

GALATI, Elvio, "El Código Civil y Comercial de 2015 ante la complejidad del Derecho de la Salud", en "Cartapacio de Derecho", vol. 29, Azul, Fac. de Derecho, UNICEN, 2016, págs. 1-109; en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/articloe/view/1490/1830> (14.3.2016).



EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2015 ANTE LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO DE LA SALUD

ELVIO GALATI¹

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

1. Introducción

La idea de este trabajo es analizar las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial a la luz del Derecho de la Salud, es decir, analizar el impacto de la reforma del Derecho Privado en el ámbito del Derecho de la Salud. En otras palabras, analizaré aquellas disposiciones que tendrán influencia en la justicia de las relaciones de salud, más precisamente, en el paciente, que justifica la existencia de la rama en cuestión.

¹ El autor es Abogado. Profesor en Ciencias Jurídicas y Posdoctor en Derecho. Profesor de “Derecho de la Salud” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, y de “Introducción al Pensamiento Científico” en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Abierta Interamericana. Co-subdirector del Centro de Investigaciones en Derecho de la Salud de la UNR. Miembro de la Comisión de Bioética en la Facultad de Ciencias Médicas de la UNR, miembro del Programa Pensamiento Complejo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la UNR.

Se tomarán como unidades de análisis al Código Civil y Comercial, ley 26.994, que reforma al Código Civil de Vélez Sársfield, a su vez reformado en 1968 por la ley 17.711, y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Se utilizarán los debates parlamentarios de dicha ley, documentación derivada de doctrina, especialmente la obra del presidente de la comisión de redacción del anteproyecto, y el marco teórico será la teoría trialista del mundo jurídico², el pensamiento complejo de Edgar Morin³ y la transdisciplinariedad⁴ de Basarab Nicolescu.

Como decía Goldschmidt (1987), recordando la codificación francesa, los hechos sociales cambiaron y la legislación se mantenía igual, lo que ameritaba un cambio. Piénsese en las distintas formas de acceder a un hijo, los avances en los análisis de los primeros momentos de la personalidad, la evolución de la genética, la rapidez exigida a la hora de romper vínculos que no se sostienen, las nuevas formas de propiedad ante el reconocimiento de los pueblos originarios, etc.

2. ¿Representa el nuevo Código Civil un cambio de paradigma⁵?

El pequeño estudio que haré sobre el término paradigma tiene que ver con el recurrente uso que ha hecho el Presidente de la comisión reformadora y Presi-

² Sobre el tema p. v. GALATI (2012).

³ Sobre el tema p. v. GALATI (en prensa). Goldschmidt crea el trialismo en 1960, y hoy puede leerse en personajes significativos: “El Código Civil distingue el Derecho de la Ley. Este es un cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que sólo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente.”. Lo cual representa un avance. “[...] no es posible conocer un sistema jurídico solo mediante la ley, que suele ser declarativa; es imprescindible conocer su real grado de implementación mediante la jurisprudencia” (LORENZETTI, 2014: 25- 31).

⁴ Sobre el tema p. v. GALATI (2015).

⁵ Sobre el tema p. v. GALATI (2012).

dente de la CSJN del mismo en un artículo referido al nuevo CC., diciendo que la reforma representaría un cambio de paradigma en el derecho argentino. Para Thomas Kuhn (1988) los paradigmas proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica, lo que implica que hay una sociedad de científicos en un momento y lugar determinados que hacen ciencia de una determinada manera, mientras que alguien no hace ciencia al sancionar un nuevo código. La sanción de una norma o código es un acto político-jurídico más no científico. Las revoluciones rompen la tradición a la que está ligada la actividad de la ciencia normal. No obstante, cuando aclara el concepto en su posdata, una de las acepciones la hace cultural, diciendo que es una constelación de creencias, valores y técnicas, y otra la refiere a la ciencia, diciendo que son las concretas soluciones de problemas.

Dice el epistemólogo que la revolución científica modifica la perspectiva histórica de la comunidad que la experimenta, lo que afectará la estructura de los libros de texto y las publicaciones de investigaciones. En este sentido el nuevo CC. podría generar un cambio en la comunidad científica, que a partir de él comenzaría a investigar científicamente de otra manera, pero el CC. en sí no modifica el paradigma. “(...) un paradigma no gobierna un tema de estudio, sino, antes bien, un grupo de practicantes. Todo estudio de una investigación dirigida a los paradigmas debe comenzar por localizar al grupo o los grupos responsables” (Kuhn, 1988: 276).

Sí una condición externa puede contribuir a una anomalía y posterior crisis aguda, como si fuera el caso de que los juristas comprendieran que para modificar el CC. se debió tomar contacto con el estudio de la realidad social y que esa realidad expresaba criterios de justicia en las relaciones jurídicas que no eran compartidos por todos.

Si hay o no un cambio de paradigma, en los términos de Kuhn, lo dirá la Historia de la Ciencia, lo que implica dejar que el tiempo pase, y el alejamiento de lo que hay que analizar de la fecha de su sanción permitirá la perspectiva necesaria para la reflexión comparada, ya que un cambio de paradigma implica, también, compararlos con otros⁶. Es común en estos tiempos requerir "análisis express⁷".

(...) un proceso intrínsecamente revolucionario, que es raro que pueda llevar a cabo por completo un hombre solo y que nunca tiene lugar de la noche a la mañana. No es extraño que los historiadores hayan tenido dificultades para atribuir fechas precisas a este proceso amplio que su vocabulario les impele a considerar como un suceso aislado (KUHN, 1988: 29).

Hay que darle tiempo al tiempo: "la historia muestra que el camino hacia un consenso firme de investigación es muy arduo" (KUHN, 1988: 40). Kuhn explica por qué hay que dejar que el tiempo pase: "(...) la historia natural típica con frecuencia omite, de sus informes sumamente circunstanciados, precisamente aquellos detalles que científicos posteriores considerarán como fuentes importantes de informes esclarecedores" (KUHN, 1988: 42). En efecto, hay

⁶ "Sólo de manera retrospectiva, en posesión de un paradigma subsiguiente, podemos apreciar las características de los fenómenos que muestran" (KUHN, 1988: 68-69).

⁷ "Es evidente que plantearse en profundidad la verdad, requiere unas condiciones. Un requisito básico es un cierto ocio, es decir, hacer un paréntesis en la vida de negocio (no ocio). Normalmente la vida práctica puede absorbernos de tal modo que apenas tengamos tiempo para admirarnos, investigar y alcanzar la verdad" (CASTILLO CÓRDOBA, 2013:31).

que aguardar a la transmisión del conocimiento por medio de la educación, triunfo ante los competidores históricos y eventual cambio.

La Historia de la Ciencia dirá, si un papel cabe darle a ella en la Epistemología, si los juristas siguen con esa firme creencia de solucionar los problemas jurídicos con la mera referencia a las normas. Kuhn diría, parafraseándolo, que hay una tentativa tenaz y ferviente de obligar al derecho a entrar en los cuadros conceptuales proporcionados por la educación profesionalista y legal. Hoy se sabe que el trialismo es subversivo de los componentes básicos del paradigma reinante, ya que la justicia puede cuestionar al mismísimo y novísimo CC. Parece entonces que más que cambio de paradigma, la reforma del CC. implicó seguir con los canales y métodos normales⁸, pensando que la vida de las personas seguiría mejor si sus problemas jurídicos se solucionaran a través de leyes. Al sancionarse, el nuevo CC. presupone que los problemas se solucionan con leyes, como el mismísimo Código. Tal como se hizo lo propio con la empresa que significó el Digesto Jurídico argentino, sancionado por ley 26.939⁹. Ya vimos que el positivismo jurídico representa el paradigma de la simplicidad mientras que las teorías tridimensionalistas o integrativistas, más precisamente el trialismo, representa el paradigma de la complejidad¹⁰. Si hay un nuevo paradigma es que se rompe con la tradición de la *práctica científica* anterior y se introduce una nueva con reglas diferentes y en el marco de un universo diferente, es decir, el cambio debe ser radical, por ello Kuhn lo llama

⁸ "A veces, un problema normal, que debería resolverse por medio de reglas y procedimientos conocidos, opone resistencia a los esfuerzos reiterados de los miembros más capaces del grupo dentro de cuya competencia entra". (KUHN, 1988:27). "Es necesaria una decisión entre métodos diferentes de practicar la ciencia (...)" (KUHN, 1988: 244).

⁹ "La ciencia se hace así cada vez más rígida". "(...) si el nuevo paradigma muestra una precisión cuantitativa sorprendentemente mayor que la de su competidor más antiguo". (KUHN, 1988: 110 y 238).

¹⁰ V. GALATI (2009 y 2012).

revolución¹¹, tal como se importa el concepto de la Política, y se ve en la francesa, la bolchevique, la de Mayo: francés de 1968¹² y argentina de 1810, y la cordobesa de 1918 en el campo universitario. En efecto, “(...) la recepción de un nuevo paradigma frecuentemente hace necesaria una redefinición de la *ciencia* correspondiente” (KUHN, 1988: 165). Un paradigma no es un código, sino algo anterior a él, se hace referencia a una práctica, de la comunidad científica en cuestión, que dice qué es y qué no es problema, y cómo se soluciona. En todo caso el CC. nuevo es un elemento que, sumado a otros, constituyen un nuevo paradigma.

Cambios paradigmáticos pudieron ser los que no figuraron en el CC. sino que se hicieron por leyes aisladas, como el voto de la mujer a través de la ley 13.010, el matrimonio para las minorías sexuales, a través de la ley 26.618, y el cambio de género, a través de la ley 26.743, a la vez que hay una convención internacional destinada a proteger el “interés superior del niño”. Todo lo cual podría sumarse articuladamente para minar las bases del paradigma androcéntrico en materia sexual y familiar, o cuestionar la clericalización de la vida, que es la absorción de la vida cotidiana por los cánones de una religión¹³. En este sentido, el nuevo CC. puede añadirse a los cambios ya logrados. “No se puede pasar de lo viejo a lo nuevo mediante una simple adición a lo que ya era conocido” (KUHN, 1970 25)”. Incluso Kuhn tiene una idea sobre el conocimiento que lo aleja de las concepciones objetivistas y, sobre todo, esencialistas o naturalistas:

¹¹ “Como en las revoluciones políticas sucede en la elección de un paradigma: no hay ninguna norma más elevada que la aceptación de la comunidad pertinente” (KUHN, 1988: 152).

¹² Sobre el tema p. v. GALATI (2008).

¹³ “La transición de un paradigma en crisis a otro nuevo del que puede surgir una nueva tradición de ciencia normal, está lejos de ser un proceso de acumulación, al que se llegue por medio de una articulación o una ampliación del antiguo paradigma. Es más bien una reconstrucción del campo, a partir de nuevos fundamentos (...)” (KUHN, 1988: 139).

“(...) el conocimiento es una construcción hecha por la mente directamente sobre datos sensoriales no elaborados (...) Todo lo cual se vincula con lo que en última instancia lleva al cambio paradigmático: “una decisión de esta índole solo puede tomarse con base en la fe” (KUHN, 1988: 155 y 244).

En mi caso, considero que el conocimiento es complejo, ya que hay algo real, que es lo que Kuhn llama “datos sensoriales no elaborados”, eso que hace que no todo sea producto de la mente, a la manera del idealismo¹⁴. Que haya o no divorcio es un elemento para un cambio paradigmático, en tanto nos alejamos de la regulación religiosa de las instituciones civiles. Elemento al que podríamos sumar la regulación de las defunciones, la educación, etc., que antes estaban a cargo de la Iglesia Católica. A partir de la ley 1420, la educación pasó a ser laica, gratuita y obligatoria. Pero el divorcio ocurrió por un fallo de la CSJN (“Sejean c. Zaks de Sejean”) y no por la reforma del CC. Nótese que una reforma puntual al CC., la de la ley 23.515, fue un elemento para un cambio paradigmático. Hoy solo se acortaron los tiempos de trámite y las causales, lo que de por sí no denota un cambio de paradigma sino la influencia del mercantilismo y el capitalismo en las relaciones civiles, en tanto nada puede requerir demasiado tiempo y las mercancías deben circular libremente, es decir, sin las trabas que pueda oponer una sociedad conyugal ya inexistente a los bienes de uno de los esposos que ya tienen que ser empleados en otro objetivo

¹⁴ Para más precisiones p. v. GALATI (2009). Una muy buena definición que se puede aplicar a nuestro tema dice que la “(...) condición humana (...) [es el] modo de ser del hombre compuesto por lo naturalmente dado, lo culturalmente modificado y lo existencialmente indeterminado” (MAINETTI, 2013: 25).

y con libertad. El cambio de paradigma alude a modos de vida incompatibles de la comunidad.

Recuérdese la resistencia que hubo a la sanción de la ley de divorcio vincular y a la de matrimonio igualitario. Tan católica es parte de la Argentina que muchos creen aun hoy que el matrimonio es para la reproducción de la especie y por ende sería anormal admitirlo entre homosexuales, lesbianas, bisexuales o transgéneros¹⁵. Todo lo cual es semejante a los cambios que hubo en la Física cuando competían la visión de la luz como onda o como corpúsculo, o la visión de la Tierra como centro del universo o como un planeta más, o cuando se pasó del flogisto al oxígeno¹⁶. Un nuevo paradigma lleva a plantear un nuevo vocabulario¹⁷, lo que se ha visto claramente en materia de matrimonio, al pasar de “marido” y “mujer” a “contrayentes” o “cónyuges”, o para incluir a la mujer y los niños en la vida civil, sobre todo pasando de la “patria potestad” a la “responsabilidad parental”, pero todo ello se percibe luego del paso del tiempo, y no tuvo lugar con el nuevo CC. Esto es “(...) un proceso que involucra manejar el mismo conjunto de datos anteriores, pero situándolos en un nuevo sistema de relaciones concomitantes al ubicarlos en un marco diferente” (KUHN, 1988: 139). Alguna resistencia de la Iglesia Católica hubo a raíz de la teoría de la personalidad que planearon los precodificadores, que no la veían

¹⁵ “(...) la sociedad se divide en campos o partidos enfrentados, uno de los cuales trata de defender el cuadro de instituciones antiguas, mientras que los otros se esfuerzan en establecer otras nuevas”. Recuérdese a propósito de la sanción de la ley de matrimonio igualitario cómo la sociedad se enfrentó entre sí tratando de convencer los grupos a través de diversos métodos. “(...) debido a que no reconocen ninguna estructura suprainstitucional para dirimir las diferencias revolucionarias, las partes de un conflicto revolucionario deben recurrir, finalmente, a las técnicas de persuasión de las masas, incluyendo frecuentemente el empleo de la fuerza” (KUHN, 1988: 151).

¹⁶ “(...) Lavoisier vio oxígeno donde Priestley había visto aire deflogistizado y donde otros no habían visto nada en absoluto” (KUHN, 1988: 186).

