paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente [...]”. La ley 25.326 de protección de datos personales hace referencia a aquellas informaciones que son sensibles, como “datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” (art. 2º). Por lo que requieren el consentimiento del sujeto involucrado para su manipulación y “[...] no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención” (art. 4º, 3). El art. 5º se refiere al consentimiento, que debe ser libre, expreso, informado. Dice el art. 8º que “los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional”.

El principio de progresividad, cercano al “*pro homine*”, está consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 26 (80)

(76) Sobre el tema p. v. *ibidem*.

(77) *Idem* nota 76.

(78) Sobre el tema p. v. GALATI, “La eutanasia y la medicalización de la muerte desde una perspectiva jurídica compleja”, en Revista Latinoamericana de Bioética, Universidad Militar de Nueva Granada, Bogotá, 2018, aceptado para su publicación.

(79) “Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

(80) “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

y el de irreversibilidad en el art. 29 (81). También está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 5º.2 (82). Todos tratados sobre Derechos Humanos que tienen en nuestro ordenamiento normativo jerarquía constitucional (art. 75, 22º, CN). La buena fe es una pauta para interpretar tratados según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 31.1). Aquí la buena fe está asociada a no quitar ni dejar de reconocer lo que previamente los gobernantes han reconocido a través de medidas estatales.

### IV. Los principios en los fallos

---

El caso “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, fallado por la Corte el 07/07/2015, trata de una persona en estado vegetativo persistente, cuya hidratación y alimentación artificial fueron suprimidas. Allí aparece el principio de autodeterminación, que en el Derecho de la Salud le llamamos autonomía: “[...] el principio de autodeterminación del paciente que, como se señaló, posee raigambre constitucional [...]” (consid. 22). Parece rondar la Corte sobre la misma idea cuando menciona otro principio: “[...] de la dignidad que le asiste por el simple hecho de ser humano, reconocida en distintas normas convencionales, se desprende el principio de inviolabilidad de las personas que proscribire tratarlo con base en consideraciones utilitarias [...]” (consid. 24). Y menciona el principio de reserva, que referido a la legalidad, se aplica a todas las ramas. En el caso “Albarracini Nieves, Jorge Washington, s/ medidas precautorias”, fallado por la Corte el 01/06/2012, que trata de un padre de un testigo de Jehová que inicia una medida cautelar para que se autorice a los médicos a transfundir a su hijo que se

rehúsa a recibir sangre, el Alto Tribunal también se refiere al “principio constitucional de libertad de autodeterminación” (consid. 5º), que traducimos como la autonomía. El voto particular de Petracchi anexa a la autodeterminación la libertad de conciencia (consid. 4º). La justificación última de dicho rechazo se funda en la espiritualidad. Cabe incluir en el grupo del principio de la autonomía al caso “Arriola, Sebastián y otros”, del 25/08/2009, en donde la Corte aborda un caso de infracción a la ley de estupefacientes ya que un joven tenía marihuana para comercializarla y fue condenado a 6 años de prisión, \$600 de multa e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, más la medida de seguridad curativa del art. 16 de la ley 23.737. Aunque en este y otros casos se sustituyó la pena por una medida de seguridad educativa. La Corte declara inconstitucional el art. 14, segundo párrafo de la ley en cuestión. Se menciona a la autonomía como principio de reserva que resguarda la conducta llevada a cabo en la intimidad, en el marco de la libertad personal, respecto de la cual no puede intervenir el poder sancionador; y se habla del ámbito de autodeterminación de los ciudadanos (consid. 7º). La Corte cita a su par Interamericano de DD.HH. según el cual el ser humano no queda sujeto a los cuidados del poder público, sino que posee la capacidad para conducir su vida, sin que haya necesidad de beneficiarlo, establecer su conveniencia o iluminar sus decisiones (consid. 17).

Se menciona también el principio de dignidad en tanto la ley 23.737 se vale de la criminalización del consumidor, para atrapar a los narcotraficantes, utilizándose al consumidor como un medio para este fin (consid. 18). Volviendo sobre la autonomía, la Corte señala que el Estado no

(81) “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

(82) “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

puede asumir la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona a través de su proyecto de vida (consid. 20). Lo fundamental es también que las conductas criminalizadas no afecten a un tercero (consid. 31). Atinadamente señala el Alto Tribunal que “[...] la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo [...]” (consid. 32). He aquí la relación también con el principio de la diversidad, política e ideológica en este caso. El art. 19 de la CN, “[...] garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio” (consid. 32). Es aleccionador un voto en disidencia del Tribunal Supremo español en el caso “Asociación Cultural Línea Verde BCN” de 2017 en donde se juzga una asociación cannábica catalana. La mayoría decide condenar por delito contra la salud pública, pero el voto particular dice que la autolesión es impune, porque la salud individual no puede protegerse o intervenir si no media el consentimiento del individuo. Por ello es atípico el autoconsumo, si no hay riesgo de difusión **(83)**.

Hace referencia al principio *pro homine* el caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, fallado por la Corte el 13/03/2012, donde autoriza a una niña común y corriente que fue violada por su padrastro, a realizar un aborto. Dice el Alto Tribunal: “[...] los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación” (consid. 17). Allí, el principio cobra aplicación para ampliar el espectro de una norma, en su origen solo destinada a la mujer con una discapacidad mental que fue violada **(84)**. Explicando más el principio, la Corte llama a “[...] privilegiar la interpretación legal

que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (consid. 17). Dicho principio es objeto de tratamiento en “Arriola”, según el cual “[...] siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos [...] siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido [...] tal principio ‘*pro homine*’ [...] amplía la zona de libertad individual [...]” (consid. 23). Nótese que en los dos supuestos, en rigor, la Corte crea una norma, ya que en un caso el aborto no está permitido para la violación de una mujer común, y en el otro se prohíbe la tenencia de estupefacientes.

En el caso “Baldivieso, César” del 20/04/2010, la CS reconoce el principio de confidencialidad. Se trataba de una persona que acude a un hospital público ante el estallido de cápsulas que se encontraban en su cuerpo conteniendo cocaína. Frente a lo cual la persona se hallaba ante el dilema de la muerte o la cárcel. El consentimiento de Baldivieso había sido dado bajo la aflicción o tortura causada por la ingesta de las cápsulas (voto de Argibay). La defensa de Baldivieso también señaló que carecía de recursos para ir a un servicio privado, por lo que la elección del hospital público no fue libre; y así habría una diferencia en cuanto al cumplimiento del secreto entre quienes acuden a un servicio privado y quienes van al servicio público (voto de Argibay). Este principio hace que ceda el interés del Estado por la persecución de los delitos (transporte de estupefacientes), en tanto la averiguación de ellos no puede implicar la realización de medios contrarios a la ética, si el fin no justifica los medios. El Estado no puede aprovecharse del peligro de muerte del procesado que acude a la atención médica, convirtiendo al profesional de la salud en un agente policial, en lugar de reconocerlo como un servidor de la

(83) Sobre el tema p. v. GALATI, “La juridización judicial de la salud en relación al cannabis. Análisis de fallos españoles de tribunales superiores”, 2018, inédito.

(84) Para la historia del artículo del Cód. Penal que consagra el aborto no punible p. v. GALATI, “Consideraciones jurídico-sociales del aborto no punible. La autonomía del paciente frente al poder del profesional de la salud”, en RedBioética/UNESCO, nro. 6, vol. 2, año 3, UNESCO, Uruguay, 2012, ps. 47-62, en [http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista\\_6/RevistaBioetica6b-47a62.pdf](http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_6/RevistaBioetica6b-47a62.pdf) (02/05/2013).

salud. En el caso, fueron los médicos quienes dieron aviso a la policía. La confidencialidad médico-paciente promueve la confianza general y redunda en beneficio de la salud pública (voto de Argibay). Se recuerda el plenario “Natividad Frías” de la CNCrim. y Correc. de la Cap. Fed. que estableció que “[...] no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto, o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de un cargo oficial” (voto de Argibay). Esta idea se relaciona con la garantía que prohíbe declarar contra sí mismo (art. 18, CN).

En el caso “Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c. Prov. de Buenos Aires s/ acción declarativa de certeza”, del 03/08/2010, estaba en juego la aplicación del principio de igualdad. Se acusaba aquí la violación a la igualdad en tanto Caritas, perteneciente a la Iglesia Católica, se sentía discriminada por no poder instalar y poner en funcionamiento una farmacia en la Provincia de Buenos Aires. Por 4 votos contra dos se la habilita a ser propietaria de una farmacia. La violación a la igualdad se da entre los iguales, como si se tratara de negativas a farmacéuticos, pero Caritas es una organización de caridad, y no tiene titulación universitaria para dispensar medicamentos. Como la propia organización lo dice, su misión es hacer apostolado y caridad. La Prov. de Buenos Aires permite que sean titulares de farmacias las entidades vinculadas a la salud: farmacéuticos, sociedades de farmacéuticos, hospitales, obras sociales y mutuales. El voto en disidencia de Highton y Argibay señala que Caritas puede asociarse a los habilitados para titularizar una farmacia. Allí expresan que la “[...] entrega de muestras gratuitas recibidas en donación y de algunos medicamentos al precio de costo en los depósitos contiguos a las Parroquias ‘Nuestra Señora de la Medalla Milagrosa’ y ‘Nuestra Señora de la Merced’, no puede ser considerada como la actividad propia de una farmacia” (consid. 4º). También menciona que no hay caso,

ya que Caritas nunca se presenta a la Provincia y no se le deniega autorización alguna, en tanto solo inicia una acción declarativa de certeza. Aquí se encuentra involucrado también el principio de laicidad del Estado, en tanto apunta a que las religiones no interfirieran en los temas públicos. La religión se ocuparía del espíritu, de salvar las almas, pero dejando el cuidado del cuerpo a los especialistas, los expertos. Y si hay alguna vinculación entre el espíritu y la salud, sobre todo a través de la parte psíquica, actuarán los idóneos, como psicólogos, psiquiatras, etc. Y si la religión se ocupa del espíritu, puede hacerlo en las iglesias. Recuérdese que Hegel involucraría para el cuidado del espíritu, además de la religión, al arte y la filosofía (85). Cuando la Provincia contesta la demanda, señala que ella provee medicamentos gratuitamente a personas carenciadas, de manera que la función social que desempeña la actora se encuentra cubierta (consid. II). En varias oportunidades se hace referencia también a la facultad de las provincias de regular todo lo atinente a la salud pública, materia no delegada al gobierno nacional (art. 121, CN).

En el ámbito del Derecho de la Salud es importantísimo bregar por el principio de inmediatez, o la tutela judicial efectiva, en tanto la salud suele ser objeto de controversia o litigio cuando está en peligro, o la vida de la persona, requiriéndose en muchos casos una decisión urgente, sacrificando las formalidades. Así lo decidió la Corte en el caso “R., A. s/ internación” del 28/07/2009, que trataba de un conflicto negativo de competencia, en relación a una internación voluntaria de quien padecía esquizofrenia. Dicha paciente luego de estar en un neuropsiquiátrico fue trasladada a un geriátrico, sin tener declaración de insania. Hubo en el caso 16 años de intervención judicial, durante los cuales no se le garantizó la integridad personal ni patrimonial, en tanto no hubo declaración de incapacidad ni control de las internaciones. No se controló el estado, evolución de su salud. Se señaló que el juez competente es el del lugar del geriátrico donde reside

(85) V. GALATI, “Notas jurídico-dikelogicas del Derecho del Arte. Hacia una armonía entre Arte, Religión y Filosofía”, en *Investigación y Docencia*, nro. 43, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2010, ps. 107-126, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/1281/1378> (10/10/2010).

por hallarse en mejores condiciones para adoptar las medidas. En función de la vulnerabilidad —calificada aquí como principio— de los que padecen sufrimientos mentales, y para garantizarles una urgente tutela es que mientras se resuelve el conflicto de competencia, el tribunal que conoce en el caso, aunque resuelva inhibirse, debe intervenir para no dejar a la persona al desamparo.

El laicismo está también involucrado en el caso “Mujeres por la Vida — Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud-Estado Nacional”, del 31/10/2006, en donde una asociación católica cuestionaba el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, pretendiendo que la población argentina fuera privada de la pastilla del día después como método de anticoncepción, por creérsela abortiva (86), y trasladando las creencias de una religión a toda la población de Argentina (87). La Corte no hizo

lugar al reclamo. “Es cierto que son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, pero eso no los transforma en colectivos, pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada titular, por cada ser humano” (consid. 12 del voto de Argibay). Aquí se ve la estrecha relación entre el laicismo y la autonomía, en tanto solo puede elegirse cuando nadie impone sus creencias al resto.

### V. Conclusión

---

En este trabajo pudimos lograr la confirmación normativa y judicial de la existencia de los principios del Derecho de la Salud. Lo que redundaba a su vez en la consolidación epistemológica de la novel rama, en tanto reconocer principios implica dotar de abstracción a un saber que debe contar con leyes científicas, rasgo característico de las teorías.

---

(86) La ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable dice que los métodos no deben ser abortivos (art. 6º, b).

(87) Sobre el tema p. v. GALATI, “El Código...”, ob. cit., en la parte de “salud colectiva”.

# Conflicto de intereses en la ciencia y en la investigación

Por Aída Kemelmajer de Carlucci

## SUMARIO:

**I. Preliminares. Terminología.— II. El conflicto de intereses en sentido estricto.— III. Los conflictos de intereses en sentido estricto en el ámbito de la ciencia.— IV. Un *leading case* del derecho norteamericano que sirve para el derecho latinoamericano.— V. Una conclusión provisional.**

*“Las virtudes se pierden en los intereses como los ríos en el mar” (1)*

## I. Preliminares. Terminología

En 2007, el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, que tengo el honor de integrar, emitió un informe sobre el conflicto de intereses concentrándose en la cuestión relativa a la evaluación de proyectos de investigación (2). Unos años después, publiqué un artículo que puso la mirada en algunos temas vinculados a la bioética (3). Por entonces, prometí a Otilia Vainstok hacer con ella un trabajo de más largo aliento en el que yo profundizaría los temas jurídicos y ella los de la ética en la investigación. Lamentablemente, Otilia ya no está entre nosotros y esa labor conjunta quedó trunca.

Sin embargo, el deber ético de cumplir con la palabra empeñada a mi querida amiga (honrando así su memoria), la importancia del tema, la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y la circunstancia de que mi anterior

trabajo no se publicó en la Argentina, me mueven a ampliar aquellas reflexiones (4), siempre parciales, pues se ocupan de los aspectos jurídicos de la cuestión.

¿Cuál es el tema de preocupación?

El diccionario de la Real Academia Española describe la palabra *conflicto*, en su tercera acepción, como una ‘situación desgraciada y de difícil salida’, y en la cuarta, como un ‘problema, cuestión, materia de discusión’; además, contiene la voz “conflicto colectivo”, pero no aparece “conflicto de intereses”. Claro está, se trata de una expresión moderna y, según numerosa doctrina, de origen anglosajón. En el diccionario de la Academia francesa apareció recién en el año 1932.

La modernidad de la palabra no debe hacer perder de vista la antigüedad de la noción misma que, al parecer, nació en el ámbito de la Ética

(1) “La Rochefoucauld”, cit. por MARIN, Jean Claude, “Rapport Introductif”, en PASQUALINI, F. (coord.), *Les conflits d'intérêts: fonction et maîtrise*, Ed. Société de Législation Comparée, París, 2013, p. 13.

(2) “Conflicto de interés en comunidades científicas pequeñas”, 05/11/2007, <http://www.mincyt.gob.ar/ministerio/comite-nacional-de-etica-en-la-ciencia-y-la-tecnologia-cecte-22>.

(3) El artículo se publicó bajo el título “Conflicto de intereses y bioética” en el *Journal International de Bioéthique*, nro. 25, París, junio 2014, nro. 2, ps. 51/77; y en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 8, CAUMONT-MARIÑO, López (dir.), Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, p. 1041.

(4) Me remito, pues, a toda la bibliografía allí citada. De cualquier modo, me veo obligada a reiterar algunos conceptos vertidos en ese trabajo.

y de la Religión; de allí, se trasladó al Derecho Romano continuando su marcha jurídica con el correr de los siglos (5). Así, al presentar el proyecto de Código Civil francés, recogiendo las máximas romanas, Portalis afirmó: “El Código Civil rechaza que uno pueda ser a la vez juez y parte. Como parte, uno puede buscar su propio bien particular; como autorizante, hay que trabajar para el bien de los demás” (6).

Por otro lado, la expresión conflicto de intereses es polisémica, o sea, tiene significados y funciones variadas, habiendo sido calificada de *proteiforme* y *difusa*, y descripta como con “*diferentes caras*” (7).

Para la mejor comprensión de la expresión, los autores distinguen entre (i) *intereses*, (ii) *vínculo* de intereses y (iii) *conflictos* de intereses. Todas las personas tienen algún interés: el interés del paciente, el del investigador, el del profesor, etc. Esos intereses suelen tener vínculos con otros; p. ej., el interés del investigador está ligado al del laboratorio para el cual trabaja y, normalmente, no son contradictorios entre sí; ambos trabajan para el progreso científico. Sin embargo, esos intereses pueden comenzar a ser de difícil administración cuando comienzan a ser opuestos. Así, uno de los conflictos más significativos en el área de la salud se presenta con la distribución de los fondos dedicados a la investigación científica.

Por otro lado, simplificando (con los riesgos propios de la simplificación), la expresión conflicto de intereses puede usarse con un sentido *amplio* y uno *estricto*.

Para explicar el sentido *amplio*, Carnelutti decía que “un conflicto entre dos intereses surge cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad confronta con la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta”. Agregaba que estos conflictos pueden ser de distinto tipo: “Si A y B tienen necesidad de alimentarse y hay alimento solo para uno, existe un conflicto de intereses entre dos personas; se trata de un conflicto entre dos intereses *individuales*. El conflicto puede presentarse entre un interés *individual* y uno *colectivo*, como el que surge entre el interés de A de circular libremente y el interés colectivo de la defensa del territorio. Puede aparecer, igualmente, entre dos intereses *colectivos*; p. ej., si los recursos del Estado no alcanzan para satisfacer simultánea y complementariamente las exigencias de instrucción pública y las de defensa nacional” (8). En el campo de la salud, un oncólogo brasileño afirma que “se está invirtiendo cinco veces más en medicamentos para la virilidad masculina y silicona para mujeres, que en la cura del Alzheimer. Mientras esto sucede, las tres grandes plagas de nuestro tiempo, el sida, la tuberculosis y la malaria, afectan a más de 460 millones de personas en el mundo y se cobran 5,6 millones de vidas al año; al mismo tiempo, cada 30 segundos, el paludismo acaba con la vida de un niño”.

Véanse los siguientes ejemplos de los diferentes tipos de conflictos descriptos por el autor italiano mencionado:

a) El tan declamado “*interés superior del niño*”, en sentido amplio, se enfrenta a otros intereses (9), tales como:

(5) MEKKI, Mustapha, “Introduction à la notion de conflits d'intérêts”, en *Les conflits d'intérêts*, Ed. Dalloz, París, 2013, p. 3.

(6) PORTALIS, Jean Étienne, “Discurso preliminar del Código Civil francés”, trad. Adela MORA, [https://archivo.uba.gov/bitstream/id/90883/discurso\\_portalis\\_hd31\\_2014.pdf](https://archivo.uba.gov/bitstream/id/90883/discurso_portalis_hd31_2014.pdf). Ver también la edición publicada en Buenos Aires por UBA-La Ley, 2004 con nota introductoria de ALTERINI, Jorge H., “Estudio introductorio al Discurso preliminar del Código Civil francés”, de Jean Étienne Marie PORTALIS y la publicada por Ed. Edeval, Madrid, 1978, traducida y con prólogo de Manuel RIVACOBRA y RIVACOBRA, quien afirma que este discurso es “una de esas obras que se citan más de lo que se leen y que suelen conocerse fragmentariamente”.

(7) MARIN, Jean Claude, “Rapport Introductif”, en PASQUALINI, F. (coord.), *Les conflits d'intérêts: fonction et maîtrise*, Ed. Société de Législation Comparée, París, 2013, p. 14.

(8) CARNELUTTI, Francesco, “Sistema de Derecho procesal civil”, Ed. Uteha, Buenos Aires, 1944, t. I, ps. 16-17.

(9) Compulsar, muy especialmente, excelente libro dirigido por JÁNTERA-JAREBORG, Maarit (ed.), “The child's interests in conflict”, Intersentia, Cambridge, 2016. En la obra se publican 9 artículos que aluden a situaciones vinculadas a la cultura, la religión, etcétera.

(i) *el de otros integrantes del grupo familiar (10)*: en materia patrimonial, cuando los padres suscriben contratos sobre bienes o servicios a cumplir por los hijos **(11)**; en los procesos de adopción, los invocados por la familia de origen **(12)**; en el ámbito de la salud, los causados por la religión de los padres, como sucede con las personas menores de edad, hijos de testigos de Jehová **(13)**; otras convicciones de los padres respecto a vacunas **(14)** y otros medicamentos, etcétera.

(ii) *el de terceros*, incluidos grupos culturales disidentes, por ej., los que hacen prevalecer supuestas pautas culturales sobre el derecho de la adolescente a su propio cuerpo **(15)**.

(iii) *el de la sociedad*, en el avance científico y la investigación en personas menores de edad, etcétera.

(b) En el ámbito de la bioética, el caso más evidente es, en la interrupción del embarazo, el conflicto que plantea el interés de la mujer y el protegido por la ley penal (sea que este último se identifique con el interés demográfico del Estado, con el valor que la sociedad concede a la esperanza de vida representada por el *nasciturus* o con la vida humana en proceso de desarrollo). Como es sabido, algunas leyes resuelven este conflicto a través de lo que se ha

dado el llamar sistema de “*indicaciones*” conceptualizadas, precisamente, como “supuestos de solución legal de diversos conflictos de intereses” **(16)**.

No es el único, ciertamente. Piénsese que la facultad de las personas de recurrir a la fecundación médicamente asistida ha sido reconocida como un derecho humano, tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos **(17)** como por la Corte Interamericana **(18)**. Algunos casos (*hard cases*) crean conflictos de intereses, como el de los padres que, teniendo un hijo enfermo, deciden tener otro, por un método asistido que les garantiza que el nuevo ser será compatible como donante para realizar el trasplante que necesita el hijo que adolece de una enfermedad grave. No faltan quienes sostienen que los padres han instrumentalizado al nuevo ser; sin embargo, igual reproche podría hacerse si el hijo es concebido de forma natural, con la diferencia que, en este supuesto, el instrumento puede resultar inútil si finalmente el niño nacido no resulta compatible.

Ese conflicto, puramente individual, puede convertirse en un conflicto de intereses públicos y colectivos si los padres requieren que ese costoso tratamiento sea cubierto por el sistema de la seguridad social. Cuando la cuestión llegó a un tribunal argentino, este ni siquiera se plan-

(10) ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel, “Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud”, Ed. Dykinson, Madrid, 2012; FASANO, Annamaria - MATONE, Simonetta, “I conflitti della responsabilità genitoriale”, Ed. Giuffrè, Milán, 2013; SATESURI, Aldo, “Il conflitto di interessi”, Ed. Giuffrè, Milán, 1999, ps. 29 y ss.

(11) El caso se presenta en numerosos países; ver, p. ej., FACCIOLI, Mirko, “La responsabilità precontrattuale ex art. 1338 CC del genitore per l’annullamento del contratto concluso in conflitto d’interessi con il figlio minore”, *Riv. Di Diritto Civile*, anno LIX, nro. 1, 2013, p. 194; del mismo autor, “L’annullabilità del contratto stipulato dal genitore in conflitto d’interessi con il figlio minore e la rilevanza della riconoscibilità del conflitto per il terzo”, en GABRIELLI, G. et al. (eds.), *Liber amicorum per Dieter Henrich*, Ed. Giappichelli, Torino, 2012, t. I, p. 125.

(12) La cuestión es analizada, incluso, en libros sobre Derecho de daños (ver, p. ej., IBARLUCÍA, Emilio, “El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2013, p. 121).

(13) Compulsar GOTARDO, Carolina, “Responsabilidad parental: conflicto de intereses entre menores y representantes legales y/o el Estado”, *Temas de Derecho civil. Persona y Patrimonio*, set. 2016, p. 71.

(14) El tema llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (12/06/2012, ED 250-45, RDFyP, nro. 8, setiembre 2012 8, p. 267; elDial.com - AA770D, publicado el 14/06/2012).

(15) Compulsar, entre muchos, DURÁN AYAGO, Antonia, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en CALVA CARAVACA, A. L. - CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2004, ps. 295 y ss.

(16) LAURENZO COPELLO, Patricia, “El aborto no punible”, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 3.

(17) Ver, p. ej., TEDH, “Dickson c. Reino Unido”, 04/12/2007, y más recientemente, “S. H. y otros c. Austria”, 01/04/2010.

(18) Caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, 28/11/2012.

teó la cuestión ética; simplemente, otorgó la cobertura. Así aconteció en un caso en que la búsqueda de cédulas compatibles por medio del INCUCAI resultó negativa, tanto en bancos nacionales como extranjeros; por eso, la única opción con posibilidad terapéutica de los padres era la realización de fertilización asistida precedida de un diagnóstico preimplantatorio. Un tratamiento anterior (realizado también por orden judicial) había fracasado, y los actores pedían una nueva cobertura. El 19/08/2010, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata resolvió: “Teniendo en cuenta que la práctica a realizarse no genera riesgo alguno para la salud de la persona por nacer (donante), ya que solo será utilizada la sangre del cordón umbilical en la extracción de células hematopoyéticas para el eventual trasplante alogénico (conf. surge de las Consideraciones Ético — Legales del Comité de Bioética del INCUCAI...), resulta procedente la medida cautelar solicitada”. En cambio, ese mismo tribunal, que no abordó la cuestión bioética del conflicto de intereses, quiso hacerse cargo de los embriones sobrantes: “Hasta tanto se dicte sentencia firme en autos, atento la ausencia de legislación específica sobre este tema, y teniendo en cuenta las sugerencias brindadas por el Comité de Bioética del INCUCAI, corresponde disponer la crio-preservación *in vitro* de los embriones restantes no utilizados en la práctica por no resultar histocompatibles con L. M., en condiciones que mantengan su vitalidad y completa integridad” (19).

(c) Los conflictos son generalmente graves cuando confrontan intereses colectivos, como son los del ambiente, con los de algunos sectores económicos: “agua para riego o para explotación minera”; “explotación minera o pobreza”,

etc.; del mismo modo, cuando está en juego la conservación del patrimonio cultural y el derecho individual de propiedad (20), etcétera.

En fin, en este sentido amplio, la expresión es compartida por las ciencias jurídicas, económicas y otras (21); de allí la gran cantidad de supuestos que podrían plantearse, judicial y extrajudicialmente.

La judicialización ha mostrado (i) la obsolescencia de los procedimientos, ineficaces para resolver estas cuestiones, y (ii) la necesidad de mayor transparencia, para que la sociedad no desconfie de los jueces (22).

Resta decir que no hay que creer que todo conflicto es malo; cuando las decisiones son sabias, muchos se resuelven a través del *equilibrio* de intereses y la aplicación del principio instrumental de *proporcionalidad*. Por eso, dice un autor italiano: “Los intereses no aman la soledad; aman vivir en grupo, y cuando se encuentran en conflicto se sienten cómodos; el conflicto es su ‘hábitat’” (23).

## II. El conflicto de intereses en sentido estricto

---

### II.1. Concepto

Estas líneas están destinadas al conflicto de intereses en sentido *estricto*.

Los autores coinciden en la dificultad de dar un concepto de conflicto de intereses que sea claro y que comprenda el mayor número de casos posibles; por eso, ningún ordenamiento jurídico

(19) Ver *eldial.com* - AA62B7.

(20) CRISALLE, Federico - SPANO, Lucena, “Patrimonio cultural: un choque de intereses”, en SOZZO, Gonzalo (dir.), *La protección del patrimonio cultural. Estudios socio-jurídicos para su construcción*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2009, p. 141.

(21) DESCALZI, José P., “Reflexiones sobre el conflicto de intereses”, *Rev. Espacio*, nro. 15, año 5, abril 2004, p. 10; REVECO URZÚA, Ricardo, “Una aproximación al conflicto de intereses en el código civil chileno”, en MARTINIC, María Dora - TAPIA, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 749.

(22) VERBIC, Francisco, “Un nuevo proceso para conflictos de interés público”, LA LEY 2014-F, 805, cita online: AR/DOC/3251/2014.

(23) DE NOVA, Giorgio, “Gli interessi in conflitto e il contratto”, *Riv. di Diritto Privato*, nro. 1, año IX, 2004, p. 241; y en *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Ed. Cedam, Padua, 2011, p. 525.

define, más allá de algunos conceptos válidos para algunos campos determinados (24).

Por mi parte, me limito a señalar cuales son las situaciones de las que voy a ocuparme; son aquellas en las que “los intereses de un sujeto, que tiene poder de decisión, aparecen en contradicción con los de otra persona a la cual debe representar, defender o al menos respetar” (25).

### II.2. Importancia

Como adelanté, el tema es antiguo; ahora bien, la preocupación reciente por prevenir y manejar los conflictos de interés obedece a una nueva dimensión del problema, causada, entre otras razones, por la complejidad de la sociedad contemporánea, la interdependencia de los diferentes actores económicos, la desconfianza creciente del individuo frente a los diversos tipos de poderes, la necesidad de transparencia e imparcialidad (26) etcétera.

Por eso, no deben extrañar los permanentes conflictos de intereses en los que empresarios, políticos, profesionales, académicos, etc. están o parecen estar implicados (27). Un economista dijo que “el conflicto de intereses está transformando el mundo en el que vivimos, confiriéndole una fisonomía que nos resulta difícil reconocer; permea la economía, las finanzas, el mercado, la política y hasta los usos y costumbres. Lo peor es que en muchos casos, en el fondo, se lo considera un hecho normal” (28). En el mismo sentido, se sostiene “su omnipresencia, en tanto es transversal y toca todos los dominios” (29), “prueba de ello es que la noción ha sido debatida recientemente ante la Corte Suprema de los EE. UU., en el Parlamento de Quebec, Canadá y en los medios de comunicación masiva” (30). Más categóricamente, se da un paso más al señalar que “los conflictos de intereses son la antesala de la corrupción. La puerta giratoria entre el sector privado y el público es un problema, sobre todo cuando los

(24) THOMAS, Éric, “L’entreprise face au conflit d’intérêts. Le conflit d’intérêts: sphère publique/sphère privée. Conclusion”, *Rev. Internationale de Droit Comparé*, nro. 3, juillet-septembre 2016, p. 572.

