



# Una aproximación jurídica a la toma de decisiones en los conflictos en salud

*A juridical approach to decision-making in health issues*

*Uma aproximação jurídica à tomada de decisões nos conflitos em saúde*

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE<sup>1</sup>

Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas pela Pontificia Universidad Católica Argentina – UCA.

**RESUMEN:** En este artículo se propone una aproximación desde la ciencia jurídica a la toma de decisiones en materia de salud. Las biotecnologías han conmovido los fundamentos de la medicina y ha surgido una nueva disciplina, la bioética, para considerar las perspectivas éticas de los conflictos en torno a la salud. Igualmente, el derecho se ocupa de estos conflictos, procurando determinar qué es lo justo y ello requiere partir de primeros principios, expresión de la ley natural, que se van concretando a través de la razón práctica en busca de determinar la conducta concreta debida y justa. Se estudian los grandes principios de la razón práctica a la luz del iusnaturalismo y su aplicación bioética: el principio de inviolabilidad de la vida humana, el principio de transmisión de la vida a través de la unión entre hombre y mujer, y el principio de búsqueda del bien conforme a la naturaleza racional. Luego se considera la importancia que tiene en bioética la distinción entre normas negativas o de prohibición, y normas positivas o de promoción. Se concluye con la importancia de la reflexión ético-jurídica sobre la vida humana ante la magnitud del desarrollo biotecnológico.

**Palabras clave:** Bioética; Toma de decisiones en Conflictos en salud; Derecho a la vida; Justicia.

**ABSTRACT:** This article proposes an approach from the juridical sciences to decision-making in health issues. Biotechnologies have impact the foundings of medicine and a new discipline has emerged to deal with the ethical perspective of health conflicts: bioethics. Law, also, deals with these conflicts, trying to determine what is just. That requires to begin from first principles, which express natural law, that become more precise through practical reasoning to set the just due action. We analyze those first principles as presented by natural law and its implications in bioethics: the principle of human life inviolability, the principle of respect of the human life transmission through the union of a man and a woman, and the principle of seeking the good according to rationality. Then we consider the importance of in bioethics of the distinction between negative norms and positive norms. The conclusion emphasizes the importance of a ethical and juridical reflection over human life besides the huge challenges of biotechnologies.

**Keywords:** Bioethics; Decision-making in health issues; Right to life; Justice.

**RESUMO:** O presente artigo propõe uma abordagem da ciência jurídica para a tomada de decisão em saúde. Biotecnologias comoveram os fundamentos da medicina e não é uma nova disciplina, a bioética, a considerar perspectivas éticas de conflito em torno da saúde. Da mesma forma, a lei lida com estes conflitos, tentando determinar o que é certo e isso requer dos primeiros princípios, expressão da lei natural, a ser especificando pela razão prática na tentativa de determinar a conduta específica adequada e justa. Nós estudamos os principais princípios da razão prática à luz da lei natural e da bioética sua aplicação: o princípio da inviolabilidade da vida humana, o princípio da transmissão da vida através da união entre homem e mulher, e com o princípio de buscar assim de acordo com a natureza racional. Depois de considerar a importância da distinção entre bioética padrões ou regras de proibição negativos e positivos de promoção. Conclui-se com a importância da reflexão ética e jurídica sobre a vida humana na escala de desenvolvimento biotecnológico.

**Palavras-chave:** Bioética; Tomada de decisão em conflitos na saúde; Direito à vida; Justiça.

La complejidad de los procedimientos biotecnológicos aplicados a la medicina suscita crecientes conflictos éticos y jurídicos. En esta encrucijada, el presente artículo procura proponer una aproximación desde la ciencia jurídica a la toma de decisiones en materia de salud.

Al respecto, comenzaré por precisar en qué sentido entiendo que existen conflictos jurídicos en las decisiones de salud. Consideraré la tensión entre generalidad y singularidad del derecho y su incidencia en temas de bioética. Luego, procuraré una aproximación desde el iusnaturalismo a la cuestión la

resolución de los conflictos en salud, con una especial referencia a la distinción entre preceptos negativos y preceptos positivos de la ley natural.

## 1 LOS CONFLICTOS EN SALUD Y SU DIMENSIÓN JURÍDICA

La expresión “conflictos en salud” es amplia y puede referir a diversos órdenes de conflictos que se pueden plantear entre personas en torno a materias vinculadas con la salud. En el marco de este estudio me centraré en las problemáticas que surgen por la irrupción del poder biotecnológico y que inciden, sobre todo, en la calificada relación médico-paciente.