¹⁷ “Al mirar a la Luna, el convertido a la teoría de Copérnico no dice: ‘Antes veía un planeta; pero ahora veo un satélite’” (KUHN, 1988: 181).

con la fecundación¹⁸. Cabe preguntarse si a partir de la reforma del CC. hay algo que se nombra y que antes no se lo hacía, o si cambiaron las relaciones. Piénsese que antes de Galileo el lugar donde vivimos era el centro del universo y luego paso a ser un planeta; y con Einstein el tiempo y el espacio dependen de la perspectiva del observador. La mujer paso a ser sujeto de derecho gradualmente, así como ocurrió con el niño y mucho antes con los esclavos, cuyos “vientres” pasaron a ser libres, para luego obtener el reconocimiento completo de la libertad. Cabe preguntarse si con el nuevo CC. hay algo para lo cual los profesionales del Derecho no están preparados. Si el nuevo CC. representa un nuevo paradigma, ¿es que acaso se puede percibir alguna resistencia?, ¿de quién? La falta de regulación de la gestación por sustitución y la personalidad del embrión a partir de la fecundación representan resistencia de la Iglesia Católica, que influyó en el partido gobernante al 2014. Y si en esos casos triunfó la Iglesia, estamos frente a una vuelta a las ideas de la Edad Media o de la Fe¹⁹.

Para resolver los problemas jurídicos, se echará mano de los jueces, que siempre han tenido la última palabra en materia de conflictos jurídicos, antes y después de la reforma, y porque la ley no vive más que en sus palabras, como dirían los ególogos. Entonces, no hay desacuerdos con los fundamentos claramente expresados. El Código Civil nuevo sigue pensando que los problemas jurídicos se solucionan con leyes y por eso se sanciona, y por ello se ha seguido el trámite normal de sanción de las leyes. Y excluye determinados problemas a los que consideraría como metafísicos o correspondientes a otras disci-

¹⁸ Lo trataré más adelante al desarrollar el art. 19 del nuevo CC. En general, dijo Aída Kermelmaier que no nos pusimos de acuerdo porque nosotros redactamos el Código con una perspectiva de derechos humanos que no necesariamente coincide con la fe de la Iglesia. Citado por ZOMMER (2014).

¹⁹ Desde 2002 hasta 2013 parecería haber una pérdida radical del poder de la Iglesia. V. GALATI (2015).

plinas, como los sociales (cumplimiento de las normas, no valora adecuadamente a la costumbre), y valorativos. Sí habría implicado un cambio de paradigma, que el CC. reconociera valor a la costumbre *contra legem*, cosa que, como veremos, no ocurrió.

Los paradigmas suelen no estar expresados, y mucho menos en un código, ya que hacen referencia a la manera en que los científicos se comportan, incorporando o excluyendo problemas, solucionándolos de determinada manera, etc. En una cita Kuhn expresa: “(...) gran parte del éxito de los científicos depende del ‘conocimiento tácito’, o sea, del conocimiento adquirido a través de la práctica y que no puede expresarse de manera explícita” (KUHN, 1988: 292)²⁰. También señala que son modelos adquiridos a través de la educación, como cuando antes, desde la escuela, impartíendose educación religiosa, todo se veía a través del prisma de dios, como creyendo que la humanidad dependía de la creación o que la Tierra era el centro del universo. Apenas sancionado, el nuevo CC. no puede aprenderse y servir como modelo.

Sí cabe reconocerle al nuevo CC. que incorpore a los valores, aunque de una manera marginal, en el texto de la ley. Porque un paradigma “(...) hace hincapié solo en alguna parte especial del conjunto demasiado grande e incoado de informes” (KUHN, 1988: 43). Aunque habrá que ver si la comunidad de científicos considera a la justicia como un tema de investigación en la ciencia jurídica²¹. Así como el epistemólogo dice que un cambio paradigmático puede implicar que algunos temas, luego de la revolución, sean expulsados como no científicos, luego de una revolución, algunos temas pueden ser entonces considerados científicos, como en nuestro caso, la justicia. Parafraseando a Kuhn

²⁰ Un paradigma no es un conjunto de reglas, como un código, sino de prácticas.

²¹ “Esta proliferación de versiones de una teoría es un síntoma muy usual de crisis” (KUHN, 1988: 119).

(1988), podría decirse que si la ciencia jurídica hubiera sido menos deductiva y menos regida por dogmas, leyes, la ciencia de la justicia habría podido iniciar su desarrollo mucho antes que la introdujera Goldschmidt en 1958²². Tal vez, que el mismísimo CC. considere al valor pueda significar lo que el epistemólogo señala: “cada vez le presta mayor atención un número mayor de los hombres más eminentes del campo de que se trate” (KUHN, 1988: 136).

Si el nuevo CC. fuera un paradigma nuevo debería ser apto “(...) para resolver los problemas que el grupo de profesionales ha llegado a reconocer como agudo” (KUHN, 1988: 52). Todo lo cual todavía no se sabe porque recién comenzó a regir el 1/8/2015. Si el nuevo CC. fuera un paradigma debería poder resolver problemas y tener aplicaciones, como ocurrió con el paradigma de Newton y el firmamento, la mecánica, la termodinámica, la teoría ondulatoria de la luz, la teoría electromagnética. Kuhn (1988) dice que las aplicaciones son conceptuales, instrumentales y de observación. Así es que se suelen plasmar las aplicaciones de los paradigmas en conferencias, libros de texto y ejercicios de laboratorio, mientras que en el campo de las Ciencias Sociales podríamos aludir a las investigaciones o trabajos de campo. Detalla luego Kuhn: “Después de su aceptación, esas mismas aplicaciones u otras acompañarán a la teoría en los libros de texto de donde aprenderán su profesión los futuros científicos” (KUHN, 1988: 85).

Lo que sí hace referencia a paradigmas distintos en el campo de la ciencia jurídica es el tratamiento e incorporación de la justicia y/o la sociología en las temáticas de las investigaciones jurídicas. Morin (2006) nombrará a estos dos

²² Se trató de un jurista judío alemán que sufrió la persecución del nazismo, es decir, vivió en carne propia el horror de sus leyes, lo que lo obligó a cuestionarlas en su justicia. “(...) se trata de hombres que, al no estar comprometidos con las reglas tradicionales de la ciencia normal (...)” (KUHN, 1988:147).

paradigmas como los de simplicidad y complejidad²³, según que integren o excluyan estos aspectos. Aquí sí, “(...) diferentes hombres, ante la misma gama de fenómenos (...) los describan y los interpreten de modos diferentes” (KUHN, 1988: 43). En efecto, un analítico hablará de la inexistencia de lagunas y en realidad sí de una distinta concepción de la justicia ante la completitud del ordenamiento normativo, donde un trialista podrá identificar carencias históricas o dikelógicas. Por ello ante un nuevo paradigma hay que “(...) reconstruir completamente el campo, desde sus principios y justificar el uso de cada concepto presentado” (KUHN, 1988: 43). En efecto, “las reglas (...) se derivan de los paradigmas; pero éstos pueden dirigir la investigación, incluso sin reglas” (KUHN, 1988: 79). El epistemólogo insiste en el paso del tiempo como factor constitutivo de los paradigmas cuando habla de las tradiciones de investigación. En suma, un paradigma depende, para su éxito, del tiempo que le dedica una comunidad científica toda, en distintos aspectos: escolar, práctico, judicial, científico y cultural, en tanto también la comunidad debe comprender los alcances del paradigma²⁴.

Cabe señalar que al aclarar las confusiones que generó el término paradigma, el autor entra en la paradigmología, es decir, un término que usa Edgar Morin (2006) y que puedo tomar para señalar que se le ha escapado²⁵, es decir, que se trata de una idea que no puede forzarse o replegarse únicamente a las construcciones que hace su autor originario, como la que señala que el término

²³ “(...) necesitamos que se cristalice y arraigue un paradigma de complejidad” (MORIN, 2006: 256).

²⁴ “(...) el proceso de aprendizaje de una teoría depende del estudio de sus aplicaciones, incluyendo la práctica en la resolución de problemas” (KUHN, 1988: 85).

²⁵ Morin (2006) dice que ha abandonado el término. El propio Kuhn dice: “(...) el término ha cobrado una vida propia (...)”. (KUHN, 1988:286).

paradigma puede abarcar pequeños cambios²⁶. Lo extraño es que el propio autor luego entiende al paradigma como revolucionario, es decir, referido a cambios radicales, dando ejemplos, o refiriéndolo a cambios de formas o *gestalt*.

3. Consideraciones de Teoría General del Derecho

El Derecho de la Salud no deja de ser una rama del Derecho, es decir, es una parte del todo, y a través de esta división podemos ver al Derecho en su conjunto, así como un pelo contiene el ADN de todo el individuo. Parece un poco ambicioso que en el título preliminar el Código Civil y Comercial regule el “Derecho”. Es como querer atrapar el sol con las manos. Así como se verá omnipotente que el propio Código diga a los jueces cómo interpretar, aquí en alguna medida dice a los juristas dónde está el “Derecho²⁷”.

El artículo 1º²⁸ menciona las fuentes. Allí se hace referencia a las leyes²⁹, los tratados internacionales y la Constitución Nacional. Si bien a los “tratados de

²⁶ “(...) una revolución es una clase especial de cambio, que abarca cierta índole de reconstrucción de los compromisos de cada grupo. Pero no tiene que ser un gran cambio, ni siquiera parecer un cambio revolucionario (...)” (KUHN, 1988: 277). Entonces hay que dejar de usar el término revolución. ¡Incluso cambiarle el nombre al título del libro!

²⁷ “Haber incluido la denominación ‘Derecho’ nos parece una solución poco acertada. Aunque existe cierta tradición de que la autoridad indique qué entiende por Derecho, que incluye por ejemplo al Digesto de Justiniano, consideramos que se trata de una noción cultural que las sociedades van construyendo según las circunstancias, sobre todo a través de la doctrina” (...) El uso de la denominación ‘Derecho’ introduce a nuestro parecer una confusión entre la tarea del legislador y la evolución de la cultura, especialmente de la doctrina”. “El artículo 1 se refiere a los casos que él, el Código, rige, con lo cual hablar del Derecho solo desde el Derecho Civil y Comercial es, al menos, insuficiente” (CIURO CALDANI, 2015: 67-71).

²⁸ Art. 1º CCYCN: “*Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en*

derechos humanos” se los coloca aparte, tanto ellos como las leyes deben ser “conforme[s] con la Constitución Nacional”. Luego se refiere a la costumbre³⁰ que denomina “usos, prácticas y costumbres”, multiplicando innecesariamente los entes y violando la regla de Guillermo de Occam, ya que pudo llamarse a todo “costumbre”. Solo se contemplan dos tipos, la “secundum legem”, cuando las leyes o los interesados se refieren a la costumbre, y la “praeter legem”, cuando no hay situaciones regladas legalmente. El Código guarda silencio sobre la “contra legem”, ya que se resigna sabiamente, en tanto sería inútil mandar que la costumbre abrogatoria no tenga efectos y luego ver que la realidad lo contradiga, confirmándose la derogación de la norma en cuestión. El temor a la costumbre se reaviva generación tras generación, en este caso cuando se dice que se aplican los usos si no son “contrarios a derecho”. Lo que está de más, ya que se sabe incluso que las leyes se aplican si no son injustas. También hay un miedo a la costumbre judicial, al haberse suprimido la “jurisprudencia” como fuente de Derecho. Por otra parte, si la costumbre es Derecho, y lo es si se la trata en un código, forma parte del Derecho y se está ante una contradicción: que el derecho sea contrario al derecho³¹. No obstante, como la teoría trialista del mundo jurídico es una teoría compleja, es posible que el Derecho tenga partes contradictorias en sí mismo: la realidad social, la norma y la justicia. El Código acierta en contemplar entonces que la costumbre puede ser, mejor que contraria al derecho, injusta. Y se han visto casos de costum-

cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

²⁹ Al menos formalmente se apunta a que no haya leyes secretas. “[...] puede haber leyes no publicadas o secretas que son obligatorias” (LORENZETTI, 2015: 44). La ley 26.134 de 2006 deja sin efecto el carácter secreto o reservado de toda ley que así lo disponga y prohíbe toda sanción en este sentido para el futuro (art. 1).

³⁰ Sobre el tema p. v. GALATI (2015).

³¹ Por ello es recomendable que los codificadores se limiten a normar, no a teorizar.

bres injustas, como la costumbre presidencial de decretar por razones de necesidad y urgencia, saltando al Congreso, el ejercicio ejecutivo de facultades judiciales, la costumbre judicial estadounidense de la segregación racial entre blancos y negros, la costumbre de quemar disidentes en el medioevo, etc. Por lo dicho, entonces, la costumbre no tiene ni función supletoria, ni vale para la interpretación³². Si se habla de fuente, es que hay que reconocer un lugar de donde emanan normas, y ello tiene que ver con su origen, no con la interpretación, que se da en una etapa posterior.

Hablar de la costumbre como fuente del Derecho es importante, y más en el Derecho de la Salud, porque quienes hacen derecho no son solamente los funcionarios públicos, sino también los seres humanos, en este caso, los pacientes y los encargados de que la salud funcione, como jueces, funcionarios administrativos, empresas de medicina prepaga, obras sociales, los comités de ética, etc. Y la costumbre será Derecho aunque una norma no la contemple, o incluso si contradice la norma, sin perjuicio de que esa costumbre sea injusta y no se aplique al caso concreto. Puede tomarse el caso del consentimiento informado para las prácticas clínicas en donde el paciente suele firmar un papel, en lugar de comprender la práctica que se le hará, lo que configura una costumbre injusta³³.

No creo que el cambio sea “(...) respecto del sistema anterior consiste en que se admite una pluralidad de fuentes, incluyendo no solo la ley, sino todo el Derecho” (LORENZETTI, 2015: 26). El Código de Vélez era igualmente amplio. Los dos cuerpos se refieren a las leyes análogas³⁴, uno a la finalidad de la

³² En sentido contrario, LORENZETTI (2015).

³³ O “(...) las costumbres médicas de no informar a los pacientes (...)” (LORENZETTI, 2015: 33). Se señala que el consentimiento tiene que ser “educado”. V. el pto. referido a la ética de la investigación científica.

³⁴ “La analogía es un procedimiento de integración de lagunas del sistema normativo, es decir, si no hay una ley que regula un supuesto de hecho, se puede recurrir a otra ley (...)”

ley, pero el otro al espíritu, ambos a la costumbre. Vélez no se refería a la Constitución y no era necesario porque el art. 31 de la CN. dice que ella es suprema y todos la tienen que tener en cuenta. No podía referirse a los tratados internacionales de derechos humanos porque se incorporaron con jerarquía constitucional recién en 1994.

Sí es acertado que se diga que “aunque fue eliminada del texto del Anteproyecto, la jurisprudencia es fuente de Derecho” (LORENZETTI, 2015: 31). Nada más importante para un caso que requiere solución que otro caso parecido al que ya se le dio una solución. “La analogía encuentra medios para limitar la arbitrariedad de los legisladores y la similitud es la mejor ‘matemática social’ para encaminar la ejemplaridad” (GALATTI, 2014: 320). Además, como la jurisprudencia es costumbre judicial, por más que la ley le quite valor, la conducta concordante de los jueces se seguirá imponiendo³⁵, y más en el caso de la última instancia judicial del orden federal. Cueto Rúa (1961) decía que si la costumbre es derogatoria de las leyes, no tendría inconveniente en derogar el artículo que la prohibiera y, *mutatis mutandi*, por más que el silencio no hable de la jurisprudencia, los jueces hablarán por ellos mismos, vitalizándola. El Proyecto de 2012 señalaba otra fuente que el Código sancionado finalmente olvidó³⁶: “A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso”. Valga mencionar que el *stare decisis*

(LORENZETTI, 2015: 35). Es lo que Goldschmidt llama un procedimiento para cubrir una carencia por auto-integración del ordenamiento jurídico. “(...) justicia formal [es] aquella que se encuentra plasmada en el ordenamiento normativo dentro del cual se produce la carencia” (GOLDSCHMIDT, 1987: 294).