(25) REVECO URZÚA, Ricardo, “Una aproximación al conflicto de intereses en el código civil chileno”, en MARTINIC, María Dora - TAPIA, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 749; una noción similar expresa CUIF, Pierre-François, “Le conflit d’intérêts. Essai sur la détermination d’un principe juridique en droit privé”, *Rev. Trim. de Droit Commercial e droit économique*, nro. 1, 2005, p. 1.

(26) MARIN, Jean Claude, “Rapport Introductif”, en PASQUALINI, F. (coord.), *Les conflits d’intérêts: fonction et maîtrise*, Ed. Société de Législation Comparée, París, 2013, p. 13.

(27) En Francia, en lo que va del nuevo milenio, se han organizado importantes jornadas dedicadas al tema; p. ej., (i) Coloquio de 02/04/2006, en Deauville, bajo el título “Les conflits d’intérêts, une question majeure pour le droit des affaires au XXI siècle”; (ii) Coloquio de 25/11/2011, en Aix en Provence, organizado por el CERJDA [ver VIRASSAMY, Georges (dir.) “Les conflits d’intérêts”, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2015; el libro contiene diez trabajos]; (iii) Coloquio de 18/10/2012, organizado por la Société de Législation comparée, en París, publicadas por esa misma asociación, con la coordinación de F. PASQUALINI, bajo el título “Les conflits d’intérêts: fonction et maîtrise” (el libro contiene 24 artículos que dan amplias referencias al tema en Francia, EE.UU., Italia, Alemania, Japón, Luxemburgo, Marruecos, y Holanda); (iv) Jornadas Nacionales organizadas por la prestigiosa Association Henri Capitant en Lyon, el 20/11/2012 (las ponencias fueron publicadas bajo el título “Les conflits d’intérêts”, por Dalloz, en París, 2013. El libro acoge 16 trabajos); (v) Coloquio de 06/11/2015, organizado nuevamente por la Société de Législation Comparée, en la sede del Consejo de Estado, París, etcétera.

(28) ROSSI, Guido, “Il conflitto epidémico”, Ed. Adelphi, Milán, 2003, 3ª ed., ps. 14 y ss. y 119 y ss. Numerosos autores señalan que, lastimosamente, la gente tiene por normal actuar en conflicto de intereses en las diversas áreas. Para la cuestión en medicina, ver SMITH, Richard, “Beyond conflict of interest. Transparency is the key”, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1113625/>.

(29) SATESURI, Aldo, “Il conflitto di interessi”, Ed. Giuffrè, Milán, 1999, p. 5; CASTRES SAINT-MARTIN, Constance, “Les conflits d’intérêts en arbitrage commercial international”, Ed. l’Harmattan, París, 2016, p. 17. El autor sostiene que “el arbitraje está enfermo”, “los conflictos de interés son una patología” (p. 27).

(30) GARANT, Patrice, “Les conflits d’intérêts en droit public. Quoi de neuf sou le soleil canadien?”, en *Les conflits d’intérêts*, Ed. Dalloz, París, 2013, p. 207.

## Conflicto de intereses en la ciencia y en la investigación

funcionarios no registran la existencia del conflicto o no comprenden acabadamente la gravedad del problema en cuanto a la legitimidad de las políticas públicas y las decisiones que adoptan” (31).

### II.3. Algunos presupuestos de la existencia de la figura

Se suelen indicar los siguientes presupuestos para la existencia de un conflicto de intereses en sentido estricto:

(i) intereses contrapuestos e incompatibles entre sí, y

(ii) riesgo de que la persona en quien se deposita la confianza pueda llegar a actuar indebidamente. Se trata, entonces, de una situación que puede dar lugar a conductas indeseables, independientemente de que dichas conductas efectivamente se produzcan o no (32). O sea, el

daño puede ser efectivo o *potencial*; el conflicto supone el riesgo de un daño, pero no exige su realización efectiva, por lo que el acto celebrado puede ser simplemente nulo, sin que opere la obligación resarcitoria, porque no hay daño.

### II.4. La voz “conflicto de intereses” en algunas leyes argentinas

Como adelanté, la expresión conflicto de interés es más o menos moderna. Por eso, no figuraba en el Código Civil ni en el Código de Comercio que rigieron hasta agosto de 2015. Ciertamente, estos ordenamientos jurídicos, aunque sin esta terminología, preveían diversos casos configurativos (33), al igual que la ley de Sociedades y otras relativas al mercado (34); en los últimos tiempos, incluso, se puso “de moda” el conflicto de intereses entre el cliente y el banco que le aconseja adquirir títulos emitidos por entes privados o públicos que finalmente resultan impagos (35).

(31) FERREYRA RUBIO, Delia, presidenta de Transparencia Internacional, entrevista publicada en Diario *La Nación*, 10/12/2017, <https://www.lanacion.com.ar/2089475-delia-ferreira-rubiolos-conflictos-de-intereses-son-la-ante-sala-de-la-corrupcion>.

(32) ARGANDONA, Antonio, “Conflicto de intereses: el punto de vista ético”, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ y otros (coord.), *El paradigma de la ética económica y financiera*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 37.

(33) El art. 1908 decía: El mandatario no ejecutará fielmente el mandato, si hubiese oposición entre sus intereses y los del mandante, y diese preferencia a los suyos. Para esta hipótesis clásica ver, entre otros, HINESTROSA, Fernando, “La representación”, Ed. Universidad del Externado, Bogotá, 2008, cap. XX, ps. 303 y ss.; MAFFEIS, Daniele, “Conflitto di interessi nel contratto e rimedi”, Ed. Giuffrè, Milán, 2002; GRANELLI, Carlo - STELLA, Giovanni, “Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza”, Ed. Giuffrè, Milán, 2007 (en esta obra se agrupan ocho trabajos de distintos autores que presentaron sus respectivas comunicaciones al Convenio celebrado en Pavia los días 13/14 octubre de 2006 sobre el tema); TERRANOVA, Giuseppe, “Conflitti d’interessi e giudizio di merito nelle soluzioni concordate delle crisi d’impresa”, en SABINO, Fortunato et al. (eds.), *La riforma della legge familimentarie*, Ed. Giuffrè, Milán, 2011, p. 163; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “Autocontratación y conflictos de intereses en el derecho privado español”, Ed. Colegio de Registradores de la propiedad, Madrid, 2005; de la misma autora, “Los principios de derecho europeo de los contratos y el conflicto de intereses en la representación”, en *Anuario de Derecho Civil* 2002-B-1751; LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena, “Conflicto de intereses y comisión mercantil”, Ed. Reus, Madrid, 2009; GABRIELLI, Giovanni, “Il conflitto di interessi autorizzato”, *Contratto e impresa*, 2007-1-97; D’ANGELO, Andrea, “Regole di soluzione dei conflitti di interessi e natura del rapporto”, en CABELLA PISU, Luciana (ed.), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Ed. Cedam, Padua, 1998, p. 345; RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, “El conflicto de intereses y la representación”, en MATILLA CORREA, Andry (coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba, Estudios en homenaje al profesor C. Julio Fernández Bulté*, Ed. Universidad de La Habana, La Habana, 2009, p. 792. La cuestión ha sido abordada también desde la deontología cuando se trata de conflicto entre abogado y cliente (ver LEMPEREUR, Alain et al., “Conflits d’intérêts économiques entre avocats et clients”, *Le Dalloz*, nro. 21, 2003, 29/05/2003, p. 1380).

(34) Ver, entre otros, SOLIMENA, Luigi, “Il conflitto di interessi dell’amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata”, Ed. Giuffrè, Milán, 1999.

(35) Para la normativa comunitaria destinada a evitar estos conflictos de intereses y también para los casos resueltos en Italia, ver LONGHINI, Pietro, “Servizi finanziari telematici”, Ed. Giuffrè, Milán, 2006, p. 126;

El nuevo Cód. Civ. y Com., en cambio, menciona expresamente el conflicto de intereses en los arts. 26 (36), 109 (37), 1324, inc. c) (38) 1325 (39) y 1673 (40) del Cód. Civ. y Com.

El derecho público conoce la expresión desde antes de agosto de 2015. Así, p. ej., el art. 41 de la ley 25.188 de Ética de la Función Pública dice: “A fin de preservar la independencia de criterio y el principio de equidad, el funcionario público no puede mantener relaciones ni aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo. Tampoco puede dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar ni prestar servicios, remunerados o no, a

personas que gestionen o exploten concesiones o privilegios o que sean proveedores del Estado, ni mantener vínculos que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el órgano o entidad en la que se encuentre desarrollando sus funciones”. Por su parte, el art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscripta por nuestro país y aprobada por ley 24.759 dispone que los Estados Partes convienen aplicar medidas preventivas que incluyen normas para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, “orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones” (41).

---

ENRIQUES, Luca, “L’intermediario in conflitto di interessi nella nuova disciplina comunitaria dei servizi di investimento”, en GALGANO-VISINTINI (ed.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia; mercato finanziario e tutela del risparmio*, Ed. Cedam, Padua, 2006, p. 183; MAFFEIS, Daniele, “Contro l’interpretazione abrogante della disciplina preventiva del conflitto di interessi (e di altri pericoli) nella prestazione dei servizi di investimento”, *Riv. di Diritto Civile*, 2007, parte seconda, ps. 71 y ss.; del mismo autor, “Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine”, en BANCA, Borsa, *Titoli di credito*, 2004-II-452; OSTUNI, L. D., “Il conflitto di interessi- ipotesis di conflitto e violazione dell’art. 27 del Regolamento Intermediari”, en ZITIELLO, Luca (ed.), *La giurisprudenza sul cosiddetto “risparmio tradito”; raccolta ragionata delle sentenze sul contenzioso tra banche e clienti relativo ai recenti casi di default*, Ed. ITA, Torino, 2005, p. 39; CESARINI, Francesco, “I conflitti di interesse nell’erogazione del crédito”, en ABBADESSA, Pietro (ed.), *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2007, p. 95; PELLEGRINI, Mirella, “Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari”, en CAPRIGLIONE, Francesco (ed.), *I contratti dei risparmiatori*, Ed. Giuffrè, Milán, 2013, p. 203. Para la visión francesa, ver STOUFFLET, Jean, “Conflits d’interets dans l’activité bancaire”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Álvarez*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 529; BONDIL, Frédéric, “Les conflits d’intérêts en droit boursier”, en VIRASSAMY, Georges (dir.), *Les conflits d’intérêts*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2015, p. 43.

(36) Art. 26– ...En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

(37) Art. 109.– Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes...

(38) Obligaciones del mandatario. Art. 1324, inc. c) informar sin demora al mandante de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación del mandato.

(39) Art. 1325.– Conflicto de intereses. Si media conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, este debe posponer los suyos en la ejecución del mandato, o renunciar. La obtención, en el desempeño del cargo, de un beneficio no autorizado por el mandante, hace perder al mandatario su derecho a la retribución.

(40) Art. 1673.– “El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

(41) El tema de fondo, aunque sin esa terminología, está previsto –incluso penalmente– desde hace muchos años, en el art. 265 del Cód. Penal argentino, referido a las “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”. Un buen resumen de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la normativa penal citada en el texto se encuentra en DONNA, Edgardo A., “El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia”, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 2010, t. II, ps. 448 y ss.

## II.5. Una regla general de interpretación de la normativa

Se afirma, con razón, que la interpretación de estas normas requiere descartar “el enfoque formal y literal de las disposiciones vigentes; por el contrario, necesita una mirada profundamente comprometida. Están en juego no son sólo principios y valores esenciales para la preservación de las instituciones; está en riesgo el patrimonio público y la vigencia de condiciones igualitarias para todas las personas” (42).

## III. Los conflictos de intereses en sentido estricto en el ámbito de la ciencia

### III.1. Conceptos básicos

En el área de las ciencias vinculadas a la salud, los autores suelen reproducir la descripción de Dennis Thompson: “el conflicto de interés es la situación en la que el juicio de un profesional concerniente a su interés primario (la salud de los enfermos o la integridad de una investigación) tiende a estar indebidamente influenciado por un interés secundario (de tipo económico o personal)” (43).

Para los supuestos de personas que deben decidir (p. ej., integrantes de jurados, de comités de éticas, de comisiones evaluadoras, peritos,

etc.) el conflicto se verifica cuando “se confía la responsabilidad de decidir a un sujeto que tiene intereses personales o profesionales en conflicto con la imparcialidad requerida por tal responsabilidad, que puede debilitarse vistos los propios intereses en la causa” (44); así, p. ej., la situación que se plantea entre el profesional y la paciente cuando surgen vínculos sentimentales entre ellos (45); en otros, simplemente, son inherentes a circunstancias derivadas de la compleja organización social de la vida académica (46). En este sentido, la *Food and Drug Administration* de los EE. UU. declara que los intereses financieros de la persona (que incluye ofrecimiento de empleo, antecedentes e intereses comparables, y los de otros individuos asimilados al funcionario (cónyuge, hijo, organización de la que forma parte) son incompatibles con los peritajes (47) etcétera.

También en este ámbito los conflictos pueden estar motivados en razones que no son económicas; por ej., el afán de poder, fama, etc. La lucha por las “prioridades” es un clásico. Se recuerda la honestidad de Charles Darwin cuando, habiendo recibido el manuscrito de Alfred Russel Wallace con observaciones y conclusiones semejantes a las propias, presentó a la consideración pública, de modo simultáneo, su texto y el del explorador del archipiélago malayo. Pero ese reconocimiento no siempre es

(42) DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “Ética pública, funcionarios y conflictos de intereses”, LA LEY 2016-D-1322, cita online: AR/DOC/2023/2016.

(43) THOMPSON, Dennis F., “Understanding Financial Conflicts of Interest”, *The New England Journal of Medicine*, nro. 8, vol. 329, agosto 19, 1993, ps. 573-576, reproducida, entre otros, por LÓPEZ GUZMÁN, José, “Aspectos económicos e ideológicos de la investigación biomédica: los conflictos de intereses”, en BALLESTEROS (coord.), *Biotechnología y posthumanismo*, Ed. Thomson, Madrid, 2007, p. 284; GRECO, D. - DINIZ, N. M., “Conflicts of interest”, *Journal international de bioéthique*, vol. 19, 2008, p. 144; ESSADO RIOS, Leonardo, “Uma abordagem ética do conflito de interesses na área de saúde”, *Rev. BioEthiKos*, nro. 4, vol. 7, oct./dic. 2013, p. 398; KOPER, Megan - TIMOTH, Tania B., “Media Portrayal of Conflicts of Interest in Herbal Remedy, *Clinical Trials*”, disponible en: [www.law.ualberta.ca/centres/hli/userfiles/Koper-Bubela-Caulfield-Boon.pdf](http://www.law.ualberta.ca/centres/hli/userfiles/Koper-Bubela-Caulfield-Boon.pdf).

(44) MAGRI, Matteo, “La rappresentanza nel contratto”, Ed. Cedam, Padua, 2007, p. 148.

(45) MUSOLINO, Giuseppe, “Il professionista e i rapporti affettivi con il cliente”; PASCHETTI, Nicoletta, “Le relazioni sentimentali dello psicoterapeuta con il paziente”, ambos en CENDON, Paolo (eds.), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Ed. Cedam, Padua, 2004, ps. 4075 y 4107. Coinciden en que, a falta de normas específicas en el Código Civil, rigen las reglas deontológicas.

(46) Este es el supuesto que trató el Comité Nacional de ética en Ciencias y Tecnología al analizar la cuestión de los investigadores que integran los organismos evaluadores en comunidades científicas pequeñas, en las que es altamente probable tener vínculos de diverso tipo, al que me refiero al comienzo de este trabajo.

(47) Cit. por MORET-BAILLY, J., “Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire”, resumido en *Rev. Investigación* 3-2004-635.

espontáneo; así, Luc Montagnier, del Instituto Pasteur de París, se enfrentó a Robert Gallo, de California, USA, en una disputa en torno al descubrimiento del virus del sida, habiéndose esclarificado, recién con posterioridad, que mientras el primero descubrió el virus, el segundo implementó la técnica para su identificación (48).

### III.2. Importancia específica

Una prestigiosa revista francesa *Journal International de Bioéthique* dedicó uno de sus números al conflicto de intereses. El director señaló en el prólogo: “la medicina, que en un mundo globalizado se ha convertido en un mercado y en una disciplina abierta a la competencia entre investigadores y laboratorios, no escapa a las tentaciones susceptibles de influencia” (49). Uno de los trabajos publicados describe la gravedad de la situación: “En una sociedad en la que la ciencia es percibida como el principal motor del progreso humano, las decisiones deben ser expresadas de modo objetivo e imparcial. Todo conflicto de interés en la producción y el análisis de los conocimientos es susceptible de afectar la *objetividad*, carácter que garantiza la imparcialidad y la pertinencia de este gobierno fundado en la ciencia. El hombre de ciencia, como cualquiera que se encuentra frente a un conflicto de intereses, difícilmente lo reconoce, y si lo admite, siempre encontrará razones para justificarse. La influencia de las afinidades y de las hostilidades interpersonales es tan poderosa

en las actividades científicas como en las actividades industriales” (50).

Estos conflictos están presentes, especialmente, en el ámbito de los medicamentos. Así, se recuerda el caso que, en Francia, involucró a los laboratorios Servier, fabricantes de un producto denominado Benflorex o *Mediator*, para combatir la diabetes, que causó numerosos daños cardiovasculares (se calcula que en ese país murieron entre 500 y 1000 personas) (51); el medicamento comenzó a ser comercializado en 1976 y se retiró del mercado recién en 2009 siendo que, en USA fue sacado de la venta poco tiempo después de su lanzamiento; el periodismo francés denunció que ese laboratorio había concluido contratos con funcionarios responsables de la salud pública, que omitieron todos los controles y, por eso, la venta al público fue posible durante tantos años (52).

Ciertamente, los resultados de la ciencia tienen amplia resonancia en la opinión pública a través de los medios masivos, que no siempre los “traducen” del modo correcto; por otro lado, los conflictos de intereses pueden influir en esa información; así, p. ej., una empresa puede tener interés en retardar la publicación de resultados exitosos de una investigación si esto supone que ya no se venderá un medicamento del que existe aún una gran producción; o en no publicar los resultados negativos de pruebas que indican peligrosidad de dicho fármaco o de cual-

(48) Datos recordados por LOLAS STEPKE, Fernando - RODRÍGUEZ YUNTA, Eduardo, “Conflictos de interés en la investigación biomédica y psicosocial”, en LOLAS, Fernando *et al.* (eds.), *Investigación en salud. Dimensión ética*, Ed. Cieb, Santiago de Chile, 2006, p. 235. Lolas ha dedicado otras páginas a esta cuestión; ver, p. ej., “Consecuencias de los conflictos de intereses”, en *Bioética en América Latina. Una década de evolución*, Centro interdisciplinario de estudios en Bioética, Santiago de Chile, 2010, p. 51.

(49) BIK, Christian, “Les conflits d'intérêts en médecine”, *Journal International de Bioéthique*, nro. 25, París, junio 2014, nro. 2, p. 11.

(50) HERMITTE, M. A. - LE COZ, P., “La notion de conflit d'intérêts dans les champs de la santé et de l'environnement: regards philosophique et juridique”, *Journal International de Bioéthique*, nro. 25, París, junio 2014, nro. 2, p. 19.

(51) LA ROSA RODRÍGUEZ, Emilio, “Bioética, medicamentos, conflicto de intereses y control de calidad”, *Rev. Derecho PUCP* nro. 69 “Bioética y Derecho”, Lima, 2012, p. 249.

(52) El caso es citado por MEKKI, Mustapha, “Introduction à la notion de conflits d'intérêts”, en *Les conflits d'intérêts*, Ed. Dalloz, París, 2013, p. 3 ; en la misma obra, por ROUSSET, Guillaume, “Les conflits d'intérêts dans le domaine de la santé: des enjeux essentiels aux solutions incertaines” (p. 181); también por CASTRES SAINT-MARTIN, Constance, “Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international”, Ed. l'Harmattan, París, 2016, p. 17.

quier otro producto (53); o por el contrario, publicar de modo sensacionalista la existencia de un medicamento cuyos resultados no son todavía plenamente ciertos, u ocultar los resultados negativos, que impedirían volver a experimentar, del mismo modo, con otros seres vivos. A veces, estas situaciones se producen porque los contratos celebrados entre el científico y la empresa que financia imponen cláusulas de confidencialidad, o por otras causas que de un modo u otro condicionan la autonomía del investigador (54).

En el ámbito estrictamente académico, los conflictos de interés pueden provocar situaciones de inequidad y uso indebido de fondos públicos cuando se adjudican subsidios o se otorgan beneficios o reconocimientos de diversa naturaleza a quien no lo merece, en detrimento de quien lo amerita. Esta situación, como mínimo, menoscaba la confianza de la sociedad respecto de la ciencia y de la comunidad científica, además de infligir un injusto perjuicio moral al investigador honesto cuya integridad puede ser puesta en duda por la existencia de una situación de conflicto de interés que, quizás, él no ha provocado.

### III.3. Algunas características específicas de los conflictos de interés en el área de la salud

En general, los conflictos de intereses en el ámbito de las ciencias de la salud se caracterizan por (55):

(i) La multiplicidad de sujetos implicados: entre otros, profesionales (médicos, paramédicos, etc.), investigadores, hospitales, laboratorios, visitantes médicos, pacientes, poderes públicos, peritos, etc.

(ii) La diversidad de conflictos que pueden cruzarse entre todos ellos. Así, por ej., en Francia, en diversas ocasiones, el Consejo de Estado ha debido pronunciarse sobre expertos que dieron opiniones en casos en los que tenían vínculos estrechos con los laboratorios implicados.

(iii) La gran cantidad de prácticas que pueden terminar en un conflicto de intereses: regalos directos e indirectos, patrocinio de actividades culturales y científicas (realización de seminarios, mesas redondas, conferencias, etc. financiadas por la industria farmacéutica), financiamiento de cátedras académicas o de asociaciones de profesionales (56), etcétera.

(iv) Una proporción importante de estos conflictos provienen de las fuentes del financiamiento de la investigación científica. En USA, el apoyo de la industria privada a la investigación biomédica aumenta año a año. Ese financiamiento creciente de la investigación por parte de la industria farmacéutica y la internacionalización de los experimentos con sujetos humanos provenientes de países pobres han profundizado la necesidad de proteger a los sujetos y comunidades más vulnerables (57).

(53) Así, p. ej., durante años, las tabacaleras, aunque tenían información sobre el potencial cancerígeno de los cigarrillos, ocultaron los datos y sus estrategias (procedimiento de alcalinización de la hoja para incrementar la entrega de nicotina al organismo). En el ámbito individual, la reticencia de la información puede incidir, igualmente, en el contrato de seguro de vida (Ver, entre muchos, SILVA, Alicia A., "El genoma humano y los contratos de seguros. Una cuestión de conflicto de intereses", en *Rev. jurídica Argentina del seguro, la empresa y la responsabilidad*, nros. 43/44, Buenos Aires, 2003, p. 19).

(54) MUÑOZ, Emilio, "Percepción pública y biotecnología; patrón de conflicto entre información, conocimiento e intereses", en IÁÑEZ PAREJA, Enrique (coord.), *Plantas transgénicas: de la Ciencia al Derecho*, Ed. Comares, Madrid, 2002, p. 111. El tema tiene tanta significación desde la perspectiva ética que el CAICYT, dependiente del CONICET, ofreció para el 2011 un curso sobre "Aspectos éticos en el tratamiento de la información científica".

(55) Sigo a ROUSSET, Guillaume, "Les conflits d'intérêts dans le domaine de la santé: des enjeux essentiels aux solutions incertaines", en *Les conflits d'intérêts*, Ed. Dalloz, París, 2013, p. 183.

(56) LA ROSA RODRÍGUEZ, Emilio, "Bioética, medicamentos, conflicto de intereses y control de calidad", *Rev. Derecho PUCP*, nro. 69 "Bioética y Derecho", Lima, 2012, p. 249.

(57) ARGANDOÑA, Antonio, "Conflicto de intereses: el punto de vista ético", en IBÁÑEZ JIMÉNEZ y otros (coord.), *El paradigma de la ética económica y financiera*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 33. Así, p. ej., los códigos de deontologías franceses prohíben a los médicos dar consultas en locales comerciales en los que se venden

### III.4. La prevención y la sanción. Pautas generales que debería cumplir la normativa

Para algunos autores, estos conflictos son inevitables (58); eliminarlos por completo es utópico, por lo que “el énfasis debe ponerse en prevenirlos, entenderlos y manejarlos, todo lo cual sugiere la conveniencia de diseñar un sistema de detección y resolución por anticipado, de modo que cuando se produzcan, toda la organización y sus integrantes sepan qué hacer” (59).

Ciertamente, “más vale prevenir que curar”; si no se ha tenido éxito en la prevención, recién entonces hay que sancionar (60).

Por eso, resulta necesario señalar algunas pautas generales que, equilibradamente, la normativa debería contemplar teniendo en consideración que, por un lado, como se ha dicho, el conflicto de interés tiene directa vinculación con la transparencia, la equidad, la necesaria confianza de la sociedad en la ciencia y, por el otro, se requiere que estas situaciones no comprometan la necesaria promoción de transferencia de tecnología entre la investigación académica y el sector productivo (61).

La eficacia de esa normativa requiere:

(i) Intentar una cuidadosa descripción de la situación, que permita la correcta aplicación (62);

(ii) Realizar un continuo análisis de la situación a nivel internacional, desde que, frente a la globalización, es conveniente adelantarse a los problemas y armonizar;

(iii) Ser objeto de revisión periódica, dados los constantes cambios sociales.

Siguiendo estas líneas generales, el glosario de la *Guía para Investigaciones con Seres Humanos* aprobada por resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud de la República Argentina el 13/09/2011, dice que hay conflicto de intereses “toda vez que un interés primario, tal como el bienestar de un paciente o la validez de una investigación, puede verse afectado por un interés secundario, tal como una ganancia económica, prestigio profesional o rivalidades personales”; además, entre otras normas, dispone que los Comité de Ética en la Investigación (CEI) deben: “evitar que todo miembro que tenga un interés directo en un proyecto participe en la evaluación y la decisión acerca del mismo”; “poner especial cuidado en evitar toda conducta no ética, incluyendo los conflictos de intereses que pudieran surgir en las evaluaciones”. Más adelante, al regular el control sobre esos comités, dispone que se designa un supervisor, que debe ser independiente de ese organismo y que “debe declarar cualquier real o potencial conflicto de intereses con un CEI y, si se determinase la existencia de un sustancial conflicto

---

aparatos que ellos utilizan o prescriben para ser adquiridos por sus pacientes (cit. por CUIF, Pierre F., “Le conflit d’intérêts. Essai sur la détermination d’un principe juridique en droit privé”, *Rev. Trim. de Droit Commercial e drit économique*, nro. 1, 2005, p. 1).

(58) CAMI, Jordi, “Conflicto de intereses e investigación clínica”. “Debe reconocerse que la financiación de proyectos científicos depende cada vez más de los recursos procedentes de la industria farmacéutica y sanitaria”.

(59) LOLAS STEPKE, Fernando - RODRÍGUEZ YUNTA, Eduardo, “Conflictos de interés en la investigación biomédica y psicosocial”, en LOLAS, Fernando *et al.* (eds.), *Investigación en salud. Dimensión ética*, Ed. Cieb, Santiago de Chile, 2006, p. 233.

(60) CABRILLAC, Rémy, “Les conflits d’intérêts en droit civil”, en PASQUALINI, F. (coord.), *Les conflits d’intérêts: fonction et maîtrise*, Ed. Société de Législation Comparée, París, 2013, p. 237. En realidad, este es el método que el derecho utiliza para otras clases de conflictos. Así, p. ej., se prohíbe a los padres contratar con sus hijos menores de edad, o al tutor con la persona protegida (arts. 689, 120, etc.) para evitar ese conflicto de intereses. Si se contrató en contra de la previsión, entonces, el ordenamiento sanciona el acto con la nulidad (ACQUARONE, María y otros, “Comentario art. 957”, en CLUSELLAS, Eduardo G., *Código civil y comercial*, Ed. Astrea y FEN, Buenos Aires, 2015, t. 3, p. 676).

(61) Compulsar una visión económica del conflicto en LÓPEZ CEBRIÁN, Pilar, “Complejidad en el diseño de ensayos clínicos. Conflicto de intereses”, en FEITO, L. (ed.), *Investigación, desarrollo e innovación. Cuestiones éticas*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005, p. 117.

(62) Como se adelantó, llegar a una definición correcta es tarea extremadamente difícil.

de intereses, la autoridad de aplicación deberá asignar la tarea a otro supervisor”.

### III.5. Algunas medidas específicas a tomar por la persona que está implicada en un conflicto de interés

Como mínimo, esta normativa debería contener un sistema de incompatibilidades, de prohibiciones de recibir todo tipo de ventajas, directas o indirectas, prever la obligación de declarar los vínculos de interés; sanciones pecuniarias muy altas para el incumplimiento, etcétera.

En este sentido, entre otras medidas concretas, pueden mencionarse:

(i) Obligación de informar a los posibles perjudicados la existencia del conflicto (*disclosure*): la declaración *pública* de los intereses existentes es la principal medida para la prevención de conflictos. La mera existencia de intereses secundarios exige tanto su declaración previa como su vigilancia, mecanismo que permite garantizar la integridad del interés primario. Específicamente, cuando un paciente es invitado a participar en ensayos clínicos, debe ser informado de los acuerdos económicos realizados entre médicos y patrocinadores.

(ii) Separación voluntaria, o por recusación formulada por alguien que conoce la situación.

(iii) Apertura a otras personas que puedan competir en el mismo sector y si no existen en el país, convocar en el extranjero.

(iv) Abandono de los intereses privados por parte de quien maneja los intereses colectivos; por ej., un candidato a Ministro de Salud debería vender las acciones de la empresa que dirige y que presta servicios a través de contrataciones públicas.

### IV. Un *leading case* del derecho norteamericano que sirve para el derecho latinoamericano

Cuando se habla de conflicto de intereses en la investigación científica es casi imposible silenciar la sentencia de la Suprema Corte del estado de California, EE. UU., del 09/07/1990, recaída en *Moore c. Golde* y otros, verdadero *leading case* en la materia (63).