Al respecto, es indudable que la medicina se ha visto conmovida en sus fundamentos y en sus prácticas por la irrupción de un extraordinario e inédito poder biotecnológico. Lo expresa con lucidez Robert Spaemann:

El vertiginoso progreso tanto de las ciencias biológicas como de la tecnología médica ha llevado a una conmoción cuando menos parcial del *ethos* profesional del médico. El *ethos* profesional es una cuestión de normalidad. Cuando está intacto, eso se nota sobre todo en que no se habla de él, o en que sólo se habla de él para censurar o perseguir un apartamiento del mismo”.<sup>2</sup>

Estos desarrollos biotécnicos poseen un carácter ambivalente. Las biotecnologías han expandido las capacidades de actuación médica sobre la vida de la persona desde su concepción hasta su muerte y, al mismo tiempo, un contexto cultural relativista ha puesto en duda las raíces mismas de la reflexión ética y jurídica sobre los bienes humanos de la persona, la vida y la salud. El creciente dominio del hombre sobre su vida biológica, al tiempo que genera extraordinarias posibilidades de terapia y tutela de la salud, conlleva nuevas e inéditas amenazas para la vida misma. Por eso, surge la bioética, como nueva disciplina que procura una reflexión ética sobre la vida y la salud, desde un enfoque interdisciplinario.

No me extenderé en los alcances de esta conmoción que afecta a la medicina, provocada por la irrupción de las biotecnologías, y que se proyecta en diversos órdenes de conflictos que afectan todo el arco de la vida: técnicas de procreación artificial, anticoncepción, esterilización, aborto, diagnósticos genéticos pre y postnatales, clonación y células estaminales embrionarias y adultas, trasplantes de órganos, investigación en personas humanas, eutanasia y muerte digna. En todos estos tópicos, existen relaciones humanas atravesadas por situaciones conflictivas, que

reclaman respuestas integrales como afirma Catalina Arias de Ronchietto:

por primera vez en la historia de la humanidad, el hombre dispone de los conocimientos científicos y de la tecnología necesaria, empeñosa y talentosamente procurados, y desde, y con ellos, está actuando y planificando dominar los procesos biológicos del origen y desarrollo de la propia vida humana y de la vida en general. Se trata de una inaugural y concreta realidad tecnocientífica que genera estruendosos planteos a las ciencias ético-filosóficas, óntico-antropológicas y socio-jurídicas.<sup>3</sup>

Esta conmoción no es ajena al mundo del derecho y se verifica una creciente preocupación por las dimensiones jurídicas de las biotecnologías. Por eso, en este contexto, entenderé la expresión “conflictos de derechos” como la dimensión jurídica de los conflictos en salud, es decir, la tarea de determinar lo justo en las relaciones entre personas relacionadas con la salud humana.

Al respecto, desde la convicción de que el derecho no puede limitarse a la consideración de lo establecido por la ley positiva, creemos necesario partir de una *definición del derecho como “lo justo”*, aquello que es debido a otro en razón de un título objetivo. Si la justicia es la virtud que nos ordena en las relaciones hacia los otros, entonces el derecho es el objeto de la justicia. Este derecho así entendido se expresa tanto en las conductas justas, en las normas justas que determinan lo que es debido a otro, en los contratos y en las sentencias que fijan lo justo en el caso concreto.

En este sentido, y en relación a los temas de bioética, esta definición de derecho nos permite afirmar que toda cuestión vinculada con la vida humana y la salud donde haya relaciones de alteridad entra en el campo de la justicia que buscará determinar qué es lo “debido” a cada uno. Por ello, podemos concluir que las cuestiones bioéticas son cuestiones jurídicas en la medida que existan relaciones de alteridad.

Esta consideración jurídica de la salud supone el reconocimiento de la dignidad de persona presente en cada ser humano, desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. Ello es presupuesto fundamental de la medicina y cualquier divergencia en este punto conlleva graves consecuencias y la aniquilación de los derechos fundamentales para algunos seres humanos. Por eso, siempre es necesario resaltar esta centralidad de la dignidad de la persona humana en el derecho y en el campo de la salud. La medicina está caracterizada por una calificada relación entre personas: la relación médico-paciente:

La persona ocupa una posición central en el interior de la profesión médica porque la medicina es por su naturaleza una relación entre personas. La relación médico-paciente, en efecto, no constituye simplemente un complemento de la *praxis* médica, sino más bien la esencia misma de la medicina. [...] Sólo refiriéndose a la naturaleza de la persona enferma el médico puede llegar a conocer su identidad profesional.<sup>4</sup>