³⁵ Por ej., el caso “A. C. G. y otros s. medida autosatisfactiva”, fallado por el Juzgado de Familia n°1 de Mendoza el 29.7.2015, cita el precedente “N. N. O. D. G. M. B. M. s. inscripción de nacimiento” del 2013.

³⁶ “En el proyecto de los redactores, la jurisprudencia era una de las fuentes de interpretación. Entonces, ¿qué se hizo? Se eliminó la jurisprudencia y se puso en su lugar la finalidad de la norma, para no poner el espíritu o la voluntad del legislador” (CONGRESO DE LA NACIÓN, 2013: 38).

es uno de los fundamentos de un sistema jurídico, el del *Common Law*³⁷. La propia CSJN lo ha reconocido en un precedente importantísimo para nuestra rama:

“(...) las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción- jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012: consid. 5º).

Aquí la Corte prevé que sus resoluciones serán tenidas en cuenta en futuros casos, precisamente porque la competencia funcional federal la ubica como intérprete último de la Constitución Nacional, que es norma suprema de la Argentina (art. 31, CN. y cc.)

³⁷ Sobre el tema la senadora Negre de Alonso dijo: “(...) nosotros no estamos en un sistema de *Common Law*, y la verdad es que la voluntad del legislador representa la soberanía del pueblo”. CONGRESO DE LA NACIÓN, op. cit., pág. 50. El razonamiento es muy elemental, de nivel “secundario”, a pesar de que la legisladora se dice abogada. Hoy la globalización nos permite enriquecernos entre los sistemas, y tomar lo mejor de cada uno de ellos, a la vez que el juez es el que hace vivir la ley, mientras que la jurisprudencia es una fuente de igualdad, y en ello radica su legitimidad, a la vez que la democracia no es el gobierno de las mayorías, sino el gobierno de las mayorías con el respeto de las minorías, y de administrar ese respeto se encargan los jueces. Lo contrario implicaría desconocer los aportes de las Edades Moderna y Contemporánea relativos a la Historia del Derecho.

Y no hay mejor justicia, no como Poder Judicial, sino como valor, que obligar al juez a considerar los fallos de sus colegas en temas semejantes, ya que es terriblemente injusto no reconocer a uno lo que sí se hizo con otro. Piénsese qué habría sido de quienes ahorraron toda su vida ante la limitación legal a la extracción de dinero de cuentas y depósitos, donde los jueces reaccionaron habilitando la apertura y la libre disponibilidad, y entonces, alguien podría demandar a un juez para que actúe como lo hizo la mayoría de sus colegas. La costumbre judicial es una especie de la costumbre, y la costumbre³⁸ es una manifestación directa de los encargados de solucionar problemas concretos, no abstractos, precisamente porque están en contacto con los sufrientes, peticionantes, demandantes. Son la vida del Derecho y merecen un reconocimiento. El artículo 2º³⁹ se refiere a la interpretación. Aquí debió decirse que se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Goldschmidt la llama elemento histórico y proviene dicho elemento de una concepción integral del Derecho que lo ve con una dimensión sociológica, otra normológica y otra dikelógica. Si la realidad social cumple un papel en el Derecho, es cuando se vincula con la norma, en tanto ésta es la captación de un reparto, es decir, la norma formaliza una voluntad referida a un objetivo/fin. Y entonces puede decirse que los que sancionaron la norma tienen un fin, como el que tenemos nosotros al salir de nuestras casas todos los días, nos concienticemos o no de ello. Y si las normas tienen una intención o fin, y luego se las expresa en palabras, si hay normas poco claras o con dificultades gramaticales u ortográficas, habrá que atenerse a su fin, consultando, por ejemplo, aquellos lugares que den cuenta de las intencio-

³⁸ Sobre el tema p. v. GALATI (2015).

³⁹ Art. 2º del CCYCN: “*Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

nes de los legisladores, como los debates parlamentarios, que Goldschmidt llama “manifestaciones extranormativas”⁴⁰.

En términos generales podría decirse que un código no debe hablar de la interpretación, ya que es un tema que incumbe a quienes interpretan, que a su vez integran otro departamento del Estado: el Poder Judicial que, como tal, es independiente, y eso significa que si alguna función tiene, ella consiste en interpretar normas, para luego aplicarlas a casos concretos. Lo contrario sería tanto como creer que los jueces le tienen que decir a los legisladores cómo legislar. Si algo o alguien le tiene que decir algo a los jueces, es la Constitución, que sabiamente no obliga a los jueces más que a resolver en casos (concretos), como lo señala el art. 116 de la CN., para evitar que hablen abstractamente.

Yendo al texto de la ley, es acertado el Código cuando menciona diversos elementos de la interpretación. Cuando dice tener en cuenta las “palabras” se refiere al elemento literal, cuando habla de las “finalidades” se refiere al elemento histórico, cuando menciona otras “disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos” y “de modo coherente con todo el ordenamiento” se refiere implícitamente al elemento sistemático. Por ejemplo, cuando se interpreta al Código Penal en la parte que señala el aborto no punible, si se va a los debates parlamentarios de aquella época se caerá en la cuenta que los legisladores de 1921 solo avalaban el aborto eugenésico, porque querían que no se malogre la especie si el embarazo era producto de una violación a una mujer idiota o demente. Aunque la Corte Suprema, en el caso “F., A. L.” decidió que la violación estaba contemplada como un supuesto de aborto no punible. El problema no se debía resolver por interpretación sino por la injusticia que sig-

⁴⁰ “También se incluye la finalidad, que generalmente se encuentra en las discusiones parlamentarias (...)”. (LORENZETTI, 2015: 35).

nificaba avalar el supuesto del aborto no punible en el caso de aborto eugenésico, terapéutico, y no el sentimental⁴¹.

Cuando menciona “los principios y valores jurídicos” entra en el terreno de la justicia, que si de algo sirve en la interpretación es para señalar que es justo que el intérprete sea leal al autor, para no confundir sus aspiraciones de justicia con lo que quisieron los que elaboraron la norma. Vale reconocer que los propios redactores tengan en cuenta al valor, tantas veces desconocido como integrante de la ciencia jurídica⁴². ¿A quién más que a un jurista puede conmovier una situación de injusticia? Lo contrario sería tanto como impedir que un médico se conmueva ante una enfermedad o un estado de falta de salud. Si bien no hay casos fáciles o difíciles⁴³, sino que todos pueden ser difíciles si se abren a un análisis complejo (HALL, 2004)⁴⁴, en el ámbito de la salud sí suelen ser urgentes. Hoy más que nunca, el valor es reconocido⁴⁵.

El artículo 3⁴⁶ habla del deber de resolver. En este sentido es similar al artículo 15 del Cód. de Vélez que decía que: “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Si nos encon-

⁴¹ Sobre el tema p. v. GALATI (2012).

⁴² “En el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores” (LORENZETTI, 2015: 39). Goldschmidt (1958) hablaba de la posibilidad de una ciencia de la justicia en 1958.

⁴³ En contra, LORENZETTI (2015).

⁴⁴ Sobre el tema p. v. a CIURO CALDANI (2004). “(...) los casos son sólo partes del gran ‘caso’ de la vida, difícil de conceptuar como ella misma, pero nos encontramos en la necesidad de construirlos con recortes adecuados a nuestros deseos de conocer y hacer” (CIURO CALDANI, 2000: 73).

⁴⁵ “Más allá de la legitimidad jurídico-formal, debemos admitir la exigencia de otra legitimidad sustancial que deriva de la consideración que merecen los seres humanos por la sola y única circunstancia de compartir la pertenencia a un género común” (BERGEL, 2012: 45). V. tb. ESBORRAZ (2013). En efecto, “(...) el tema de los derechos humanos no se agota en el reconocimiento legal. La exigencia social no se limita a la consagración formal de nuevos derechos para luego colocarlos en un marco” (BERGEL, 2012: 46).

⁴⁶ Art. 3° CCYCN: “*Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*”.

tramos en el ámbito del Derecho de la Salud, donde lo que cuenta es el interés del paciente, sus problemas suelen ser urgentes, como un trasplante de órgano, un medicamento que se necesita con urgencia, el sufrimiento de un enfermo terminal, lo que amerita la dedicación del juez al caso, y más si aún no existe la competencia judicial-funcional o fuero de salud.

El artículo 11⁴⁷ habla de abuso de la posición dominante⁴⁸. Teniendo como trasfondo la historia del Grupo Clarín, que ha abusado de su posición dominante durante tantos años, y avalada por distintos partidos políticos, el nuevo Código quiere evitar lo que hace algunos años ha salido a la luz: que así como los medios de comunicación son un factor de poder, lo propio puede ocurrir con otros casos, como las empresas de medicina prepaga, que no dejan de ser empresas y, por tanto, al buscar el lucro, pueden no medir las consecuencias de sus acciones por otros parámetros que no sean la ganancia⁴⁹. Ésta es bienvenida, pero en este ámbito hay que considerar también la salud, la verdad, y la justicia. Porque es bueno que cada quien reciba por sus méritos y en razón de su esfuerzo, pero para que ello ocurra tiene que tener oportunidades, y para ello debe contar con salud. De ahí que si la justicia se llama recompensa, en Derecho de la Salud se llama también compensación.

El artículo 12⁵⁰ se refiere al orden público. Ya he tratado en otra oportunidad, gracias a la base de Goldschmidt, cómo el orden público es un arma de doble

⁴⁷ Art. 11 CCYCN: “Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

⁴⁸ Sobre el tema p. v. la ley de defensa de la competencia 25.156.

⁴⁹ “Este paradigma [sic] permite tutelar desde el Derecho Privado bienes de incidencia colectiva, como la competencia (...)” (LORENZETTI, 2015: 67).

⁵⁰ Art. 12 del CCYCN: “Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en

filo. Porque puede ser utilizado por quien hace funcionar las normas para esconder sus intereses -que son sectoriales- en los del “público”. Así lo vimos cuando se medicalizó y juridizó la homosexualidad, negándole la Corte Suprema de 1991 la personalidad jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), porque no coincidían sus objetivos con los del “bien común”, identificados con los de la moral media de la sociedad, que se pensó católica. Afortunadamente sí se reconoció personalidad jurídica en 2006 a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT), con lo cual se ve cómo el orden público y el bien común pueden cambiar según sean más o menos a los que se quiera *incluir*.

Por otra parte, el trialismo entiende a las convenciones particulares como repartos autónomos, donde hay acuerdo, y a las leyes como ejemplos de repartos autoritarios, donde hay imposición. Tanto unos como otros pueden ser injustos, a pesar de que el Código diga que no se aplicarán las convenciones particulares que dejen sin efectos leyes en las que esté interesado el orden público. Si el orden público puede ser cooptado por mayorías conservadoras e intolerantes es que no es justo, y si puede no ser justo es que la justicia es indispensable a todo estudio jurídico.

4. La salud colectiva

fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

El artículo 14⁵¹ se refiere a los derechos de incidencia colectiva. Está muy bien que un Código moderno los reconozca, pero hay que saber que sin la llave de los efectos de la cosa juzgada, derivados de lo colectivo del interés, no hay efectividad en su reconocimiento. A lo que hay que sumar que hoy, el derecho programático no está bien visto y fácilmente los jueces lo tornan operativo. Uno de los senadores reconoció que fue algo que el Código solo mencionó, pero en lo que no profundizó⁵². Además, habría que sumar la necesidad de la gratuidad de los juicios que involucran causas colectivas, en las que está involucrada la salud de la población. En el juicio “Asociación Civil Mujeres por la Vida c. Ministerio de Salud-Estado Nacional” se quería trasladar la creencia católica al resto del país, prohibiendo el programa de salud sexual y procreación responsable establecido por la ley 25.673. Para inmiscuirse en la intimidad de las familias no están los derechos colectivos, pero sí para, por ejemplo, prohibir o advertir respecto de productos incursos en la medicalización de la vida.

El Proyecto de 2012, que no suscribió en este sentido el Poder Ejecutivo, señalaba algo que expuso Lorenzetti en su voto en el caso “Asociación Civil Mujeres por la Vida” (CSJN, 31/10/2006 “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin fines de lucro -Filial Córdoba- v. Estado Nacional). Se trata de los intereses individuales por un lado, y la diferencia entre intereses homogéneos que regulaba así: “derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños

⁵¹ Art. 14 del CCYCN: “*En este Código se reconocen: a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*”.

⁵² Decía Sanz: “(...) se reenvían a leyes futuras, que no sabemos cuándo se van a sancionar y de qué manera se van a sancionar, un montón de temas profundos, de cuestiones que precisamente este Código tenía la obligación de resolver. ¿Por qué no resolvemos el tema de los derechos individuales homogéneos, las acciones de clase, las acciones de incidencia colectiva? ¿Por qué no lo resolvemos? ¿Por qué no podemos discutirlo? Citado por CONGRESO DE LA NACIÓN, 2013: 32.

comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común” y derechos de incidencia colectiva, “(...) que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”. La clasificación es una de las funciones (integradora) de las normas, que en este caso clarifica la vida jurídica, diferenciando y adjudicando consecuencias según la división. Si un interés es colectivo, la idea es que pueda ser ejercido por quien tiene poder para impulsar mejor y más idóneamente la causa, que es un funcionario público como el Defensor del Pueblo o las organizaciones dedicadas a esos fines. Lo gracioso, si no fuera trágico, es que ya los constituyentes del '94 creyeron que era necesario contar con alguien que defendiera al pueblo, como si los diputados y senadores no defendieran ya al pueblo. Y encima que instituyen la figura la tornan inútil, inoperativa. Aquí se está incumpliendo el art. 43: “Podrán interponer esta acción [de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a *la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*⁵³”. Ese mismo artículo manda a la ley que regule los pormenores, y cuando tiene que hacerlo, retacea la protección. En efecto, el Proyecto de 2012 “(...) regulaba con buena técnica algunos aspectos de la acción de resarcimiento grupal de los daños a los derechos individuales homogéneos” (RABBI-BALDI CABANILLAS – SOLÀ, 2014: 94).

⁵³ La cursiva me pertenece.