Moore, afectado de un cáncer, reivindicó para sí parte de los beneficios resultantes de la explotación de una patente obtenida de las secuencias genéticas descubiertas en las muestras del bazo, órgano que le había sido extraído durante una operación y su ulterior tratamiento. El juicio se inició contra (i) David Golde (el médico que atendía a Moore) en el Medical Center de la Universidad de Los Ángeles; (ii) los directivos de la Universidad (Regents); (iii) Quan, un investigador empleado por la Universidad; (iv) el Genetic Institute, y (v) Sandoz Pharmaceuticals Corporation (titular de la patente).

El tribunal tuvo por cierto los siguientes hechos: Moore visitó el Medical Center en octubre de 1975, al poco tiempo de haber sido informado que tenía leucemia. Después de ser hospitalizado, se le sacó una importante cantidad de sangre, se le aspiró médula ósea y otras sustancias y el médico Golde confirmó el diagnóstico. A los dos días de su internación, se le recomendó la extracción del bazo; el médico le dijo que tenía buenas razones para temer por su vida y le propuso la operación como terapia necesaria. Moore autorizó la operación. Antes de la intervención quirúrgica, Golde y Quan hicieron un acuerdo relativo al bazo que se iba a extraer; más aún, Golde dio a Quan instrucciones por escrito. Los cirujanos del Medical Center (que no fueron demandados) removieron el bazo el 20 de octubre de 1976 y lo entregaron a Golde

(63) El caso Moore es relatado por numerosos autores. Ver ALPA, Guido *et al.*, “Atipicità dell’illecito”, Ed. Giuffrè, Milán, 3ª ed., 1993, p. 15; RODOTÀ, Stefano, “Ipotesi sul corpo ‘giuridificato’”, en *Tecnologie e diritti*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1995, p. 181; GALLOW, Jean Christophe, “La préfiguration”, *Rev. International de Droit Comparé*, nro. 3, 1992, p. 589; MACKAAY, Ejan, “Penser l’information génétique en droit québécois”, en KNOPPERS, Bartha M. - CADIET, Loïc - LABERGE, Claude, *La génétique humaine: de l’information à l’information*, Ed. Themis-Litec, París, 1992, p. 37. Para las diferentes posturas sobre la naturaleza jurídica del material genético, ver MAZEN, Noël, “Reflexions juridique sur le materiel genetique de l’homme”, en *Bioéthique et Droit*, ob. cit., p. 195.

y Quan. Durante un largo tiempo (noviembre de 1976 y septiembre de 1983), Moore continuó visitando al Dr. Golde en el Medical Center; en cada oportunidad, el médico le extraía nuevas muestras de sangre y de médula ósea, piel y esperma; Moore debía viajar desde Seattle, donde vivía, a Los Ángeles, pues se le decía que esas extracciones no se podían practicar en su ciudad. Unos meses antes de agosto de 1979, Golde detectó una sustancia contenida en los linfocitos de las muestras extraídas; descubrió que producían un extraño tipo de proteína. En enero de 1981, los administradores de la universidad solicitaron la patente de la “cell line” e individualizaron a Golde y a Quan como los inventores. La patente fue concedida en 1984, y todas las partes suscribieron un contrato de repartición de las ganancias. El descubrimiento provenía de las siguientes circunstancias: el T-linfocito de Moore producía mayor cantidad de una sustancia que hacía identificar el material genético más fácilmente; esa mayor producción estaba causada por el virus; en general, las células sacadas directamente del cuerpo (células primarias) no son útiles para estos propósitos porque se reproducen una serie de veces y luego mueren; sin embargo, se puede continuar el uso de las células por un período más extenso de tiempo desarrollando lo que se denomina “línea de células” (*Cell line*), un cultivo capaz de reproducirse indefinidamente; de cualquier modo, el desarrollo de las células y los tejidos humanos por largo tiempo es difícil, casi un arte. Golde suscribió un acuerdo con Genetics Institute mediante el cual fue contratado como consultor (*paid consultant*) y recibió importantes sumas de dinero (entre otras cantidades, 300.000 dólares). El valor comercial de la línea celular se estimó en un potencial de hasta 3 billones de dólares, dada la capacidad para obtenerse compuestos farmacéuticos valiosos que pueden ser empleados en terapia anticancerígena. Posteriormente, la compañía farmacéutica Sandoz obtuvo el derecho en exclusividad para la explotación comercial de la patente tras pagar 15.000.000 de dólares.

Basado en estos hechos, Moore demandó al médico y a los otros cuatro sujetos mencionados con el fin de que se le participara de las ganancias. Invocó trece distintas causas que, en su opinión, sustentaban su derecho a percibir un porcentaje de las ganancias obtenidas: (i) *Conversion*, ilícito que deriva de un tipo creado

en el año 1500 que consiste en apoderarse de cosas abandonadas; (ii) Falta de consentimiento informado; (iii) Incumplimiento de la obligación de buena fe; (iv) Fraude y estafa; (v) Enriquecimiento injusto; (vi) Cuasi contrato; (vii) Mala fe del contratante; (viii) Dolo en la producción del daño emocional; (ix) Influencia indebida; (x) Interferencia intencional para obtener ventajas económicas en la relación contractual; (xi) Menosprecio de su título; (xii) Responsabilidad civil; (xiii) Acción declarativa.

Relataré los considerandos de la Corte relativos a las tres primeras causales, únicas vinculadas a estas reflexiones.

La Corte entendió que Golde había violado su obligación de dar consentimiento informado incumpliendo, de este modo, la obligación de buena fe. Fundó este aserto en los siguientes principios:

- a) Toda persona capaz tiene derecho, en el ejercicio de control sobre su propio cuerpo, a determinar si se somete o no a un tratamiento.
- b) El consentimiento del paciente, para ser efectivo, debe ser informado.
- c) Al solicitar ese consentimiento, de buena fe, el médico tiene el deber de revelar toda la información material para que el paciente decida.

Estos tres principios llevan a las siguientes consecuencias:

— *El médico debe revelar al paciente todo interés personal, sea o no económico, que él tenga respecto a la salud del paciente, que pueda afectar su juicio profesional.* Si un médico incumple este deber de señalar su interés particular puede ser demandado por violación del deber de buena fe. *El paciente es libre de sospechar que un interés personal del médico puede llevar al profesional a actuar debido a ese interés y no en el suyo.* Por eso, las normas protegen a los pacientes de los posibles conflictos de interés. Así, por ejemplo, la sección 654.21 del *Business and Professions Code* establece que el médico debe informar al paciente a quien le ordena un estudio, si tiene un interés en la organización que le propone para que le preste esos servicios.

Ninguna ley prohíbe a un médico hacer investigación en la misma área donde practica; más aún, los progresos en medicina normalmente dependen de los médicos y de sus prácticas en los hospitales universitarios donde hacen investigación. Sin embargo, el médico debe comunicar al paciente con total lealtad que un potencial conflicto de intereses puede presentarse. Un médico que agrega su propio interés puede estar tentado de ordenar procedimientos científicamente marginales para el beneficio del paciente, pero importantes para él. Ahora bien, también respecto de este deber rige el principio de proporcionalidad; si el médico no tiene planes de investigar con su paciente, no es necesario que le manifieste su especial interés en la cuestión; pero si el médico tenía un interés preexistente, consciente o inconscientemente, tiene en cuenta tal interés. Por eso, es el paciente, no el médico, el que debe decidir hasta dónde él cree que el interés personal del médico influye en la cuestión.

La buena fe no implica que el médico deba aconsejar al paciente sobre todos los aspectos relativos al tratamiento. Así, el médico informa los hechos para que el paciente tome la decisión, pero no es su consultor financiero. No se trata de que el médico proteja los intereses económicos del paciente sino de que ciertos intereses personales del médico pueden afectar su buen juicio profesional.

Todo esto justifica que la acción intentada proceda contra el médico por violación del principio de buena fe y la falta de información, pero no respecto de los otros demandados, hacia quienes el actor no tenía ningún derecho a reclamar información. De cualquier modo, el daño por la falta de información no tiene vinculación con las ganancias obtenidas por la patente; se trata, en definitiva, de una indemnización que sólo debe compensar el haber sido privado de la oportunidad de elegir entre consentir o no.

— La Corte de California entendió, entonces, que la acción solo procedía por los daños causados por la falta de información y, contrariamente a lo decidido por el tribunal de apelaciones, rechazó la acción por *conversion* (que hubiese permitido reclamar un porcentaje de las ganancias) con los siguientes argumentos: el actor demanda por el interés que él tiene en el dominio de cada producto que los demandados han

creado con sus células y su patentamiento; ningún tribunal ha establecido que exista responsabilidad por *conversion* por el uso de células humanas en una investigación médica; aunque la carencia de precedentes sea insuficiente para concluir con el rechazo de la demanda, sirve para levantar la bandera de la precaución, porque la pretensión del Sr. Moore implica imponer a los investigadores la obligación de responder por las muestras que usan; una obligación de este tipo, que afecta a la investigación científica, actividad que interesa a toda la sociedad, supone remover el pleito de su lugar tradicional, es decir, el de la disputa entre dos personas. Es verdad que, originalmente, en el año 1554, el ilícito denunciado (*conversion*) se alegó para aquellos casos en los que el actor perdió casualmente ciertos bienes que poseía, que el demandado los encontró y no los restituyó, sino que los convirtió para su propio uso; pero lo que Moore reclama no se refiere a cosas perdidas sino al código genético que regula las funciones del sistema inmunológico de cualquier ser humano. Debe reconocerse que cuando se propone la aplicación de una teoría general del responder en un nuevo contexto, importantes preocupaciones de política judicial se abren. El tribunal tiene dudas de imponer esta nueva obligación cuando supone un complejo de políticas decisorias, especialmente cuando sería más apropiado que esas decisiones se tomaran por resolución y deliberación legislativa. Esto no quiere decir que la teoría de los ilícitos en el *Common law* quede limitada a los supuestos en los que existen históricamente hechos similares. Pero en ocasiones, cuando se abren o sancionan nuevas áreas en la teoría del responder, puede ser equivocado salirse de los marcos judiciales existentes. Acoger esta acción significaría una interpretación extensiva de la teoría; la *conversion* exige que el actor pruebe que hay una real interferencia con su derecho de propiedad o posesión; si este hecho no se prueba, la acción debe ser rechazada. En el caso, el Sr. Moore no esperaba retener la posesión de sus células después que fueron removidas; el estatuto de California limita drásticamente el interés del paciente sobre sus células. El *Health and Safety Code* (sección 7054.4) establece que los tejidos humanos, concluido el uso científico, deben ser destruidos por incineración o cualquier otro método que determine el Estado para proteger la salud pública y la seguridad. No debe extra-

ñar esta solución pues la ley trata a la sangre, las glándulas pituitarias, las córneas, los tejidos, el cadáver, como objetos *sui generis* y regula su disposición para alcanzar metas de política general; abandona la ley general de la propiedad individual. Además, la sección 7150 permite a cualquier adulto dar todo o parte de su cuerpo para ciertos propósitos específicamente determinados, incluidos el trasplante, la terapia, la educación, la investigación o el avance de la ciencia médica o dental y este acto del donante no le permite recibir beneficios económicos por esta transferencia. Otras disposiciones admiten, después de la autopsia, retirar las glándulas pituitarias y enviarlas a una universidad para ser usadas en la investigación o en el avance de la ciencia médica, o para fabricar hormonas necesarias para el crecimiento de personas que son o han devenido enanos hipopituitarios. También se autoriza que durante una autopsia se remueve la córnea de los ojos para trasplante, terapias o propósitos científicos. Los códigos no otorgan derecho de propiedad sobre los cadáveres; sólo dan al cónyuge sobreviviente u otros parientes el derecho de controlar la disposición de los restos de una persona muerta, salvo que otras instrucciones hayan sido dadas por el causante. Ninguna de las partes ha citado

argumentos que permitan calificar a las células como especies de una propiedad tangible, individual, capaz de ser objeto de *conversión*.

Para evitar este tipo de reclamaciones, en la mayoría de los contratos, hoy se coloca una cláusula que dice: “una parte del material biológico y/o lo que de él derive podrá ser utilizado de manera anónima para la investigación de enfermedades”; aun así, los autores sostienen que estos pactos no transmiten la propiedad plena de este material.

### V. Una conclusión provisional

---

Vivimos inmersos en un mar de contradicciones sobre el que inciden los vientos de los intereses. Para dominar la tormenta, es necesario, en primer lugar, admitir la existencia del conflicto, desde que cuando el problema se niega es imposible solucionarlo; reconocido, la solución puede pasar por diferentes medidas, desde las más simples, como es la información a las personas implicadas, hasta las más extremas. En todo caso, tomar la decisión correcta, como dice Bertrand Russell, pasa por actuar con sabiduría, o sea con una *justa concepción de los fines de la vida*.

---

## Desarrollo de la bioética en América Latina

Por José A. Mainetti

### SUMARIO:

**I. Introducción.— II. Recepción de la bioética en los años 70.— III. Asimilación de la bioética en los años 80.— IV. La recreación de la bioética en los años noventa.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía y referencias.**

### I. Introducción

---

La bioética nació en los Estados Unidos y con el tiempo adoptada (y adaptada) por otros países. Entre los países que incorporaron la bioética

estuvieron los de América Latina, *nombre* dado a una comunidad cultural y lingüística comprendiendo América del Sur, América Central, México y parte del Caribe. Por cuanto la bioética es una disciplina cuyo discurso floreció en la tradición

cultural de América del Norte, es lógico comparar la ética biomédica norteamericana y la latinoamericana. La bioética latinoamericana ha evolucionado a lo largo de treinta años en tres etapas de una década cada una comenzando en 1970: recepción, asimilación y recreación. Como pionero del proceso por el cual la bioética se institucionalizó en Argentina, no puedo evitar alguna referencia personal a mi propia experiencia como testigo y testimonio (Mainetti, 1987; Mainetti, 1990; Mainetti, 1995; Mainetti, 1996). Tal narrativa autobiográfica acerca de la emergencia de la bioética en América Latina puede justificarse por el comentario de un reconocido bioeticista americano que afirmó: “Identificar el origen de la bioética en los Estados Unidos es materia de cierta considerable controversia. Pero la historia bioética de América Latina es en alto grado la historia de un hombre” (Drane, 1996, 6:557-569).

### II. Recepción de la bioética en los años 70

Los setenta fueron la etapa de recepción de la bioética en América Latina. “Recepción” no debe entenderse como una introducción formal de la disciplina, dado que en la década del setenta el término bioética no era corriente, incluso en los Estados Unidos. En cambio “recepción” se refiere a cómo la situación histórica y cultural en la región posibilitó o limitó la incorporación de la bioética. Los años setenta se caracterizaron por una reacción, bien de resistencia o rechazo a este nuevo movimiento por quienes adherían al *ethos* cívico y profesional tradicional. Como moralidad secular y liberal, la bioética promovía la autonomía del paciente, introduciendo la idea del paciente como sujeto moral en medicina y enfatizando el rol del paciente como agente racional y libre, cuyas decisiones son centrales para la relación terapéutica. Estas ideas eran ajenas a la vieja ética médica todavía reinante en América Latina. En ese entonces, la ética médica latinoamericana permanecía paternalista y confesional, siguiendo la autoridad y la doctrina moral del catolicismo romano. Los médicos practicaban conforme al rol de “dominación” según Max Weber, en el cual la autoridad del médico es suprema y el rol del paciente es el sometimiento a la autoridad del médico (Macklin & Luna, 1996, 2:140-153).

Al inicio la bioética se percibió principalmente como *made in USA*, un abordaje norteamericano

adecuado al estilo norteamericano de medicina y atención de la salud. Las ideas norteamericanas, por otra parte, estaban destinadas a encontrar resistencia debido a que actitudes marxistas y antinorteamericanas estaban profundamente afirmadas en América Latina. La bioética no podía ser simplemente trasplantada en el contexto latinoamericano sin tomar en cuenta las diferencias culturales y políticas y el cambiante significado que consecuentemente “bioética” tendría en esas sociedades en particular.

“La Argentina lideró la recepción de la bioética en América Latina. El primer programa iberoamericano de bioética se estableció en Argentina con el Instituto de Humanidades Médicas de la Fundación José María Mainetti (1969). El Dr. José Alberto Mainetti fundó el Instituto en 1972 y jugó un rol importante en las primeras actividades bioéticas en la Región. Más tarde, los programas de educación fueron desarrollados a través de la Escuela Latinoamericana de Bioética bajo la dirección de Juan Carlos Tealdi. Durante años muchos académicos de EE. UU. participaron en este proyecto. El Instituto ha publicado la revista *Quirón* desde 1970 y producido numerosas monografías sobre ética médica” (Figueroa & Fuenzalida, 1996, 6:611-627).

El Instituto cultivó los estudios bioéticos en América Latina bajo la influencia de la Escuela Española de Historia de la Medicina, liderada por Pedro Laín Entralgo, el patriarca del humanismo médico iberoamericano. La disciplina histórico-médica de Laín Entralgo procuró un camino hacia la teoría de la medicina basado en la antropología médico-filosófica, la cual se inspira por la filosofía existencial y hermenéutica europea. Esta matriz intelectual creó condiciones favorables para la recepción del movimiento norteamericano de las humanidades médicas en la bioética latinoamericana.

La primera década del Instituto de Humanidades Médicas argentino registró la etapa de recepción de estas disciplinas, respaldada por el intercambio personal e institucional iniciado con el médico y filósofo H. Tristram Engelhardt, Jr., que estaba entonces en el Instituto para las Humanidades Médicas de la Universidad de Texas, extensión de la Escuela Médica en Galveston, y el médico bioeticista Edmund Pellegrino, que era director del influyente Institute of Human Values in Medicine con sede en Washington DC.

Esta conexión de humanidades médicas explica por qué Argentina y España fueron los primeros países en iniciar la bioética en América Latina y Europa, respectivamente.

El movimiento de las humanidades médicas, en la búsqueda del humanismo médico, estaba en sintonía con la antropología médica de Laín Entralgo, a cuya escuela de pensamiento me uní junto con muchos otros académicos en América Latina (Escobar, 1996, 6:651-657). La recepción de la bioética como parte de la perspectiva teórica de las humanidades médicas, significaba por tanto para nosotros una actitud crítica en el sentido de desafiar presupuestos no aclarados y juicios de valor tanto en medicina como en bioética. Durante los años setenta la “medicina posmoderna” emergió como crítica al razonamiento médico positivista. Estas críticas eran de largo alcance y afectaron el objeto, el método y el fin de la medicina misma. Vale decir que la medicina no era ya más una “ciencia normal” en el sentido Kuhniano, sino que estaba en el seno de una revolución moral. Emergió entonces una literatura crítica sobre la medicina, que incluye la famosa *Némesis Médica* de Ivan Illich (Illich, 1976), las iconoclastas “Reith Lectures” de Ian Kennedy, “The Unmasking of Medicine” (Kennedy, 1981) y el análisis de crítica social del poder médico capitalista por escritores norteamericanos como Vicente Navarro (Navarro, 1975, 5:65-94).

La “medicina posmoderna” debe su relativismo a su creciente naturaleza comprensiva, interpretativa y evaluativa, en suma, su condición reflexiva. La filosofía de la medicina comprende la antropología, la epistemología y la axiología médicas. Esta última disciplina incluiría la bioética en ambos aspectos, clínico y de salud pública. De esta manera, en América Latina abordamos la bioética como el nuevo paradigma médico-humanista y esencialmente como una ética “implicada en” antes bien que “aplicada a” la medicina, esto es una ética derivada de la intrínseca axiología de la profesión médica. Por ello, en contraste con el desarrollo norteamericano de la bioética, que involucra a médicos, teólogos, filósofos y abogados, los protagonistas latinoamericanos de la disciplina son principalmente médicos y profesionales de la salud.

### III. Asimilación de la bioética en los años 80

---

Asimilación caracteriza la segunda etapa en el desarrollo de la bioética en América Latina. La

disciplina académica y el discurso público se institucionalizan en toda la Región y en este respecto sigue el modelo norteamericano. Con la restauración de la democracia y la introducción en Latinoamérica de las nuevas tecnologías médicas, tales como el cuidado crítico, trasplantes y reproducción asistida, se expandió en los ochenta el interés público y académico en la bioética. La asimilación fue el reflejo de la bioética norteamericana en dos aspectos. Primero, la creciente litigación por mala praxis en casos médicos y el movimiento por los derechos del paciente imitaban los factores que llevaron al nacimiento de la bioética en los EE.UU. Segundo, con la restauración de la democracia aparece un renovado interés en la filosofía moral y política al igual que el pluralismo ideológico y la formación de consenso, que fueron entonces aplicados a la medicina y se convirtieron en componentes clave para la nueva bioética, como en los EE.UU. (Lolas, 2000).

En 1980 la Fundación Mainetti impulsó una segunda etapa en la institucionalización de la bioética, en dos ámbitos académicos, la Facultad de Ciencias Médicas y el Departamento de Filosofía de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata. La cátedra de posgrado de humanidades médicas brindó la oportunidad para la reflexión filosófica de la medicina como una filosofía posflexneriana del arte de curar en vez del modelo reduccionista. El modelo de Flexner comprendía el viejo paradigma médico positivista de la medicina restringida a las ciencias naturales aplicadas. La bioética latinoamericana rechazó este abordaje y giró hacia un nuevo paradigma médico humanista que empleaba las ciencias sociales y las humanidades para desarrollar una teoría y una práctica médicas. En los ochenta continuamos la asimilación de la bioética en la actual filosofía de la medicina. La cátedra de antropología filosófica introdujo a la bioética como un fenómeno cultural, es decir, la concepción de una revolución biológica que transformó la naturaleza humana, y una nueva moral cívica del cuidado de la salud.

Los últimos años de la década del ochenta fueron testigos del florecimiento de los centros e institutos de bioética y profesionales de la disciplina en la región. El Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos (Bogotá, Colombia) fue fundado en 1985, impulsado por el notable

magisterio de Alfonso Llano Escobar, S. J., de la Universidad Javeriana. En Venezuela, el Dr. Augusto León C., que escribió un texto clásico de ética médica en 1975, fue el responsable del artículo sobre la bioética en América Latina aparecido en la primera edición de la "Encyclopedia of Bioethics" (León C. 1978, 6:1005-1007). La Universidad Católica de Chile creó una unidad de bioética en la Escuela de Medicina en 1988, y médicos sobresalientes participaron en este programa, entre ellos los doctores Alejandro Serani y Manuel Lavados. La Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul, en Porto Alegre, Brasil, estableció un programa de posgrado en bioética en 1988, dirigido por Joaquim Clotet, un filósofo de Barcelona, España.

A la recepción crítica le siguió un período radical en la asimilación de la bioética en América Latina. La naturaleza radical de la bioética latinoamericana va más allá de una filosofía de la medicina para convertirla en una filosofía de la cultura y la tecnología, pasando de la metamedicina a la metaética en busca de un cuestionamiento fundamental de la tecnociencia. La novedad y la seriedad de los problemas de la vida actual configuran una crisis bioética de la era tecnológica. En esta crisis vital y normativa aparecen entrelazados tres nuevos temas: (a) la catástrofe ecológica; (b) la revolución biológica; y (c) la medicalización de la vida. La bioética fue posible como un resultado de cambios más amplios en nuestra comprensión de la condición humana y nuestra progresiva habilidad para transformar el cuerpo humano. Desde el comienzo, el camino de la bioética latinoamericana ha sido una interrogación por el hombre en el sentido de una búsqueda de los fundamentos de la bioética en la antropología filosófica centrada en la nueva capacidad para alterar el cuerpo y crear una moral alternativa (Drane, 1996, 6:557-569; Drane, 1999, 2:109-121).

#### **IV. La recreación de la bioética en los años noventa**

En los noventa la bioética latinoamericana se recreó incorporando las tradiciones morales e intelectuales de la propia región. En la mayoría de los países de la región el movimiento bioético se desarrolló en tres áreas, académica (investigación científica y educación superior), atención de la salud (consultas clínicas y de salud

pública, como en los comités hospitalarios de ética), y política sanitaria (consejos y recomendaciones a las autoridades sobre cuestiones normativas y regulativas). Concurrentemente con las redes bioéticas de cada nación, se desarrollaron asociaciones regionales que impulsaron el movimiento bioético latinoamericano. De esta identidad ética regional distintiva devino un modelo bioético latinoamericano.

La Escuela Latinoamericana de Bioética (ELABE) de la Fundación Mainetti, fundada en 1990, es la primera iniciativa académica en nuestra área de influencia cultural. Se trata de un programa para crear recursos humanos a fin de liderar la disciplina en los países de origen de los participantes, al tiempo que provee de un foro para el intercambio cultural y científico en toda la región. El Curso Internacional de Bioética de la ELABE durante los noventa fue dictado por profesores prominentes de los centros líderes en bioética. El Centro Oncológico de Excelencia (Fundación Mainetti) puso en marcha la Federación Latinoamericana de Bioética (FELAIBE) en 1991.

En 1990 James Drane de los EE. UU. fue comisionado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) a visitar varios países de América Latina para más tarde hacer un informe que releva el desarrollo de la bioética en América Latina. Este influyente documento proponía sucesivos pasos para el ulterior desarrollo regional de la disciplina (Drane & Fuenzalida 1991, 4:325-338). En el mismo año, la OPS publicó un número especial de bioética, editado por Susan Scholle Connor y Hernán Fuenzalida-Puelma, presentando formalmente la bioética en Latinoamérica (Connor & Fuenzalida 1990). Este es el primer colectivo regional de autores precursores en el campo de la bioética que trataron diversos tópicos y delinearon diferentes perspectivas en la disciplina. Finalmente, la OPS, pionera entre las organizaciones mundiales de salud, creó el Programa Regional de Bioética (1994) con sede en Santiago de Chile, pero cuyas actividades están descentralizadas para poder servir a todos los países miembros de la OPS. Este Programa, diseñado para brindar una política integradora en bioética y sus disciplinas asociadas, se encuentra en una nueva etapa bajo la dirección del conspicuo académico Fernando Lolas Stepke (Programa Regional de Bioética 2000).

La etapa de recreación revela un tercer rasgo de la bioética latinoamericana, su preocupación global. La Bioética es enciclopédica por definición, etimológicamente “ética de la vida” (y “vida de la ética”), pero no circunscripta semánticamente al *bios* tecnológico y el *ethos* liberal característicos del modelo norteamericano. En contraste el modelo latinoamericano enfatiza un *bios* humano y un *ethos* comunitario. Esta es la razón por la cual la bioética es hoy más un movimiento político o de reforma social que una disciplina académica restringida al dominio de la atención de la salud. En la bioética latinoamericana los principios de solidaridad y justicia juegan el papel central mientras la autonomía lo es en la norteamericana. Entonces, las políticas de salud latinoamericana abrazan el acceso universal al cuidado de la salud y pone el acento en la justicia distributiva y la equidad en la asignación de recursos para la salud.

Este no es el lugar para un relevamiento de los desarrollos en los diferentes países latinoamericanos o de los problemas peculiares de la región (Mainetti, Pis Diez y Tealdi, 1992, 2:83-96; Esquisabel, Pis Diez y Tealdi, 1995, 4:113-135). La bioética se ha convertido en la arena de nuevos desafíos en América Latina. Una aparente uniformidad esconde ricas y heterogéneas actividades. No sólo las influencias europea y cristiana, sino también las tradiciones intelectuales indígenas son muy importantes en el desarrollo de la bioética latinoamericana. Esta no tiene su propia filosofía como la angloamericana parece tener, pero sí tiene su propia literatura y estilo narrativo. El particular escenario histórico, el *ethos* cultural y la realidad social de Latinoamérica podrían infundir nueva vida a la comunidad bioética global. En este sentido, un síntoma de los tiempos nuevos es el hecho de la realización en Buenos Aires, Argentina, del Segundo Congreso de la Asociación Internacional de Bioética en 1994, y el Sexto Congreso en Brasilia, Brasil, en 2002. En años recientes empezó a florecer “una nueva bioética brasileña” o “bioética dura”; e inspirada por la contradictoria realidad social del país, explora perspectivas alternativas a las corrientes bioéticas tradicionales (Garrafa, 2000, 1:177-182).

### V. Conclusión

---

Este capítulo ha dado un panorama del desarrollo de la incorporación de la bioética en Latinoa-

mérica a lo largo de las tres últimas décadas, describiéndolo en tres etapas, recepción, asimilación y recreación. Primero, la bioética llega como un forastero y luego sufre una transformación cultural. Trasplantada a una tierra que no era su hábitat “natural”, la bioética en Latinoamérica ha conseguido hoy su propia voz y carácter distintivo y se ha convertido en un fuerte emprendimiento intelectual y político (Lolas, 1994, 4:28-30; Lolas, 1998).

En comparación con el estilo norteamericano de la bioética, la latinoamericana hace un abordaje más teórico y filosófico. En la búsqueda de una bioética crítica, radical y global, la bioética latinoamericana representa una era global “pos-bioética” (Drane, 1998, 2:53-64; Spinsanti, 1995, Ch. 16:167-176). Aunque la bioética latinoamericana está lejos de ser un sistema teórico unificado o una única perspectiva coherente, representa la *ethica spes* (la esperanza ética) del nuevo milenio.

### VI. Bibliografía y referencias

---

DRANE, James F., “Ética médica universal”, *Quirón*, 29, 2:53-64, 1998.

— “Bioethical Perspectives from Ibero-America”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 21, 6:557-569, 1996.

— “Commentary to Mainetti, José A. ‘Complejo bioético: Pigmalión, Narciso y Knock’”, *Acta psiquiátrica y psicológica de América Latina*, 45, 2:109-121, 1999.

DRANE, James F. - FUENZALIDA, Hernán, “Medical Ethics in Latin America: a New Interest and Commitment”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 1, 4:325-338, 1991.

ESCOBAR TRIANA, Javier, “Humanistic and Social Education for Physicians: The Experience of the Colombian School of Medicine”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 21, 6:651-657, 1996.

FIGUEROA, Patricio R. - FUENZALIDA, Hernán, “Bioethics in Ibero-American and the Caribbean”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 21, 6:611-627, 1996.

GARRAFA, Volnei, “Una radiografía bioética de Brasil”. *Acta Bioética*, VI, 1:177-182, 2000.

ILLICH, Ivan, “Limits to Medicine: Medical Nemesis. The Expropriation of Health”, Marion Boyars Publishers Ltd., Londres, 1976.