Como toda relación entre personas, la relación médico-paciente posee diversas dimensiones o cualidades, entre las que se encuentra la dimensión jurídica. Esta dimensión supone reconocer que el “otro”, reconocido como “persona”, me exige un trato justo, proporcionado a su dignidad. Esa conducta debida al otro, según un título objetivo, es lo que denominamos derecho, y ello es una exigencia de la justicia, entendida como dar a cada uno lo suyo propio y debido. D’Agostino expresa con lucidez esta estrecha vinculación entre persona y derecho:

el otro es aquel en quien me encuentro a mí mismo y que sólo por eso ya tiene derecho a exigirme (implícita o explícitamente) cualquier cosa: lo mínimo es un trato justo.<sup>5</sup>

## 2 LA TENSIÓN ENTRE GENERALIDAD Y SINGULARIDAD DEL DERECHO EN BIOÉTICA

Para la indagación de lo justo en las cuestiones vinculadas con la biomedicina y la biotecnología es necesario profundizar en torno al movimiento dialéctico<sup>6</sup> que lleva de lo general a lo singular. Se trata de una “aporía”<sup>7</sup> entre la generalidad propia de la norma y la singularidad del caso concreto.

Esta tensión entre la generalidad y la singularidad tiene una gran aplicación en relación a los conflictos en salud. En las cuestiones bioéticas, ante las dificultades para determinar lo justo, o mejor dicho ante la voluntad de no tomar opciones legislativas que dejen clara la defensa de ciertos valores como la tutela de la vida humana desde la concepción, es usual que se opte por la formulación de normas tan generales que no definen nada y delegan en las instancias inferiores o en Comités de bioética la determinación de lo justo.

Por ejemplo, en el preámbulo de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005), se afirma que “*es necesario y conveniente que la comunidad internacional establezca principios universales que sirvan de fundamento para una respuesta de la humanidad a los dilemas y controversias cada vez numerosos que la ciencia y la tecnología plantean a la especie humana y al*

*medio ambiente*” y que “*todos los seres humanos, sin distinción alguna, deberían disfrutar de las mismas normas éticas elevadas en la investigación relativa a la medicina y las ciencias de la vida*”.

Aquí la tensión entre generalidad y singularidad se resuelve a través de una legislación muy general, que deja abiertas todas las opciones al momento de resolver una situación concreta. Andorno, comentando la Declaración, afirma: “... la generalidad en la formulación de los principios se justifica en última instancia por la necesidad de encontrar un equilibrio entre el universalismo de ciertas normas básicas y el respeto de la diversidad cultural de la humanidad”.<sup>8</sup> Sin embargo, debemos reconocer que, en sus aplicaciones concretas, esta generalidad de las Declaraciones internacionales no expresa la voluntad de fijar con anticipación la solución justa para un número indeterminado de casos, sino que por su ambivalencia no brinda criterios para determinar lo justo concreto y habilita cualquier solución, que tendrá así apariencia de justicia aún cuando signifique la violación de derechos fundamentales como el de la vida.

En otros casos, se genera una tendencia en la consideración jurídica de las cuestiones bioéticas que, exaltando la “singularidad” de la multiplicidad de situaciones que pueden darse en la realidad, tiende a evitar definiciones categóricas en la ley positiva, renunciando a formular mayores precisiones sobre lo justo y lo injusto. En estas posturas, algunos propugnan un derecho que se limite a ser mero “componedor de intereses”, sin pretensiones de definir en forma general lo justo. Otros proponen la inclusión a nivel legislativo de “principios” que no operarían como los principios clásicos, sino a modo de pautas para la interpretación que corresponde hacer al juez (o al Comité de Bioética) y que, de ninguna manera, presuponen una ley natural a la que su accionar debe ajustarse. Otros legislan con carácter general pero dejan abiertas excepciones que terminan tornando inoperantes las mismas disposiciones. Estas posturas terminan desvirtuando el derecho y la justicia y dejando a la persona desamparada en sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la vida.

Por tanto, afrontar el tema resultará vital para una correcta consideración jurídica de las cuestiones bioéticas, sabiendo que se trata de una tensión que expresa la polaridad entre la búsqueda del bien común, objetivo y que abarca a todos los hombres, y la multiplicidad de circunstancias y situaciones en que se desenvuelve la vida concreta. A continuación procuraremos un desarrollo del problema que brinde pautas para la tarea de discernir lo justo, en los distintos niveles de la juridicidad.