Aunque se haga alusión a fallos como “Halabi, Ernesto c. PEN s. ley 25.873⁵⁴”, “Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional⁵⁵”, “Padec, c. Swiss Medical⁵⁶”, o a una interpretación amplia, lo cierto es que el autor no quiere poner en práctica los derechos individuales u homogéneos o de incidencia colectiva; lo que no impide declarar la injusticia de tal acto, y más si el Código recepta los “valores jurídicos”. En el caso “Halabi” la Corte dice: “(...) donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido (...)” (consid. 11). A pesar de la quita que hizo el P.E, la Corte en “Halabi” habló de los procesos de esta naturaleza que vendrán en lo sucesivo (consid. 14). La ley 24.240 de defensa del consumidor tiene un apartado sobre el tema: “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga” (art. 54). Lo que dice “Halabi” en los consid. 20 y 21. En el fondo de la cuestión Halabi, la Corte señala que el fundamento de la inconstitucionalidad es la violación a la autonomía (consid. 27), que en este caso toma la forma de

⁵⁴ “La Corte crea acción colectiva y da alcance general a un fallo”, del 24.2.2009, CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL (CIJ). Aquí la Corte trató un caso de servicios de comunicación telefónica e internet, que podían ser intervenidos sin expresión de causa. Allí se dijo que su naturaleza era homogénea (causa fáctica común), no colectiva (como el ambiente), ya que hay derechos individuales divisibles, que los habilitados para plantear la acción eran los afectados, como usuarios y abogados, en las condiciones de: causa fáctica común que causa lesión a una pluralidad de derechos individuales, pretensión dirigida hacia los efectos comunes, trascendencia social, idoneidad de los representantes legitimados, notificación a los interesados, publicidad del pleito, y que el interés individual no justifique la promoción de una demanda, y cuyos efectos serán expansivos, producto de la cosa juzgada emanada de un solo juicio. Juicio en el que la Corte llamó a una audiencia pública, con “amigos del tribunal”.

⁵⁵ Sobre el tema p. v. GALATI (2009).

⁵⁶ CIJ, “La Corte ratifica la legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores para iniciar acciones colectivas”, del 22.8.2013, en <http://www.cij.gov.ar/nota-12035-La-Corte-ratifica-la-legitimaci-n-de-las-asociaciones-de-usuarios-y-consumidores-para-iniciar-acciones-colectivas.html> (22.8.2015).

la intimidad de la relación abogado-cliente en el ámbito de las comunicaciones, ya que no se precisan las oportunidades ni las situaciones, ni el tratamiento de la información. Todo lo cual, en la salud, también tiene su correlato, ya que se resguardan aquí la libertad y la intimidad, con lo cual la analogía es estrecha. En el caso “Padec”, la Corte habilitó la legitimación de una asociación de usuarios y consumidores con motivo del alza de las cuotas de una prepaga, la que a su vez retaceaba su responsabilidad civil. Tanto en primera como en segunda instancia se rechazó la demanda porque no resultaba claro que los afiliados hubieran avalado la demanda, es decir, por el carácter divisible y no homogéneo de los intereses⁵⁷. La Corte dice que hay aquí un hecho único que configura una causa fáctica homogénea (consid. 9) lo que habilita el juicio colectivo.

Si el Código es Civil y Comercial parece inapropiado que se refiera a temas de salud. Véase que en Francia, por ejemplo, hay un Code de la Santé Publique⁵⁸ y tiene una competencia muy amplia, diferenciada del Código que supiera gestar el mismísimo Napoleón, que nos sirvió de guía por estos lugares. Y como este Código no debió tratar temas de salud es que cuando se refiere el artículo 18⁵⁹ a los “derechos de las comunidades indígenas” los limita a la propiedad

⁵⁷ De no reconocerse la legitimación, se iría contra el acceso a la justicia, ya que “[...] la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable” (consid. 11).

⁵⁸ V. <http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665> (26.2.2015).

⁵⁹ Art. 18 del CCYCN: “*Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional*”.

de sus tierras⁶⁰. En primer lugar son pueblos originarios, ya que indios hay en la India. En segundo lugar, claro que tienen derechos preexistentes como los señala la Constitución y la ley 23302, que regula lo relativo a la propiedad y adjudicación de sus tierras, planes de educación, salud, previsionales, vivienda y recursos, y específicamente, la ley 26160 trata la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras para evitar los desalojos y desocupaciones, que debieron bastar⁶¹. O se incorporaba algo que podría haber sido útil, como lo que señala la senadora Escudero:

“(...) se elimina el derecho de las comunidades a ser consultadas para la obtención de su consentimiento libre, previo e informado en lo referido a sus recursos naturales y culturales, como los derechos de incidencia colectiva y a participar en su gestión” (Congreso de la Nación, 2013: 44).

En tercer lugar, si se quieren tratar los derechos de los pueblos originarios, o se tratan todos, o ninguno, ya que quedan fuera sus derechos de la salud, ya que bien pueden merecer reconocimiento sus terapias originales, ancestrales, no convencionales, sobre todo si reclaman su aplicación en hospitales públicos o alguno de sus miembros reclama ayuda del Estado, que opta por la medicina

⁶⁰ “El Código Civil se ocupa de un aspecto, que es la posibilidad de actuación de estos pueblos dentro del Derecho Privado. De manera que estas disposiciones no impiden el dictado de otras leyes que desarrollen otros aspectos. Dentro del Código el artículo 18 es una conexión entre la Constitución y las leyes especiales vigentes y a sancionarse en el futuro” (LORENZETTI, 2015: 86). El artículo habla de la posesión y propiedad de las tierras, cuando la ley 23.302 tiene un título especialmente dedicado al tema (arts. 7 a 13) “De la adjudicación de las tierras”. Ya se sabe que el dictado de una norma no impide que otras se dicten. Quien oficia de conexión entre una norma y otra es la doctrina y la ciencia, estableciendo prácticamente cuáles son las conexiones y qué efecto se sigue de ellas.

⁶¹ “El régimen concreto de esta propiedad seguirá dependiendo de las regulaciones especiales, primordialmente la de la referida ley 23.302” (FISSORE, 2014: 76).

“científica⁶²”. La ley 23.302 es muy completa en este sentido. Incluso en el tema que nos convoca ya era suficiente la ley sobre “política indígena”, que en la parte pertinente promueve: “El respeto por las pautas establecidas en las directivas de la Organización Mundial de la Salud, respecto de la medicina tradicional indígena integrando a los programas nacionales de salud a las personas que a nivel empírico realizan acciones de salud en áreas indígenas” (art. 21, f).

Tampoco es propio del CC. que regule lo relativo a la capacidad de salud, en este caso de los niños y adolescentes en el art. 26⁶³. Lo que el Código encierra y donde hay más cuestionamientos es en los adolescentes de 13 a 16 años, ya que recién a los 16 adquiere plena capacidad en lo relativo a la salud. En aquella franja la ley da pautas a los fines de analizar el caso concreto, ya que otra pauta es que no pueden darse generalizaciones. Otra es la del “grado de madurez suficiente”. El CC. vuelve sobre esta pauta a la hora de hablar de la “responsabilidad parental”, señalando la orientación básica del “grado de madu-

⁶² V. el fallo “N. N. o U., V. s/ protección y guarda de personas”, del 12.6.2012, donde se obliga a un niño a la vacunación compulsiva. LA LEY 26/06/2012, 26/06/2012, 7 – Sup. Const. 2012 (junio), 66 – LA LEY2012-D, 182.

⁶³ Art. 62 del CCYCN: “*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo*”.

rez” (art. 639, inc. c). En situaciones de duda, se puede dar un valor a ella, y aportarse el abogado del niño, que podría junto con otros profesionales develar la voluntad del adolescente, ya que la persona tiene “derecho a ser oída”, y “participar en sus decisiones” relativas a su persona. Hay que velar además por su “interés superior⁶⁴”, pauta ya elaborada por la Convención de los Derechos del Niño. También se alude a preservar su “vida”, “salud” e “integridad física”. Siempre teniendo en cuenta la opinión médica. Entonces, por más que el Código divida a los tratamientos en invasivos o no invasivos, en realidad, el juez siempre debe oír y dar participación al adolescente, ya que la Medicina y él son quienes juzgarán si el tratamiento es sensible para él tanto objetiva como subjetivamente. Hoy el caso es la estrella ya que el propio Código, con sus pautas, habilita al singularismo. Así se entiende también la existencia de los comités de ética. De ahí que no tenga virtualidad el principio general de que “la persona menor de edad ejerza sus derechos a través de sus representantes legales⁶⁵”. El real significado de esta frase, en consonancia con el resto del artículo, es que dichos representantes serán tenidos en cuenta a los fines de considerar lo mejor para el adolescente. De lo contrario no se entendería la “responsabilidad parental”, que ya no es más “patria potestad”, ni tampoco se entendería para qué existe la educación sexual en las escuelas, sean o no de gestión estatal, etc. Para mayor claridad el art. 639, cuando habla de la responsabilidad parental, señala: “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, *disminuye* la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de

⁶⁴ “El interés superior del adolescente prima para la resolución del conflicto que pueda plantearse entre el mismo y sus progenitores, teniendo como base de dicha resolución la opinión médica con relación a las consecuencias que apareje la realización o no del acto terapéutico conflictivo (...)” (HERRERA, 2015: 117).

⁶⁵ Lógicamente, el codificador principal está de acuerdo con dicha máxima. V. HERRERA (2015).

los hijos” (art. 639, b). Lo importante es el adolescente y su salud, su autonomía y cómo la lleva a cabo, siendo los padres un mero “apoyo”.

Otro punto de enorme tensión es el relativo al financiamiento de la salud, no porque lo trate el Código Civil y Comercial, sino porque el senador Aníbal Fernández, hace alusión a la Historia del Derecho argentina, a modo de introducción al debate, mencionando que el Código de Vélez era de inspiración anglofrancesa, incluso calvinista, y que él representa a un peronismo afín al gaucho, a los desposeídos (Congreso de la Nación, 2013). Se pasa de la Filosofía a la acción cuando tenemos que preguntarnos quien paga la salud y qué hacer con quienes no tienen para pagarla. Una Nación crece cuando progresa, cuando sus conocimientos crecen y avanzan e incluso quiebran modelos vetustos. Nada se logra sin iniciativa, para lo cual hay que evitar la dádiva, la caridad o el parasitismo. En eso era acertado Juan Calvino cuando decía que el esfuerzo de cada uno es la medida de todas las cosas. En el tema de la salud, sensible en tanto involucra la vida de las personas, creo que puede ser el ámbito en el que se muestre mejor la dádiva pero de posibilidades, para que cada uno cuente con salud para encarar su proyecto de vida personal. En este sentido entonces, la salud aparece como presupuesto del ejercicio de los demás derechos. Porque con salud cada cual puede ganar su sustento o perderlo.

5. Las enfermedades genéticas

El artículo 57⁶⁶ menciona prácticas prohibidas. La disposición legislativa prohíbe la modificación del ser genérico, es decir, prohíbe que la manipula-

⁶⁶ Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.

ción genética afecte el patrimonio genético de la especie. Más allá de todo, esta disposición toma consciencia de que “(...) una criatura humana entiende su origen y puede hacerse responsable del diseño de su futuro” (PFEIFFER, 2008: 207). Frente a tantos dilemas acerca del cambio de especie y su posibilidad, el codificador tomó partido hacia la negativa, encerrando a la especie humana en sus actuales caracteres e impidiendo mejoras, como en el coeficiente intelectual, la resistencia a enfermedades, características físicas, etc. Cabe preguntarse si estaría permitida una alteración genética que tenga por fin evitar enfermedades, como las degenerativas del cerebro como el Parkinson o el Alzheimer, que se realice en embriones con motivo de una investigación científica⁶⁷. O, por qué no, el retraso de la muerte⁶⁸. La genética puede ser usada para el mejoramiento de la calidad de vida, aunque hay excepciones⁶⁹, pero la regla debería ser que la ciencia sea siempre bien utilizada. La senadora

⁶⁷ Se podría eliminar permanentemente el gen dañado, lo que es auspicioso, y se transmitiría a la descendencia, pero por esta circunstancia el Código prohíbe la práctica. V. GARCÍA MINIET-GONZÁLEZ FRAGUELA (2008). No refiriéndose directamente al tema se pronuncia un autor por la prohibición de: “(...) las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, salvo que se dirijan a prevenir enfermedades o la predisposición genética a ellas (...)” (SAUX, 2015: 304).

⁶⁸ Morin habla de esto: “(...) los progresos en genética permitirían la erradicación de aquello que, si bien no programara la muerte, al menos desprogramara la vida, es la relación humana con la muerte lo que se modificaría profundamente. Se puede presagiar, para los humanos por venir, sin duda no el ascenso a la inmortalidad, pero algo más que una prolongación de la vida. Sería también una des-senectud, es decir, una regeneración incesante del ser viviente en todas sus facultades. Sería una amplia desmortalidad: no eliminaría la muerte, haría retroceder a la muerte natural y a ciertas muertes fortuitas de forma no infinita, ciertamente, sino indefinida” (MORIN, 2006: 283-284). “La ‘esencia’ del hombre que buscamos mediante el desarrollo de la tecnología y biotecnología es la de un hombre feliz y eterno” (PFEIFFER, 2008: 201).

⁶⁹ Bergel da cuentas de las antinomias, aludiendo a la conciliación entre la libertad del científico y el peligro de la manipulación del genoma humano. Luego señala la ambivalencia de la ciencia que ya reconocía Edgar Morin: “estos nuevos conocimientos, si son tomados con una base éticamente sólida, pueden llevar a mejorar las condiciones de vida de los seres humanos, a prevenir y combatir dolencias, a desarrollar nuevas dianas terapéuticas (...). Pero también estos conocimientos pueden constituir un poderoso instrumento al servicio de una nueva eugenesia que lleve a la discriminación de individuos en múltiples campos” (BERGEL, 2012: 50).

Di Perna precisamente postulaba la negativa a este artículo por las mismas razones: “(...) no podemos obligar a un padre o a una madre que posea una carga genética con predisposición a una enfermedad de este tipo de hacer todo lo posible para que sus hijos no sufran de lo mismo, y esto es algo que me parece verdaderamente injusto (...)” Congreso de la Nación, 2013: 71). Debería permitirse la experimentación, con la aprobación de un comité de ética, si es para evitar la transmisión a la descendencia de una afección en particular, siguiendo a Bergel (2012). Aunque ha habido casos por la negativa, como el de la sordera⁷⁰. En el Reino Unido sí se han realizado modificaciones genéticas en el embrión a fin de que el material sexual de una pareja con enfermedades mitocondriales no se transmita a su descendiente. Y la senadora citada da cuentas de la importancia de la ciencia para el avance del conocimiento, que sí se dio en el país del Norte y que se prohíbe injustificadamente en Argentina, que:

(...) va en contra de todo lo que es el avance de la genética, que es una de las ramas de la medicina que más importante va a ser a futuro, porque en el futuro las principales causas de enfermedad y de muerte del ser humano van a ser las causas externas y las causas genéticas (Congreso de la Nación, 2013: 71).