- KENNEDY, Ian, "The Unmasking of Medicine", Allen and Unwin, Londres, 1981.
- LEÓN CECCHINI, Augusto, "Latin America in the Twentieth Century", 1978, en REICH, Warren T. (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, MacMillan, Nueva York, 1005-1007.
- LOLAS STEPKE, Fernando, "El discurso bioético. Una anécdota personal", *Quirón*, 25, 4:28-30, 1994.
- "Bioética", Ed. Universitaria SA, Santiago de Chile, 1998.
- "Bioética y Antropología Médica", Ed. Mediterráneo, Santiago de Chile, 2000.
- "La Bioética y la cultura de la vida: una contribución para la paz", *Bioética Informa*, 6:19:8-11, 2000. Programa Regional de Bioética OPS/OMS.
- MACKLIN, Ruth - LUNA, Florencia, "Bioethics in Argentina: A Country Report", *Bioethics*, 10,2:140-153, 1996.
- MAINETTI, José A., "Bioethical Problems in the Developing World: A View from Latin America", *Unitas. A Quarterly for the Arts and Sciences*, 60, 2:238-248, 1987.
- "Out of America. The Scholastic and Mundane Bioethical Scene in Argentina", Symposium "Transcultural Dimensions of Medical Ethics", co-organizado por la Fidia Research Foundation y Georgetown University Center for the Advanced Study of Ethics. National Academy of Sciences. Washington DC, abril 26-27, 1990.
- "Medical Ethics, History of: The Americas: Latin America", 1995, en *Encyclopedia of Bioethics* editada por Warren T. REICH, MacMillan, Nueva York, 1639-1644.
- "In search of Bioethics: A personal postscript", *The Journal of Medicine and Philosophy*, 21, 6:671-679, 1996.
- MAINETTI, José A. - PIS DIEZ, Gustavo - TEALDI, Juan C., "Bioethics in Latin America", 1992, en LUSTIG, A. (ed.), *Bioethics Yearbook: Volume 2. Regional Development in Bioethics: 1989-1991*, editado por Andrew LUSTIG, 83-96, Dordrecht, The Netherlands: Kluwer Academic Publishers.
- NAVARRO, Vicente, "The Political Economy of Health Care", *The International Journal of Health Services*, 5:65-94, 1975.
- Programa Regional de Bioética OPS/OMS, "Instituciones y Centros Especializados en Bioética en América Latina y el Caribe", Santiago de Chile, 2000.
- SCHOLLE CONNOR, Susan - FUENZALIDA, Hernán, "Bioethics Issues and Perspective", Ed. OPS Washington, 1990.
- SPINSANTI, Sandro, "José Alberto Mainetti: simboli dell' antichità classica in America Latina", 1995, en *La bioética. Biografie per una disciplina*, editada por Sandro SPINSANTI, 167-176; MILANO, Franco A.
- TEALDI, Juan C. - PIS DIEZ, Gustavo - ESQUISABEL, Oscar, "Bioethics in Latin America: 1991-1993", 1995, en *Bioethics Yearbook: Volume 4. Regional Development in Bioethics:1991-1993*, editado por Andrew LUSTIG, 113-135, Dordrecht, the Netherlands, Kluwer Academic Publishers. 113-135.
-

# Advertencias sobre el futuro colapso ambiental y sus efectos jurídico-políticos en la época natal de la bioética

Por Ricardo D. Rabinovich-Berkman (1)

## SUMARIO:

**I. En la playa.— II. ¿Somos colonos de Tarso?— III. ¿Kodos vive en Nueva York?— IV. La eutanasia como método alimentario.— V. Kodos y el soy lent verde.— VI. Conclusión.**

*A Pedro Federico Hooft, bioeticista ejemplar*

*“...they just let us overproduce and overconsume until now the oil is gone, the topsoil depleted and washed away, the trees chopped down, the animals extinct, the earth poisoned, and all we have to show for this is seven billion people fighting over the scraps that are left, living a miserable existence-and still breeding without control. So I say the time has come to stand up and be counted”  
Harry HARRISON, Make room! Make room!*

## I. En la playa

En la década de 1970, cuando Van Rensselaer Potter relanzó el neologismo “bioética”, quizás lo más novedoso de sus ideas fuera también aquello a lo que menos se prestó atención, quizás en razón de la “medicalización” que los planteos derivados de ellas sufrieron en el decenio siguiente (y a que no se preservó la diferencia con el concepto de “ética biomédica”, malinterpretando así la obra de Beauchamp y Childress). Me refiero a la noción de una ética ambiental, vinculada estrechamente con la supervivencia de la vida en la Tierra. No sin motivo, el gran pensador estadounidense escogió para la tapa de su libro trascendental la famosa fotografía de nuestro planeta visto desde el espacio.

Tras el sacudón mundial generado por las dos bombas atómicas de 1945, sobre todo en

la medida en que, pasadas las restricciones puestas por los Estados Unidos a la difusión del grado de horror ocasionado, la realidad se fue conociendo, las conciencias se calmaron un poco. Pero el mundo había cambiado para siempre. Ahora se sabía que, por primera vez en la historia, el ser humano poseía el poder de destruirlo todo. Para peor, el contexto de la Guerra Fría predisponía la imaginación en el sentido de que ese desastre era susceptible de concretarse en cualquier momento. La hipótesis de la hecatombe nuclear se hizo carne, durante la década de 1950, en la literatura, la naciente televisión y el cine, aún frente a las restricciones norteamericanas de un lado, y las soviéticas del otro, a la presencia de estas temáticas en las artes visuales.

En 1959 apareció el que podemos considerar quizás como el fruto más jugoso de este

(1) Doctor de la Universidad de Buenos Aires (UBA), área Filosofía del Derecho; Catedrático de la UBA y otras universidades; Director del Departamento de Ciencias Sociales (Derecho-UBA), Director del Programa de Cursos Intensivos para el Doctorado (Derecho-UBA); Codirector del Máster en Cultura Jurídica (Universitat de Girona, Cataluña); Académico Honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación. Miembro de la Academia Colombiana de la Abogacía; Miembro Correspondiente de la Academia Portuguesa de Historia; Premio “Rosa Parks” al Valor Ciudadano en la Defensa de los Derechos Humanos; Premio “Medalha Educador Paulo Freire”.

momento: la película *On the beach*, de Stanley Kramer. Esta extraordinaria película sobre el fin del mundo ocasionado por la guerra nuclear, protagonizada de manera impecable por Gregory Peck (actor muy comprometido con los derechos humanos y la oposición a las armas atómicas), es una de las joyas más brillantes que ha producido el séptimo arte alrededor de estas temáticas.

Dos aspectos merecen, a mi juicio, destacarse por sobre otros. Por un lado, que Kramer decidió, valientemente, ser fiel al libro de base, la novela homónima del británico Nevil Shute publicada dos años antes, en cuanto a dejar clara la irrelevancia de la autoría del desastre. Esto, en el cine estadounidense de plena Guerra Fría, es algo rarísimo, pues lo que se esperaba era que se imputara el colapso a la URSS. Es decir, que lo que se puso como punto importante en la película fue la destrucción de la vida en sí, no a quién esa ruina se debía.

El segundo elemento que encuentro extraordinario y asombroso en el escenario cinematográfico norteamericano de la década de 1950 (y la siguiente) es la total ausencia del “*happy ending*”. Muy por el contrario, la película tiene el peor final que podría esperarse: la terminación definitiva de la humanidad (y, probablemente, de toda la vida compleja en el planeta). Los últimos sobrevivientes, ubicados en Australia (país donde vivía Shute), frente a la llegada de la radiación, se suicidan en masa con unas pastillas, prefiriendo una muerte tranquila en familia antes que la agonía horrible de la intoxicación.

No sabemos si Potter habrá visto *On the beach* en 1959, pero es muy posible que lo hiciera, o por lo menos que hubiera oído hablar de esa película. En cualquier caso, en los Estados Unidos estas cuestiones se fueron imponiendo en la agenda de los intelectuales durante la década de 1960.

## II. ¿Somos colonos de Tarso?

Un ejemplo, a mediados de ese decenio, se presenta en un inquietante episodio de la célebre serie estadounidense *Star Trek (Viaje a las estrellas)*. Me refiero a *The conscience of the king (La conciencia del rey)*, de 1966. Su título, como muchos de los de los episodios de esa sobresaliente producción televisiva, es shakesperiano. Deriva de la frase: “*The play’s the thing, wherein*

*I’ll catch the conscience of the king*” (“la representación teatral es la cosa por medio de la cual atraparé la conciencia del rey”), que pronuncia Hamlet (581-582) en la obra homónima. En efecto, hay permanentes reminiscencias de esa célebre tragedia en el episodio, escrito por Barry Trivers y dirigido por Gerd Oswald.

La acción de *Star trek* estaba colocada en el siglo XXIII, en el remoto espacio exterior. Resulta que, años antes de la acción del episodio de marras, unos microorganismos habían destruido gran parte de los alimentos en una colonia humana asentada en el imaginario planeta Tarso (llamado como la ciudad natal de San Pablo). La perspectiva subsiguiente era que los 8000 habitantes, sumidos en el caos, se matarían entre sí para sobrevivir. Entonces, el gobernador Kodos (nótese la resonancia europea oriental del nombre, en plena Guerra Fría) asumió (al parecer, mediante un golpe de estado) poderes extraordinarios.

Una vez dotado de esa potestad absoluta, Kodos había escogido a los 4000 colonos que, por su juventud y mejor estado de salud, era de esperarse que pudieran mantenerse con raciones pequeñas, aguantando mientras llegaba el socorro, cuya data de arribo era muy incierta. A la otra mitad, el gobernador la había hecho matar, de tal modo que no padecieran dolor, sino de la manera más tranquila y agradable posible. Como era previsible, uno de los efectos de la aplicación de este paquete arquetípico de medidas eugenésico-eutanásicas (en su forma pura, sin factor “racial”), había sido la tajante división dentro de las familias: los de más edad y los enfermos habían muerto, en tanto que habían sobrevivido los jóvenes sanos.

La drástica orden se había cumplido de inmediato. Sin embargo, sobrevino lo inesperado. La ayuda, que se suponía iba a demorar mucho, arribó bastante antes de lo imaginado. De manera que, si el gobernador hubiera aguardado un poco, quizás todos se hubiesen salvado. Claro que eso, que resultaba tan obvio después, nadie hubiera podido preverlo. Pero Kodos fue llamado desde entonces “el Ejecutor” y considerado un asesino monstruoso.

Cuando los salvadores habían llegado a la colonia, habían hallado un cuerpo completamente quemado (¿reminiscencia de Hitler?) que se

supuso era el de Kodos, que se habrá suicidado. Pero, como en el caso del líder nazi, habían surgido quienes pusieran en duda esa versión, creyendo que el gobernador había huido y adoptado una identidad falsa. El propio protagonista de la serie, el mítico Capitán Kirk (William Shatner), es un sobreviviente de la masacre de Tarso, en la que había perecido parte de su familia.

En el presente de la historia, una troupe de actores shakesperianos llega a la nave espacial Enterprise, capitaneada por Kirk. La lidera el célebre Anton Karidian, que en realidad resulta ser Kodos. Su hija, una bella actriz, planea las giras del grupo para ir matando, uno a uno, a los testigos sobrevivientes de la masacre, que podrían identificar a su padre. Éste, por su parte, ignora completamente esos designios de la joven.

A ella, el remordimiento permanente que aqueja a Kodos por lo sucedido en Tarso la carcome. A su juicio, las acusaciones son injustas, porque la encrucijada en que se viera su padre era insoluble. El gobernador sólo había obrado de una de las maneras posibles. Pero Kodos, cuando se entera de los asesinatos perpetrados por su hija, queda horrorizado. En el momento álgido del episodio, la joven dispara un arma contra Kirk, y entonces Kodos se interpone heroicamente y cae muerto, como un personaje shakesperiano. Ante esto, igual que la Ofelia de *Hamlet*, su hija enloquece. Ambos, al estilo de las tragedias griegas, quedan redimidos por su desgracia.

El episodio es riquísimo y da mucha tela para cortar, desde diversos ángulos. Pero lo que me interesa resaltar en este caso es que, de una recóndita manera, la terrible decisión de Kodos parecería justificarse, o al menos morigerarse, por las tremendas circunstancias por las que pasaba la colonia de Tarso. El gobernador no es pintado como un monstruo, no es un Hitler. Vive acosado por el remordimiento, rechaza frontalmente las conductas sangrientas de su hija, y acaba sacrificándose para salvar a otra persona.

Al tomar su resolución, Kodos no podía haber sabido que la ayuda estaba por llegar. De modo que ese hecho debería ser retirado del análisis. Desde el concreto punto de vista del gobernador en el momento de resolver un curso de acción, lo que fundadamente se podía prever era el aniquilamiento total y salvaje de los colonos entre

sí. Él, en cambio, habría empleado criterios racionales y eugenésicos (es decir, supuestamente científicos y objetivos), para buscar el modo de salvar a la parte de la población que presentaba las mayores posibilidades de sobrevivir en medio de la hambruna. Ése es el factor que aquí nos interesa, porque, como el lector ya habrá notado, no se trata del remoto planeta Tarso sino de otro que nos es más familiar.

La verdad es que Kodos, más que un carnicero tiránico, parecería así una víctima del destino, muy en la línea del Creón de la Antígona de Sófocles (o hasta del mismísimo Edipo). Él está allí, es el poseedor del *arjé* en un grupo humano en ese implacable momento en que se acaban los medios de sobrevivencia y es evidente, indiscutible, que no habrá recursos para sostener a toda la población. Un gobierno democrático, todo indica que conduciría al caos, la anarquía de hecho, la violencia y el desastre. Acabarían prosperando los más salvajes, los de menores escrúpulos, los implacables.

Kodos es quien tiene el poder de hacer algo. Debe decidir alguna cosa, tomar un determinado curso de acción. Cualquier alternativa que adopte será nefasta (reitero: no tiene cómo saber que en breve arribarán los auxilios, así que esa variable debe ser eliminada del análisis). Los criterios empleados por el gobernador para resolver el dilema no son simpáticos, pero tienen una pretensión de objetividad, de lógica. No constituyen la mera expresión de los caprichos o afectos del que manda. El espectador no desarrolla odio contra Kodos, no hace catarsis con su violenta muerte. En cambio, tiende a compadecerlo (como sucede con el Creón de Sófocles), porque uno se calza mentalmente sus zapatos y no se le ocurre qué otra alternativa hubiera escogido en su lugar.

Las cuestiones que Gene Roddenberry, el genial creador de *Star trek*, deseó plantear, probablemente se situaron en el espacio y en el futuro remoto simplemente para evitar la censura y el rechazo de los productores y anunciantes (que ya había padecido con su serie anterior, *El teniente*, que se había visto obligado a interrumpir). Pero no nos engañemos: son encrucijadas bien terrestres y no tan lejanas en el tiempo.

Las posibilidades de que el dilema de Tarso se presente en nuestro planeta en un futuro abru-

madoramente cercano no pertenecen al reino de la ficción. El cambio climático y la pésima actitud adoptada por la mayoría de los países y de las grandes corporaciones permiten imaginar, con dolor, un escenario catastrófico generalizado (a un plazo bastante corto) de hambruna y de falta de agua potable, en un contexto de enfermedades nuevas y de resurrección de otras que parecían definitivamente derrotadas (fenómeno que ya se está observando con dolencias como la lepra, la tuberculosis o la fiebre amarilla).

Entonces, la moraleja lateral e implícita de este episodio, que es lo que en estos humildes párrafos nos interesa, podría ser que, si llega ese momento acuciante, habrán de tomarse decisiones tales que serán incompatibles con la democracia y con toda la teoría de los derechos humanos como la conocemos. Que las propias circunstancias impondrán, para que al menos una parte de la especie sobreviva, formas dictatoriales, monolíticas y autoritarias de gobierno, con líderes extremadamente fuertes y sistemas represivos invencibles.

Y esos gobernantes absolutos probablemente se verán forzados a matar, directa o indirectamente, a muchas personas. A violar su dignidad, a borrar de un plumazo todas las conquistas jurídicas construidas a lo largo de un millón de años de civilización. Que el discutido y rechazado binomio eugenesia-eutanasia se impondrá como sustento “racional” y objetivo de aquellas terribles decisiones políticas.

Y la verdad es que esas advertencias son muy difíciles de refutar.

### III. ¿Kodos vive en Nueva York?

---

Mientras los seguidores de *Star trek* se inquietaban con el referido episodio, aparecía en las librerías la novela *Make room! Make room!* (es decir, ¡Haced lugar! ¡Haced lugar!), del destacado escritor estadounidense de ficción científica Harry Harrison (1925-2012). Este autor ya había ganado por entonces merecida fama por su aguda y satírica manera de emplear ese género para plantear problemas actuales o inminentes.

Quizás la mayor proeza del libro de marras consistiera en que se trató de la primera obra (1966) que formuló con claridad el problema del cata-

clismo ambiental y de los cambios dramáticos que este puede traer en las reglas jurídicas, políticas y sociales. El enfoque partía del paradigma (muy cuestionado ya desde el siglo XIX y hoy bastante abandonado, parece que con razón) que el inglés Thomas R. Malthus (1766 - 1834) desarrollara en su célebre *An Essay on the Principle of Population (Un ensayo sobre el principio de la población)* de 1798, obra que tanto incidiera en la construcción por parte de Charles Darwin de su modelo explicativo de la evolución biológica.

La acción se coloca en el futuro de entonces. Han pasado los místicos 33 años: corre 1999, en una Tierra cuyos recursos naturales han sido diezmos. En la ciudad de Nueva York, escenario principal de la novela, viven 35 millones de personas, abarrotadas en pésimas condiciones. Muchos habitan en automóviles o pernoctan en las estaciones del metro (los medios de transporte que emplean combustible están prohibidos). Sólo los ricos pueden poseer aparatos acondicionadores de aire o duchas.

Las raciones de agua son cada vez menores. El alimento principal de la mayoría de las personas es algo llamado “soylent”, palabra que combina las inglesas para denominar a la soja y a las lentejas (con, si se quiere hilar fino, una remota e intraducible referencia a la cuaresma —*lent*— como período de ayuno y abstinencia, que pasa desapercibida en otros idiomas pero se presenta automáticamente al lector angloparlante). A pesar de la muy dudosa composición de este producto, es lo que hay, y las masas luchan por conseguirlo. Los mayores de 65 años están obligados a jubilarse y tienen vedado realizar cualquier trabajo.

Dice el Prólogo: “En 1950 los Estados Unidos (con apenas 9.5 por ciento de la población mundial) consumían el 50 por ciento de las materias primas del mundo. Ese porcentaje no cesa de crecer y, quince años después, a la actual tasa de crecimiento, los Estados Unidos van a consumir más del 83 por ciento de la producción anual de materias primas de la tierra. Para fines del siglo, si nuestra población continuase creciendo con la misma tasa, este país va a precisar más del 100 por ciento de los recursos del planeta para mantener nuestros actuales estándares de vida. He allí una imposibilidad matemá-

tica (más allá del hecho de que va a haber unos siete mil millones de personas en esta tierra en ese tiempo y, quién sabe, tal vez ellos también quieran tener algunas materias primas para sí). En tal caso, ¿cómo va a ser el mundo?”

El libro de Harrison podría ser considerado prácticamente dentro del género de la “novela de tesis”. Es decir, una obra de ficción literaria confeccionada con la intención de sostener una postura o defender un determinado curso de acción en el mundo real. En este caso, se trata del control de la población y la limitación demográfica por medio de acciones positivas, criterio del que se hablaba y escribía bastante en esos días en los Estados Unidos y en otros países.

En la época de su publicación, se comenzaban a volver frecuentes los debates sobre el aborto libre, mientras aparecían las primeras píldoras anticonceptivas. Todo ese temario no era novedoso. Ya estaba presente, por lo menos, desde el célebre *Brave New World* de Aldous Huxley, escrito en 1932. Y, de un modo mucho más drástico, en el 1984 de George Orwell (1949). Como en esas dos novelas, Harrison recurrió a la “distopía” futurista (a diferencia de la geográfica del *Erewhon* de Samuel Butler). Pero la originalidad de *Make room! Make room!* reside, posiblemente, en haber vinculado el control demográfico (del que se venía discutiendo desde hacían casi dos siglos) con el colapso ambiental (que era un asunto muy reciente).

La conclusión del libro de Harrison tiene mucho en común con la de su contemporáneo episodio de *Star trek*. En la medida en que la Tierra siga en el camino del desastre total, la población continúe aumentando sin límites y los recursos se destruyan, el sistema republicano democrático, o lo que de él quede, resultará completamente inútil. Sólo podrá contribuir a aumentar la anarquía y el caos. Los derechos humanos y la dignidad de las personas, aunque se los mantenga en las constituciones, declaraciones y acuerdos, se transformarán paulatinamente en un mito.

Solamente un régimen fuerte que colocase al futuro de la especie por sobre cualquier consideración de los individuos, un Kodos que no hesitase en actuar con rigor y autoridad, tendría chances de salvar siquiera a algunos (los “más aptos”) del desastre.

### IV. La eutanasia como método alimentario

---

En 1973, ya entrada la que podríamos llamar “década de la bioética”, se estrenó la versión cinematográfica del libro de Harrison. Se llamó *Soylent Green* y fue dirigida por Richard Fleischer. El libreto de Stanley R. Greenberg le valdría a este, en 1974, el codiciado Premio Nebula, galardón para las obras de ficción científica que por primera vez se otorgaba en esa categoría. La película, por su parte, obtuvo el Premio Saturno (*Saturn Award*), que estaba en 1973 en su segunda edición.

Protagonizada por Charlton Heston (tal vez en la mejor actuación de su fecunda carrera) y otros excelentes actores, *Soylent Green* estaba destinada a convertirse en un verdadero objeto de culto entre los aficionados a la ficción de anticipación. La película puede considerarse como precursora del género “posapocalíptico”, que se haría tan común a finales del siglo XX y comienzos del siguiente (con producciones de muy diversa calidad, por cierto).

*Soylent Green* devino un ícono de la cultura popular a lo largo de, al menos, dos décadas. Como muestra de su vigencia en ese escenario, valga su presencia en tres episodios de la célebre serie de dibujos animados *Los Simpson* (*Itchy and Scratchy, the movie*, de 1992, *Bart to the future*, de 2000, y *Million-dollar Abie*, de 2006), una de las manifestaciones más exitosas del “pop” de todos los tiempos. Solamente un producto que se entendiera mundialmente reconocible por el gran público habría tenido tal cabida en esa serie.

La película de Fleischer fue de una flagrante “incorrección política” en un contexto estadounidense aún inmerso en la Guerra Fría, y con un cine que pugnaba por liberarse del nefasto “Código Hays” que, oficialmente dejado sin efecto en 1968, había torturado las producciones del país por más de tres décadas. Mostrando ominosas perspectivas para el sistema capitalista norteamericano, con una visión descarnada de la hipocresía ética reinante y un osado planteo sobre la corrupción política, el filme no se debe haber ganado muchos amigos en el *establishment*. Quizás por eso la Academia lo ignoró completamente a la hora de entregar los premios Oscar.

No son muchos los casos en que una película hecha a partir de una novela llega a superar al libro. Tal vez este pueda considerarse un ejemplo. La clave podría estar en que Greenberg se limitó a tomar la idea central de la obra de Harrison, el escenario y los personajes (a los cuales, además, les cambió parcialmente los nombres). El préstamo no fue más lejos. Y desplazó (magistralmente, creo) el fiel de la balanza entre los factores que *Make room! Make room!* ofrecía.

En efecto, el *soylent* era apenas un elemento colateral en el libro. En cambio, pasó a ser el eje central, ya desde el título mismo, de la película. Greenberg tuvo la agudeza de entender que ese elemento sería esencial. Y dio en la tecla, porque se ha tratado, sin dudas, del aspecto más recordado del filme.

*Soylent Green* introduce, de un modo que puede considerarse completamente original, y que es indicativo de la aparición de un tipo de problemática nueva, coincidente con los planteos de Van Rensselaer Potter (lanzados casi contemporáneamente), una relación entre cuatro variables. Una es el colapso ambiental, con la consecuente desaparición de los recursos. La película, en consonancia con la novela de Harrison, no duda en inculpar al ser humano (e indirectamente al capitalismo) por ello.

El segundo factor, muy vinculado con el anterior, es la crisis alimentaria, que lleva a la aparición del producto de atroz origen que da nombre al filme. El tercero es la superpoblación. Ésta era la cuestión vertebral en la obra de Harrison, y no desaparece en la película, pero se reduce su importancia relativa. El cambio en los títulos es muy significativo al respecto. El cuarto factor, de crucial relevancia para la ética biomédica y la biopolítica, es la instalación masiva de una forma de eutanasia, que en *Soylent Green* pasa a funcionar como pieza de encaje de los cuatro referidos elementos.

Greenberg, con excelente criterio, retrasó bastante el escenario cronológico imaginario. Traslado la acción al año 2022, con lo que el relato ganó en credibilidad (y disminuyó el impacto alarmista, de paso, lo que siempre es bueno para un producto destinado a grandes públicos, y más en aquella época en que aún estaban cercanos los férreos cánones que habían coartado

al cine estadounidense a lo largo de más de tres décadas). Esa demora contribuyó, además, a dotar al film de una mayor permanencia temporal.

La acción se mantuvo en Nueva York, con un ligero aumento de la población sobre la del libro de Harrison. En el filme, unos 40 millones de personas sobreviven en la abarrotada metrópoli, la mayoría de ellas en condiciones horribles. Los recursos naturales del planeta se han agotado completamente. La poderosa corporación *Soylent* ofrece al mercado la flamante versión "verde" de su producto alimenticio. La anuncia como elaborada a partir del plancton oceánico y asegura que es muy rica como suministro de energías.

Dicho sea de paso, la introducción de las mega-corporaciones comerciales como grandes dominadoras del mundo, carentes de cualquier límite ético, permanentes violadoras de la dignidad humana y aprovechadoras de las situaciones desesperadas, es una característica típica de la ficción de anticipación desde esa década, y sigue muy presente en la actualidad. Cada vez el fiel de la balanza se va colocando menos sobre estados poderosos e imperialistas, y se va deslizando más hacia invencibles compañías perseguidoras de lucros sin límite. La ética biológica se muestra en esas producciones más quebrantada por empresas (que experimentan con seres humanos, los explotan, se benefician con su desgracia) que por países (como era corriente en el género antes).

Charton Heston interpreta al agente de policía Frank Thorn, que comparte un cuarto minúsculo con Solomon Roth (Edward Robinson), hombre anciano y culto (un personaje de judío bastante arquetípico, por cierto). A menudo, Roth le relata a Thorn cómo había sido la Tierra décadas antes, en su lejana juventud. Evoca la época en que aún existía la naturaleza. El tiempo en que había animales, bosques, paisajes agradables. Cuando la temperatura era variable y no permanentemente alta.

Pero Thorn, el rudo policía, parece creer que se trata de delirios y exageraciones del viejo hebreo; lo escucha pacientemente, más en razón del respeto y el afecto que por él siente que movido por un interés genuino. Es tan difícil

para él, ante la horrorosa realidad del mundo en el que ha crecido y vive, siquiera imaginar al planeta como lo describe Solomon, que prefiere caratular los recuerdos del anciano como fantasías e ignorarlos.

El filme es, en el fondo, un policial. Solomon Roth va descubriendo que el anuncio de la compañía SoyLent debe ser falso, porque el plancton hace ya mucho tiempo que se ha extinguido en los mares. El horrendo resultado de sus hallazgos comienza a hacerse evidente. La única fuente de proteínas restante para el *soyLent verde* puede ser el cuerpo humano.

Esta conclusión destroza a Roth. El nostálgico anciano pierde las ganas de vivir en un mundo capaz de bajezas semejantes. Y he aquí que sus ansias de morir resultan fáciles de satisfacer, porque se ofrece un establecimiento público llamado "Hogar" (*Home*), amplio, limpio, totalmente contrastante con el escenario sórdido que lo rodea, y cuya finalidad es brindar a los que así lo soliciten una muerte agradable.

Vemos entonces que Solomon no es el único deseoso de dejar ese triste mundo. En el Hogar, los ancianos se forman en varias filas (al estilo de los hospitales geriátricos de muchos países actuales), esperando para ser atendidos. Cuando les llega su turno, son amablemente recibidos en los mostradores por hombres y mujeres jóvenes de excelente aspecto, bellos, sanos, aseados, vestidos como unos médicos estilo *new age*.

Al ser atendidos, los ancianos indican a sus solícitos anfitriones su color preferido, su música favorita y las imágenes que desean observar. Luego, con gran cuidado y un trato extremadamente respetuoso, los jóvenes receptores los conducen al interior. Nadie los puede acompañar allí dentro, pero esa restricción no genera ningún problema, porque todos acuden solos a Hogar.

Cuando Thorn descubre que Solomon Roth ha ido a Hogar, se lanza desesperadamente a buscarlo. Empleando una violencia que resulta chocante en ese espacio de paz y de calma, el policía consigue ingresar a la gran habitación donde se está llevando adelante el procedimiento eutanásico de su amigo.

La que viene a continuación, es una de las escenas más memorables del cine, desde el punto de vista de la ética ambiental. En las enormes paredes del cuarto se proyectan, mientras se escucha música de Dvorak, Beethoven y Grieg, imágenes de la Tierra antes del desastre. Se ven profundos bosques, paisajes hermosos, grandes manadas de animales salvajes, océanos repletos de vida.

El conjunto formado por la música y las imágenes es impresionante. Solomon entrecierra los ojos, encantado. Vuelve a disfrutar, por última vez, de toda aquella extraordinaria belleza, perdida ya para siempre. Thorn, el policía duro, queda sin palabras, como hipnotizado.

"¿Has visto?", le pregunta el anciano moribundo. "Sí", responde su emocionado amigo. "¿No es bello?", murmura Solomon. "Sí", susurra Thorn, casi sin voz. "Te lo dije", sonríe el viejo. Y el policía apenas consigue murmurar: "¿Cómo hubiera podido yo saberlo? ¿Cómo hubiera podido? ¿Cómo hubiera podido comparar?"

Y llora.

Por esa escena sola, Charlton Heston hubiera merecido el Oscar. Su llanto es cósmico, es el desgarrador lamento, demasiado tardío, de una humanidad entera que ha destruido aquella joya que tenía, y que ya nunca más volverá a poseer. Es el gemido inútil del niño que ha roto, a sabiendas o por descuido, su mejor juguete, el que no han de volver a comprarle.

El mensaje artístico de este momento del filme (que sin dudas es su clímax) resulta simplemente colosal. Más aún si se piensa que corrían aún los primeros años de la década de 1970, cuando todavía podían haber sido hechas tantas cosas para cambiar el rumbo de los acontecimientos. Confieso que hoy, al ver por milésima vez esa escena, me resulta hartamente difícil contener las lágrimas.