### 3 LA DETERMINACIÓN DE LO JUSTO EN MATERIA DE SALUD

A la luz de esta tensión entre generalidad y singularidad, podemos decir que la determinación de lo justo requiere partir de primeros principios que señalan lo debido y que se van concretando a través de la razón práctica en busca de determinar la conducta concreta debida y justa. Finnis resume muy bien el comienzo de este movimiento:

cuando deliberamos, tan inteligentemente como podemos, con el fin de elegir tan razonablemente como sea posible, reconocemos ciertas razones fundamentales para la acción. Estas razones básicas o primarias de las que todas las otras razones están derivadas, nos ordenan hacia ciertos beneficios también básicos y primarios, que nuestro accionar debería ejemplificar y actualizar. Las proposiciones que captan esos beneficios básicos como bienes para ser perseguidos y a sus negaciones como males para ser evitados y prevenidos son llamados por Santo Tomás los primeros principios de la ley natural.<sup>9</sup>

Al respecto, los principios de la ley natural funcionan como principios generales e indemostrables a partir de los cuales se pueden sentar disposiciones particulares. Tomás de Aquino formula con claridad la necesidad de este “movimiento”:

en el orden práctico, la razón humana ha de partir de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables, para llegar a sentar disposiciones más particularizadas. Y estas disposiciones particulares descubiertas por la razón humana reciben el nombre de leyes humanas, supuestas las demás condiciones que se requieren para constituir la ley.<sup>10</sup>

En esta tarea de la razón práctica de encontrar fundamentos fuertes para el obrar es necesario partir de un primer principio práctico que sea autoevidente y obligatorio: “... el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: “el bien es lo que todos apetecen”. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: “el bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse”.<sup>11</sup> Este precepto primero “no sólo establece la forma lógica de toda norma ética, sino que también establece, si bien de modo universalísimo, cuál ha de ser su contenido: alguna determinación concreta... del bien humano total”.<sup>12</sup>

El primer precepto de la razón práctica se concreta luego en preceptos que se vinculan con

“bienes humanos”. En efecto, existe en el hombre una “inclinación hacia ciertos objetos que se relacionan intrínsecamente con los rasgos básicos de la naturaleza humana”, que “supone en ellos una cierta aptitud para satisfacer o colmar esas inclinaciones: esos objetos son lo que en el lenguaje corriente se llama *bienes*”.<sup>13</sup> Estos bienes, que Finnis llama “bienes humanos básicos”, son el contenido de los derechos y deberes humanos básicos.

Hay que aclarar que la noción de ley natural no se confunde con una ley física o biológica. La ley natural es expresión de la racionalidad práctica, que reconoce la existencia de primeros principios para el obrar humano, principios que el hombre no se da a sí mismo, sino que los descubre por participación en la misma ley eterna y que le señalan las exigencias del bien para alcanzar su perfección. En este sentido, la tensión entre generalidad y singularidad que vive el hombre, se puede traducir como tensión a conocer la ley eterna, en la que generalidad y singularidad están en perfecta armonía.

Sólo una aproximación iusnaturalista, entendiendo como tal a aquélla que considera que lo justo se determina por medio de la razón práctica y a partir de los primeros principios que surgen de la ley natural, resulta apropiada para responder a las nuevas cuestiones que plantean la biotecnología y la biomedicina. El iusnaturalismo ofrece una objetividad fuerte, fundada en el ente, y un método auténticamente científico que parte de la ley natural y por medio de la razón práctica busca alcanzar una proposición concreta.

### 4 LOS PRIMEROS PRINCIPIOS Y SUS APLICACIONES EN SALUD

Con el fin de especificar cuáles son los principios que la razón práctica señala como bien y que la ley natural prescribe procurar en relación a la medicina, es decisivo señalar que el orden de los preceptos de la ley natural es correlativo al orden de las inclinaciones naturales. Por eso, las inclinaciones naturales, entendidas como las que corresponden a la esencia de las cosas y no a la mera materialidad física o biológica, permiten concretar los contenidos de la ley natural, como bien lo sistematiza Tomás de Aquino. A su vez, de esos primeros principios prácticos, se derivan principios jurídicos vinculados con la conducta humana en relaciones de alteridad, que pueden ser generales o bien vinculados con algunas ramas en particular del derecho. Estos principios jurídicos constituyen el punto de partida, inmediato y evidente, del razonamiento jurídico.