Evidentemente, si era la intención regular el tema, se ha hecho de una manera prohibitiva y desacertada. Bien pudo haberse condicionado la implementación

⁷⁰ “(...) en el caso de los sordos (...) tienen una cultura valiosa que será olvidada si se aplica de forma generalizada una única norma relativa a las capacidades humanas (...)” (NUSSBAUM, 2002: 15).

de la investigación científica al parecer de un comité de ética de la investigación, que tiene la idoneidad requerida para el caso. Bien podría permitirse la “alteración genética” si es para “la modificación genética de células de un paciente para tratar alguna enfermedad, siguiendo a García Miniet y González Fraguela (2008). La disposición recuerda al DNU del ex Presidente Menem que indiscriminadamente censuraba: “Prohíbense los experimentos de clonación relacionados con seres humanos”. Lo cual es un desacierto ya que el embrión no es un sujeto de protección jurídica porque no es persona, sino un estadio muy temprano en el desarrollo de la futura personalidad jurídica. Además, lo que está fuera de duda y genera consenso, es la prohibición de la clonación o la terapia génica con fines reproductivos o eugenésicos⁷¹; lo que el artículo no dice. Sí se permitiría la terapia génica para evitar un mal⁷², de lo que tampoco habla el Código.

La normativa internacional sobre el tema no es tan tajante como la regulación del CC. sino que contempla la posibilidad de que la genética sea usada a los

⁷¹ El Proyecto de 1998 decía en su artículo 111: “*Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de*

enfermedades genéticas”. La regulación de este tema, como un capítulo de la investigación en seres humanos debería ser materia de una ley especial, y de un futuro Código de la Salud.

⁷² “(...) si se perfeccionara la técnica, se podría aceptar la terapia génica germinal, pues sería más simple realizar una sola vez el procedimiento que tener que llevar a cabo la terapia génica somática en cada generación. Si el propósito es prevenir el sufrimiento humano y la muerte prematura (y dado que éstos son valores universales y, por tanto no requieren previo consentimiento), sería lógico actuar en beneficio de generaciones futuras. En este caso, prevalecería el principio de beneficencia por sobre el de autonomía. Además, hay enfermedades que implican el Sistema Nervioso Central, en las que una intervención temprana en el embrión sería el único medio de conseguir una terapia efectiva, ya que sería muy complicado reparar genéticamente las células nerviosas después del nacimiento” (GARCÍA MINIET-GONZÁLEZ FRAGUELA, 2008).

finde de prevenir o erradicar enfermedades. La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 establece en su art. 17 que: *“Los Estados deberán respetar y promover la práctica de la solidaridad para con los individuos, familias o poblaciones particularmente expuestos a las enfermedades o discapacidades de índole genética o afectados por éstas. Deberían fomentar, entre otras cosas, las investigaciones encaminadas a identificar, prevenir y tratar las enfermedades genéticas o aquellas en las que interviene la genética, sobre todo las enfermedades raras y las enfermedades endémicas que afectan a una parte considerable de la población mundial”*.

Prudentemente, la Declaración permite sólo la clonación terapéutica (art. 11), y sobre investigación genética señala el art. 12, b): *“La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad”*.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005 menciona la protección de las generaciones futuras: *“Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética (art. 16) y habla del acceso a los recursos genéticos:*

Se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradi-

cional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad (art. 17).

El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y la Biomedicina de 1997 habla de las “intervenciones en el genoma humano” en el mismo sentido “saludable”: *“No podrá realizarse intervención alguna en el genoma humano si no es con fines preventivos, terapéuticos o diagnósticos, y a condición de que no tenga por objeto introducir ninguna modificación en el genoma de la descendencia”* (art. 13).

La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003 establece que *“Los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos podrán ser recolectados, tratados, utilizados y conservados solamente con los fines”* (art. 5) de: “investigación médica y otras formas de investigación científica, comprendidos los estudios epidemiológicos, en especial los de genética de poblaciones, así como los estudios de carácter antropológico o arqueológico, que en lo sucesivo se designarán colectivamente como “investigaciones médicas y científicas” (pto. ii), lo cual da a entender la posibilidad de la investigación científica en genética.

Como ocurre en todos los ámbitos, no hay que demonizar ni sacralizar a la genética, como tampoco hay que tornarla omnipotente, ya que la Epigenética⁷³

⁷³ “(...) la acción de los genes, particularmente en los animales dotados de un aparato neuro-cerebral, está mediatizada, en lo que concierne al control del organismo y del comportamiento, por este aparato de carácter epigenético lo que (...) complejiza y tempera la determinación genética” “(...) no es posible ni justo que un simple dato genético, con olvido de la epigenética y de la pluralidad de factores que intervienen en el desarrollo del individuo, conduzca a un juicio terminante sobre ‘normalidad’ o ‘anormalidad’. El gen no solo interactúa con el medio, sino con otros genes (MORIN, 2006: 142). “(...) del mismo modo una ‘errata’ genética mal situada puede acarrear un desarreglo global del organismo, aunque el gen herido no determina en absoluto la regulación global del organismo” (BERGEL, 2012 52 y 143). “El gen sigue siendo hoy, como las formas de vida que analiza la biología, una simplifica-

o la influencia del fenotipo en el ser humano y los grupos también cobra relevancia. De lo contrario,

Esta postura reduccionista,

(...) centraliza (...) la totalidad de las disfunciones que pueden aquejar al individuo en una causa única y evita (...) entrar en el complejo campo de los condicionantes sociales de la salud, cuya atención implica la implementación de políticas públicas que no se quieren o no se pueden ejecutar (BERGEL, 2012: 57).

Por otra parte, parece un poco ingenua la prohibición, ya que si en la Antigüedad existía la diferencia entre el amo y el esclavo o extranjero, en la Edad Media entre el fiel o el súbdito y el señor o el religioso, y en la Edad Moderna o Contemporánea entre el proletario y el empresario, cabe preguntarse si en la Postmodernidad no existirán las diferencias entre los humanos y los superhumanos⁷⁴. La diferencia parece entonces ínsita a la especie que todavía llamamos humana⁷⁵. La solución en este sentido depende de la erradicación de las diferencias entre la medicina de ricos y pobres, siguiendo a García Miniet y

ción de la vida, que fuera de los laboratorios se vuelve cada vez más compleja y caótica” (PFEIFFER, 2008: 204).

⁷⁴ Esta situación se agravaría si la terapia que se aplica es la germinal, pues se crearía una descendencia con características beneficiosas sobre el resto de las personas, no beneficiadas con la terapia. V. GARCÍA MINIET- GONZÁLEZ FRAGUELA, 2008).

⁷⁵ Así se reconoce el avance imparable de la Genética: “los avances en la medicina y la ingeniería genética, singularmente a partir del descubrimiento de la cadena de ADN, han abierto -y abrirán cada vez más, previsiblemente, de futuro- las perspectivas de incidir, artificialmente, en la conformación genética de las personas humanas en gestación” (SAUX, 2015 299). Algunas regulaciones particulares serían oportunas. V. por ej. GALATI (2011).

González Fraguela (2008)⁷⁶. Si bien Foucault hablaba de la eterna diferencia entre lo normal y lo que no lo es, lo que también es eterno parece ser el poder económico. Este tema sí reclama una ley sobre la investigación en seres humanos, aún ausente en nuestro país, lo que indirectamente trataría la ética de la investigación científica, hoy esparcida en comités aislados. Con mala técnica legislativa, el nuevo Código vuelve sobre este tema al tratar la investigación en seres humanos en el artículo 58.

Un puente entre la genética y la investigación con seres humanos se da a propósito de los límites de la eugenesia. Es decir, el deseo de privarnos de enfermedades que tanto nos limitan, y el riesgo de querer la perfección de la raza o de la especie humana. Parece muy aceptable querer librarnos del Alzheimer, pero no parece tanto hacer alusión de lo propio con la sordera⁷⁷, el alcoholismo y luego pasar a los niños con mala disciplina. Parece un poco exagerado, pero no está de más pensar lo siguiente: “del deshacerse de la discapacidad a hacerlo con el discapacitado hay un paso y eso es lo que hay que tener bajo la lupa al momento de pensar en la aplicación de terapias génicas (...)” (PFEIFFER, 2008: 211-212).

6. Las investigaciones con seres humanos

⁷⁶ Habría un reforzamiento biológico de las distinciones de clase, ya que, con toda seguridad, el mejoramiento genético estaría sólo al alcance de los pudientes. Esta técnica podría ser usada para seleccionar ciertas características humanas y crear una clase social, con la correspondiente devaluación de otras características que no serían adecuadamente valoradas GARCÍA MINIET, y GONZÁLEZ FRAGUELA, 2008). Bergel también da cuentas de “(...) un mundo globalizado que ha acrecentado las desigualdades, creando grandes focos de pobreza por doquier” (BERGEL, 2012:47).

⁷⁷ “[...] el caso de una pareja homosexual de sordas que gestó voluntariamente un hijo sordo. Con un claro sentido eugenésico, las sordas consideraron que el mejor humano es el sordo y lo generaron” (PFEIFFER, 212).

El tema de la ética de la investigación científica está inscripto en la desconfianza hacia la voluntad del ser humano que, en este caso, investiga. En sus primeros momentos, no se dejó librado a los médicos el establecimiento de la deontología profesional. Tanto en la clínica como en la investigación, hay comités que evalúan el accionar de los médicos. La ley (alemana por ejemplo) o el precedente (estadounidense por ejemplo) fueron insuficientes para proteger al sujeto de la investigación⁷⁸. Los hechos históricos que todos conocemos, y que en parte aquí rememoraremos, no hacen sino recordarnos dicha desconfianza a la voluntad⁷⁹.

La ética plantea también una contradicción y es una ocasión para la hipocresía.

El examen crítico descubre una contradicción flagrante en la obligación de renunciar por principio a nuestro propio interés para servir al interés de los demás. Si lo bueno es el desinterés, ¿por qué el prójimo se interesa tanto en que yo sea realmente desinteresado? ¿No estaré sirviendo al egoísmo ajeno al intentar cumplir con mi más alta y renunciativa virtud?

No es cierto entonces que la ética se base en el respeto a los demás, se basa también en el respeto a nosotros mismos.

Contemplar una solución a este problema nos indica que la clave no puede estar entonces en la mera racionalización de la cuestión o, mejor dicho, la aceptación de la razón que otros elaboran, sino en la necesaria voluntad que

⁷⁸ Lo que nos llama a mantener siempre viva la llama de la justicia, como un elemento indispensable del Derecho. Sobre el trialismo p. v. GALATI (2012). Sobre el cambio de paradigma que implica el fortalecimiento del sujeto de la clínica v. GALATI (2011). Ya no será el médico el único juzgador de la bondad de su accionar, tanto en la clínica como en la investigación.

⁷⁹ V. SAVATER (1992).

implica la conmoción ante el dolor del otro, y la aceptación del protagonismo de nuestra voluntad en la valoración, que se puede plasmar en el acuerdo que surge día a día en los comités. ¿Quién hubiera pensado que los comités⁸⁰ podrían ser la herramienta para volver a confiar en la voluntad? Allí la solución no está dicha de antemano, sino que se construye con el acuerdo de todos.

La investigación en seres humanos⁸¹ (art. 58 del CCYCN)⁸² debió formar parte de una legislación especial, por la importancia que tiene el tema, y el impacto en la salud colectiva y en las generaciones futuras. Como se dice sobre Hobbes, no solo creía que la ciencia era poder, como lo pensaba Bacon, sino que la ciencia sirve únicamente al poder, lo cual no es desacertado, salvo que se subestime la capacidad corruptora del poder (citado por Rodríguez Feo (1992). Además, se tiende a abusar del poder, salvo que se lo emplee para causas jus-

⁸⁰ Sobre los comités de ética hospitalarios p. v. GALATI (2015).

⁸¹ Sobre el tema p. v. MARTÍNEZ (2003) (2005) (2010) (2012). Acerca de una historia de la ética de la investigación científica p. v. TEALDI (2008).

⁸² Art. 58 del CCYCN: “*La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos: a. describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación; b. ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas; c. contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación; d. contar con la autorización previa del organismo público correspondiente; e. estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga; f. contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g. no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h. resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal; i. asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida; j. asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos*”.

tas. Esto no tiene que ver con las relaciones civiles y mucho menos con las comerciales. La investigación no es un tema privado, es decir, del Derecho Privado, ni tampoco exclusivamente del Derecho Público⁸³, porque a la ciencia la hacen, en interacción, las personas, las instituciones y el Estado. No trata con mercancías, sino con personas, con la salud de las personas⁸⁴. De ahí que sea auspicioso que se ocupe de ella el Derecho de la Salud, cuya especial exigencia de justicia es la protección del paciente⁸⁵, mientras que el Derecho de la Ciencia, apunta a la protección del investigador⁸⁶, dos especiales débiles jurídicos. Sí es auspicioso que por primera vez una ley regule las investigaciones en seres humanos⁸⁷, porque hasta el momento solo contábamos con la resolución 1490/2007 del Ministerio de Salud de la Nación sobre “buenas prácticas de investigación clínica en seres humanos” y la resolución 1480/2011 sobre “guía para investigaciones en salud humana”. Puede ensayarse que la tibieza nacional en la regulación se deba a que en el fondo se trata la salud de una competencia provincial⁸⁸, ya que no se haya delegada en forma expresa al go-

⁸³ Dijo el juez del caso “Glaxo”: “(...) la salud pública excede lo individual por cuanto conforma un derecho colectivo, de todos los habitantes del planeta. Es un derecho humano de medular importancia que resulta primordial proteger (...)”.

⁸⁴ Esta idea no queda allí sino que puede tomar cuerpo ante problemas como el financiamiento. “Concernant le tabac, les historiens travaillent beaucoup plus souvent pour la défense (l'industrie du tabac) que pour l'accusation (les victimes atteintes de cancers du poumon). Ce qui s'explique par l'importance des moyens financiers dont dispose l'industrie” GIREL (2014). “En el tabaco, los historiadores trabajan mucho más seguido por la defensa (industria del tabaco) que por la acusación (las víctimas afectadas de cáncer de pulmón). Lo que se explica por la importancia de los medios financieros de los que dispone la industria” (trad. del autor).

⁸⁵ V. CIURO CALDANI (2004/5). V. tb. GALATI (2011).

⁸⁶ V. CIURO CALDANI (1992). V. tb. GALATI (2014).

⁸⁷ “La norma no cuenta con precedentes directos en los proyectos de reforma previos al Código (...)” (SAUX, 2015: 306). “(...) ninguno de los ocho proyectos anteriores de reformas del CC. argentino había incorporado reglas sobre este asunto” (LAMM 2015:142).

⁸⁸ En contra: “(...) con esta legislación sobre investigación con seres humanos, queda en claro que pertenece a la órbita nacional” (LAMM 2015: 143).

bierno federal, según el art. 121 de la CN⁸⁹. No está de más rescatar esto ya que el federalismo es una suerte de agrupamiento acordado, es decir, no se está ante una forma política en donde las decisiones son tomadas por una cabeza en soledad, sino que hay varias unidades, lo que implica que la ciencia se maneje de manera ejemplar, espontánea, y los cambios se seguirán por imitación, si los criterios o pautas son dignos de ser repetidos, y no porque verticalmente se bajen como líneas a obedecer. Lo cual no impide la coordinación y trabajo en red entre los participantes.