El argumento termina (es casi un epílogo después del momento de la eutanasia de Solomon) con el descubrimiento, por parte de Thorn, de lo que su anciano compañero había intuido. Que el *soyLent verde* se confecciona con los cadáveres de las personas muertas en el Hogar.

El policía intenta entonces, desesperadamente, hacer pública esa terrible verdad. El final abierto

es otro acierto del filme. Thorn ha sido herido de gravedad. Todo indica que va a morir. Pero ya ha conseguido transmitir la información a los demás. Cada espectador queda libre de imaginar lo que ha de suceder.

### V. Kodos y el soylent verde

---

Párrafo aparte merece la secuencia inicial de la película, que dura 2 minutos y 15 segundos. Mientras la filmación va pasando del blanco y negro, transcurriendo por las sucesivas cualidades del color cinematográfico, se va presentando, al ritmo de la música, una brevísima y elocuente historia de la contaminación ambiental, relacionándola con la industria, los desperdicios y el calentamiento global.

Este extraordinario segmento preliminar podría ser separado completamente del resto del filme y considerado como un pequeño documental artístico de denuncia y advertencia. Es posible que se trate del primer alegato público contra el cambio climático que existe. En todo caso, es de por sí una obra pionera y de calidad notable.

Desde el punto de vista jurídico y político, la postura del futuro que surge de la película se parece bastante a la del libro de Harrison. Se trata de un estado de derecho del tipo democrático-republicano. Rige, teóricamente, la constitución de los Estados Unidos y se suponen respetados los derechos humanos. Pero la realidad social es muy diversa. Reina un caos total, donde predominan la violencia y el poder descarnado. La mera noción de la dignidad humana es impensable en ese contexto.

Quizás en la película se destacan más los aspectos inherentes al sistema jurídico-económico que en la novela. Descuella el poder de las corporaciones comerciales, directamente implicadas en el proceso de destrucción del ambiente, obteniendo luego lucros con la instalación de una forma industrial de eutanasia, que permite aprovechar cadáveres humanos para la elaboración de alimentos, con la consiguiente obtención de ingresos.

A su vez, los nexos de esas corporaciones, de las que Soylent funciona como modelo, con la política (simbolizada en el alcalde de Nueva York) y con los grandes criminales (el homicidio

de uno de los cuales es el punto de partida del argumento) son colocados como factores esenciales para que pueda mantenerse el estado de cosas. Desde ese ángulo, la moraleja sería que sin corrupción jurídica y política todo hubiera sido diferente, para bien.

Esa corrupción, derivada del contubernio entre los poderes económico, político y jurídico, necesita del férreo control de la información para perpetuarse. Esto implica, inevitablemente, la ocultación y la mentira, potenciadas a través de los medios de difusión y de propaganda (que, en este caso, es comercial). Así sucede en el caso del *soylent verde*, falsamente ofrecido al público como un producto derivado del plancton.

En forma paralela, el conocimiento del verdadero estado de los océanos es bloqueado. De manera implícita se deja entender que también están vedadas las informaciones concernientes al pasado ambiental del planeta. Es decir, una restricción del acceso a la historia. Es esa veda la que acaba generando cuadros psicológicos como el de Thorn, que no cree en el relato de Solomon acerca de cómo había sido la Tierra antes del colapso.

### VI. Conclusión

---

¿Cuál sería la moraleja principal que se desprendería de estos ejemplos traídos del período inmediatamente anterior, contemporáneo y posterior al relanzamiento del término “bioética” por Van Rensselaer Potter, con sentido eminentemente ambiental? Tal vez, que el estado de derecho democrático y republicano, de la manera entonces conocida, no parecería que pudiera resultar de utilidad para resolver los problemas que traerá el colapso al que todo indica que vamos.

La democracia se presenta como inseparable de la corrupción. Sus instituciones se muestran inevitablemente permeables a la influencia determinante de las grandes corporaciones económicas y de la alta criminalidad (relacionadas estas, a su vez, entre ellas). En el escenario catastrófico del futuro, esos puntos débiles, lejos de morigerarse, crecerían de modo exponencial. Toda la construcción jurídica basada en la protección del ser humano individual acabaría llevando a la especie hacia una extinción lenta y dolorosa.

En cambio, una dictadura autoritaria al estilo de la de Kodos el Ejecutor, atroz y contraria a todo lo que nuestra civilización “occidental” esgrime como sagrado, conseguiría salvar a una parte de la humanidad. Aquella que, desde el punto de vista de la eugenesia, sería la “mejor” parte. Tal efecto se conseguiría por la vía de colocar a unos supuestos derechos de la especie como tal por encima de las prerrogativas individuales. Es decir, que los “derechos de la humanidad” prevalecerían sobre los “derechos humanos”.

Ha pasado medio siglo. El escenario cambió dramáticamente, y no puede decirse que lo haya hecho para bien. Ha sido tiempo dolorosamente perdido. Las condiciones empeoraron, los márgenes de error aceptable se redujeron y todo indica que ya hemos pasado el punto de no retorno.

El desastre total no llegó en el 1999 de Harrison. Parece que tampoco acontecerá (esperemos) en el más prudente 2022 de *Soylent Green*, ya tan próximo. En cualquier caso, la catástrofe no presentará las características de aquellas visiones del futuro, pues muchas de sus circunstancias resultaron bastante diferentes.

Sin embargo, esto no nos tranquiliza. Porque la mayor de las preguntas continúa estando ahí, tan firme y espinosa hoy como en aquella época. Cuando arribe ese colapso ambiental, que desgraciadamente no parecemos en condiciones de evitar, ¿podrán funcionar esas construcciones jurídicas republicanas y democráticas que tanto amamos (con razón)? ¿Estaremos en condiciones de preservar los derechos humanos y las bases de nuestra ética biológica?

¿O no quedará otro remedio que abandonar todo aquello, llamar a Kodos y comer *soylent verde*?

---

## El Derecho a la Salud: la acción de amparo (como medio específico de resguardo) y los plazos de caducidad

Por Ramiro Rosales Cuello y Gabriel H. Quadri

### SUMARIO:

**I. El propósito de estas reflexiones.— II. Algunas reflexiones fundamentales: sobre los tipos procesales y la eficacia del servicio.— III. Acción de amparo y derecho a la salud.— IV. El plazo de caducidad (modo de contarlo y subsistencia de este requisito).— V. Conclusión.**

### I. El propósito de estas reflexiones

---

Como lo adelantábamos en el título, el trabajo que hemos elaborado apunta a analizar a la acción de amparo como medio específico utilizable en controversias judiciales que involucren el derecho a la salud.

Dado este objetivo, y teniendo en cuenta el contexto en el que se va a insertar nuestro aporte, hemos creído innecesario abundar en la exposición acerca de la importancia, y trascendencia, del derecho a la salud en nuestro sistema jurídico.

Nos contentamos con memorar algunas palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

donde el Alto Tribunal sostuvo que “el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (1).

Parecen suficientes las elocuentes palabras de la Corte Suprema, por si hubiera algo que agregar a lo que surge de la naturaleza misma de las cosas: el derecho a la salud se emparenta con el derecho a la vida.

Es menester, entonces, detenernos un poco a observar cuáles son las vías que el ordenamiento jurídico ofrece al justiciable que tuviera que dinamizar alguna pretensión relativa a este esencial derecho.

### II. Algunas reflexiones fundamentales: sobre los tipos procesales y la eficacia del servicio

Como bien lo ha advertido Morello, lo importante no es actualmente la retórica de las garantías sino su vigencia plena, su operatividad real y un sentimiento generalizado de que, en la praxis, funcionan con resultados fecundos (2).

Pensamos que sería útil, en este contexto y como cimiento para el desarrollo que sigue, profundizar sobre la idea de tutela judicial efectiva.

A decir de cierta doctrina no es este un concepto sencillo de asir (3), pero no obstante ello

podemos hallar directrices que nos facilitarán su comprensión cabal.

Señálese que el requisito de efectividad se halla referido a la remoción de cualesquiera obstáculos que impidan la realidad social del derecho a la tutela judicial; en tal contexto el término efectividad se acoge no en el sentido técnico jurídico que expresa la dicotomía validez-eficacia sino en el más amplio de correspondencia entre la norma jurídica y los hechos a los que la misma se aplica.

De este modo, el aditamento del término efectividad al concepto de tutela judicial apunta a plasmar un reforzamiento semántico del contenido objetivo propio del derecho fundamental reconocido, que incide singularmente en la fuerza expansiva del precepto y en sus efectos normativos respecto de la legalidad vigente (4).

Es obvio: al concepto de tutela judicial se le agrega la noción de efectiva, sin que podamos perder de vista que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela (5).

Pero, aun así, se añade el término *efectiva* para operar el ya descrito apuntalamiento conceptual.

Desmenuzar el concepto será útil para comprenderlo.

Primero hablamos de *tutela*, término que —como lo explica la doctrina— debe considerarse en su más sencillo y prístino significado: protección, resguardo, defensa, entendiéndose como todos los medios o facultades integrantes del haz de herramientas que el derecho brinda para asegurar y posibilitar su eficacia (6).

(1) Fs. CS 338:1110.

(2) MORELLO, Augusto M., “Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales”, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 82.

(3) FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1 de la Constitución Española)”, *Revista de Estudios Políticos*, nro. 33 (nueva época), Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983, p. 213.

(4) MATEU-ROS CEREZO, Rafael, “El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación”, RAP, nro. 98, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 84.

(5) MORELLO, Augusto M., “Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas”, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 712.

(6) PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria, ED 183:1324.

Cuando a este concepto agregamos la voz *judicial* fácil será deducir que la defensa será garantizada por una actividad jurisdiccional (7).

Y nos queda, finalmente, el último concepto: *efectiva*, meollo de toda la cuestión.

La Real Academia Española define a la efectividad como “cualidad de efectivo” siendo efectivo lo “real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal” (8).

La doctrina brasilera ahonda en el punto.

Se dice así que proceso efectivo será aquel que produzca resultados dirigidos a la realización del derecho material, tornando real el derecho de la parte; se tratará de un proceso de resultados concretos que verdaderamente produzca efectos en la vida del justiciable, saliendo de la ficción del mundo del expediente para introducir modificaciones en la realidad empírica del ciudadano, conectándose siempre la noción de efectividad con la idea de utilidad del proceso (9).

Así entendido, eficacia será un concepto pragmático que se medirá con resultados, careciendo de parámetros visibles sino en función de la utilidad que presta (10).

Morello señala que la exigencia de efectividad representa el común denominador de cualquier sistema de garantías, añadiendo que la sola efectividad permite medir y verificar el grado variable de protección concreta que reviste la garantía tanto desde el punto de vista formal cuanto de contenido, que es capaz de asegurar la situación subjetiva que abstractamente la norma procura proteger (11).

De este modo confrontando actividades y normas con el valor eficiencia se podrá ponderar

adecuadamente el resultado social del proceso, es decir, la expectativa de la sociedad sobre el rendimiento del mismo (12).

Y es capital, cuando de efectividad se trata, que el análisis se mueva en un doble plano: por una parte, la idoneidad específica del remedio técnico a utilizar y, por otra, la materialización que —a través de la jurisdicción— se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada (13), siendo ambos aspectos inescindibles como caras de una misma moneda.

Lo expuesto indica que para predicar de un orden jurídico que resulta efectivo no alcanzará solamente una moderna y completa estructura normativa, sino que será indispensable que las normas se apliquen sistemáticamente y con criterio teleológico por los órganos encargados de hacerlo.

Sin remedios técnicos apropiados, difícilmente pueda llegarse a hablar de efectividad en la tutela jurisdiccional; pero sin adecuada materialización a través de la jurisdicción, la tutela efectiva será solo una ilusión, por perfectas que las normas sean.

Ahora bien, trasladándonos desde estos conceptos genéricos a las concretas previsiones normativas que nos rigen señalaremos, ahora, que el deber del Estado de prestar tutela judicial efectiva tiene jerarquía constitucional como derecho expresamente consagrado.

Es que, a tenor de lo establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina, el derecho a la tutela judicial efectiva ya no queda relegado a la categoría de los implícitos (art. 33 de dicha Constitución) ni resulta necesario extraerlo de otros preceptos constitucionales.

(7) GOZAÍN, Osvaldo A., “Derecho procesal constitucional. Amparo”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 119.

(8) “Diccionario de la Lengua Española”, Madrid, 1992, 21ª ed.

(9) MENDONÇA JUNIOR, Delosmar, “Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro”, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 68.

(10) GOZAÍN, Osvaldo A., “Derecho procesal”, ob. cit., p. 157.

(11) MORELLO, Augusto M., “La eficacia del proceso”, Eds. Hammurabi - José Luis Depalma, Buenos Aires, 2001, 2ª ed. ampliada, p. 48

(12) BERTOLINO, Pedro J., “Acerca del Derecho al Proceso”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, nro. 1, año I, Instituto Iberoamericano de derecho procesal, Buenos Aires, 2002.

(13) MORELLO, Augusto M., “La eficacia”, ob. cit., p. 48.

Ello así por cuanto el art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*

El art. 2º, inc. 3º, apart. a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, por su parte, que “cada uno de los Estados Partes en el mismo se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

A su turno el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresará, respecto del último instrumento enunciado (Convención Americana sobre Derechos Humanos) que “El art. 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8º.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (‘Casos Velásquez Rodrí-

guez’, ‘Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz’, Excepciones Preliminares, sentencias del 26/06/1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente). Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial” (14).

Dirá también el Tribunal que la garantía de contar con un recurso efectivo —a la que califica como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho— se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la convención, sino también de aquellos reconocidos por la Constitución o por la ley (15).

Como correlato de todo lo que hemos venido exponiendo, diremos que el derecho a la tutela judicial efectiva es tanto un derecho fundamental en sí mismo como a la vez una garantía de todos los demás derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona; de este modo, requiere que se establezcan medios procesales idóneos para la satisfacción de los derechos reconocidos, creados o regulados por las normas, ello en orden a que la judicatura pueda satisfacer —y

(14) CIDH, Opinión Consultiva OC 9/87 del 06/10/1987.

(15) CIDH, 28/11/2002, “Cantos vs. Argentina”.

de hecho lo haga— el derecho fundamental al que venimos refiriéndonos (16).

Es decir que por imperio constitucional tanto el legislador como la jurisdicción están obligados a brindar al justiciable, en todos los casos, una respuesta eficaz so pena de contrariar el mandato del constituyente; así, las violaciones al derecho a la tutela jurisdiccional procederán siempre del Estado en tanto, si provinieran de otro sujeto, este debería articular los medios para hacerla cesar (17).

Ahora bien, en muchas ocasiones, la efectividad de la tutela requiere que el proceso adquiera alguna forma específica.

Ha expresado Marinoni que el Estado, para cumplir su obligación de prestar debida tutela jurisdiccional, debe otorgar al ciudadano el poder de utilizar la técnica procesal adecuada al caso concreto, so pena de apartarse de las exigencias constitucionales (18).

Remarca Berizonce que la vigencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos, y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos y ello en el marco del deber genérico de aseguramiento positivo que viene impuesto por la propia Constitución (art. 75, numeral 23) (19).

Concretamente, *no todos los casos son iguales y es necesario que, en ciertas situaciones puntuales, el proceso se adecue a la índole, tenor y naturaleza de las cuestiones que subyacen al mismo.*

Ahora bien, si sobrevolamos nuestro sistema jurídico veremos múltiples supuestos en los cuales el legislador se ha ocupado de diseñar tipologías procesales específicas, en sintonía con la índole del derecho de fondo debatido: así, por citar algunos ejemplos, cuando se trata de restricciones a la capacidad jurídica (arts. 32 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación), o cuando se trata de proceso de alimentos (art. 543, Cód. Civ. y Com. de la Nación), también cuando está en juego la protección posesoria (art. 2246, Cód. Civ. y Com. de la Nación), o la tutela a cierto tipo de créditos (v.gr., procesos de ejecución, las comunes e incluso las especiales).

Es claro que, cuando el legislador así procede, lo hace en el entendimiento que, dada la índole del derecho debatido, es necesaria alguna protección procesal diferenciada; evidentemente, es una cuestión valorativa: se indica un tipo de procedimiento puntual porque se quiere o determinados resguardos especiales, o determinada limitación cognoscitiva o la procura de un desarrollo procedimental más rápido y eficiente.

*Aquí nos detenemos para meditar un poco, y así advertir que no existe en nuestro medio una tipología procesal concreta vinculada con aquellos procesos en los cuales se ventilan cuestiones vinculadas con el derecho a la salud.*

Y por más que nos sorprenda, debemos concluir que el legislador (impregnado, seguramente, por los valores imperantes en otras épocas) se ha ocupado sobremanera, p. ej., de tutelar ciertos créditos (para facilitar su circulación) o ciertas situaciones fácticas, pero hasta hace unos pocos años atrás le ha prestado muy poca atención a las cuestiones vinculadas con el derecho a la salud, que —luego de la vida— es el primer derecho a tutelar.

(16) TOLLER, Fernando M., "El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales", *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 2003, año 15, Derecho administrativo, Ed. De Palma, Buenos Aires, 2003.

(17) GONZÁLEZ PEREZ, Jesús, "El derecho a la tutela jurisdiccional", Ed. Civitas, Madrid, 1984, 1ª ed., p. 21.

(18) MARINONI, Luiz G., "Antecipação da tutela", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2006, 9ª ed. actualizada y ampliada, ps. 164 y 167.

(19) BERIZONCE, Roberto O., "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas", RDP 2008-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 35.

Es entonces cuando emerge, en ausencia de otro medio procesal con similar eficacia, la acción de amparo; ya Morello, en un lúcido trabajo que cuenta con más de una década, lo expresó y analizó con detenimiento (20).

Y aquí quisiéramos detenernos para efectuar alguna reflexión, más bien pragmática, vinculada con el amparo y las medidas autosatisfactivas.

Sabemos que las medidas autosatisfactivas, en palabras de Peyrano, son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, importando su decreto una satisfacción definitiva de los derechos de sus postulantes y constituyendo una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de las otras (21).

Ahora bien, en algunos ámbitos provinciales las mismas están reguladas legislativamente y en otros no.

Lo que coloca al operador jurídico (especialmente quien tiene que plantear un caso) en la dicotomía de tener que elegir qué vía transitará.

En lo que a nosotros respecta, creemos que si la autosatisfactiva no contara con recepción normativa expresa (como sucede en el ámbito nacional), debería optarse por la vía del amparo; mientras tanto, donde sí estuviera legislada, si concurrieran sus requisitos de procedencia, la cuestión podría tramitarse en esa vía.

Un caso así se dio en el ámbito bonaerense, donde el Tribunal de segunda instancia supo, lúcidamente, encarrilar la situación.

El proceso se había iniciado, por la reclamante, como medida autosatisfactiva, recibiendo un rechazo liminar en la instancia originaria.

Apelado el decisorio, dijo el Tribunal —refiriéndose a las autosatisfactivas— que:

“este tipo de medidas no están previstas en el Código Procesal local (tampoco en el nacional, aunque sí en algunos provinciales —Chaco, La Pampa—) sino que son institutos pretorianos destinados a dar respuesta jurisdiccional a situaciones muy específicas”, recordando que “la Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha dicho que “el tema de debate —el de la tutela anticipada en una de sus versiones más controvertidas cuál es la de las medidas autosatisfactivas— ciertamente enfrenta al juez con una tarea delicada. Este debe decidir si concede rápidamente lo pretendido, aunque —como sucede en la especie— esa decisión no se vincule con un proceso principal ulterior en el que, previa bilateralización, se resuelva en definitiva y en grado de certeza acerca del derecho del reclamante. En esa decisión necesariamente han de sopesarse no sólo los derechos de quien petitiona la pronta satisfacción de su interés sino también los de aquél contra quien habrá de ser ejecutada de modo anticipado la tutela. En ese marco, la respuesta a la demanda de resolución del conflicto en tiempo útil —hoy con expreso fundamento en los arts. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN) y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires— no puede pasar por alto otras garantías constitucionales directamente vinculadas a la eficacia del proceso en el que se satisfaga ese requerimiento. Y es así que, salvo casos excepcionales, no resulta razonable diluir la garantía del debido proceso en aras de la aceleración del trámite, más aún cuando no existe luego un proceso del cual dependa esa medida de efectos inmediatos” (SCBA, 19/05/2010, “R. V. y T. L. s/ medida autosatisfactiva”), agregando que “la Corte Suprema, por su parte, ha señalado que “si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un

(20) MORELLO, Augusto M., “El amparo, escudero del derecho a la salud”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, El derecho de la salud*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 21.

(21) PEYRANO, Jorge W., “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, JA 1997-II-926; en igual sentido QUADRI, Gabriel H., “En las aguas del proceso urgente”, *JA Suplemento Derecho Administrativo* del 25/02/2004.

exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio” (Fallos 330:5251”).

Luego de dicho todo esto, dice el votante que “cabe también sopesar que antes que la autosatisfactiva existe regulado en nuestro orden jurídico vigente otro carril que permite canalizar, en su seno, la mayoría de las pretensiones urgentes: la acción de amparo (arts. 43, CN, 20, Const. Pcial., ley 13.928) en cuyo marco, por cierto, podían pedirse —y decretarse— las cautelares que fueran menester (art. 9º, ley 13.928). Pues bien, así presentado el tema, tengo para mí que la acción intentada —por sus características— debió ser canalizada por tal vía (es decir la acción de amparo) y no mediante una autosatisfactiva. Si hay un camino legalmente previsto, y el mismo se perfila como potencialmente apto de acuerdo con las características del caso, no veo que exista razón para no utilizar el mismo, y se acuda a institutos pretorianos, diseñados para otro tipo de situaciones. Sin perder de vista, incluso, las posibilidades que el constituyente ha dejado al juez en el art. 20 de la Carta Magna local en cuanto a la abreviación de los términos y trámites del amparo, de acuerdo con las circunstancias del caso (reingeniería procesal, en las palabras de Toribio Sosa). Agregaré, finalmente, que ni siquiera configuraba valladar que obstaculizara la vía el art. 5º de la ley 13.928 desde que nos halláramos, según lo veo, ante omisiones continuadas, dada la renovada continua, y periódica necesidad de los medicamentos que se pretenden. Con todo, debo también decir que —tratándose de una cuestión que involucra el derecho a la salud y la necesidad de provisión de medicamentos— no es del todo irrazonable que la accionante —o su asistencia letrada— haya intentado la vía de la medida autosatisfactiva; de hecho, ella misma evoca precedentes judiciales análogos encausados por el sendero autosatisfactivo. Tenemos, entonces, concluido hasta aquí que en realidad la tramitación que correspondía al presente era la de la acción de amparo y no la autosatisfactiva,

donde —incluso— las posibilidades de defensa de todos los involucrados aparecen suficientemente resguardadas. Asistiría, entonces, razón a las consideraciones que el Sr. Juez de Grado efectúa en cuanto a la improcedencia, en el caso, del trámite autosatisfactivo. Ahora bien, donde no coincido con el *a quo* es en las consecuencias de tal situación. El Sr. Juez de Grado ha repelido liminarmente la petición; a mi juicio, lo que correspondía era reconducirlo”.

Y entonces, el Tribunal decide reconducir la autosatisfactiva como amparo, y otorgar lo pretendido por la actora, pero no a título autosatisfactivo sino cautelar (22).

Creemos que es suficientemente clara la distinción hecha en este fallo y cómo se pone en su juicio a la medida autosatisfactiva, cuando la misma no está regulada en el ámbito en el que se plantee la cuestión y el amparo se perfila idóneo para canalizar la cuestión de la que se trate.

Volvamos, ahora, a la acción de amparo.

La doctrina lo ha dicho con claridad: es cada vez más frecuente y con un crecimiento exponencial la presentación de amparos a los fines de la cobertura de prácticas médicas básicas y de provisión de medicamentos esenciales, aun en los casos de enfermedades de extrema gravedad, dolencias que no admiten dilaciones en su cobertura y que generan la necesidad de su requerimiento por la vía judicial (23).

Así es como se remarca que la acción de amparo constituye una vía particularmente apta para la tutela judicial del derecho a la salud (24).

E incluso debería tenerse en cuenta, además, que muchas veces los amparos de salud involucran colectivos destinatarios de una especial protección convencional y constitucional (niños, niñas y adolescentes; adultos mayores; personas con discapacidad; sujetos en situación de

(22) C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 09/04/2015, “Pizzi, Raquel T. c. Galeno Argentina SA s/ materia a categorizar”.

(23) ARANGUREN, Beatriz E., “Amparo de salud: proyecciones actuales en el orden nacional y en la provincia de Entre Ríos”, DJ 2015-19, p. 1.

(24) TREACY, Guillermo F., “El derecho a la salud y el amparo individual”, en CLÉRICO, Laura (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, t. II, cap. LX, e-book disponible en Thomson Reuters Proview.

vulnerabilidad), lo que realza la importancia de una acción protectoria sencilla y expedita.

Con todo, y dentro del universo global de las acciones de amparo (que no son todos iguales), el de salud se particulariza.

Así lo ha dicho la doctrina con lucidez: las causas de salud, como ámbito particular dentro del género de las acciones de amparo, sea por el desarrollo de la tecnología médica, sea por la profundización de ciertas enfermedades, adquieren cada vez más en nuestros días: a) una creciente importancia social; b) un desarrollo de conceptos propios en el derecho. Y todavía, dentro de los mismos, se subdivide entre aquellos en que la satisfacción de lo pedido resulta supeditado a una urgencia vital y aquellos que no.

Señalando que el resguardo de la salud resulta un valor jurídico de primer orden. Y que la creciente expansión de las políticas de salud, por parte de diversos tipos de entes o con nuevas modalidades de materialización, lleva inevitablemente a nuevas situaciones de resguardo. Pero también, correlativamente, exige tanto de los pedidos de amparo como de su resolución judicial la práctica, tanto por parte de abogados litigantes, como de los tribunales llamados a entender en la cuestión, de una arquitectura jurídica fina. Los litigios jurídicos respecto de las materias relativas a la salud serán cada vez más puntuales y con mayores matices a considerar. Existe, indudablemente, en la materia una tendencia acentuada a resultar un ámbito jurídico del derecho, cada vez más especializado.

Concluyendo que, en nuestro derecho, la acción de amparo ha evidenciado en su evolución un marcado rasgo a “especializarse”, desarrollándose en nuevas modalidades para situaciones en concreto, en las cuales a veces existe un desarrollo y una mutación no menor respecto de

su figura básica y que no es aventurado pensar en un amparo de salud acentuadamente especializado, como en la actualidad ocurre con las cuestiones ecológicas (25).

En este contexto, la cuestión requiere algún análisis más afinado, a poco que entremos a analizar que —a veces— las cuestiones vinculadas con el derecho a la salud no se presentan con la evidencia o patencia que son propias de la acción de amparo, al menos en una visión clásica de este proceso.

Analicemos esto con más detenimiento.

### III. Acción de amparo y derecho a la salud

#### III.1. Un poco de historia

La garantía del amparo fue reconocida en el ámbito federal por medio de la creación pretoriana de la Corte Suprema, en los señeros casos “Siri” y “Kot” (26). Luego de tales precedentes y después de una importante discusión doctrinaria sobre la necesidad de legislarla, a nivel nacional fue reglamentada en sus aspectos sustanciales y procesales por la cuestionada ley 16.986 (27). Dictada en el año 1966 durante el gobierno de la revolución argentina, esa norma se ocupó sólo del amparo individual y en ocasión de los actos u omisiones de la autoridad. Con el advenimiento del gobierno democrático de 1983, los tribunales comenzaron a mitigar su rigor y por tanto a potenciar la garantía. Finalmente, la reforma constitucional de 1994 incorporó el amparo al texto constitucional, dentro del capítulo de nuevos derechos y garantías. De ese modo y teniendo en cuenta los antecedentes históricos previos, el Constituyente estableció expresamente su significado y alcance —impidiendo que su operatividad quede sujeta a posibles modificaciones por circunstanciales mayorías políticas

(25) CARRANZA TORRES, Luis R., “Legitimación, arbitrariedad e ilegitimidad en el amparo de salud”, APBA 2013-5, 606.

(26) A fin de evaluar el contexto histórico en el que se dictaron ambos precedentes, puede verse ORGAZ, Alfredo, “El recurso de amparo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 53 y VERDAGUER, Alejandro, “Las cuestiones histórico-políticas del amparo en la argentina”, en FALCÓN, Enrique (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, t. I, cap. IV.

(27) Ver la crítica formulada por CARRIÓ en el prólogo a su obra “Recurso de amparo y técnica judicial”, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, 2ª ed. aumentada.

de la legislatura o a los vaivenes interpretativos de la judicatura—. Además, fundamentalmente se pretendió dejar atrás el frágil amparo de la ley 16.986 y reconocer una garantía de naturaleza federal, ya que al estar consagrado en la Constitución Nacional todas las provincias deben brindar una tutela de igual alcance cuando se den las circunstancias que la habilitan (28).

El art. 43 de la Constitución establece: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley...” (29). Con esa redacción, se atribuyó al amparo un significado plurívoco. Por un lado, se lo consideró una “acción”, que no es otra cosa que reconocer el aludido derecho a la tutela jurisdiccional y el consecuente deber del Estado de prestar la función respectiva. Por otro, se lo consideró una garantía del ejercicio y goce de los derechos constitucionales. Asimismo, su puesta en práctica implicó desde esa perspectiva una pretensión de amparo movilizadora de un proceso específico, como herramienta de la que se vale la jurisdicción para alcanzar sus fines.

### *III.2. El amparo como tutela diferenciada. El principio de proporcionalidad*

Una vez vigente la reforma constitucional, en doctrina como en jurisprudencia surgieron distintas posturas interpretativas sobre si el “nuevo”

amparo difería del regulado en la ley 16.986. La polémica principal se centró en determinar si la Constitución garantizaba una tutela específica y diferencial para toda situación de amparo o si esa tutela sólo operaba en forma residual por fracaso de los demás procesos judiciales y con los condicionamientos impuestos por la ley 16.986.

Un sector interpretó que al decir el art. 43 de la CN que “toda persona puede interponer una acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”, eso significaba consagrar el derecho de contar con una tutela propia siempre que se configuraran los presupuestos allí descriptos. Frente a tal situación, la tutela sólo se podría obtener por una vía propia, distinta e independiente de los otros procesos ordinarios y con una actividad protectora de la jurisdicción. Por eso, en caso de que “un acto u omisión de una autoridad o de un particular, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley”, sólo aquella tutela estaría en condiciones de constituir la respuesta para garantizar aquellos derechos. De esa manera, la reforma reforzaba el ámbito protector de la figura y significaba la derogación total o parcial de distintas disposiciones de la ley 16.986 (30).