Así, en relación a las cuestiones bioéticas en general, podemos enunciar los siguientes preceptos de la ley natural:

### i) Principio de inviolabilidad de la vida humana

El cuidado de la vida humana es el primero de los preceptos que señala la ley natural, como enseña Tomás de Aquino:

... encontramos, ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser. Y de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción.<sup>14</sup>

Este principio, que se traduce jurídicamente en el “derecho a la vida” o “el derecho a la inviolabilidad de la vida”, resulta fundamental en las cuestiones bioéticas: “el principio de respeto de la vida puede ser considerado como el principio eminente de la bioética, es decir, el que guía e inspira la aplicación de todos los demás”.<sup>15</sup> Este principio comprende, ante todo, el deber de no matar. También incluye el respeto del cuerpo y la integridad física, que se expresa en el no dañar. Como derivación de este principio, se encuentra el principio bioético de totalidad o principio terapéutico.

### ii) Principio de tutela de la familia, el matrimonio y la patria potestad

Tomás de Aquino señala que la segunda inclinación del hombre que configura los preceptos de la ley natural se relaciona con la transmisión de la vida a través de la unión entre hombre y mujer, la educación de los hijos y otros bienes semejantes.<sup>16</sup> En virtud de este principio, se tutela la familia como célula básica de la sociedad, tal como lo formula Catalina Arias de Ronchietto:

En derecho de familia, en su fundamento supralegal y en su normación positiva nacional e internacional, el indiscutido principio jurídico central es el de *reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad*.<sup>17</sup>

Este principio guarda estrecha relación con la responsabilidad de los padres en la transmisión de la vida, que no les otorga un “derecho” de propiedad sobre el hijo como si fuera una cosa, sino que funda una relación nueva y peculiar, la paternidad-maternidad-filiación, que está calificada por especiales derechos y deberes. Este principio posee implicaciones jurídicas sobre la relación de los padres para con el hijo concebido, a quien deben respetar como “otro” que no es un extraño sino que les ha sido confiado para que lo custodien y

promuevan su vida y salud en todo lo que esté a su alcance. Esta relación paterno-materna-filial, además, proyecta sus efectos jurídicos sobre la sociedad y el Estado, de modo que los padres tienen el derecho y el deber, por aplicación de este principio de ley natural, de ser respetados en sus decisiones sobre lo relativo a la vida y la salud de sus hijos concebidos. Otros principios éticos-jurídicos, vertebrales y derivados del de protección integral de la familia, son: el principio de matrimonialidad y el del “interés superior del menor de edad”.<sup>18</sup>

Finalmente, este principio conlleva el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana a través de los actos propios de los esposos, lo que conduce a una valoración crítica de las técnicas de fecundación humana artificial. Al respecto, destacamos la palabra “originalidad” pues “... expresa la convicción de que si bien para toda especie viva superior..., la procreación viene por la conjunción sexual del varón con la hembra, no obstante, en el caso del hombre, esta conjunción asume un significado cualitativamente diverso respecto al de los otros animales, incluidos los primates... El hombre realiza el acto sexual como un acto voluntario y consciente y, al mismo tiempo, posee la conciencia del acto que realiza”.<sup>19</sup> Es importante remarcar esta relevancia del respeto a la originalidad de la transmisión de la vida en la bioética, ya que puede quedar opacada su importancia por una impronta biotecnológica que corre el eje de la preocupación hacia las intervenciones sobre el cuerpo humano y descuida las exigencias de la ley natural en torno a la sexualidad humana.

### iii) Principio de inclinación al bien según la naturaleza racional

Para Tomás de Aquino,

en tercer lugar, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, pertenece a la ley natural todo lo que atañe a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todo lo demás relacionado con ésto.<sup>20</sup>

Este tercer “contenido” específico de la ley natural se vincula con la actuación del médico en relación al respeto debido por el paciente, fundamentalmente en lo que concierne a su igual dignidad. Es un principio fundamental, en este sentido, el de tratar a los seres humanos desde su concepción conforme a su dignidad de personas, sin instrumentalizarlos ni tratarlos como objetos. También se vincula con el principio de libertad y de responsabilidad de la bioética personalista y que

“... sanciona el deber moral del paciente de colaborar a los cuidados ordinarios y a salvaguardar su vida y la de los demás. Esta libertad tiene su contrapartida en la libertad-responsabilidad del médico, que no puede transformar la terapia en una constrictión obligatoria cuando no está en juego la vida del paciente”.<sup>21</sup>