Si bien es acertado que los proyectos de investigación médica estén controlados por un comité de ética de la investigación científica, debió especificarse que el mismo tendría que estar autorizado a funcionar por algún organismo oficial, como una Universidad⁹⁰ o el Estado. También debió asegurarse que la no participación de una persona en un proyecto de investigación no implica la pérdida del tratamiento clínico que se le venga suministrando. Pudo regularse también lo relativo al uso compasivo de los medicamentos, que es tal cuando no existe un tratamiento científico indicado o no es efectiva la terapéutica convencional, y la persona se encuentra en estado terminal (sida, cáncer, demencia, epilepsia)⁹¹. Punto que fue tratado en la Declaración de Helsinki en el numeral 37. Lo que fundamenta aún más la necesidad de la ley especial y por qué no un futuro Código de la Salud⁹².

Comparando el CC. con la Declaración de Helsinki 2013, se ven las siguientes relaciones:

⁸⁹ “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Sobre el tema p. v. GARAY (2008).

⁹⁰ En el caso de las universidades privadas debería agregarse el control público.

⁹¹ La disposición 840/95 continúa con la explicitación de los requisitos que debe cumplir el medicamento o terapia en cuestión. Sobre el tema p. v. CARDOSO- CANTAFIO (2010). CIRUZZI (2011).

⁹² En Francia existe el “Code de la Santé Publique”, con la última modificación del 5.9.2015. V. <http://legifrance.gouv.fr/> (16.9.2015).

Tema Código Civil (2014)	Declaración de Helsinki (2013)
Un proyecto de investigación científica descrito en un protocolo ⁹³	Art. 58, a) “Describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación”
La calificación necesaria de los investigadores ⁹⁴ .	Art. 58, b) “Ser realizada por per-
	Pto. 22. Agrega la necesidad de bibliografía científica, fases previas con animales, mencionar afiliaciones, patrocinadores, posibles conflictos de interés, incentivos, compensaciones para los sujetos. Pto. 12. “La investigación médi-

⁹³ Para describir la finalidad de los investigadores y la utilidad práctica del proyecto. V. PFEIFFER (2008). Es “(...) la herramienta fundamental para que el investigador organice sus actividades en forma lógica y efectiva”. “Dentro de ese contexto también debemos estar informados respecto de lo conocido acerca del problema, qué posiciones existen en cuanto al mismo, y estudios previos sobre la temática. En torno de estas cuestiones se comienza a ‘construir’ un documento que finalmente llegará a ser el protocolo de estudio”.

Escribir es pensar dos veces: primero cuando se tiene la idea, y luego cuando se la refleja en un papel. De esta forma, redactado el proyecto, “una vez formulado el plan, la recomendación a tener en cuenta es analizar si lo que hemos escrito servirá para contestar la pregunta en el contexto de algo factible de implementar con un nivel de error aceptable” (BOTTASSO 2013: 1-4).

⁹⁴ “Es muy recomendable que el investigador sea una persona ilustrada puesto que ello acarrea no pocas ventajas. Por un lado permite sopesar y combinar ideas preexistentes para proveer una nueva interpretación de los fenómenos”. Como el dicho señala: el diablo más sabe por viejo que por diablo. En otras palabras, las cosas no hablan, no se descubren, es el investigador el que las hace hablar. De allí que el indicado es fundamental. “La ciencia abunda en ejemplos donde la consideración de ideas ajenas a la disciplina en cuestión o a la misma ciencia provee de formas innovadoras de concepción del problema en cuestión. Nadie desconoce, por otro lado, que un hecho paradójico es un estímulo poderoso para la imaginación científica”. (BOTTASSO 2013: 5). Piénsese en el caso de la teoría de la deriva de los continentes. “(...) el meteorólogo Alfred Wegener, mirando ingenuamente el mapa del Atlántico Sur, había notado que la faz oeste del África y la costa este de Brasil se ajustaban la una a la otra” (MORIN, 2007: 38). Por ello es tan importante que haya Filosofía en todas las carreras:

	sonas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas”.	ca en seres humanos debe ser llevada a cabo sólo por personas con la educación, formación y calificaciones científicas y éticas apropiadas. La investigación en pacientes o voluntarios sanos necesita la supervisión de un médico u otro profesional de la salud competente y calificado apropiadamente”.
La aprobación del comité de ética apropiado ⁹⁵	Art. 58, c) “Contar con la aproba-	Pto. 23, primer párrafo. Agrega la transparencia

ese poder de reflexión e interrogación sobre los grandes problemas del conocimiento y la condición humana, de acuerdo a MORIN (2002). Además, permite una actitud personal que quiebra supuestos. Todos los grandes filósofos siempre contradijeron sus tradiciones.

⁹⁵ Los tiempos han cambiado tanto y la necesidad de la complementariedad entre especialidad y globalidad es tan fuerte, que parecería difícil sostener hoy lo que dijo la Corte en el caso “Baricalla de Cisilotto, Ma. del Carmen c. Nación Argentina s. acción de amparo”, del 27.1.1987: “(...) no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias” (consid. 4). En primer lugar porque los jueces tienen, por el Código Civil actual, más atribuciones, a pesar de que se niegue formalmente valor a la “jurisprudencia”, y porque el antiguo poder de la Administración Pública, el PE, hoy tiene que ser compartido con los comités de bioética.

La existencia de un comité de ética de la investigación científica da por supuesto el hecho de que los valores no son objetivos, ni absolutos, ni revelados, ni dados, ni esencias, ni autorizados, ni cosa por el estilo, sino que devienen (no son), y son discutidos por seres humanos, que llegan a acuerdos sobre lo que son. Los valores son complejos. “Hay que colocarse a igual distancia del objetivismo absolutista (e ingenuo) que del subjetivismo relativista” (FERRER, 2003: 35). Sin descuidar la realidad, ni la utopía a la que todos aspiramos, prefiriéndose que haya libertad o igualdad allí en donde ellas falten. “La ética moderna pasó así a tener como característica principal el proceso de argumentación acaecido en espacios públicos de discusión, en oposición al proceso reflexivo individual basado en valores religiosos,

	<p>ción previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investiga-</p>	<p>e independencia ⁹⁶ del comité.</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------

metafísicos o culturales, que eran las características de las éticas tradicionales” (FORTES LORENZO, 2008: 364). Hasta 1973 la homosexualidad era una enfermedad y aún hoy el transexualismo y el travestismo son catalogados por el DSM V (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría) como “disforia de género”. V. GALATI, “Una mirada compleja de la medicalización y juridización de la salud en relación a la transexualidad”, inédito. Hace poco se conoció una resolución del Ministerio de Salud por la cual los homosexuales pueden volver a donar sangre, cuando nunca debieron ser prohibidos, ya que se basaba la prohibición en un prejuicio. La res. 865/2006 señalaba que estaban inhabilitados como donantes de sangre quienes hayan tenido “relaciones sexuales de hombre con otro hombre”. “El SIDA (...) es un caso (...) en donde se conjugan (...) entes naturales (proteínas, virus, estructuras y mecanismos inmunológicos); relaciones sociales y situaciones de poder (marginación, represión, liberación) y configuraciones discursivas, es decir, las construcciones (...) [en las cuales] se construye una realidad simbólica (‘sidoso’, ‘peste rosa’, ‘marginal’, etc.)” (SAMAJA, 2004: 35). “El principal medio preventivo, y por ahora el único, es el comportamiento responsable (...)” (BERLINGUER, 1996: 56). Lo cual no tiene que ver con la Biología ni con la terapéutica.

En efecto, “(...) lo que puede poner en riesgo la vida de las personas actuales y futuras es algo que debe ser controlado por la comunidad y por el Estado que la representa” (PFEIFFER, 2008: 225). “La superación de criterios utilitaristas que subordinan los derechos individuales a un supuesto bienestar universal definido por expertos, se manifiesta en este marco de lucha inacabada por los derechos humanos” (GONORAZKY, 2008: 113). Así se ha visto que tanto la democracia como la aristocracia (científica) pueden equivocarse.

En cuanto a la composición del comité, la resolución 1480/2011 del Min. de Salud establece: “Entre sus miembros debe haber profesionales de la salud y expertos en metodología, en ética de la investigación y en derechos de participantes, además de personas legas en ciencias pero capacitadas para considerar una gama de valores comunitarios, culturales y morales. Los miembros deben renovarse periódicamente con el fin

de conjugar las ventajas de la experiencia con las de las nuevas perspectivas. Para mantenerse independientes de los investigadores, los CEI deberán evitar que todo miembro que tenga un interés directo en un proyecto participe en la evaluación y la decisión acerca del mismo”.

A pesar que la ley de comités hospitalarios de bioética n°24742 diga que se trata de comités que supervisan la investigación (art. 1), se trata de una norma referida a los comités hospitalarios, y por ende, los comités de ética de la investigación tienen dictámenes vinculantes, a diferencia de los hospitalarios (art. 4).

En cuanto a indicadores externos de calidad de los comités, puede decirse que “(...) el acatamiento a las regulaciones, la acreditación, la composición y el conocimiento de sus miembros, la socialización de la información y las prácticas (...) aseguran su calidad interna (...)” (GONORAZKY, 2008: 115).

⁹⁶ “(...) el sorteo de los CEI para impedir su elección por parte de los patrocinadores y/o investigadores y cualquier tipo de vínculo económico con ellos, es decir, el contrato directo de servicios por parte de los patrocinadores al CEI” (GONORAZKY, 2008: 117).

	ción”.	
Aprobación del organismo público correspondiente ⁹⁷ .	Art. 58, d) “Contar con la autorización previa del organismo público correspondiente”.	No regula.
Facultad del comité de seguimiento ⁹⁸ y evaluación.	No regula.	Pto. 23, segundo párrafo. El Comité tiene el derecho de controlar los ensayos en curso. El investigador tiene la obligación de proporcionar información del control al comité, en especial sobre todo incidente adverso grave. No se debe hacer ninguna enmienda en el protocolo sin la consideración y aprobación del comité.

⁹⁷ Ya que puede ser obligado en caso de responsabilidad civil, por su deber de seguridad. V. LEGAULT-PATENAUDE- PARENT (2009). Se trata de la “[...] autoridad pública del control de la salud [...]” (SAUX, 2015 304).

⁹⁸ Sobre todo ante algunos estudios que habilitan la suspensión de la investigación sin dar explicaciones o por problemas administrativos. V. GONORAZKY (2008). Además, “en los estudios de cohorte la falta de seguimiento de los participantes es una fuente de error sistemático la cual puede plantear serias dificultades” (BOTTASSO 2013: 31). En el caso “Glaxo” “[...] se advirtió una falta de seguimiento y registro adecuado de los eventos adversos ocurridos durante el estudio que permitiera descartar la seriedad de los mismos en [...] [ciertos] sujetos [...]” (consid. 13).

		<p>Después que termine el estudio, los investigadores deben presentar un informe final al comité con un resumen de los resultados y conclusiones del estudio.</p> <p>Pto. 22, tercer párrafo.</p> <p>En los ensayos clínicos, el protocolo también debe describir los arreglos apropiados para las estipulaciones después del ensayo.</p>
Relación entre riesgos ⁹⁹ y beneficios.	Art. 58, e) y g) “Estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investi-	Ptos. 16 a 18. Debe haber medidas para la reducción de los riesgos, que deben ser monitoreados, evaluados y documentados, y una evaluación continua con probable suspensión si los riesgos son mayores

⁹⁹ Entre los riesgos hay que tener en cuenta que la ley 25.326 de protección de datos personales menciona como datos sensibles los derivados de: 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. 2). Lo que implica que el sujeto debe ser advertido de dicha calidad, a los fines de conocer su derecho a negarse a suministrarlos.

	gación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga”. “No implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación”.	que los beneficios.
Consentimiento informado ¹⁰⁰	Art. 58, f) “Contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en térmi-	Ptos. 14 y 25 a 32. Incluye la consulta a los familiares o líderes de la comunidad. Prohíbe las represalias en caso de no participación. Contempla la relación del paciente con el médico,

¹⁰⁰ Para lograr una mayor conscientización del sujeto involucrado en el experimento al que se le propone participar hay quienes hablan de un “consentimiento educado” en lugar de meramente informado, a los fines de la preparación para la toma de la decisión. V. ALERM GONZÁLEZ (2008).

El consentimiento debe ser logrado aún en investigaciones cualitativas, en donde el sujeto de investigación es visto no como tal sino como informante, pero que puede padecer perjuicios derivados de la investigación; tal el caso de un estudio sobre violencia sexual, en donde se colectaba la información durante una entrevista en profundidad, que puede involucrar daño psicológico hacia aquellas que vivieron la experiencia traumática. V. SCHOPPER (2009). Algunas faltas relatadas sobre el consentimiento informado son: información incompleta sobre objetivos, riesgos, efectos adversos, y visitas planeadas a los hogares; información muy detallada y complicada; formulación sesgada del texto para inducir a una respuesta positiva; sobreestimación del beneficio para los participantes y la comunidad; falta de procedimientos para asegurarse de que la información dada fue entendida.

	<p>nos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable”,</p> <p>En el caso de los niños, rige el art. 26. Parece que como un proyecto de investigación científica debe garantizar que los beneficios superan los riesgos, no implicaría una investigación una actividad riesgosa, por lo cual solo se requeriría el consentimiento del niño.</p> <p>“Las investigaciones que utilizan niños son necesarias porque hay problemas específicos de la infancia”. Como se trata de un grupo vulnerable, “[...] solo pueden ser</p>	<p>a fin de no sufrir violencia moral, en cuyo caso debe ser pedido por otra persona. Se incluye el consentimiento y asentimiento referidos a personas incapaces, y el desacuerdo del incapaz debe ser respetado. Se regula el consentimiento provisorio, que es el permiso que da un comité para investigar pacientes inconscientes y no se cuenta con el representante, a pesar de lo cual debe procurarse a la brevedad. Los datos también requieren permiso y en caso de no hallarse los titulares, basta con la autorización del comité.</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	realizadas cuando no fuera posible hacerlas en adultos y cuando los beneficien directamente ¹⁰¹ ”.	
Patrocinadores, afiliaciones, fuentes de financiamiento ¹⁰² , conflictos de interés ¹⁰³ .	No regula.	Pto. 22. “El proyecto y el método de todo estudio en seres humanos deben

¹⁰¹ Tanto Pasteur contra la rabia, como Sabin contra la poliomielitis, utilizaron niños para experimentar [...] los niños involucrados en experimentos deben representar una fracción poblacional de todos sus segmentos, y no debe haber prevalencia de niños de grupos socioeconómicos, raciales o étnicos, cuando ese tipo de selección no sea necesario para la experimentación (...) Hay que poner especial atención en este colectivo porque “(...) en poblaciones privadas de derechos, el acuerdo en someter a sus hijos a ensayos clínicos frecuentemente está motivado por la búsqueda de atención médica y por la falta de entendimiento pleno de lo que sea investigación” (MOTA, 2008: 361). De ahí que haya que hacer hincapié en la sencillez de la explicación de la diferencia entre clínica e investigación, a fin de no someter la primera a la segunda, lo que redundaría en la revocabilidad del consentimiento.