Otro sector consideró que el texto constitucional no aparejaba una modificación sustancial de la figura diseñada en la ley y por ende sostuvo que la tutela específica se reservaba para los casos excepcionales de ineficacia de los otros procesos judiciales y para algunos, incluso de los

(28) Conf. RIVAS, Adolfo, “El amparo”, Ed. La Rocca, 2003, 3ª ed. actualizada, p. 220. La SCBA, en la causa “Asociación Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón, Hurlingham e Ituzaingó c. Municipalidad de Morón s/ amparo” (Ac. 64.119, 05/05/2010), reconoció que la Constitución Nacional, como los tratados con jerarquía constitucional, constituyen el piso de regulación de la garantía. Por eso, interpretó que cuando el art. 20 de la Constitución local se refiere a que el amparo procederá siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios, se está refiriendo a los remedios judiciales ordinarios y no a los remedios de otra índole.

(29) Como se advierte en relación con la ley 16.986, el constituyente amplió la legitimación pasiva. Con todo, y a nivel nacional al menos, se sigue diferenciando entre el amparo de dicha ley y el amparo contra actos de particulares, que tramita por vía sumarísima (art. 321, inc. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); a este último, le son aplicables muchos de los conceptos que aquí expresamos, salvo algunos que se circunscriben al texto de la ley 16.986, como por ejemplo lo atinente a la caducidad.

(30) En defensa de esta posición, Gordillo sostiene que el amparo consagrado por el art. 43 debe ser compatibilizado con los recursos breves, rápidos o sencillos que aseguran los tratados internacionales. Asimismo, considera que la idoneidad del proceso de amparo debe evaluarse en relación con otros procesos sumarios o sumarísimos, pero no en relación con el ordinario (GORDILLO, Agustín, “Un día en la justicia: los amparos de los

remedios administrativos. Según esta doctrina, esa ineficacia se produce cuando transitar por esos procesos o remedios ocasiona al amparista un daño grave e irreparable, circunstancia esta última que aquél tiene la carga de demostrar. Por esa razón, se interpretó que la ley 16.986 mantiene su plena vigencia, salvo en los aspectos expresamente derogados por incompatibilidad con el texto constitucional (31).

### *III.3. La doctrina de la Corte Federal en sus fallos más actuales. Afinamientos cuando se trata del derecho a la salud*

La Corte Federal ha recurrido al uso de aquella vieja fórmula que, salvo intermitencias, acom-

pañara al amparo desde sus inicios, mediante la cual rechaza cuestiones susceptibles de mayor debate que correspondan resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios (32). Ese proceder se ha justificado en el declamado propósito de evitar la falsa creencia de que cualquier cuestión litigiosa podría encontrar solución por esta vía. Confirma así una concepción cuyo renacimiento empezó a despuntar aún antes de su actual integración (33), pero que desde allí se mantuvo a lo largo del tiempo (34).

Esta visión pregona abiertamente que la consagración constitucional de esta célebre herramienta pretoriana no ha alterado la anterior doctrina

---

arts. 43 y 75, inc. 22 de la CN”, LA LEY, 1995-E-988). Verdguer señala que lo esencial en materia de amparo no pasa por determinar si existe otro procedimiento que pueda tutelar el derecho que invoca el actor, sino por la demostración de que la entidad del derecho justifica la apertura de la vía constitucional. Hace hincapié en que la mirada debe recaer sobre el bien de la vida que se pretende tutelar y no sobre el procedimiento y concluye en que prefiere establecer la línea de acceso al amparo por ese sendero y no por el limitativo de la subsidiariedad que tiene una impronta muy formalista (VERDAGUER, Alejandro - MORELLO, Augusto M. (dir.), “Los hechos manifiestos en el amparo, en Los hechos en el proceso civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 251). A su vez, Rivas, uno de los principales sostenedores de esta postura, expresa que “...la ley 16.986 quedó derogada por su incompatibilidad con el art. 43 constitucional; sólo se podrían salvar los aspectos procedimentales y en tanto no contradigan el dispositivo de la ley Suprema, pero en realidad tales aspectos, por encima de cualquier norma positiva, derivan de las reglas impuestas por la naturaleza y necesidades del instituto...” (ver RIVAS, Adolfo, ob. cit., p. 361). También sostienen este criterio con particular énfasis Morello y Vallefín (MORELLO, Augusto M. - VALLEFÍN, Carlos, “El amparo. Régimen Procesal”, Ed. LEP, 2004, 5ª ed., p. 271). Para la mayoría de quienes sustentan esta postura y en criterio al que se adhiere, al referir la Constitución únicamente a “otro medio judicial más idóneo”, ello significa que no resulta necesario el agotamiento de las vías previas administrativas (ver RIVAS, ob. cit., p. 257; MORELLO - VALLEFÍN, ob. cit., p. 32; SALGADO - VERDAGUER, ob. cit., p. 133). De todos modos, corresponde hacer la reserva sobre la existencia de autores que se suman a quienes consideran el amparo como una vía directa y, no obstante, interpretan que en determinadas circunstancias debe recurrirse a la vía administrativa. En esa línea de interpretación, Gozáini sostiene que debe evitarse la intervención judicial cuando: a) la decisión administrativa no reviste la condición de definitiva; b) cuando el reclamo administrativo previo puede aportar soluciones útiles o c) cuando el procedimiento administrativo no presenta disfunciones manifiestas ni una morosidad tal que evite la acción rápida y expedita que el amparo promete (GOZÁINI, Osvaldo, “Amparo”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 316).

(31) En este sector de la doctrina se ubican, entre otros, SAGÜÉS, Néstor P. (ob. cit., p. 47; SANMARTINO, Patricio, “Principios constitucionales del amparo administrativo”, Ed. Lexis Nexis, ps. 364 y ss. Estos autores consideran derogados aquellos aspectos expresamente incompatibles con el texto del art. 43: por ejemplo, interpretan derogado el inciso del art. 2º que consideraba inadmisibles el amparo en los casos en que se requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas. Sin embargo, difieren en cuanto al agotamiento de la vía administrativa. A diferencia de Sagüés, Sanmartino considera que la reforma eliminó esa exigencia (Ver SANMARTINO, ob. cit., p. 424). También se ha señalado que existe una tercera postura, a la que se califica de intermedia porque concibe el amparo como un proceso excepcional pero no subsidiario. Por lo tanto, se sostiene que, si se configuran los requisitos exigidos por el art. 43 de la CN, el amparo será viable aun cuando existan otros medios judiciales \_salvo que estos permitan obtener una tutela más efectiva que la consignada mediante la utilización del amparo (conf. TORICELLI, Maximiliano, “La procedencia del amparo”, JA 25/08/2010, p. 41 (JA 2010-III). En base a lo que sostenemos en el punto “La doctrina de la Corte Federal...”, expresamos nuestra reserva sobre las conclusiones del autor.

(32) Fs. CS 241:291.

(33) Ver p. ej. Fs. CS 324:1177.

(34) Fs. CS 335:1996, entre otros.

del tribunal sobre su alcance y excepcionalidad. Desde ese punto de partida, la Corte repite hasta el cansancio que dos son las llaves que deberán portar quienes pretendan sortear el preciado pórtico hacia el amparo: la demostración de la inexistencia de otras vías legales idóneas para la protección del derecho lesionado o la acreditación de que la remisión a ellas produciría un gravamen serio de imposible reparación ulterior.

La denodada búsqueda de criterios claros que ayuden a acotar estos conceptos esencialmente ambiguos, como forma de limitar la discrecionalidad judicial en beneficio de la seguridad jurídica, no arroja el resultado deseado.

La infinidad de ocasiones en que se ha exigido la acreditación de la inoperancia de las vías procesales comunes a fin de reparar el perjuicio invocado **(35)** poco aporta a ese propósito, puesto que si bien permite inferir que la idoneidad del medio estaría dada por su capacidad para poner fin a una lesión que tomaría abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales, no brinda pautas concretas que permitan identificar ese tipo de menoscabo **(36)**. La mera mención de que sería el derivado de la restricción a cualquiera de los derechos esenciales de la persona —sin proporcionar su nómina o el grado de afectación necesario— y que de ningún modo es aquel que sólo resulta del tiempo que insume la obtención de una sentencia firme en un proceso de conocimiento amplio **(37)**, tampoco mejora la situación.

En beneficio de tal incertidumbre y con alguna indiferencia hacia el texto constitucional, se reconoció aptitud para evitar esa magnitud lesiva a ciertos remedios administrativos, sentándose la necesidad de agotamiento de la vía administrativa y posterior impugnación judicial por el medio específico previsto legalmente. Las decisiones que así lo hicieron se apoyaron en la falta de urgencia, la especialidad del procedimiento o el efecto suspensivo del recurso **(38)**.

De este modo, el tribunal termina reservándose para sí la consideración de esencialidad del derecho lesionado, o lo que es lo mismo de gravedad del daño invocado, preservando un margen de libertad que le permite moverse con comodidad dentro de más de una solución posible, sin tener que sujetarse a cánones predispuestos que limiten su actuación. Si el derecho es o no de los denominados fundamentales, o el grado del cercenamiento lo torna o no abstracto, dependerá en buena medida de la Corte.

No obstante, algo ha quedado en claro, y se relaciona con este trabajo: *el amparo se perfila como un remedio imprescindible para los derechos de la jerarquía de la vida y la salud*, supuestos en los cuales no se deben exigir los requerimientos ínsitos en otras causas, constituyendo la vía más rápida y breve para este tipo de cuestiones.

Veámoslo en elocuentes palabras de la Corte Suprema.

Ha dicho el Tribunal que “el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la ley Fundamental; tiene por objeto una efectiva protección de derechos y resulta imprescindible ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud” **(39)**.

Y que “no cabe extremar el rigor de los razonamientos lógicos o exigir disquisiciones de significativa sutilidad, a fin de no desnaturalizar los fines superiores perseguidos mediante el amparo, en tanto resulta un medio imprescindible para la salvaguarda de derechos de la jerarquía de los de la salud y la vida” **(40)**.

Incluso, en este último caso, la Corte Suprema realiza algunos distinguos entre los diversos tipos de amparo, al señalar que “si bien quienes procuran ante el Poder Judicial la tutela de su

(35) Por caso, ver Fs. CS 323:2519.

(36) Fs. CS 323:2519, 333:373, 330:4114 entre otros.

(37) Fs. CS 297:73.

(38) Fs. CS 330:1407; 331:1403.

(39) Fs. CS 329:2552, remitiendo al dictamen del Procurador General.

(40) Fs. CS 329:1226.

derecho a la salud afectado por actos u omisiones manifiestamente ilegales o arbitrarios no pueden ser totalmente liberados de indagar sobre las razones jurídicas que dan sustento a la responsabilidad atribuida a cada uno de los múltiples demandados, se impone precisar que a aquellos pacientes necesitados de respuestas urgentes, por enfrentar la posibilidad de ver interrumpidos tratamientos de los que depende su salud o aún su vida, *no cabe trasladarles en su totalidad los requerimientos ínsitos a otras causas —aún encauzadas por la vía del amparo— en las cuales se ventile la tutela de derechos de diverso contenido o trascendencia*” (el destacado nos pertenece).

Y, reforzando estos conceptos, juzga el tribunal que resulta verosímil la afirmación del apelante en el sentido de que el empleo de un trámite ordinario no satisfará la exigencia de tutela judicial efectiva prevista en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (41).

De este modo, remarca la Corte que cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (42).

Y que la existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento, considerando que en casos de enfermedad la sola dilación puede

generar un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior (43).

Resumiendo: se predica que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física (44).

Incluso la Corte resalta la irrazonabilidad de imponer al afectado, y su familia, la carga de acudir a un juicio ordinario cuando llevan años litigando, memorando su doctrina en el sentido de que incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (45).

### III.4. Recapitulación

Lo que hasta aquí hemos expuesto nos enfrenta a una situación: el amparo se perfila, en nuestro ámbito, como la vía jurisdiccional protectora, por excelencia, del derecho a la salud (46).

Esto, necesariamente, exige la redefinición de algunos postulados genéricos que hacen a esta acción, en orden a particularizarlos de acuerdo con la índole de los derechos en juego.

De este modo, vemos a la Corte operar con mucha flexibilidad los recaudos de procedencia de la acción.

Parecería que, en el contexto que venimos describiendo, no hacen falta demasiadas demostra-

(41) Fs. CS 331:1755 y 336:2333.

(42) Fs. CS 331:563, remitiendo al dictamen del procurador.

(43) Fs. CS 330:4647; 331:2135; 336:2333.

(44) Fs. CS 330:4647; 332:1200.

(45) Fs. CS 327:2413; 332:1394; 336:2333.

(46) Al menos hasta el momento. Creemos que es necesario dar cuenta de algunas lúcidas reflexiones que ha efectuado Camps, en el sentido de que, a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, muchas de las situaciones que ahora se canalizan vía amparo, podrían discurrir en el ámbito de la pretensión preventiva de daños, que ya no será una vía excepcional como el amparo sino común. La idea es seductora y desde ya que la compartimos, pues este tipo de pretensiones –si no se desnaturaliza su esencia– podrían erigirse en medios judiciales más idóneos que el amparo. Con todo, si bien le vemos una gran potencialidad, es una idea que aún está dando sus primeros pasos y, como bien lo expresa el mismo autor, aún resta mucho por trabajar en este sentido (CAMPS, Carlos E., “El amparo como vía más eficaz para la protección de derechos, hoy”, JA 2018-I, p. 28 –número especial “Constitución y proceso. Parte I”, coordinado por Ramiro ROSALES CUELLO–).

ciones en orden a evidenciar la inidoneidad de los otros medios judiciales; amén de lo cual, se debería también ser muy cauto cuando se trata de definir si la cuestión traída requiere mayor debate y prueba, es decir en el análisis del presupuesto vinculado con lo manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad.

Es que, si se cierran las puertas del amparo, enviando la controversia a un marco de debate mayor, cuando la práctica nos indica que —muchas veces— las fronteras de cognición amparística no son tan estrictas, podría llegar a frustrar derechos de remarcada valía.

Resulta imprescindible, entonces, insistir en que, cuando está en juego el derecho a la salud, la acción de amparo adquiere una fisonomía muy particular, que lo diferencia en muchos aspectos de otros amparos que pudieran tramitar por motivos diversos.

Y este afinamiento conceptual, va incluso más allá de lo que hasta aquí venimos exponiendo, impregnando todas y cada una de las facetas que hacen a este trámite.

En este sentido, la doctrina se ha ocupado de resaltar la necesidad de humanizar este tipo de controversias, especialmente en lo que hace a los magistrados encargados de su tramitación, evitando tratar los temas atinentes a la salud como meros juicios que solo sobrecargan la tarea de los magistrados judiciales, y entendiendo que detrás de un proceso eminentemente escrito se encuentra un ser humano que pide a gritos el auxilio judicial, lo que implica —sin apartarse del texto de la ley— flexibilizarlo en tren de evitar rigorismos formales (47).

(47) LUNA, Virginia, "Acciones de amparo de salud: 'humanizar' la justicia", base de datos Microjuris MJ-DOC-6612-AR.

(48) Conf. SAGÜÉS, Néstor, ob. cit., p. 266. Refiriéndose al plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos administrativos (19.459), la Corte Federal sostuvo que constituye una prerrogativa propia de la Administración Pública y que la existencia de términos para demandarla se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos. Con apoyo en esos argumentos, el Supremo Tribunal que lo previsto en aquella disposición no es susceptible de impugnación constitucional, toda vez que constituye una reglamentación razonable del derecho a la defensa en juicio, en tanto no la suprime, desnaturaliza o allana (CS., G.146.XXVIII, "Gypobras SA c. Estado Nacional", 05/04/1995).

(49) En el ámbito provincial, la mayoría de las legislaciones también imponen —con variantes— un plazo de caducidad.

(50) Ver FIORINI, Bartolomé, "Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan", LA LEY 124-1363.

Sobre este piso de marcha, y para proseguir, vamos a ocuparnos de una temática por demás trascendente en la materia pues, de acuerdo con cómo se la interprete, puede tornarse frustratoria del acceso a la justicia por vía de amparo. Nos referiremos a la cuestión de la caducidad de la acción de amparo.

### IV. El plazo de caducidad (modo de contarlo y subsistencia de este requisito)

---

Otro tópico controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia es el que posibilita que el ejercicio de la pretensión de amparo se sujete a un plazo de caducidad. Una limitación temporal de ese tipo es propia de las legislaciones procesales administrativas y constituye una prerrogativa a favor del Estado.

Las razones invocadas para justificarlo han sido entre otras, la necesidad de resguardar la seguridad jurídica y la estabilidad de la actividad administrativa, el consentimiento tácito por el transcurso del tiempo de la actuación u omisión de la autoridad, la naturaleza excepcional del amparo y el principio de la división de poderes (48).

En su art. 2, inc. e) de la ley 16.986 dispuso la inadmisibilidad del amparo cuando la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse (49). Sin perjuicio de que logró la adhesión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, esa disposición motivó agudas críticas (50).

La reforma del 94 reabrió el debate sobre la validez constitucional de una limitación de tal

naturaleza y, por lo tanto, sobre la vigencia de lo dispuesto en la ley 16.986. Las posturas se dividieron entre quienes lo consideraron constitucional y, quienes no. A su vez y dentro de la primera postura, hay quienes interpretaron vigente el plazo establecido en la ley de 1966 y quienes lo consideraron derogado.

Los que lo observaron constitucional y vigente de acuerdo con el plazo de la ley 16.986, entienden que esta última —y hasta tanto se dicte una nueva normativa— mantiene su operatividad en todo lo que no ha sido ampliada o restringida por la reforma de la Carta Magna y en tanto sea compatible con ella (51).

Entre quienes consideran compatible con el art. 43 fijar un plazo de caducidad, pero derogado el de la ley 16.986, habrá quienes inter-

preten que dicho plazo dependerá siempre del prudente arbitrio judicial (52) y otros que entiendan que deberá hacerlo hasta tanto se dicte una nueva normativa (53). Otros autores, en trabajos muy recientes, han considerado que el plazo es constitucional, mostrándose reacios a su fijación judicial y sosteniendo que la extensión del plazo debería ser superior a 45 días, computándose solo los hábiles, y sumándose el de gracia (54).

Finalmente, están los que consideran contrario al art. 43 la posible fijación de un plazo de caducidad. En este ámbito se sostiene que el art. 43 de la CN, en tanto prevé las condiciones que se deben reunir para acceder a la vía del amparo, se basta asimismo (55). Por lo tanto, es operativo y no tolera el agregado de otros requisitos que modifiquen sus recaudos de admisibilidad (56). En base a esos argumentos, se concluyó que no

(51) Sagüés señala que no cabe considerar que la reforma de 1994 haya instrumentado un régimen normativo autosuficiente, alérgico a una reglamentación razonable y precisa que la fijación de un plazo de caducidad es una opción constitucional. En cuanto al período fijado por la ley 16.986 sostiene que podrá criticarse por ser algo corto o algo largo, según se lo quiera mirar, pero resultaría exagerado calificarlo como absurdo, insignificante o ruin (SAGÜÉS, Néstor, ob. cit., p. 273). Ver también FERNÁNDEZ, Sergio G. - MÁRQUEZ, Luis M., “Jurisprudencia concordada sobre la caducidad en la acción de amparo”, LA LEY 1999-C-1140. La Cámara Civil y Comercial Federal, en el plenario recaído en “Cappizano de Galdi, Concepción c. Instituto de Obra Social” (03/06/1999, JA 2000-57), adoptó esta posición.

(52) GOZAÍNI, Osvaldo, ob. cit., p. 424. Con un matiz diferencial, Gómez expresa que el magistrado debe juzgar la procedencia del amparo en virtud de las circunstancias del caso, si subsiste o no el acto lesivo al momento de intentarse la acción (ver GÓMEZ, Claudio D., “El plazo de caducidad en el amparo ¿un verdadero enigma para los jueces?”, LLC 2007-791).

(53) Conf. RIVAS, Adolfo, ob. cit., p. 473. Este autor sostiene que el art. 43 de la CN no es obstáculo para fijar legislativamente un plazo de caducidad, aunque agrega que debe ser racionalmente determinado, de modo de no constituirse en un límite asfixiante para quien busca protección. Para Rivas el plazo no debe ser menor a treinta días y con la facultad judicial de tenerlo ampliado razonablemente según las circunstancias del caso. Basterra entiende que, si bien el límite temporal de quince días hábiles otorgado por el texto legal es absolutamente desproporcionado en atención a la entidad de los derechos que pretende tutelar, no obstante debe quedar sujeto a un plazo determinado, ya que de lo contrario también se alteraría su naturaleza y propone un plazo de 90 o 120 días hábiles (BASTERRA, Marcela, “La acción de amparo en sus distintas etapas. ¿Debe establecerse un plazo legal de caducidad?”, JA, 25/08/2010, p. 47).

(54) ROBLEDO, Diego, “El plazo de caducidad en el amparo”, JA 2018-I-110 –número especial “Constitución y proceso. Parte II” coordinado por Ramiro ROSALES CUELLO–.

(55) Algunas Constituciones provinciales disponen expresamente el carácter operativo del amparo al no sujetarlo a ninguna reglamentación. Así, p. ej., la Constitución de Catamarca (art. 40). La Constitución de Salta va más allá y dispone en su art. 87 que son nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de la acción.

(56) Spota expresaba que lo constitucional procesal (dentro de lo cual incluía al amparo del art. 43) no admite ni requiere para su aplicabilidad de reglamentación por los poderes constituidos, que de alguna forma o manera pretendan conducir o condicionar la vigencia real y completa de esos cursos de acción constitucionales procesales (ver SPOTA, Alberto A., “Análisis de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN”, ED 163-767). Esta postura se enrola en la línea de interpretación que considera al plazo de caducidad forma parte de los presupuestos de admisión del amparo y excede, por tanto, la materia puramente procesal (Ver voto del Dr. Pérez Delgado en la causa “Guezamburu Isabel c. Instituto de Obra Social”, CNFed. Civ. y Com., sala I, 12/10/1995; LA LEY 1996-C-509).

podrá el legislador, ni el anterior a lo decidido por el constituyente, ni el que posteriormente pretenda regular la acción de amparo, restringir en forma alguna el régimen de tutela que el legislador supremo de la República ha regulado con toda precisión (57). También, en similar postura, se ha sostenido que el plazo de caducidad es incompatible con una figura despojada de solemnidades como la contemplada en nuestra legislación en el art. 43 de la CN y sus similares en los tratados internacionales (58).

Mayoritariamente se ha entendido que el plazo de quince días establecido en el art. 2º, inc. “e” es uno de aquellos aspectos que permanecie-

ron inalterados tras la reforma constitucional. No obstante, se advierte mayor amplitud de los criterios interpretativos para contar el plazo de caducidad (59). Tal amplitud fundamentalmente se ha dado a partir de la doctrina de la ilegalidad o arbitrariedad continuada. Tal situación se considera configurada cuando se está frente a incumplimiento continuado que genera que los efectos de la conducta lesiva se mantengan en el tiempo y se trasladen hacia el futuro. En estos casos, el efecto pernicioso se reitera en forma continua o periódicamente (v.gr., prestación debida por una obra social) y por ello es posible ejercer la acción de amparo en todo momento mientras subsista la afectación (60).

(57) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La violación por tracto sucesivo de los derechos constitucionales y la operatividad del art. 43 de la CN”, LA LEY 1996-C-507. En esta línea de pensamiento, aunque limitado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Superior Tribunal de esa ciudad declaró la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 2145 en cuanto imponía un plazo de caducidad de 45 días. Por mayoría de votos, el Tribunal consideró que ese artículo se oponía al art. 14 de la Constitución local que dispone que el procedimiento del amparo “esta desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad” (Tribunal Superior, “G. D. A. c. Ciudad de Buenos Aires”, 27/12/2007, LA LEY 06/03/2008).

(58) Ver MIDÓN, Mario A., “¿Está llegando a su fin la caducidad del amparo?”, LA LEY 2008-B-215. En el ensayo, el autor desarrolla con agudeza una severa crítica a todas las razones que se invocan para justificar la validez de un plazo de caducidad. Salgado y Verdaguer cuestionan la validez constitucional de este requisito de inconstitucionalidad y auspician los pronunciamientos jurisprudenciales que consideran implícitamente derogado al inc. e) del art. 2º de la ley 16.986 (ver SALGADO - VERDAGUER, ob. cit., ps. 145 y 149).

(59) Conf. MORELLO - VALLEFIN, ob. cit., p. 46.

(60) La Corte Federal ha adoptado esta postura. Así en la causa “Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” (M1503, XLI, 07/11/2006), remitiendo al dictamen del Procurador, se sostuvo que “en la medida que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho único, ya pasado, ni un hecho consentido tácitamente, si de aquéllos en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias... Pensamos que, en la especie, la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada”. De eso modo, es doble distinguir entre el efecto lesivo continuado (empleado cesanteado que mantiene ese estado al promover la pretensión de amparo) y entre el efecto lesivo renovable periódicamente (p. ej., si suprime la prestación debida por una obra social). Sagués apunta que, con esta interpretación, el vógor limitativo del art. 2º, inc. e de la ley 16.986 queda así fuertemente licuado, sino francamente evaporado. Ejemplificando expresa “(...) supóngase la clausura de un establecimiento, dispuesta desde tres meses atrás, y hoy vigente; la expulsión de un alumno, de un funcionario o de un legislador, resuelta hace un año y mantenida ahora en vigor; la negación de expedir un pasaporte, decidida desde hace varias semanas, y subsistente en el presente; la ocupación de una fábrica, iniciada también un mes atrás, y que persiste. Todos estos actos podrían entenderse como de ‘ilegalidad continuada’, en el sentido que sus efectos se prorrogan sin solución de continuidad hasta la actualidad, y que, por tanto, resultarían exentos del tope cronológico contemplado por el aludido precepto legal (...)”. Concluye entonces que *prima facie*, “(...) conforme el nuevo criterio de la Corte Suprema, la cláusula legal de la caducidad sería aplicable exclusivamente para los supuestos de actos lesivos que no tienen ilegalidad continuada. Pero en tal caso, de haberse concluido y consumado la dicha ilegalidad, sin tener prolongación hacia el presente, el amparo concluiría como ‘cuestión abstracta’ o *moot case* (cierto sector de la doctrina prefiere hablar de ‘sustracción de materia’), y debería desestimarse. Este proceso, en efecto, por lo común solamente tiene sentido en la medida en que la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, históricamente acaecida, persista al momento de resolverse judicialmente el caso. Esto es, que mantenga actualidad (...)” (SAGÜÉS, Néstor, “El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo”, LA LEY 2007-B-128; ver también SPACAROTEL, Gustavo MARTÍNEZ PASS, Laura, “El límite de edad para ejercer la docencia en la provincia y el plazo de caducidad en la acción de

En nuestra opinión, las razones apuntadas para justificar el plazo de caducidad hoy aparecen superadas (61). El derecho a la tutela diferenciada previsto en el art. 43 de la CN, que abre una jurisdicción de naturaleza protectoria, de ninguna manera puede verse menguada en su ejercicio mediante la atribución de prerrogativas a la “parte fuerte” de la relación procesal, que es a quien se pretende controlar. En su caso, si alguna prerrogativa se confiere, debe establecerse a favor de quien se dispone la protección especial.

Los plazos de caducidad de las acciones contra actos estatales son considerados exteriorizaciones del régimen exorbitante del derecho privado que concurre a regir la relación entre los particulares y el Estado, en tanto este se encuentre en cumplimiento de cometidos públicos. La desigualdad resultante de su ejecución, sólo se justifica en la presupuesta gestión del interés general que por su relevancia se sobrepone al individual.

Como se aprecia, la razón de esta explicación tiene origen en la premisa de que los intereses del Estado y los individuos que lo componen, apreciados en forma separada, son contrapuestos. Ello resulta difícil de sostener ante la alegación por el administrado de una nulidad que aparece visible al examen jurídico más superficial (62). Salvo, claro está, que se concluya que la Administración ha dejado de ser la principal interesada en el inmediato restablecimiento de la juridicidad quebrantada. Por otra parte, lo que era visto como una herramienta para el ejercicio del poder, es hoy apreciado como un instrumento para el logro del interés general, operando un cambio de paradigma

Asimismo, y en tanto el amparo diseñado en la Constitución procede contra actos u omisiones de autoridad, pero también contra los provenientes de particulares, no se advierte la razón

para una prerrogativa de esa naturaleza a favor de un particular. Por otra parte, la gravedad de los vicios que se invocan a través de esta vía privarían al Estado, aún en el proceso ordinario administrativo, de invocar prerrogativas de esa naturaleza.

Con relación a los argumentos concretos que se brindan a favor de este instituto, no es comprensible que se sostenga que con la caducidad se evita la inseguridad jurídica, cuando un acto más grave como la declaración de inconstitucionalidad de una ley no está sujeta a un plazo de esa naturaleza y que tal circunstancia no ha sido invocada como un peligro para esa seguridad del obrar estatal, ni violatoria de la división de poderes. Además, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sin otro plazo de prescripción que el de la pretensión a la que accede el pedido, también demuestra que la afectación de la división de poderes no es un argumento que tenga suficiente sustento.

El argumento de la seguridad se relativiza aún más, cuando se admite que, vencido el plazo, el amparista puede acudir a las vías ordinarias e, incluso cuando el plazo de caducidad resulta mayor para cuestionar vicios de menor entidad que los justifican la tutela diferenciada. No se advierte como en un caso, esa seguridad se afecta y en otro no. Estos fundamentos sirven también para quitar entidad al argumento relativo al consentimiento tácito

La misma dicotomía se aprecia frente a la posibilidad que se le brinda al Estado de promover acción de lesividad en procura de la declaración de nulidad del acto afectado, sin estar atado a ningún plazo perentorio y sujeto sólo al término de la prescripción, lo que no se permite al particular.

Además, si se entiende que el amparo sólo es admisible cuando se configura una arbitrariedad

---

amparo bonaerense”, JA 2003-II-429; corresponde tener en cuenta que también se ha adoptado la postura que respecto a los actos que se reiteran periódicamente, el plazo se cuenta a partir de cada acto. Esta última posición fue receptada, p. ej., en la ley que regula el amparo en la provincia de Buenos Aires (art. 6º, ley 13.928). (61) Nuestra opinión se apoya en parte en las posturas doctrinarias sostenidas por otros autores. Ver SALGADO - VERDAGUER, ob. cit., p. 145; MIDÓN, Mario, “¿Está llegando a su fin la caducidad en el amparo?”, LA LEY 2008-B-215.