## 5 LA DISTINCIÓN ENTRE PRECEPTOS NEGATIVOS Y PRECEPTOS POSITIVOS Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

En este movimiento desde los principios de la ley natural hacia la concreción más singular de lo justo, creemos que es muy aplicable en materia bioética la distinción que realiza Tomás de Aquino entre las normas que se derivan por conclusión necesaria de la ley natural y las que se derivan de la ley natural por determinación. En efecto, al preguntarse en el artículo 2 de la cuestión 95 si deriva de la ley natural toda ley puesta por el hombre, la respuesta afirmativa se sustenta en una distinción. En efecto,

una norma puede derivarse de la ley natural de dos maneras: bien como una *conclusión* de sus principios, bien como una *determinación* de algo indeterminado o común... Hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto ‘no matarás’ puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda ‘no hacer mal a nadie’. Y hay otras normas que se derivan por vía de determinación y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural. Por ambos caminos se originan las leyes humanas positivas. Mas las del primer procedimiento no pertenecen a la ley humana únicamente como leyes positivas, sino que en parte mantienen la fuerza de ley natural. Las del segundo, en cambio, no tienen más fuerza que la de la ley humana.<sup>22</sup>

Finnis sostiene que las enseñanzas de Santo Tomás sobre la conexión entre ley positiva justa y ley natural que se encuentran en el pasaje citado de la *Summa* constituyen una “contribución excelente al pensamiento jurídico y a la filosofía del derecho”.<sup>23</sup> Para este autor, “la teoría de la *determinatio* enseña que muchos de los problemas para la elección y/o decisión legislativa, no están completamente establecidos por los preceptos de la ley natural. En relación con estos problemas, una aplicación consciente de esos preceptos deja aún a la persona que delibera o a la sociedad, con más de una

opción razonable. La teoría de la ley positiva como un todo, sin embargo, enseña que muchos problemas, o muchos aspectos de muchos problemas, están verdaderamente establecidos por los requerimientos intrínsecos de la moral (ya sean afirmativos y por tanto sujetos a excepciones o contingencias, o negativos, y por tanto racionalmente capaces de ser inexcusables y absolutos)”.<sup>24</sup>

En consecuencia, a partir de la distinción entre las normas que se derivan de la ley natural por conclusión y las que se derivan por determinación, será relevante distinguir entre los *preceptos positivos* y *preceptos negativos de la ley natural* para analizar cómo determinan los contenidos de la ley positiva. Cuando los preceptos de la ley natural están formulados de manera negativa, es decir, como prohibiciones, la determinación de lo justo en una ley o en una situación concreta se realiza por *conclusión* sin admitir excepciones, pues los preceptos negativos son universalmente válidos siempre y en todas partes. Así lo expresa Massini al hablar de la obligatoriedad del primer precepto de la razón práctica:

no exige ese comportamiento de cualquier manera, sino de modo categórico, absoluto o sin excepción, al menos en los preceptos negativos; el primer principio práctico y los demás principios evidentes que se vinculan con él de modo inmediato, tienen carácter universal, es decir, obligan a todo hombre y en toda oportunidad en que se encuentre en la situación regulada.<sup>25</sup>

En cambio, los preceptos positivos, que son como la contracara de los negativos, dejan mayor lugar para la *determinación* de lo justo y pueden admitir excepciones, dejando mayor margen para que la ley positiva concrete lo justo.

Juan Pablo II resume las implicaciones de estas distinciones en relación a la ley natural:

los preceptos positivos, que prescriben cumplir algunas acciones y cultivar ciertas actitudes, obligan universalmente; son inmutables; unen en el mismo bien común a todos los hombres de cada época de la historia, creados para ‘la misma vocación y destino divino’. Estas leyes universales y permanentes corresponden a conocimientos de la razón práctica y se aplican a los actos particulares mediante el juicio de la conciencia. El sujeto que actúa asimila personalmente la verdad contenida en la ley; se apropia y hace suya esta verdad de su ser mediante los actos y las correspondientes virtudes. Los preceptos negativos de la ley natural son universalmente válidos: obligan a todos y cada uno, siempre y en toda circunstancia. En efecto, se

trata de prohibiciones que vedan una determinada acción *'semper et pro semper'*, sin excepciones, porque la elección de ese comportamiento en ningún caso es compatible con la bondad de la voluntad de la persona que actúa, con su vocación a la vida con Dios y a la comunión con el prójimo. Está prohibido a cada uno y siempre infringir preceptos que vinculan a todos y cueste lo que cueste, y dañar en otros y, ante todo, en sí mismos, la dignidad personal y común a todos.<sup>26</sup>