¹⁰² “Los estudios biomédicos, cada vez con mayor frecuencia, reciben financiamiento de empresas comerciales. Estos patrocinadores tienen buenas razones para apoyar métodos de investigación que son ética y científicamente aceptables, pero ha habido casos en los que las condiciones de financiamiento pudieron haber introducido sesgos. Puede suceder que los investigadores tengan poca o ninguna incidencia en el diseño de los ensayos, acceso limitado a los datos brutos, o limitada participación en la interpretación de datos, o que los resultados de un ensayo clínico no puedan ser publicados si no son favorables para el producto del patrocinador. El riesgo de sesgo puede, además, asociarse con otras fuentes de apoyo, como el gobierno o fundaciones. Como personas directamente responsables de su trabajo, los investigadores no debieran realizar acuerdos que interfieran indebidamente en su acceso a los datos o en su capacidad para analizar los datos de manera independiente, preparar manuscritos o publicarlos”. Pauta 2. Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS), en colab. con la OMS (2002).

Una investigación financiada por una tabacalera sería poco creíble. “La cigarette est l'invention la plus dangereuse de l'histoire de la civilisation. Elle devrait être interdite, non seulement à cause de sa nocivité, mais parce qu'elle est inutilement et exagérément dangereuse. Elle est bien plus létale que nécessaire: c'est un objet qui tue [...]” (GIREL 2014). “El cigarrillo es el invento más peligroso de la historia de la civilización. Debería ser prohibido, no solamente a causa de su nocividad, sino porque es inútil y exageradamente peligroso” (trad. del autor). “Au moins 25 Prix Nobel ont perçu des sommes d'argent des fabricants, et reçu

		describirse claramente y ser justificados en un protocolo de investigación. El protocolo debe hacer referencia siempre a las consideraciones éticas que fueran del caso y debe indicar có-
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

des bourses du célèbre Conseil Américain de la Recherche sur le Tabac (CTR), le principal organe responsable de la recherche menée par l'industrie pour servir d'écran de fumée". "Al menos 25 premios nobeles percibieron sumas de dinero de los fabricantes y recibieron becas del famoso Consejo Americano de la Investigación sobre el Tabaco, el principal órgano responsable de la investigación organizado por la industria para servir de pantalla de humo" (trad. del autor). "[...] la dépendance à la nicotine est aussi forte que celle à l'héroïne ou à la cocaïne. [...] L'industrie a réussi à nous faire croire que fumer était une forme de liberté, alors qu'il s'agit en réalité d'une forme d'esclavage". Id. "[...] la dependencia a la nicotina es tan fuerte como la de la heroína o la cocaína. [...] La industria triunfó en hacernos creer que fumar era una forma de libertad, mientras que se trata en realidad de una forma de esclavitud" (trad. del autor). El entrevistado es autor del libro "Golden Holocaust. La conspiration des industriels du tabac", trad. por Johan Frédéric Hel Guedj, Paris, Editions des Equateurs, 2014.

¹⁰³ Por un lado, en el comercio, los productores tratan de inducir a los consumidores a comprar, prescindiendo de sus intereses, y por otro lado, el médico aconseja siguiendo los intereses del paciente. BERLINGUER, (1996). "Los médicos seducidos mediante invitaciones a eventos y regalos, pueden ser proclives a recetar medicamentos o a emplear equipos de determinadas marcas a pesar de la disponibilidad de otros más baratos e igualmente eficaces" (MARTÍNEZ, 2010: 8). Hay una manera de prometer fidelidad al paciente. Al famoso juramento hipocrático habría que agregar este: "I, ____, am committed to practicing medicine in the best interest of my patients and on the basis of the best available evidence, rather than on the basis of advertising or promotion. I therefore pledge to accept no money, gifts, or hospitality from the pharmaceutical industry; to seek unbiased sources of information and not rely on information disseminated by drug companies; and to avoid conflicts of interest in my practice, teaching, and/or research". V. <http://www.nofreelunch.org/pledge.htm> (20.9.2015). "Yo, ____, estoy comprometido a practicar la medicina en el mejor interés de mis pacientes y sobre la base de la mejor evidencia disponible, en lugar de sobre la base de la publicidad o promoción. Por lo tanto, me comprometo a no aceptar dinero, regalos o la hospitalidad de la industria farmacéutica; buscar fuentes imparciales de información y que no se basen en la información difundida por las compañías farmacéuticas; y evitar conflictos de intereses en mi práctica, la enseñanza y/o investigación". (Trad. del autor). (D'ARCY, Emma, y MOYNIHAN, 2009: 1).

		<p>mo se han considerado los principios enunciados en esta Declaración. El protocolo debe incluir información sobre financiamiento, patrocinadores, afiliaciones institucionales, posibles conflictos de interés e incentivos para las personas del estudio y la información sobre las estipulaciones para tratar o compensar a las personas que han sufrido daños como consecuencia de su participación en la investigación. En los ensayos clínicos, el protocolo también debe describir los arreglos apropiados para las estipulaciones después del ensayo.</p>
Uso del placebo ¹⁰⁴ .	No regula.	Pto. 33. El principio es

¹⁰⁴ “En 1954, para probar la eficacia de la vacuna Salk, 200.745 niños norteamericanos recibieron tres dosis de esa vacuna y otros 201.229 niños recibieron tres inyecciones de pla-

		la comparación con la mejor intervención probada ¹⁰⁵ , con excepciones: cuando no existe, por razones metodológicas. Se interpretarán restrictivamente las excepciones.
Intimidad y confidencialidad de la información personal ¹⁰⁶ .	Art. 58, h) “Resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal”.	Pto. 24. “Deben tomarse toda clase de precauciones para resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal”.
Gratuidad ¹⁰⁷ y atención médica.	Art. 58, i) “Asegurar que la parti-	Pto. 14, 15. Incluye compensaciones eco-

cebo, sin que sus padres lo supieran –pensaban que ellos estaban recibiendo la vacuna [...]” (MOTA, 2008: 361).

¹⁰⁵ “[...] probar nuevos productos contra otros existentes requiere más tiempo y dinero que demostrar su eficacia contra placebos” (MARTÍNEZ, 2010: 39). Por ello es tan resistido el placebo por la industria farmacéutica.

¹⁰⁶ “[...] brindar información sobre una persona otorga un importante instrumento de control sobre ella [...] existe el riesgo de que los datos obtenidos sean usados para otra cosa que no sea el mero beneficio del paciente [...] La privacidad exige que los datos resultantes de cualquier tipo de test no puedan ser revelados más que al paciente” (PFEIFFER, 2008: 222). La Universidad Nacional de Rosario tiene la resolución 337/2015 sobre “Ética en el tratamiento de datos en la investigación científica”. V. <http://www.unr.edu.ar/noticia/9379/etica-en-el-tratamiento-de-datos-en-la-investigacion-cientifica> (25.9.2015).

	<p>cipación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida”.</p>	nómicas ¹⁰⁸ .
Grupos y personas vul-	No regula. El art. 59	Ptos. 19 y 20. Se requie-

¹⁰⁷ Esto recuerda el comunicado que el 25.1.2012 emitió el Ministerio de Ciencia a instancias de la Comisión Asesora en Terapias Celulares y Medicina Regenerativa, a raíz de la euforia desatada por los tratamientos con células madre. Expresó que: “Hasta el momento, hay dos tratamientos con células madre que resultan terapéuticamente eficaces y sin riesgos secundarios: el trasplante alogénico de células madre de médula ósea, sangre periférica y cordón umbilical; y el autotrasplante de células madre de médula ósea y sangre periférica para tratar enfermedades curables a partir de protocolos aceptados. Fuera de estos tratamientos, no existe evidencia clínica reproducible y contundente, ni tratamientos establecidos a nivel nacional e internacional, que hayan demostrado la eficacia del autotrasplante de células madre de médula ósea o cordón umbilical para mejorar o curar enfermedades altamente discapacitantes”. Interesa en este punto que se trata de una eficacia no comprobada y mucho menos onerosa. “Desde hace algunos años, comenzaron a aparecer instituciones médicas privadas que ofrecen tratamientos de autotrasplante de células madre para tratar enfermedades como: las parálisis por lesiones cerebrales o de la médula espinal, las neurodegenerativas como la enfermedad de Parkinson o trastornos metabólicos como la diabetes. En algunos casos se trata de procedimientos experimentales que deben demostrar su eficacia y seguridad en seres humanos, por lo que deben contar con un protocolo aprobado y sin costo para el paciente, quien debe ser informado del carácter experimental del tratamiento. En ocasiones los procedimientos son presentados a los potenciales pacientes y sus familiares con promesas improbables de curación y mejora de las enfermedades, a pesar de la evidencia que señala que muchas de las prácticas ofrecidas no poseen efectos terapéuticos comprobados ni siquiera en modelos animales”.

¹⁰⁸ Es decir, “[...] indemnización integral por daños que surjan como consecuencia de su participación en el estudio de investigación [...]”. Y no meramente cubrir los costos del tratamiento. Todo según “[...] la teoría del riesgo, que genera el deber de reparar de manera integral los daños ocasionados como consecuencia de actividades que exigen obligaciones tácitas de seguridad, de esencia objetiva [...]” (GONORAZKY, 2008: 115-116).

nerables ¹⁰⁹ .	tiene un apartado que se	re una protección espe-
---------------------------	--------------------------	-------------------------

¹⁰⁹ Recuérdese el asunto Tuskegee. “Esta investigación comenzó en 1932, y su objetivo era analizar el curso natural de la sífilis por medio del seguimiento de 400 varones negros en Alabama. En este estudio no se intentó ofrecer una posibilidad terapéutica a los probandos, aunque la penicilina había sido descubierta en 1950. En 1972 el periódico ‘The New York Times’ publicó un artículo que informaba de estos hechos, lo cual dio origen al escándalo y a la suspensión del proyecto. La alarma pública creada en los EE.UU. especialmente sensible a la segregación racial y a los derechos individuales, llevó al presidente de ese país a encargar al Congreso de la Nación, la creación de la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica (1974), la cual dio origen al Informe Belmont (1978)” (GAUDLITZ, 2008: 139).

En efecto, “las autoridades de salud del país anfitrión y el comité de evaluación ética nacional o local debieran garantizar que la investigación propuesta corresponda a las necesidades y prioridades de salud del país anfitrión y que cumpla con los estándares éticos necesarios”. Pauta 3. CIOMS, op. cit. Recuérdense “[...] las investigaciones no éticas en la transmisión vertical de VIH-sida en países pobres [...]” (TEALDI, 2008: 350). “[...] en la investigación se utilizaron dosis reducidas de AZT, y tiempos igualmente reducidos de tratamiento en comparación a los establecidos en el protocolo ACTG-076. Y hubo nueve estudios patrocinados por los NIH, entre ellos uno en Tailandia, en el cual se probó el AZT versus placebo. La justificación fue que igualmente la población en estudio no tenía acceso al medicamento”. “Esa asociación de intereses gubernamentales, académicos y comerciales explica también que las investigaciones no éticas sobre la transmisión vertical del sida realizadas en 17 mil mujeres de República Dominicana, países africanos y Tailandia, denunciadas por Lurie y Wolfe en 1997, fueran patrocinadas por el Departamento de Salud de Estados Unidos, los Institutos Nacionales de Salud, el Centro de Control de Enfermedades de Atlanta y la Universidad de Harvard” (RODRÍGUEZ FUNES, 2012:351-359).

En el caso “Glaxosmithkline Argentina SA. – Abate, Héctor – Tregnaghi, Miguel s. infracción ley 16463”, fallado por el Juzgado en lo Penal Económico n°2 el 28.12.201, en uno de los sujetos observados, el consentimiento fue otorgado por la abuela analfabeta; en otro caso se vacunó a un sujeto cuya madre se habría negado a participar del estudio; hubo inadecuada documentación de filiación de los sujetos; firma de la abuela, siendo que el padre del menor es mayor de edad; firma el padre menor de edad, encontrándose en trámite tanto el DNI del padre como el de la madre; inadecuada documentación de tutela legal según lo establecido por el Código Civil; incorporación al estudio del sujeto cuya madre, quien otorga el CI, tiene antecedentes de psicosis, sin evaluar su capacidad al momento del ingreso al estudio, sino meses después. Si bien parecen infracciones menores el Juzgado señaló: “[...] aun cuando se halle maculado de irregularidades formales, las mismas adquieren relevancia, en la medida en que pueden terminar con directa incidencia en los seres humanos: la repercusión en la salud de los mismos no puede ser apreciada sólo en función de efectos inmediatos, puesto que es sabido que determinadas secuelas, sólo son pasibles de ser corroboradas en un futuro [...]”.

	refiere a los discapacitados ¹¹⁰ , que no pueden ser sometidos a investigaciones sin su consentimiento libre e informado, garantizándoseles los apoyos. En cuanto a los niños de 13 a 16 años, en tanto la investigación no significa un tratamiento invasivo o el sufrimiento de un riesgo grave, pueden consentir si lo desean (art. 26).	cífica. Se justifica la investigación si responde a un problema del grupo y no pudo tomarse otro no vulnerable, a la vez que se beneficiará de la investigación.
Acceso a los beneficios de la investigación ¹¹¹ .	Art. 58, j)	Pto. 34. “Antes del ensayo clíni-

¹¹⁰ “De 1956 a 1970, Krugman y colaboradores, en sus experimentos en la Willowbrook State School, una escuela para niños con retardo mental en Staten Island, New York, contaminaron intencionalmente miles de ellos con el virus de la hepatitis infecciosa”. MOTA, op. cit., pág. 361.

¹¹¹ Hay que cuidarse de que las personas poderosas no se aprovechen de la pobreza, debilidad o dependencia de los otros, usándolos para alcanzar sus propias metas, sin beneficios o compensaciones para aquellos. TEALDI (2008). “[...] medicamentos que, de haber demostrado utilidad, deberían continuar siendo administrados al paciente concluido el ensayo de acuerdo al criterio médico”. GONORAZKY, op. cit., pág. 116.

En referencia a los “beneficios” no deben ser confundidos con las obligaciones de los profesionales, ya que la atención médica, análisis u otros exámenes son obligaciones de los médicos, no beneficios, y por los exámenes obtienen información. Cfr. tb. TEALDI, 2008: 401. Por ello hay que cuidar que esto no signifique una inducción a que pacientes sin tratamientos participen en estas investigaciones. Íd. Y si fuera así, se trata de un grupo vulnerable, lo que especifica la protección.