(62) Conf. PALACIO, Lino E., “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo-Perrot, t. VII.

o ilegalidad manifiesta — lo que exige que la cuestión requiera mayor debate o prueba— y que no es subsidiario de ningún otro proceso judicial, no guarda sentido llevar a una vía ordinaria un debate que puede resolverse por la vía rápida y sumaria del amparo.

De todos modos, en el caso de que se fije un plazo, entendemos que ello debe estar condicionado a dos circunstancias: a) que, vencido el plazo, la cuestión pueda someterse a decisión por las vías ordinarias, sin que resulte invocable en ese caso ningún otro plazo de caducidad y b) que el plazo supere los 60 días hábiles, ya que los plazos exigüos no se ajustan a lo que constituye la cultura media del consumidor del servicio de justicia.

Ahora bien, más allá de la postura que se pueda adoptar sobre el particular y en términos generales, quisiéramos dar cuenta, aquí, de la forma en que la Corte Suprema se ha referido al tema, cuando se tratan de amparos de salud.

En tal sentido, tiene dicho el Alto Tribunal que “el plazo establecido por el art. 2º, inc. e) de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando ha sido invocado y prima facie acreditado que se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes” (63) y que “el escollo que se deduce de la prescripción del art. 2º, inc. e, de la ley 16.986, que establece el plazo de quince días hábiles, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad originada tiempo antes de recurrir a la justicia pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente” (64).

En un fallo muy actual, la Corte reafirma todo esto, al decir que: “al desestimar la vía del amparo con motivo del mero vencimiento del plazo previsto en el arto 2º, inc. e, de la ley 16.986, la cámara prescindió de considerar una circunstancia decisiva para dar una respuesta sostenible a su decisión de cancelar la admisibilidad de este remedio constitucional, pues desconoció el carácter periódico de la prestación reclamada por la peticionaria para su reincorporación a un sistema de ayuda económica, en el marco de un conflicto urgente destinado a tutelar derechos que cuentan con reconocimiento directo e inmediato en Tratados Internacionales de Derechos Humanos”.

Agregando que “esta Corte ha establecido para los procesos de amparo una regla de derecho de inequívoca aplicación en el *sub lite*, que ha sido soslayada por la cámara. En efecto, el Tribunal ha resuelto consistentemente que el plazo de caducidad contemplado en el art. 2º, inc. e, de la ley 16.986 no puede constituir un impedimento insalvable cuando —como en el caso— con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad periódica o continuada”.

Pero el tribunal no se queda en ese plano, pues sigue reforzando la trascendencia de la cuestión y la necesidad de interpretar al amparo en clave convencional, al exponer que: “la aplicación de esa doctrina se justifica aun en mayor grado en este caso, si se considera que con particular referencia a los asuntos en los que se ha invocado, y prima facie acreditado, que la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, esta Corte ha enfatizado que el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional” (65).

(63) Fs. CS 335:44.

(64) Fs. CS 329:4918, con remisión al dictamen de la Procuración.

(65) CS, 22/03/2018, “Tejera, Valeria F. c. ANSES y otro s/ varios”.

Consecuentemente, como bien lo marca la doctrina, la cuestión clave radica en la forma de cómputo del plazo, considerando no sólo el conocimiento cierto de la violación del derecho por parte del interesado, sino también las características de la conducta lesiva (66).

Habiéndose destacado, asimismo, en su composición actual, el Alto Tribunal ha precisado los alcances del plazo de caducidad del amparo en casos en que estaba en juego este derecho fundamental, tomando como criterio la existencia de una ilegalidad o arbitrariedad continuada (situación que es habitual en los casos de afectación de la salud), lo cual permite flexibilizar la forma de cómputo del plazo. Agregando que tal interpretación se compadece con el *principio pro homine*, el cual tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos y se entronca con las Reglas de Brasilia, que establecen lineamientos generales a la hora de interpretar normas procesales que pueden resultar restrictivas del acceso a la justicia (67).

Es importante tener en cuenta, entonces, la cuestión de las conductas lesivas continuadas porque, por allí, pasará normalmente la solución del problema de la caducidad, cuando se acciona en resguardo al derecho a la salud, apoyándose en una situación fáctica que se mantiene inalterada (porque el problema no se soluciona sólo, ni por el mero transcurso del tiempo) al momento de promover la acción. Sin

perder de vista, mientras tanto, que el cierre de las puertas del amparo puede, muchas veces, condicionar fuertemente el acceso a un proceso eficiente, frente a la existencia de vías de similar idoneidad y que dicha obstaculización, cuando se trata del derecho a la salud, puede llegar a comprometer directamente la existencia misma de la persona que está reclamando. Es algo que, pensamos, el juez debe tener bien presente al emitir cualquier tipo de decisión sobre el tema.

### V. Conclusión

---

A falta de otro tipo de tutela diferenciada, y visto desde la perspectiva de la eficacia procesal, la acción de amparo hoy en día se erige en el carril procesal por excelencia cuando se trata de la protección del derecho a la salud.

E incluso el amparo de salud se debe diferenciar de acciones que transitan el mismo carril pero donde el derecho subyacente es otro; lo que hace que, en su seno, los requisitos de procedencia de la acción adquieran una fisonomía bastante particular.

A lo largo del presente, hemos intentado explicitar estas últimas circunstancias, especialmente a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para llamar la atención del lector sobre el tema y colaborar, en algo, a una mejor aprehensión y manejo de esta singular tipología procesal.

---

(66) TREACY, Guillermo F., "El derecho a la salud y el amparo individual", en CLÉRICO, Laura (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2013, t. II, cap. LX, e-book disponible en Thomson Reuters Proview.

(67) *Ibidem*.

# Jurisprudencia Anotada

## NIÑEZ Y DISCAPACIDAD

### **Escolaridad de un niño con discapacidad - Reubicación en otra institución - Determinación del grado del ciclo lectivo al que debe asistir - Cuestión abstracta - Costas**

1 – El amparo debe tenerse por abstracto, en tanto su objeto —que la institución donde estudia un niño con discapacidad otorgue el certificado de alumno regular a fin de que pase a otra escuela— fue cumplido y entregado a los padres en la audiencia celebrada.

2 – Las costas deben ser impuestas a la demandada pese a que la cuestión se volvió abstracta, pues el hecho de no haber dado curso favorable a las diversas solicitudes de los padres de un niño con discapacidad para obtener el certificado de alumno regular y así poder ser admitido en otra institución, generó una situación de incertidumbre y afectación emocional.

**JCorrec. Nro. 4, Mar del Plata, 28/04/2017 - N. S. P.**

*Con nota de CARINA S. JORGE*

**1ª Instancia.-** Mar del Plata, abril 28 de 2017.

*Vistos:*

I. Para un mejor ordenamiento de las actuaciones agréguese a fs. 89 copia certificada del acta de nacimiento del niño S. P., a fs. 90 copia del DNI de N. S. P., a fs. 91 copia certificada del certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires emitido con fecha 10/06/2014 y con vigencia hasta el 09/06/2019, a fs. 92/93 copia de su credencial del PAMI, fs. 94 y vta. indicación de la Dra. S. S. psiquiatra infanto juvenil del HIEMI de interrupción de asistencia al ciclo lectivo 2016 y manténgase la demás documental adjuntada a la presentación inicial por la accionante en sobre cerrado papel madera.

II. Encontrándose los autos para resolver.

*Resulta:*

I. Que a fs. 07/17, la Sra. M. P. en representación de su hijo N. S. P., con el patrocinio letrado de la Dra. M. G., promovió acción constitucional de amparo contra la Dirección provincial de Educación de Gestión Privada (DIPREGEP - Región nro.19 Ptdo. de Gral. Pueyrredón) y el Instituto Educativo Punta Mogotes de esta ciudad de Mar del Plata a fin que los accionados arbitren las medidas tendientes a realizar una evaluación pedagógica para determinar —y en su caso reubicar— el grado del ciclo lectivo de escuela primaria al que debe asistir el niño amparado acorde a su nivel y teniendo en cuenta su condición de persona con discapacidad (conforme certificado de discapacidad obrante a fs. 91 del que se desprende que el diagnóstico de N. S. P. es “perturbación de la actividad y de la atención, trastorno opositor desafiante”), con una orientación prestacional referida a “rehabilitación”.

II. Que mediante proveído obrante a fs. 18 de fecha 06/12/2016, se confirió vista de esta acción constitucional de amparo a la Asesoría de Menores e Incapaces de conformidad con lo normado por los arts. 43, 75 inc.22 CN, 15, 20 numeral 2, 36 inc. 8, y ccdtes. Const. Prov. Bs. As., art. 9 de la ley 13.928; 103 inc. “a” CC.

A fs. 19 se presentó el Dr. Osvaldo Caamaño, en su carácter de titular subrogante de la Asesoría de Incapaces nro.2 Dptal., tomando intervención en las presentes actuaciones y solicitó atento la urgencia y gravedad de la cuestión planteada que se fije una audiencia de conformidad con lo normado por el art. 11 de la Ley de Amparo 13.928, mod. Ley 14.192), la que fue designada a fs. 21 y vta. apartado IV. En esa oportunidad se intimó a las demandadas a producir el informe circunstanciado de conformidad con lo establecido por el art. 10 de la Ley 13.928.

III. Que a fs. 26/28 se presentó la Dra. K. E. en su carácter de apoderada de la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires y solicitó

que se rechace esta acción constitucional de amparo con costas a la parte actora. En su presentación planteó la falta de legitimación pasiva de la DIPREGEP, asimismo remarcó la falta de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas por parte de su representada.

IV. Que a fs. 31/41 se presentó el Sr. H. C. D. en su carácter de socio gerente y representante legal del Instituto Educativo Punta Mogotes SRL (IEPM) con el patrocinio letrado de la Dra. A. L. V. y solicitó —también— el rechazo de este amparo con costas, toda vez que de su parte no existió vulneración alguna a los derechos de educación e inclusión del menor amparado.

Luego de desarrollar y transcribir las actas labradas con intervención de la institución, y negar manifestaciones vertidas por la accionante en su presentación inicial, concluyó que el niño por la cantidad de inasistencias que registraba durante el ciclo lectivo 2016, conforme la normativa vigente se encontraba dentro de la situación de deserción escolar, en razón de ello y luego de informárselo a sus padres en el mes de diciembre se les sugirió a los mismos que el niño asista a un período extendido de enseñanza durante el mes de febrero de 2017 para trabajar y rendir todas las áreas de quinto año, poniendo a su disposición grilla de materias y contenidos, los progenitores no aceptaron esa alternativa.

Finalmente resaltó que la institución actuó incluyendo en la diversidad y acompañando en el trayecto educativo sirviendo de nexo con otras instituciones en pos de los derechos del niño N. S. P. y solicitó el rechazo de esta acción constitucional de amparo con costas a la actora.

V. Que a fs. 47 se presentó la Dra. K. E., apoderada de Fiscalía de Estado, y acompañó el expte. administrativo nro. 5100-27881/2016 en el que obra a fs. 54/55 del mismo el informe producido por la Dirección Provincial de Educación de Gestión Privada de la Dirección Gral. de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires con fecha 27/12/2016.

Del mencionado informe surge que conforme sus constancias N. S. fue alumno regular del Instituto Educativo Punta Mogotes hasta el 02/08/2016, hasta ese momento concurría con Asistente Externo, no con maestra inte-

gradora toda vez que la escuela no tenía un Proyecto de Integración. Luego individualizaron fechas y actas suscriptas al momento de tratar la situación escolar del niño, detallando que el 30/08/2016 al concurrir la accionante a la Sede de Inspectores se le explicaron los motivos por los cuales No consideraban pertinente iniciar un proyecto de integración, no obstante ello con fecha 22/11/2016 se acuerda la pronta incorporación del alumno a la escuela, el compromiso de diseñar un plan de anticipación y profundización de la enseñanza para garantizar la continuidad pedagógica del niño y luego evaluarlo nuevamente. En esta última oportunidad no se encontraban presentes los padres de N..

Señaló finalmente que todo lo actuado en forma conjunta entre Inspección de Nivel Primario de DIPREGEP e Inspección de la Modalidad Especial cada uno desde su especificidad fue realizado en beneficio del menor a fin de garantizar la trayectoria del mismo en el sistema educativo.

VI. Que a fs. 51/53 obra el acta de la audiencia celebrada el 13/02/2017 en la sede del Juzgado con la intervención de la Sra. M. S. P. y el Sr. R. M. S. padres del niño N. S., su letrada patrocinante Dra. M. G., el Dr. O. C. en su carácter de Asesor de Incapaces, la Dra. K. E. apoderada de Fiscalía de Estado en representación de la DIPREGEP y la Dra. A. L. V., patrocinante del Sr. H. C. D. representante legal del Instituto Educativo Punta Mogotes.

En el marco de la audiencia celebrada la Dra. G. señaló con relación a lo informado en el expediente administrativo por la Fiscalía de Estado, que allí se reconoce que no se dispuso la integración del menor como se había solicitado en su oportunidad, y respecto de la derivación a otra escuela, los progenitores del niño buscaron una escuela que se adapte a sus circunstancias inscribiéndolo en la Escuela Perito Moreno (privada).

Señaló que se presentaba la dificultad del pase de institución que se debía otorgar por el IEPM. Dejó constancia de que por indicación de los profesionales que asisten al menor es que el niño dejó de estar “escolarizado”, atento la “frustración” padecida por el mismo al no recibir una integración adecuada, particularmente indicado por la médica psiquiatra que lo asiste en comunicación con todo el grupo interdisciplinario que trabaja junto al menor. Exhibió las carpetas de N.,

## Jurisprudencia Anotada

---

dejando constancia que la psicopedagoga que trabajó con él en forma particular reseñó que de los contenidos de 5to grado tuvo que “bajar” a un primer grado, destacando asimismo la importancia de un acompañante terapéutico para su contención, aunque ello no es suficiente, y que su cuadro requiere una integración y adecuación de los contenidos. En tal sentido, añadió que N. no puede seguir el ritmo de una clase “normal”, su coeficiente intelectual es acorde a su edad, pero en virtud de su diagnóstico —perturbación de la actividad y de la atención, trastorno opositor desafiante conforme certificado de discapacidad adjunto— procesa los contenidos de una manera diferente, por lo que requiere una adecuada integración, circunstancia solicitada por los progenitores y especialistas que lo asisten desde fines del año 2015 —solicitándose expresamente una “maestra integradora”—.

Solicitó en esa oportunidad la Dra. G. que se pueda evaluar al niño, darle un cierre al ciclo lectivo 2016 (teniendo en cuenta que desde agosto no pudo asistir a la escuela, por indicación médica) que no se lo catalogue como “desertor”, toda vez que dejó de asistir en debida protección de su salud. Al respecto indicó asimismo que la escuela Perito Moreno, recabó toda la documentación y le entregó un módulo de adaptación a un 5to grado (el que dejó de cursar durante el año 2016), por lo que solicitó también que el IEPM trabaje en forma conjunta con dicha escuela para la evaluación, y que el DIPREGEP proporcione la integración para la nueva escuela.

Los padres del niño ratificaron lo manifestado por su letrada patrocinante.

Luego de ello, y conferida que le fuera la palabra al IEPM, la Dra. V., manifestó que al advertirse la inasistencia del menor, se indicó la realización de una “escuela hospitalaria” o domiciliaria, toda vez que desde agosto a la fecha el niño quedó sin escolarizar. Asimismo añadió que siempre la escuela estuvo a disposición de los papás, que los aprendizajes son contextualizados en la educación primaria, que siempre N. tuvo un seguimiento pormenorizado que se acredita con profusa documentación, que se hizo una secuencia de sus contenidos, reforzar su oralidad, teniendo fluctuaciones en su aprendizaje. Se presentó desde la Escuela proyecto al DIPREGEP

de integración y acompañante externo, habiéndose sólo aprobado esto último. Desde la Escuela no hay óbice alguno en entregar el pase del menor a otra escuela, incluso habiéndosele ofrecido módulos para culminar su 5to. grado.

Refirió también que se conversó respecto de la búsqueda de una escuela con integración, contando con ello la nueva escuela.

Conferida la palabra a la Dra. E., manifestó que se observa una desavenencia, en el sentido de que si hubiese sido puesto en conocimiento de la demandada la necesidad de una escuela domiciliaria se hubiera autorizado. Expresó que como abogada de Fiscalía de Estado se busca la escolarización del menor y que arbitrará los medios para que no haya inconvenientes, aunque no tiene poder de DIPREGEP para poder tomar una decisión.

Luego el Dr. C., señaló que en aras de buscar una solución al conflicto que dio motivo al inicio de esta acción de amparo, y toda vez que los amparistas requieren para la correcta inscripción en la nueva escuela, que el IEPM debería expedir un certificado de pase como alumno “regular” y no como “desertante”.

Habiendo solicitado la palabra la accionante, expresó que ella concurrió al Consejo Escolar, y que realizó todos los trámites ya desde el tercer grado de su hijo, solicitando inclusive la acompañante terapéutica, decisión no compartida por los directivos del IEPM. Reseñó brevemente los padecimientos de N. que fundamentaron la decisión e indicación por los profesionales tratante del niño que deje de concurrir a la escuela para terminar su 5to. grado.

Luego de ello el Asesor de Incapaces Dr. C., solicitó información al IEPM respecto si tienen otros niños con proyectos de integración, y la Dra. V. señaló que sí, incluso niños con educación domiciliaria. Por ello el Asesor de Incapaces dictaminó, que ambos institutos deben contemplar la situación particular del niño, expresando que evidentemente existe a su entender un incumplimiento por parte del IEPM respecto de la aceptación de la integración que requería N., pase en condición de alumno regular, y para arribar a una solución, se tomaría en abstracto, hay una alternativa de un nuevo instituto, toda

vez que los mismos padres son los que prefieren la continuidad educativa de N. en el Instituto Perito Moreno. Asimismo puntualizó que el problema técnico es la “calidad del pase”, y sería conveniente otorgar un pase adecuado a la situación particular de N., dejando de lado tecnicismos (en el caso la presunta condición de “desertante”) y que sea el nuevo Instituto el que lo evalúe. La Dra. V. señaló que sí se lo integró desde siempre al menor, lo que no se formalizó fue el “proyecto de integración” —toda vez que no dependió de la escuela sino de que la DIPREGEP no lo autorizó—, no teniendo objeción a extender tal certificado, aunque también es una cuestión de la DIPREGEP. Asimismo indicó que de la documentación acompañada surge que el DIPREGEP estaba en conocimiento de la petición de educación domiciliar.

La Dra. G., expresó que toda la documentación fue entregada en la escuela nueva y que se ha coordinado para las nuevas evaluaciones, dejando constancia que en el IEPM el niño no ha sido integrado y puntualiza que del informe acompañado a fs. 62/63 del Expediente Administrativo acompañado por Fiscalía de Estado surge ese hecho. El Dr. C. puntualizó que la solución abordada por los padres junto a un nuevo instituto allana las cuestiones presentadas, quedando pendiente la expedición del certificado de pase y en que condición se confiere el mismo. La Dra. G. exhibió el módulo proporcionado por la nueva escuela Perito Moreno —cuyas copias certificadas de agregaron a fs. 54/70, comprometiéndose en esa oportunidad a incorporar informe confeccionado por el mencionado establecimiento a la mayor brevedad.

Contando con la conformidad de todas las partes intervinientes se suspendieron los términos para resolver hasta tanto se adjunte el informe de la nueva escuela.

La Dra. V. dejó constancia que a partir del día martes 14 de febrero del 2017 se encontrará a disposición de los progenitores de N. el certificado de pase de alumno regular, con la aclaración de la leyenda correspondiente atento las formalidades que exige DIPREGEP, comprometiéndose a brindar toda la documentación requerida para hacer efectivo el pase del niño S.

VII. Que a fs. 72 obra agregada copia certificada del comprobante de pase concedido por el IEPM

respecto del niño N. S. para el Instituto Perito Moreno dejándose constancia que el mismo se inscribe como alumno regular de 5to. grado, tal como se convino en la audiencia llevada a cabo en estas actuaciones, con el acuerdo de todos los intervinientes.

VIII. Que a fs. 78/79 se presentó la accionante en autos y adjuntó la documental obrante a fs. 80/86 de la que se desprende que de acuerdo a los informes realizados por el Instituto Perito Moreno y la Escuela de Modalidad Especial C. I. Alito —luego de una extensa observación sistemática del niño S. se determinó que el mencionado concurre para el ciclo lectivo 2017 a 5to. año de la escuela primaria básica turno tarde—, con proyecto de integración en compañía de su asistente externo sólo en la escuela especial. Se plantea como estrategia la concurrencia del alumno tres días a la escuela de nivel “regular” y dos a los grupos pedagógicos de la escuela de modalidad especial, orientándose a la familia a continuar con los tratamientos realizados de psicología y terapia ocupacional.

Hizo saber en la misma presentación que N. asiste a ambas instituciones, habiendo comenzado el nuevo ciclo lectivo, encontrándose predispuesto y con muchas ganas de asistir al colegio y a sus terapias.

Solicitó que se ordene el traslado a la DIPREGEP de la referida presentación a efectos de notificar e incorporar al legajo de N. los informes acompañados, y se dicte sentencia regulándose los honorarios que por ley correspondan.

IX. Que al contestar la vista conferida a la Aseoría de Incapaces, el Dr. O. C. consideró que el objeto de esta acción constitucional de amparo se encuentra cumplido, ello toda vez que el niño se encuentra debidamente escolarizado de acuerdo a sus necesidades de aprendizajes y neurocognitivas, dándose cumplimiento a lo acordado en la audiencia cuyo acta obra a fs. 51/53.

Solicitó que se declare la cuestión abstracta, imponiéndose las costas conforme el mejor criterio de quien suscribe.

*Considerando:*

I. Que atento el estado de las presentes actuaciones, considera el sentenciante que, la cues-

ción por la que se comenzó a entender y que fue objeto de esta acción constitucional de amparo se ha tornado abstracta, toda vez que luego de celebrada la audiencia cuyo acta obra a fs. 51/53 el IEPM expidió el comprobante de pase respecto del niño N. S. P. para su incorporación durante este ciclo lectivo 2017 en el Instituto Perito Moreno como “alumno regular de 5to. año”.

II. Que sin perjuicio de ello resulta aquí necesario considerar que la situación objeto de este amparo ha sido resuelta en favor de los derechos del niño S. P. con el devenir del trámite de esta causa, y en particular luego de celebrada la audiencia cuyo acta obra a fs. 51/53 de conformidad con lo normado por el art. 11 Ley 13.928 modificada por Ley 14.192.

Ello es así toda vez que al momento en que se iniciaron estas actuaciones aún se encontraba N. en una situación incierta con relación al ciclo lectivo 2016, que comenzó en el IEPM interrumpiendo su asistencia a mediados del mismo por indicación de su médica psiquiatra tratante, tal como se desprende del certificado agregado a fs. 94 y vta., sin haberlo retomado en lo restante del año.

En este contexto no debe perderse de vista que el amparo es una persona que padece una doble situación de vulnerabilidad por su condición de menor y de persona con discapacidad la misma goza de preferente tutela constitucional (arts. 75 inc. 23 CN, 36 numeral 2 y 5 de la Constitución Provincia de Buenos Aires, ley provincial 10.592 de Protección Integral de las Personas con Discapacidad). Decimos una vez más, que debe siempre hablarse de “personas con discapacidad” (“niños con discapacidad” en este caso), por cuanto a nuestro entender el vocablo “discapacitado/a” implica de alguna manera una “calificación” incompatible con la “centralidad de la persona humana” y el principio “pro-homine” o “pro-persona”.

Cabe mencionar que en este caso, atento las particularidades del objeto del presente amparo y teniendo en consideración lo sostenido por la CSJN, en sentencia del 23/11/2004, de los autos “Maldonado, Sergio A.”, en cuanto que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza

de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos que cuentan con particular tutela judicial” (ver J.A., del 29/03/2006, 2006-I, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “El derecho a la salud —según la Corte Suprema—, José L. Amadeo, p. 62/63); se realizó la audiencia mencionada en el considerando VI, lográndose en ella la conciliación entre las distintas partes asistentes sin perder de vista que el núcleo de la cuestión planteada, así como el interés que debía primar era garantizar adecuadamente los derechos en la persona de N. S. P.

Ello es así por tratarse de un niño con discapacidad, resultando aplicable la doctrina de la CSJN en materia del alcance de la protección de la salud de personas con discapacidad, reiterada y ampliada en el fallo de fecha 16/05/2006, con remisión a los fundamentos del dictamen del Procurador General, Felipe D. Obarrio, en los autos “R., N.N. c. INSSP s/ Amparo”, publicado en revista *El Derecho*, 23/05/2006, p. 18). En sentido análogo puede verse dictamen de la Procuración General de la Nación, que el Alto Tribunal hace suyo en autos “S.C. nro. 328, L. XLII”, sentencia de fecha 18/06/2008.

Además, hago mías las reflexiones de Carlos Cárcova cuando sostiene que “...un buen jurista o un buen profesional del derecho debe manejar la ley, pero además debe entender el papel que cumple el derecho en las sociedades complejas del siglo XXI... la ley desnuda, la mera normatividad resulta incapaz para resolver los problemas jurídicos de este tiempo” (Carlos Cárcova coordinador, “Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas”, en JA, Número Especial “Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje”, 28/05/2014, p.3; JA-2014-II-fasc.9). En sentido concordante pueden consultarse los valiosos trabajos incluidos en el Número Especial “Interpretación y Argumentación Jurídica: Perspectivas y Problemas Actuales” Coord. Rodolfo L. Vigo, JA, 12/08/2009, 2009-III, fascículo 7.

La “protección” y el “cuidado” de las personas afectadas por algún grado de discapacidad (advirtiéndose que siempre ha de hablarse de personas con discapacidad, y nunca de “discapacitados” por cuanto este último vocablo “cosifica”

a la persona y la reduce a una circunstancia que afecta su plena “salud”, máxime tratándose de niños, que en el lenguaje de la CSJN “gozan de preferente protección constitucional”, tiende al mismo tiempo a ampliar, en la medida de lo factible y en el futuro su ámbito de autonomía personal y de igualdad de oportunidades (puede verse Miguel Kottow, “autonomía y protección en bioética” en Número especial bioética, del 28/09/2005 (JA 2005-3 fasc.13).

La mera “igualdad en sentido libertario” se muestra en situaciones como las aquí planteadas, como manifiestamente insuficiente para garantizar adecuadamente la “plena igualdad” inseparable de la “igualdad de oportunidades”, que ciertamente se ven seriamente limitadas a raíz del cuadro diagnosticado al menor N. S. P. Ello torna aplicable el principio rawlseano de “diferencia”, que requiere brindar un “plus” respecto de una simple igualdad aritmética, en beneficio de las personas más desventajadas (John Rawls Teoría de la justicia” fondo de cultura económica Méjico 1979, del mismo autor Political Liberalism, New York, Columbia University Press, 1993).

La “discapacidad”, especialmente en un niño, y con el grado aquí debidamente diagnosticado y certificado, coloca a quien lo padece en una situación de grave vulnerabilidad, que se “liga por ende a un defectuoso ejercicio de la recta autonomía”, y es por ello que la sociedad en su conjunto debe potenciar y extremar todas las medidas posibles que permitan superar, o al menos minimizar, las consecuencias negativas de esa situación de vulnerabilidad (puede aquí verse María Isabel Cornejo Plaza y Fernando Lolas Stepke en trabajo inédito titulado “Discapacidad, vulnerabilidad e investigación en psiquiatría. Aspectos éticos y jurídicos.” de próxima publicación en Número Especial Bioética de JA.

En una línea de pensamiento coincidente con lo hasta aquí expuesto, puede verse el trabajo de Aída Kemelmajer de Carlucci titulado “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, y muy especialmente lo mencionado por la nombrada jurista con relación al “derecho a la salud y a la educación” —tema central de la cuestión sometida a decisión judicial en estos autos— cuando señala que “todo niño tiene efectivamente el

derecho de crear y desarrollar su propio proyecto de vida. La adquisición del conocimiento es una forma —quizás la más eficaz— de emancipación humana imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano...” trabajo publicado en “Tratados de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, directora Silvia Eugenia Fernández, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, ps. 115/138, y en particular con cita de la OC 17/02 de la Corte IDH, doctrina en un todo aplicable a las circunstancias planteadas en esta causa.

Por todo ello, no obstante que la pretensión principal objeto de este amparo ha caído en abstracto, resulta necesario destacar que lo fue en la medida en que la situación se encausó luego de celebrada la audiencia en el marco de estas actuaciones designada con el objeto de encontrar una solución al conflicto planteado, ello de conformidad con el art. 11 de la ley 13.928 to. Ley 14.192, resultando valiosa la intervención del Asesor de Menores Dr. O. C., sumado a la actitud conciliatoria ulterior de las accionadas.

III. Que en lo atinente a la imposición de costas, resulta aplicable lo resuelto anteriormente por el suscripto en causa 2122 “Crichigno Clotilde s/ Amparo c. I.O.M.A.” en relación a que “... Esta cuestión accesoria de la sentencia de mérito que declara procedente en todos sus términos el “amparo de salud” requiere en todos los casos una cuidadosa y detenida ponderación de todas las circunstancias relevantes del caso, sin que a ese respecto puedan establecerse pautas rígidas en cuanto en que circunstancias excepcionales cabe apartarse, motivadamente, regla del principio objetivo de la derrota en la imposición de costas. (art. 20 y 25 1a. parte de la ley 7.166, ídem art. 19 Ley 13.928, y 68 1a. parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) C.C.A.L.P. c. 5434 “Buceta Liliana s/ Amparo c. loma, 10/02/2009, R.Nro. 29 (S).

Si bien en otros contextos el juzgado a mi cargo, en situaciones particulares y no obstante prosperar la acción de amparo ha impuesto el pago de las costas por su orden, en el caso aquí juzgado no existen elementos objetivos suficientes que permitan apartarse de la regla general que obliga imponer las costas en base al criterio objetivo de la derrota, en el caso, la procedencia del amparo a la cual en su momento la accio-

nada DIPREGEP a través de la Fiscalía de Estado se opuso y el rechazo solicitado por el IEPM.

El tiempo transcurrido desde que comenzaron a desarrollarse los hechos que motivaron la interposición de esta acción de amparo, sumado a que de no interponerse la misma la situación no hubiese sido resuelta acorde con las necesidades educativas de un niño con discapacidad, toman ajustado a derecho y a razones de equidad, que las costas se impongan en forma solidaria a la DIPREGEP y al Instituto Educativo Punta Mogotes.