Procurando sistematizar cómo funcionan estos dos tipos de preceptos en relación con las cuestiones de bioética y fundamentalmente con la resolución de conflictos en materia de salud, podemos afirmar:

- **Preceptos negativos:** Hay materias en las que la ley positiva o cualquier determinación de lo justo en salud debe seguir siempre y sin excepciones, por conclusión, a la ley natural: es el caso de los *preceptos negativos* de la ley natural. Si tomamos, por ejemplo, el precepto de la ley natural que prescribe “no matar”, debemos concluir que la función de la legislación positiva será la sanción de leyes que prohíban y sancionen las conductas que afecten la vida humana. Esta tutela de la vida humana se expresa en el derecho penal, en el derecho sancionatorio de naturaleza administrativa y también en el campo civil con las indemnizaciones debidas por quitar la vida a otra persona. Algo similar ocurre con el precepto de la ley natural “no causar daño a otro”.
- **Preceptos positivos:** Si los preceptos negativos constituyen un límite infranqueable, su contracara son los preceptos positivos que se presentan como una invitación a desplegar distinto tipo de acciones para “promover” la ley natural. Por ejemplo, el precepto fundamental que protege la vida humana, “no matar”, se presenta positivamente como una invitación a promover la vida y la salud. En estos casos, se debe concretar lo justo, tomando en cuenta la Constitución, los Tratados, la legislación, las normas administrativas y atendiendo a las circunstancias del caso. Se trata de materias en las que el derecho natural no brinda la solución “concreta”, ni podría brindarla porque se trata de un obrar práctico. A modo de ejemplo, el precepto “no matarás”, que en su faz negativa obliga siempre y sin excepción, en *su faz positiva* se concreta en muchas leyes orientadas, no sólo a cuidar la vida, sino a promoverla y elevarla

en su calidad, como puede ser la exigencia de consentimiento informado en materia de intervenciones biomédicas.

En este campo de los preceptos positivos, creemos que puede resultar útil en el específico campo de los debates legislativos sobre bioética, recurrir a una distinción clásica que nos brinda el derecho constitucional y que nos enseña que “reconocido un derecho, el Estado puede reglamentarlo, promover su concreción o asumir, directamente por sí o a través de terceros, las prestaciones de que se trate. En general, estas alternativas suelen denominarse *policía, fomento y servicio público*, respectivamente”.<sup>27</sup>

## 6 A MODO DE CONCLUSIÓN

Al concluir estas reflexiones sobre la resolución de conflictos jurídicos en salud, quisiera llamar la atención sobre una particular situación cultural por la que atraviesa la medicina. Al respecto, como agudamente señala Francesco D'Agostino,

... existe una paradoja irresoluble intrínseca a la medicina [...] querer apartar a un ser contingente, como es el hombre, de la lógica intrínseca de su contingencia.<sup>28</sup>

Esta tensión propia de la medicina aparece en nuestro tiempo desbalanceada. Animado por las notables adquisiciones tecnológicas, el hombre pretende un control total sobre su condición corporal, a fin de erradicar por completo la esencial “vulnerabilidad” o “contingencia” de la condición humana. En tal pretensión, se produce una mutación del concepto mismo de salud y medicina, que pasan a estar centradas en las aplicaciones biotecnológicas y a regirse por la lógica de la eficiencia y la utilidad. En lugar del criterio médico, que “... se caracteriza por la actitud curativa y benevolente respecto al ser humano concreto, es decir, al paciente”,<sup>29</sup> priman los criterios de intervención propios de la técnica, que transforman al ser humano en “objeto” sometido al poder de otros.