En otras palabras, el hecho de no haber dado curso favorable a las diversas solicitudes de la accionante, con una respuesta oportuna de las demandadas, obligó a la familia S. P. a recurrir a la vía judicial, generándose así una situación de incertidumbre y afectación emocional que situaciones de esta naturaleza causan.

Por todo ello es que corresponde la imposición de costas en forma solicitada a la DIPREGEP y al IOMA.

Por todo ello, resuelvo: I. Tener por caída en abstracto la presente acción constitucional de amparo respecto del objeto principal instaurado por R. M. y S. P. en representación de su hijo N. S. P. con el patrocinio letrado de la Dra. M. G. (art. 14 ley 13.928); II.- Imponer las costas causadas en forma solidaria a las co-demandadas DIPREGEP e Instituto Educativo Punta Mogotes (art. 19 Ley 13.928 to. Ley 14.192) por los fundamentos vertidos en el consid. III; III. Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. G. en ... ius, equivalentes a pesos ... (\$...), con más el 10% en concepto aportes de ley (arts. 9, 10, 15, 49, 58 y ccdtes. del DL 8904/77). Regístrese. Notifíquese. En igual fecha se libranon cédulas de notificación. — *Pedro F. Hooft*.

---

## La educación integradora de niños con discapacidad a través de un Sistema de Apoyos administrativo

Un caso decidido en clave convencional

Por Carina S. Jorge

### SUMARIO:

**I. Introducción.— II. El caso.— III. El rol fundamental del juez como verdadero director de este tipo de amparos.— IV. ¿A qué nos comprometimos internacionalmente al ratificar el art. 24 de la Convención de las Personas con Discapacidad?— V. Valoraciones finales.**

### I. Introducción

---

Resulta grato una vez más, comentar la ejemplar resolución de un caso judicial (1), que logró a tra-

vés de la herramienta procesal de la conciliación oportuna, dar respuesta a un vector poblacional doblemente protegido por el mundo jurídico argentino, el de los niños con discapacidad.

(1) Juzgado Correccional N° 4, Mar del Plata, "N. S. P.", 28/04/2017.

Se pudo adecuar aquí, el derecho al acceso a la educación integradora, de un niño de once años con discapacidad mental, haciendo uso funcional de la oportunidad procesal que ofrece el art. 11 de la ley de Amparo 13.928 (mod. ley 14.192), con la convicción que el Derecho es una herramienta para resolver problemas (2).

El Dr. Pedro F. Hooft, con el elevado criterio que lo caracteriza como magistrado, hizo posible —a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad— (en adelante CDPD) (3) que el niño no fuera considerado con el estigmatizante calificativo de “alumno desertor”.

Por su parte, este análisis permite también, plantear la necesidad de generar un “sistema de apoyos” administrativo, para la educación integrada de niños con discapacidad intelectual, en escuelas comunes —tanto públicas como privadas— y ello, aún fuera del marco del proceso de Determinación de Capacidad (art. 32, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.), que es solo para mayores de 13 años, que —por ciertas condiciones que la discapacidad y el entorno les generan en sociedad—, requieren una sentencia de incapacidad o de determinación del ejercicio de la capacidad (art. 32, Cód. Civ. y Com.).

La novísima figura del sistema de apoyos de la CDPD, requiere un estatuto jurídico que incluya lo interdisciplinario, que recorra procesos jurisdiccionales y/o administrativos, no siendo legítimamente válido darle una sola faceta de actuación.

He aquí las dos vertientes de análisis a cumplir: por un lado, la actividad procesal convencional del Juez a cargo de estos especiales procesos de amparo, y por otro lado, averiguar si es posible integrar en escolaridad común, a un niño con discapacidad intelectual a través de un real sistema de apoyos extrajurisdiccional.

## II. El caso

La madre de un niño de once años de edad promovió acción constitucional de amparo contra

la Dirección provincial de Educación de Gestión Privada (DIPREGEP - Región N° 19 Partido de General Pueyrredón) y el Instituto Educativo privado al que asistía su hijo.

Peticionó que los demandados realizaran una evaluación pedagógica del niño para determinar —y en su caso reubicar— el grado del ciclo lectivo de escuela primaria al que debía asistir, acorde a su nivel, teniendo en cuenta su condición de persona con discapacidad. El niño con discapacidad intelectual presentaba “*perturbación de la actividad y de la atención — trastorno opositor desafiante*”, con una orientación prescricional referida a “*rehabilitación*”. Más allá de que esta frase no es un “diagnóstico”, considero que es la descripción clara de la faz funcional de la discapacidad —la que verdaderamente interesa— pues refleja las auténticas barreras que se le oponían y afectaban, dentro del aula escolar. Es más, las ausencias escolares se fundaron en la indicación terapéutica de la médica Psiquiatra tratante, debido a la frustración que generaba al niño, no contar con el dispositivo *Maestra Integradora*, en la esfera del aula.

Así, destaca el Juez que, “*En fecha 30/08/2016 se le informa a la accionante en Sede de Inspectores los motivos por los cuales no consideraban pertinente iniciar un proyecto de integración*”. En el marco de la audiencia, quedó establecido “...por indicación de los profesionales que asisten al menor es que el niño dejó de estar ‘escolarizado’, atento la ‘frustración’ padecida por el mismo, al no recibir una integración adecuada, particularmente indicado por la médica psiquiatra que lo asiste en comunicación con todo el grupo interdisciplinario que trabaja junto al menor”.

La necesidad de integración áulica quedó documentada también por la Psicopedagoga particular del niño, quien reseñó que “...de los contenidos de 5º grado, tuvo que ‘bajar’ a un primer grado”, destacando que, si bien es importante un acompañante terapéutico para su contención, ello no es suficiente pues “...su

(2) LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 11, nota 1.

(3) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2006, promulgada como ley nacional en 2008, que adquirió jerarquía constitucional en la República Argentina en el año 2014 (ley 27.044).

cuadro requiere una integración y adecuación de los contenidos”.

Por indicación de la Psiquiatra tratante, se interrumpió la asistencia al ciclo lectivo 2016 —entre otros problemas— porque no se había adoptado un Programa de Maestra Integradora escolar.

En oportunidad de fijar audiencia, de conformidad con lo normado por el art. 11 de la ley de Amparo, el Juez logró una conciliación en beneficio del niño, quedando la cuestión principal como de tratamiento abstracto.

A ello debe añadirse, que dada la cantidad de inasistencias registradas durante el ciclo lectivo 2016, conforme la normativa vigente, se encontraba en situación de *deserción escolar*.

De la documental administrativa, surge que N. S. fue alumno regular del Instituto P. M. hasta el 02/08/2016, al que concurría con Asistente Externo y no con Maestra Integradora, toda vez que la escuela no tenía un Proyecto de este tipo.

Se advierte aquí con claridad la lesión a los principios de igualdad ante la ley en relación con no desplegar acciones positivas efectivas para sectores vulnerables por edad y discapacidad.

### **III. El rol fundamental del juez como verdadero director de este tipo de amparos**

Si bien la cuestión que motivó el inicio del proceso de amparo se tornó abstracta, es destacable la actividad jurisdiccional desempeñada por el Juez Dr. Pedro F. Hooft, quien propiciando el diálogo para hallar consenso, logró el oportuno avenimiento en la audiencia de conciliación cuyo resultado facilitó que el niño obtuviera el comprobante de pase para su incorporación durante el ciclo lectivo 2017, a otro Instituto de *escolaridad común* como “alumno regular de 5º año”.

Es que al momento del inicio de las actuaciones aún se encontraba N. en una situación incierta con relación al ciclo lectivo 2016.

Con un adecuado ensamble entre la doble tutela constitucional y convencional de este niño con discapacidad, el Juez aclaró la terminología a utilizar en clave convencional (CDPD), guiando así el lenguaje a utilizar cuando afirmó, *que siempre debe hablarse de “niños con discapacidad”, por cuanto “a nuestro entender el vocablo “discapacitado/a” implica de alguna manera una “calificación” incompatible con la “centralidad de la persona humana” y el principio “pro-homine” o “pro-persona”.*

Vemos aquí a un juez en íntima vinculación con los sujetos procesales; un verdadero director del proceso, que ha potenciado su poder de iniciativa y conducción a la hora de convocar a la audiencia a fin de buscar soluciones por vía de la composición pacífica. Se cumplen aquí, las tres precisiones que afirman la intermediación como principio que informa el debido proceso: dirigir, estar y ver el proceso (4).

En lo esencial a su labor de verdadero director del proceso constitucional de amparo, en base a las particularidades del objeto reclamado, teniendo en cuenta el criterio sentado por la CS en el caso “Maldonado, Sergio A.” (5), el Magistrado orientó el norte hacia el resguardo del interés superior, como senda que obliga a “buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, a encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de los derechos que cuentan con particular tutela judicial”.

Por ello, y más allá de la facultad discrecional establecida en el art. 11 de la ley de Amparo provincial (según ley 14.192), el juez convocó a audiencia y logró conciliar las diferencias en favor del niño (6).

(4) GOZÁINI, Osvaldo A., “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado”, Buenos Aires, 2003, t. 1, p. 59.

(5) CS, 23/11/2004, “Maldonado, Sergio A.”, JA 2006-I, Suplemento de Jurisprudencia, con nota de AMADEO, José L., “El derecho a la salud (Según la Corte Suprema)”, ps. 62/63.

(6) Art. 11 de la ley 13.928 de Amparo (según ley 14.192): “Conjuntamente con el traslado previsto en el artículo anterior, el Juez de oficio o a pedido de parte podrá citar a audiencia simplificadora de prueba. La audiencia

Tuvimos oportunidad de resaltar anteriormente, la labor de excelencia del Dr. Hooft en materia de amparos de niñez y discapacidad (7) en referencia a la figura del paciente ante los equipos de salud. Se destacaron como notas distintivas, el importante viraje producido desde el *modelo de discapacidad médico al de discapacidad social*; la obligación de desjudicializar el acceso a la salud; la prevalencia de la opinión del médico/equipo tratante; y en especial, la firme aplicación de la regla de “evitar rigorismos formales”.

Agregamos a aquella enunciación, la especificidad de este caso particular: la educación integradora y la necesidad imperiosa de generar un sistema de apoyos para la integración de estos niños con discapacidad, a la escolaridad común.

#### **IV. ¿A qué nos comprometimos internacionalmente al ratificar el art. 24 de la Convención de las Personas con Discapacidad?**

La CDPD se enmarca en el respeto a la real existencia de plausibles diferencias entre nosotros y reclama como legítimo, adecuado y axiológicamente justo ya no, una igualdad formal, abstracta, rígida y apriorística, sino igualdad *en marcha*, que conmina a la adopción de medidas positivas por parte de los tres poderes del Estado (8), para un sector poblacional con obstaculización externa de posibilidades de inserción en su medio.

Tres llaves son entonces las que el mundo jurídico debe abrir acompasadamente ante cada fenómeno social que se le presenta: tiene que ser captado fielmente por la norma, para luego reali-

zar una declinación con relación a qué dice la ley, qué exige la realidad, y cómo recorren transversalmente estas dos fases el ámbito de los valores que una sociedad determinada, en un tiempo determinado, reclama como justa ante un niño con discapacidad, en relación a su escolaridad.

En esta hipótesis particular, el niño necesitaba una Maestra Integradora en escolaridad común, pero la valoración de lo más humanista para el caso no prevaleció. Téngase en cuenta cómo culminó la ecuación funcional: la ausencia a sus clases y el arribo a la situación límite que significaba ser considerado un alumno “desertor”.

Peor aún, al verse excluido de su escolaridad, perdieron todos los involucrados la oportunidad del “aula”, que no es otra cosa que compartir un mismo escenario con pares, respetando las diferencias. En dicho espacio se generarán miradas, despliegues lúdicos, culturales, conversaciones y abrazos o enojos que enseñan a cada alumno a discurrir en un sinfín de posibilidades y aptitudes humanas y a la cotidianeidad de lo disímil.

Observar, compartir espacio y tiempo con un par, con necesidades diferentes a las de uno, es integrar y complementar la formación ética de estas personas, fundamental para nuestros tiempos. La vida nos demuestra luego, que todos somos diferentes y que la complejidad es una nota esencial de nuestras coyunturas sociales.

El desafío es proponer una teoría interpretativa de esta cuestión que habilite un cambio de perspectiva y, por ende, de posicionamiento de los operadores educacionales, de modo tal que puedan correrse del lugar de espectador, hacia el de activo colaborador de la puesta en mar-

---

deberá realizarse dentro del plazo de diez [10] días. En dicha audiencia el Juez, quien la presidirá personalmente bajo pena de nulidad, deberá: 1) Invitar a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución del conflicto. Si el actor no compareciera a la audiencia por sí o por apoderado se lo tendrá por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones, con imposición de costas. 2) Resolver sobre el levantamiento, sustitución o modificación de las medidas cautelares ordenadas. 3) Proveer las pruebas que considere admisibles y pertinentes, las que deberán producirse dentro del término de cinco [5] días. 4) En caso de que no sea necesaria la producción de prueba, pasar los autos a sentencia.

(7) JORGE, Carina S. - RODRÍGUEZ FANELLI, Lucía, “Una sentencia ejemplar que señala notas distintivas de los procesos de amparos en respuesta a niños con discapacidad”, LA LEY, DFyP 2017 (junio), p. 224.

(8) La Constitución Nacional en su art. 75, inc. 23, primer párrafo, consagra la tutela efectiva de los derechos reconocidos en ella y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente respecto de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

cha de los engranajes que determinen el estatus jurídico de la persona con discapacidad “en” sociedad. Es decir, inserta *en*, *siendo parte* y *protagonista* del entramado comunitario. Siempre, claro está, en la medida de sus concretas y legítimas posibilidades vitales.

En suma, nuestra humilde pretensión se dirige a lograr que el diagnóstico presentado, contribuya a sustentar el fuerte compromiso de los operadores, con los derechos humanos y la autonomía jurídica de los niños con discapacidad conforme corresponda en cada caso. Y que cuando indefectiblemente deba judicializarse el reclamo, la respuesta llegue por la especialidad procesal y material de la materia, sin enmascarar al proceso de amparo con notas propias de un proceso ordinario.

Para el cumplimiento de este propósito será necesario, revisar las perspectivas jurídicas que exige la CDPD.

Así el art. 24, CDPD, ordena —y la República Argentina se obliga— a resolver internamente mecanismos que permitan jurídicamente cumplir con este caro e inexorable compromiso internacional. Es que para la CDPD y su modelo social de discapacidad, la educación sin discriminación, sobre la base de la igualdad de oportunidades, implica asegurar un sistema que incluya todos los niveles de la enseñanza a lo largo de la vida. El mismo debe desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana. En un plano más particular, debe lograr captar para desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas. Esto se logra entre otras vías, participando de manera efectiva en una sociedad libre.

Con especial énfasis en el caso analizado, obliga a que el sector *niñez con discapacidad*, no

quede excluido de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria, ni de la enseñanza secundaria. Es que tienen derecho de acceso a una educación primaria y secundaria adecuada, de calidad y en su caso, gratuita, en la comunidad donde vivan.

Pero lo más llamativo es que abre la declinación para que los poderes estadales argentinos se obliguen, a realizar ajustes y hasta creaciones razonables en función de las necesidades individuales a través de *apoyos necesarios* en el marco del sistema general de educación y se faciliten *medidas de apoyo personalizadas y efectivas* en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

Antes de entrar al tema Apoyos, citamos la estadística publicada por la Secretaría de Gestión Educativa de la Nación, de la que surge que en Argentina unos 77.000 alumnos con discapacidad están integrados en escuelas comunes, mientras otros 124.000, asisten a escuelas de educación especial, lo que evidencia que aún queda un largo camino por recorrer en materia de inclusión (9).

A esta altura es válido aclarar que referimos a este caso particular, y a la historia vital del protagonista en tanto constituye un dato de la realidad interdisciplinaria, que hay niños que sufren otro grado de discapacidad que, por su gravedad, requieren de la Escuela Especial. Para ellos la respuesta justa es la especialidad del caso, y no la integración a la escolaridad común. Por dicha razón no compartimos el slogan: “*escuela para todos*”, pues el “*todos*” iguala formal y abstractamente burlando el respeto a la individualidad y a las reales necesidades y posibilidades de cada uno.

Tras esta esencial aclaración, decimos que la integración, si fuera sugerida profesionalmente, debe darse en escuelas comunes tanto públicas como privadas, y debe ser considerada en el último caso, como prestación de salud a cargo de las obras sociales y medicina privada (10).

(9) <http://www.conadis.gob.ar/AreaInclusionEducativa/leerNoticia/319> (02/01/2018).

(10) Entre otros, ver: “K., T. c. Swiss Medical SA s/ amparo”, CNFed. Cont. Adm., Sala I, fecha: 29/06/2013: Cita: MJ-JU-M-81583-AR | MJJ81583 | MJJ81583. Así, la obra social debe brindar cobertura del 100% de los gastos por jornada completa de maestra integradora, y no parcial como pretende cubrir la demandada. Toda vez que la ley nro. 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de

Tras definir las directrices de la CDPD, veamos cómo se adapta aquí la ley 26.206 de Educación Nacional **(11)**.

En primer término, el art. 11 de la ley 26.206 de Educación Nacional se compromete a “brindar a las personas con discapacidades temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos” (art. 11, inc. n).

Un módulo necesario puede ser la Educación Especial, que es la modalidad del sistema educativo destinada a brindar atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común. Para ello, el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, “garantizará por intermedio de diversas estrategias, la inclusión de estudiantes con discapacidades en todos los niveles y modalidades según las posibilidades de cada persona” (art. 42).

Para asegurar en la práctica este derecho, “Las escuelas tienen prohibido rechazar la inscripción o reinscripción de un/a estudiante por motivos de discapacidad. El rechazo por motivo de discapacidad, de forma directa o indirecta, será considerado un acto de discriminación” **(12)**.

Ahora bien, ¿qué otro apoyo puede ser programado desde la fase administrativa de la educación común? Es decir, qué herramientas diseñar desde el área educativa para niños con discapa-

cidad que no requieren la medida más extrema de la Escuela Especial.

En el caso, nos convoca la figura de la Maestra Integradora.

Estas nuevas plataformas aún reclaman la construcción de saberes para afrontar una realidad existente, “en consonancia con las leyes actuales, las políticas inclusivas y las convenciones internacionales que subrayan el derecho a escuelas para todos” **(13)**.

En esta línea argumentativa, en el territorio bonaerense, la normativa reflexiona que es hora de atravesar un puente, dejando atrás la integración como portadora de sentidos, hacia “la inclusión con apoyos, como garantías de derechos” a fin de iniciar un proceso de análisis y reflexión acerca de “la integración” y, por lo tanto, a las implicancias que en este siglo XXI supone pensar la idea de un “sujeto integrado” **(14)**.

Desde hace muchos años, la “integración” era pensar que un estudiante con discapacidad debía tener como derecho escolar y única posibilidad, la “Escuela Especial”. Avanzamos, y hoy planteamos que “pueda ser pensado, aprendiendo y teniendo su escolaridad en una “Escuela Común”. Es más, hemos arribado a un nuevo punto de inicio pues “hoy, los debates pedagógicos tanto académicos como político-educativos internacionales, nacionales y provinciales confluyen en pensar la Institución-Escuela como un lugar para todos, motivo por el cual implica posicionar la inclusión como

---

brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos y pesa sobre las obras sociales, la cobertura total de las prestaciones entre las que se encontraría, debido a la amplitud de prestaciones contenidas en la ley –la que del amparista– cobertura del 100% de los gastos por jornada completa de maestra integradora – cabe mantener la cautelar decretada desde que la amplitud de prestaciones se ajusta a su finalidad, lograr la integración social de las personas con discapacidad.

(11) Ver además la Resolución CFE 155/2011 y la Resolución CFE 174/2012.

(12) Recomendación de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos de las personas con discapacidad a la educación (A/HRC/25/29). Ver: en <https://www.argentina.gob.ar/educacion-inclusiva> (15/12/2017).

(13) GÓMEZ, Liliana - VALDEZ, Daniel, “Inclusión de alumnos con discapacidad en escuela común: Maestras integradoras y dispositivos de apoyo al aprendizaje”, VII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXII Jornadas de Investigación Décimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, p. 147. En: <https://www.aacademica.org/000-015/446.pdf> (02/11/2017).

(14) La Subsecretaría de Educación Dirección de Educación Especial, dicta el 5 de agosto de 2016 la Circular Técnica 1/2016.

un proceso de democratización de la educación”. Y en este ir, entonces, reclamamos como necesario iniciar “un progresivo proceso de deconstrucción de aquellos discursos que quedaron ligados a términos y palabras que hoy portan ideas, tal vez vencidas por el devenir del conocimiento, por los modos de construcción de las subjetividades, de las interacciones sociales y por las continuas construcciones científicas y culturales. Ideas que terminan impactando y generando modos de pensar las prácticas, pero más importante aún, formas de concebir a los sujetos que más allá de su situación de discapacidad, son ante todo niños, adolescentes o jóvenes “estudiantes” (15).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la normativa que regula la solicitud de las configuraciones de apoyo (16), estableciendo dispositivos para la integración educativa, prevé las siguientes figuras (17):

- Maestro/a de Apoyo Pedagógico; se trata de docentes que trabajan en las escuelas de nivel primario comunes, dentro de la actividad áulica, con alumnos que presentan modalidades de aprendizaje que implican el desarrollo de estrategias pedagógicas particulares.

- Maestro/a de Apoyo a la Integración; es quien cumple funciones dentro de la escuela común, colaborando y sosteniendo los proyectos de integración de algunos alumnos, en forma individual o grupal, apoyando los procesos pedagógicos consensuados entre las escuelas comunes de nivel inicial y primario, y la escuela especial o de recuperación a la cual pertenecen.

- Maestro/a de Apoyo Psicológico (MAP). Son docentes Psicólogos o Psicopedagogos cuyas intervenciones se realizan en casos de niños que concurren a escuelas comunes y necesitan de manera transitoria sostenerse en una relación

uno a uno con un adulto para facilitar su inserción y/o inclusión a la vida institucional.

- Maestro/a Psicólogo/a Orientador/a (MPO): Son docentes psicólogos o psicopedagogos que asisten a alumnos que tienen escolaridad en los Centros Educativos para Niños con Trastornos Emocionales Severos (CENTES) y se encuentran en proceso de integración en Escuelas de modalidad Común. Asimismo, trabajan con aquellos niños de escolaridad primaria común que pueden, por alguna circunstancia, necesitar acompañamiento de profesionales del CENTES interviniendo de forma preventiva. En ambos casos, se elaboran conjuntamente estrategias para la mejor inclusión del alumno.

- Asistentes Celadores para alumnos con Discapacidad Motora (ACDM): Contribuyen a garantizar la inclusión de los alumnos con discapacidad motora en las diferentes modalidades y niveles del sistema educativo. Tienen como objetivos: favorecer la participación de los alumnos asistidos en las actividades áulicas, institucionales y extra-programáticas; colaborar con aquellos alumnos que requieren la adecuación de los instrumentos pedagógicos implementados por los docentes, atendiendo a la singularidad de cada situación y problemática y; asistir a los alumnos en las prácticas de higiene y alimentación, contribuyendo y promoviendo en todo momento el autoalimento y la independencia.

- Asistentes Celadores para alumnos con Discapacidad Motora.

- Intérpretes de Lengua de Señas Argentinas.

Nos preguntamos entonces, ¿cómo canalizar normativamente estos Sistemas de Apoyos?

Los Apoyos no sólo deben darse en un proceso judicial, pues bien pueden ser —como en este caso— “apoyos administrativos”.

(15) DEL TORTO, Daniel G., Director de la Dirección de Educación Especial, Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, disponible en [http://servicios.abc.gov.ar/la-institucion/sistema-educativo/educacion-especial/normativa/2016/circular\\_tecnica\\_1\\_16\\_inclusion\\_integracion.pdf](http://servicios.abc.gov.ar/la-institucion/sistema-educativo/educacion-especial/normativa/2016/circular_tecnica_1_16_inclusion_integracion.pdf) (04/02/2018).

(16) Disposición DGEGE 32/2009 y su modificatoria DGEGE 39/2009.

(17) En: <http://www.buenosaires.gob.ar/educacion/estudiantes/inscripcionescolar/especial/integracion-escolar> (18/11/2017).

Es que la figura fue instaurada desde la CDPD y desde esa ubicación preferencial que se suma a la directiva del art. 75, inc. 23 de la CN (acciones positivas), cualquiera de los tres poderes del Estado argentino **(18)** tienen el deber de adoptarlas teniendo en cuenta sus contornos, necesidades y considerando especialmente para el otorgamiento de qué actos jurídicos será necesario su acompañamiento.

Propiciamos considerar al Sistema de Apoyos como “la respuesta jurídica a la persona con discapacidad y a su familia, que permite y favorece el ejercicio del mayor espacio de autonomía posible para cada caso”. De esta manera y con una mirada de necesaria complejidad que requieren los despliegues del mundo jurídico, es dable definir al Sistema de Apoyos desde tres visiones.

Desde lo normológico, que es por regla un régimen de asistencia o apoyos que ejercen una o varias personas, físicas y/o jurídicas, familiares o no. Apoyos que podrán ser voluntarios y extrajurisdiccionales, o bien forzosos judiciales y con puntuales funciones y alcance. Excepcionalmente puede consistir en representación para negocios jurídicos individualizados por una sentencia y debidamente registrados.

Desde la dimensión funcional, es el acompañamiento personal, familiar y social que permite a quien presenta discapacidad, desenvolverse en la mayor cantidad de ámbitos posibles de su vida en relación. Y excepcionalmente, es el dispositivo que le permite a la persona asistida otorgar ciertos negocios jurídicos por carecer o tener viciada su voluntad (art. 261, Cód. Civ. y Com.).

Desde la dimensión axiológica, es la institución que permite e incentiva la autonomía jurídica de

la persona con discapacidad y su verdadera integración en la comunidad.

Lo convocante de esta nueva figura jurídica para el Derecho argentino, que presenta un panorama sin horizonte visible, en el que está todo por hacerse y se requiere de esfuerzos creativos para intentar arribar a la justicia humanista de cada caso **(19)**.

Para brindar un panorama más claro de esta postura, afirmamos que los Apoyos de la CDPD mantienen una *relación de género a especie* en relación a la figura que regula el Código Civil y Comercial argentino en los arts. 38, 43, 139, los que se dan en relación a procesos de graduación del ejercicio de la capacidad, para determinados actos, y a favor de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración permanente o prolongada, de suficiente gravedad, que pueda implicar un daño a su persona o a sus bienes. Con relación a dichos actos, se designará “una o más personas de apoyos”, especificando las funciones (arts. 32 y 38, Cód. Civ. y Com.).

Los apoyos —que pueden ser judiciales o extrajudiciales— sirven para facilitar la toma de decisiones de la persona asistida para celebrar actos jurídicos personales o patrimoniales (art. 43, Cód. Civ. y Com.). O bien, como en nuestra hipótesis en comentario, para que desde el Poder administrador se brinde a este niño una Maestra Integradora.

Es más, dada su laxitud, al comentar el nuevo articulado, la doctrina admite que los apoyos también puedan ser ejercidos, entre otros, por “instituciones” **(20)**, aun cuando las normas refieran a “personas” sin distinguir entre personas humanas y jurídicas, públicas, privadas o mixtas.

(18) Asimismo, se ha interpretado que el art. 75, inc. 23 de la CN no se dirige solamente al Congreso, sino también al juez como pauta orientadora en la interpretación judicial de las normas aplicables a una causa sometida a su jurisdicción (principio *favor debilis*) (VILLAVERDE, María Silvia, “Tutela Procesal Diferenciada de las personas con discapacidad”, en RDP, 2009-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 297).

(19) JORGE, Carina S., “En búsqueda de una realidad propia para el Sistema de Apoyos para la persona con discapacidad mental en la República Argentina”, 26/06/2017, Cita: MJ-DOC-11233-AR | MJD11233.

(20) CAMELO Gustavo (dir.) - PICASSO Sebastián - HERRERA Marisa, “Código Civil y Comercial. Comentado”, Ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. I, p. 276. JORGE, Carina S. - RODRÍGUEZ FANELLI, Lucía, “Las personas jurídicas como curador y/o apoyo especializados de la persona con padecimiento mental”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial Nación y notas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1-A, ps. 354/361.

En nuestro caso, este niño con discapacidad mental perdió su escolaridad por seis meses por falta de un programa escolar que dispusiera como Apoyo la implementación intra-áulica de Maestra Integradora, cumpliendo lo asumido en compromiso internacional con la firma/adhesión de la CDPD.

### V. Valoraciones finales

---

Más allá de la necesidad de la existencia de la Escuela Especial, el art. 24, CDPD exige Apoyos para niños, adolescentes y jóvenes con discapacidad, para un acompañamiento especializado en el devenir de su educación en Escuela Común (pública o privada), a través de una Maestra Integradora —v.gr.—.

En el caso, se negó este derecho y se afectó seis meses la escolaridad, la vida en sociedad y la calidad de vida de un niño de 11 años.

El Juez encontró el itinerario para la pronta solución más humanista, y así, a través de la conciliación en la audiencia que propone el art. 11 de la ley de Amparo, obtuvo la respuesta adecuada y oportuna.

Tal vez, el nuevo modelo social de la discapacidad y el eje jurídico central de la niñez, requieran ya no declamaciones discursivas, sino anclar en un escenario que evidencie y efectivice el respeto y las acciones positivas que prometemos.

El epicentro del respeto y el robustecimiento de la autonomía jurídica del que padece mentalmente, más aún siendo niños, interpelan a los jueces a desplegar la faz funcional del mundo jurídico —más allá de lo normativo—, y acordar una protección eficiente, adecuada y legítima. Lo más cercano posible a una respuesta humanista.

En la intensa búsqueda de herramientas jurídicas respetuosas de equilibrar la tutela de estos grupos poblacionales para hacer efectivos los valores de la CDPD, surge la necesidad de diseñar un nuevo modelo de Apoyos judiciales y administrativos, que confluyan en estos cauces. O estaremos simplemente y de manera ilegítima alejándonos del compromiso en materia de derechos humanos asumido al firmar al CDPD ante la comunidad internacional.

---

Una publicación de ©AbeledoPerrot S.A.  
Tucumán 1471 (C1050AAC),  
Cdad. de Buenos Aires, Argentina  
Te.: 0810 222 5253  
Mail: tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de julio de 2018 en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. Bernardino Rivadavia 130 - Avellaneda Pcia. de Buenos Aires, Argentina RNPI 5074812