Ante esta situación, el desarrollo de las biotecnologías exige un proporcionado desarrollo de la reflexión ético-jurídica sobre la vida humana, de tal modo que el creciente poder de conocimiento e intervención sobre la realidad biológica sea acompañado por una igual capacidad de reconocer en cada ser humano la dignidad propia de la persona y que, como tal, reclama, exige, un trato justo.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Abogado (Universidad de Buenos Aires) – Doctor en Ciencias Jurídicas (Pontificia Universidad Católica Argentina UCA), Profesor de Bioderecho (Instituto de Bioética UCA), Profesor de Derecho Civil (UCA-UBA), Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.
- <sup>2</sup> SPAEMANN, ROBERT, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*. Traducción de Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias S.A., 2003, p. 325.
- <sup>3</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. Procreación humana, ingeniería genética y procreación artificial, en AA.VV. *La persona humana*, BORDA, Guillermo A. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2001, p. 16.
- <sup>4</sup> COMORETTO, Nunziata. La centralidad de la persona en la praxis médica, en AA.VV., *Bioética y persona*. Escuela de Elio Sgreccia. Homenaje a S.E.R. Mons. Elio Sgreccia en sus 80 años de vida, BOCHATEY, Alberto (comp.). Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina – EDUCA, 2008, p. 78.
- <sup>5</sup> D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética*. Estudios de filosofía del Derecho. Traducción de Guylaine Pelletier y Jimena Licitra. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 20.
- <sup>6</sup> La dialéctica es “la parte de la Lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en movimiento en dirección a la verdad o que arriba a ésta sin certeza” o “lógica de lo probable”, aclarando que la dialéctica es propia de los saberes prácticos como el Derecho (cfr. LAMAS, Félix Adolfo, *Dialéctica y Derecho*, en *Revista Circa Humana Philosophia*, Buenos Aires: Centro de Estudios Tomistas, año II, n. 3, p. 16, 1998).
- <sup>7</sup> LAMAS, Félix A. *La experiencia jurídica*, Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 384.
- <sup>8</sup> ANDORNO, Roberto. Pasos hacia una bioética universal: la Declaración de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, en *Revista Vida y Ética*, Buenos Aires: Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, año 7, n. 1, p. 130, jun. 2006.
- <sup>9</sup> FINNIS, John. Derecho natural-derecho positivo. A propósito del derecho a la vida, en AA.VV., *El derecho a la vida*, MASSINI CORREAS, C. I. y SERNA, P. (Eds.). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A. – EUNSA, 1998, p. 223.
- <sup>10</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II c. 91 a. 3, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, p. 712.
- <sup>11</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II c. 94 a. 2, cit., p. 732.
- <sup>12</sup> MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho*. Tomo I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural. 2. ed. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, p. 146.
- <sup>13</sup> MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho*. Tomo I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, cit., p. 169. Aclara el autor que “ese bien o perfección se presentan no sólo como apetecibles, sino también, en la medida en que resultan necesarios para la plenitud humana, como debidos u obligatorios, es decir, en cuanto que su persecución es exigida a todo agente moral” (p. 145).
- <sup>14</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II c. 94 a. 2, cit., p. 732-733.
- <sup>15</sup> ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid: Editorial Tecnos SA, 1998, p. 35.
- <sup>16</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II c. 94 a. 2, cit., p. 732-733.
- <sup>17</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. Principios jurídicos básicos en derecho de familia hoy. Identidad y Familia. Conferencia presentada en las Jornadas preparatorias del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, 1998, *Apuntes Jurídicos*, n. 3, Universidad de Mendoza, AIEA-COLADIC, 1999.
- <sup>18</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. Principios Jurídicos básicos en derecho de familia hoy. Identidad y Familia, loc. cit.
- <sup>19</sup> SCOLA, Angelo, *Hombre-Mujer*. El misterio nupcial. Traducción de Jesús Sanz Montes y Gabriel Richi Alberti. Madrid: Ediciones Encuentro, 2001, p. 416-417.
- <sup>20</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II c. 94 a. 2, cit., p. 732-733.
- <sup>21</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, *Bioética, poder y derecho*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1993, p. 20.
- <sup>22</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, c. 95 a. 2, cit., p. 742.
- <sup>23</sup> FINNIS, John, Derecho natural-derecho positivo. A propósito del derecho a la vida, cit., p. 235.
- <sup>24</sup> *Ibidem*, p. 236.
- <sup>25</sup> MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho*. Tomo I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, cit., p. 144.
- <sup>26</sup> JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Veritatis Splendor*, Vaticano, 6 de agosto de 1993, n. 52 en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_06081993\\_veritatis-splendor\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_sp.html) (último acceso: 11-3-2009).
- <sup>27</sup> BIDEGAIN, Carlos María. *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, tomo III, p. 84.
- <sup>28</sup> D'AGOSTINO, Francesco, *Bioética. Estudios de filosofía del derecho*. Traducción de Guylaine Pelletier y Jimena Licitra. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 25.
- <sup>29</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Retos jurídicos de la bioética*, cit., p. 93.

Recebido em: 12/09/2012; aceito em: 14/01/2013.