Como se confirma en el caso “Buñés, Valeria c. Obra Social Unión Personal s. amparo” (CSJN, 19.5.2010) es necesario que la terapia que se reclama esté aprobada por las autoridades sanitarias del país o de otros países, o que integre el Programa Médico Obligatorio. En

		co, los auspiciadores, investigadores y los gobiernos de los países anfitriones deben prever el acceso <i>post</i> ensayo a todos los participantes que todavía necesitan una intervención que ha sido identificada como beneficiosa en el ensayo. Esta información también se debe proporcionar a los participantes durante el proceso del consentimiento informado”.
Reducción de los daños al ambiente.	No regula.	Pto. 11. “La investigación médica debe realizarse de manera que reduzca al mínimo el posible daño

aquel caso, en donde se reclamaba una vacuna T-linfocitaria para la esclerosis múltiple, no había siquiera protocolos en curso de aprobación. Se señala también que había alternativas terapéuticas. Habla de la gratuidad de los procedimientos, para evitar lucrar y perjudicar a los pacientes. No se había probado la superación de la fase II (en animales). La resolución 840/1995 de ANMAT exige: “Debe al menos haber completado la fase II de investigación, para la enfermedad o síntoma que se indica, no considerándose estudios realizados para otras indicaciones”. También se pide que: “[...] la droga ha sido previamente autorizada por la autoridad sanitaria de un país extranjero”.

		al ambiente”.
Publicación de los resultados ¹¹²	No regula.	Ptos. 35 y 36. La base de datos debe ser pública, y se deben publicar los datos inconclusos, negativos y positivos ¹¹³ ; y citar las fuentes de financiamiento, afiliaciones y conflictos de interés ¹¹⁴ .
Uso compasivo de medicamentos.	No regula.	Pto. 37. Si no hay intervenciones probadas, o las probadas no dan resultados, con consejo de experto y consentimiento del paciente o representante puede probarse

¹¹² “La transparencia no hace ética a la conducta, pero permite el juicio de la comunidad sobre ella [...]” (PFEIFFER, 2008: 225). “Se recomienda enfáticamente la publicación de los resultados, tanto positivos como negativos, de las investigaciones, para facilitar su transparencia y para evitar que se repitan estudios ya realizados y se someta a nuevos participantes a un riesgo innecesario” (Pto. A8, res. 1480/2011).

¹¹³ “[...] sólo se publican algunos resultados, y bajo el argumento de evitar el espionaje entre empresas, hay un ocultamiento de lo que se experimenta” (PFEIFFER, 2008: 216).

“La saisie de millions de documents confidentiels a permis de révéler ces manipulations et de démontrer que la ‘fabrication d'ignorance’ était un élément essentiel de la campagne de désinformation et d'intoxication menée par l'industrie du tabac [...]”. “La incautación de millones de documentos confidenciales permitió revelar estas manipulaciones y demostrar que la ‘fabricación de la ignorancia’ era un elemento esencial de la campaña de desinformación y de intoxicación llevada a cabo por la industria del tabaco [...]” (trad. del autor) (GIREL, 2014).

¹¹⁴ “[...] los aspectos comerciales no tienen por qué reflejar las preocupaciones y necesidades sociales” (PFEIFFER, 2008: 217).

		si hay esperanza de vida o de alivio del sufrimiento.
--	--	-------------------------------------------------------

Nótese que en caso de conflicto entre una regulación nacional y la internacional, es indudable la primacía del derecho internacional, que no por no estar escrito es menos vigente, ya que se trata de la costumbre internacional en materia de protección de los sujetos de la investigación¹¹⁵.

Habría que desterrar, o en menor medida conciliar, tratando la diferencia entre “ciencia básica” y “ciencia aplicada”. No habría que atemorizar a los jóvenes investigadores diciéndoles que su ciencia debe ser aplicada, induciéndolos a que así investiguen para que sus proyectos obtengan financiación. Esto es perverso, porque es una manera indirecta de condicionar las investigaciones. No toda investigación debe tener un impacto directo en las políticas de salud y la práctica médica. Esto forma parte de la ética pública, ya que les marca una pauta de camino a los gobernantes, y debería ser estudiado por la ética de la investigación científica. Semejante libertad hay que dejar para que las investigaciones poseen sus fundamentos en una disciplina o en varias, no obligando a llenar formularios que aprisionan los deseos del investigador¹¹⁶. Hay que buscar un equilibrio entre lo que Spinoza decía en cuanto a la Filosofía, que era la

¹¹⁵ En el caso “Arancibia Clavel” la CSJN le dio plena juridicidad. V. GALATI (2012).

¹¹⁶ Sobre la multidisciplinariedad y la transdisciplinariedad p. v. GALATI (2015). “En los burocratizados sistemas de evaluación, en auge desde los 90, predomina un fuerte acento eficientista y métrico de la producción. Esto tiende a encorsetar las mentes de los investigadores y, en la práctica, podría tornarlos menos proclives a reflexionar sobre las responsabilidades éticas que entraña el conocer. Resulta improbable que siguiendo los carriles que brinda el sistema se pueda llegar a aportes en el sentido del pensamiento complejo” (GALATI, 2013:25).

alegría de entender y lo que Althusser expresaba al señalar que era el arma para la revolución.

El CC. falló en no incluir principios, que son los que pueden llegar a ayudar en caso de ausencia de reglamentación, y que sí contiene Helsinki (ptos. 1 a 15). Algo que debió haber incluido el Código fue la necesaria consideración que tiene que tener el juez de las declaraciones de la Asociación Médica Mundial referidas a las investigaciones en seres humanos, cuya última versión es la de Brasil de 2013. El propio punto 10 expresa:

Los médicos deben considerar las normas y estándares éticos, legales y jurídicos para la investigación en seres humanos en sus propios países al igual que las normas y estándares internacionales vigentes. No se debe permitir que un requisito ético, legal o jurídico nacional o internacional disminuya o elimine cualquiera medida de protección para las personas que participan en la investigación establecida en esta Declaración.

Desde incluso antes de 1994, ya los juristas sabían de la primacía del Derecho Internacional¹¹⁷, y el Derecho de la Salud contiene normas internacionales, como las de la Asociación Médica Mundial, las disposiciones sobre salud de los tratados sobre derechos humanos (art. 75, 22°, CN.), los instrumentos sobre personas con padecimientos mentales, los referidos a la genética, etc. Todos estos instrumentos internacionales, deben ser tenidos en cuenta, en particular por los comités u organismos que aprueban investigaciones con seres humanos y por los propios científicos dedicados a este tema. Uno de los principios de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que un Estado no puede alegar disposiciones de su derecho interno como justifica-

¹¹⁷ V. los arts. 31, 75, 22° y cc. de la CN.

ción para el incumplimiento de un tratado (art. 27), lo que se entiende si se quiere evitar la responsabilidad internacional del Estado que no cumple su palabra empeñada a nivel internacional. No hay que olvidar que Argentina puede ser demandada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos si incumple alguno de ellos en el desarrollo de cualquier investigación científica.

Hay que tener en cuenta que quienes redactaron aquel párrafo de Helsinki pensaron, en alguna medida acertadamente, que el Derecho solo está compuesto por normas, y que ellas suelen usarse como triquiñuelas para esquivar la justicia, cuando, por ejemplo, desde el trialismo, la norma interactúa con otros componentes también jurídicos para brindar una solución de justicia y saludable a la persona.

La Epistemología y la Gnoseología nos permiten profundizar en el estudio del conocimiento y caer en la cuenta de que la ética tiñe al proyecto de investigación pantónomamente, es decir, desde su primerísimo comienzo, hasta su fin, en sus consecuencias. Es decir, que atribuir a las ciencias carácter descriptivo o explicativo, o diferenciarlas entre estudios observacionales o clínicos¹¹⁸, pretendiendo neutralidad y objetividad en el investigador, es algo en desuso, lo que implica reconocer que ya es susceptible de análisis ético financiar una investigación y dejar de hacerlo con otra¹¹⁹. Así, “(...) las fronteras entre la *Salud* y la *Ética* siguen siendo imposibles de establecer nítidamente (...) el concepto nuclear de ‘prevención’ es imposible desprenderlo de los modos o esti-

¹¹⁸ Según que el investigador observe eventos estudiando casos, o que intervenga sobre el problema que modifique un resultado, como la hipertensión arterial, respectivamente. BOTASSO (2013).

¹¹⁹ No es casual que el Comité de Ética de Médicos sin Fronteras revise protocolos sobre enfermedades olvidadas, que dan lugar a proyectos de investigación olvidados, sobre: Leishmaniasis, Cólera, Chagas, Fiebre de Marburgo, Úlcera Buruli y Kalazar. V. SCHOPPER (2009).

los de vida y esto lleva irremediablemente al campo de los valores de la vida social” (SAMAJA, 2004: 36).

Piénsese en las enfermedades olvidadas y la medicalización de la vida. Siempre que un investigador observa algo que antes no se lo había hecho, ello ya implica perturbar la realidad. Será nuestra tarea ver cómo ese sesgo influye en la misma y de qué manera impacta en nuestra investigación.

El Cód. Civ. no lo dice, ni podría decirlo, pero que sus disposiciones se cumplan no pueden ser mandadas por el propio Código. He aquí solo un conjunto de promesas, y su cumplimiento dependerá de todos aquellos seres humanos de buena voluntad. Las barbaridades que se han cometido y que todos los días se pueden cometer son prueba de que no hay valores universalmente aceptados ni que ellos están inscriptos en las consciencias de todos. Además de que los términos valorativos son abstractos y equívocos, lo que hace difícil el acuerdo, siguiendo a CAMPS (1992)¹²⁰. No obstante todo ello, el respeto al ser humano en las investigaciones debería ser un capítulo más del llamado al respeto del ser humano en general. En efecto, la ética, y la ética de la investigación científica no pueden ser sino complejas, es decir, una conjunción articulada de entes reales, es decir, la moral la hacemos en la práctica todos los días viendo necesidades e injusticias, de entes ideales, es decir, la moral es abstracta, y proviene de lo que deseamos que ocurra, y del acuerdo entre los seres humanos¹²¹, y ello es lo que nos propone el nuevo Código Civil. “La salud (...) pertenece al orden del ser (cosas y causas), pero también al orden del deber ser (con representaciones o significados)” (SAMAJA, 2004: 36). Somos muchos los que no queremos mentir, y muchos los que queremos amar. Como planteaba al prin-

¹²⁰ No hay forma de señalar a la cosa para mostrar su significado.

¹²¹ Basarab Nicolescu plantea el estudio de la transdisciplinariedad a partir de distintos niveles de realidad, niveles de organización, y con una dimensión subjetiva. Para más precisiones v. GALATI (2015).

cipio, un punto de partida para el rescate de la voluntad, de la buena voluntad, puede ser la valorización del sujeto en el concierto público, es decir, amar a los demás como a nosotros mismos, pero también a nosotros mismos como a los demás¹²². Si no se fortalece al individuo, hay solo un paso para que diga: “sólo cumplía órdenes”. El protagonismo, se exige tanto al médico, para que no sea aplastado por la industria farmacéutica y se convierta en ejecutor de la publicidad de las empresas, y se exige al paciente, para que no crea que su actividad se reduce a tomar una pastilla, en tanto no puede reprimirse un síntoma sin tener en cuenta que existe en un cuerpo, siguiendo a Berlinguer (1996). Hagamos que la necesidad, la utopía terrenal y el acuerdo luchan contra todos los obstáculos que nos propone la práctica de la investigación científica. Podemos combinar el egoísmo de la propia preservación, un fundamento de la moral, con la colaboración unidos a otros seres humanos, del que también podemos sacar provecho, siguiendo a Savater (1992)¹²³. Como nos motiva Nietzsche¹²⁴, un investigador no es un cerebro que conoce, sino un hombre que cuida y se cuida, que ayuda y se ayuda. En este marco de participación se entiende entonces el consentimiento informado.

¹²² “Sólo quien se ama convenientemente a sí mismo sabrá como amar a los demás y sobre todo *por qué amarles*”. “[...] la moral se basa en una mentira, quizá, pero en una mentira necesaria, imprescindible para reconciliar dentro de cada uno de nosotros la contradictoria multiplicidad que nos constituye” (SAVATER, 1992: 587). En un sentido muy similar p. v. JUSTO, Luis (2012). “[...] los elementos que se tienen en cuenta son cómo afecta esa investigación a todos los implicados, la pertinencia de tal investigación en relación con las necesidades de la comunidad, la garantía del respeto de los derechos de cada individuo real y potencial al que tal investigación puede afectar [...]” (JUSTO, 2012: 362). Un desafío que se plantea, muy polémico, es el de la participación de los sujetos en el diseño del proyecto, lo que tiene su antecedente en la metodología de la investigación-acción. Todo lo cual se enmarca en la tradición de la investigación cualitativa. Sobre el tema p. v. GALATI (2007).

¹²³ Cita a Schopenhauer: “La muchacha que ama desea descubrir, en la infidelidad del amado, la devota fidelidad de su propio amor” (SAVATER, 1992:587).

¹²⁴ Cuando escribe sobre Schopenhauer. V. SAVATER (1992).

7. El consentimiento en la clínica

En un nuevo yerro de técnica legislativa, los codificadores incluyen un tema de salud en un código civil y comercial, como es el del consentimiento informado¹²⁵, que a su vez ya estaba regulado en la ley de derechos del paciente, ni siquiera en un artículo, sino en un capítulo que lo trataba pormenorizadamente. El artículo mezcla el consentimiento para un tratamiento y el consentimiento para la participación de un sujeto en una investigación científica. Si en el art. 58 se habla de la investigación pues allí debió incluirse el consentimiento. El art. 59 habla de la base de la dación del consentimiento que es la “información clara, precisa y adecuada”, mismas palabras que emplea el art. 5 de la ley 26.529. La idea del consentimiento informado parte de la base de que el pare-

¹²⁵ Art. 59 del CCYC: “El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a. su estado de salud; b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c. los beneficios esperados del procedimiento; d. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g. en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h. el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

cer del médico puede no coincidir con el del paciente, siguiendo a Garay (2008)¹²⁶. El Código Civil y Comercial calca la ley de derechos del paciente a la hora de mencionar los requisitos del consentimiento, y entonces tiene que hacer referencia al “estado de salud”, “el procedimiento propuesto, con los objetivos perseguidos”, “los beneficios esperados”, “los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles”, el detalle de “los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto”, y “las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”. Hay que insistir en que el paciente se halle en “(...) la posesión de opciones reales” (GARAY, 2008:558), a fin de elegir. Todo lo cual hace a la comprensión por parte del sujeto o paciente, a fin de que evalúe la conveniencia de su recepción o participación. Esto implica la autonomía, que previamente declara la ley de derechos del paciente (art. 2, e). Por ello, no puede reducirse el consentimiento a la mera firma de un formulario de autorización, sino implicar un “proceso de decisión de conjunto”, que resulta en un acuerdo.

Si el profesional de la salud no está de acuerdo con la práctica o la alternativa terapéutica que elige el paciente, como la indicación de un aborto terapéutico, una esterilización quirúrgica o un tratamiento de fertilización asistida, debe declinar su actuación por objeción de conciencia, pero no condicionar ni imponer sus pareceres al paciente. El Código señala que hay que prescindir del consentimiento si su actuación es urgente o apunta a evitar un mal grave e inminente. Hay que agregar también los casos en donde se ve involucrada la salud pública, ante la obligatoriedad de ciertas pruebas diagnósticas, vacunaciones o tratamientos forzosos.

¹²⁶ Sobre el tema p. v. GALATI (2011).

8. Eutanasia

El Código también contempla la eutanasia pasiva, que se da cuando que se deja que la enfermedad terminal siga su curso normal, calcando la ley 26742, que reformó la ley de derechos del paciente. Y se contempla también la evitación de la distanasia, que es el ensañamiento terapéutico. “[...] el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”. A renglón seguido, la ley contemplaba los cuidados paliativos, al establecer la necesidad incuestionable de “aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente” (art. 2, e). El Código nombra lo que la ley conceptualiza. El Código regula el supuesto en que el paciente está inconsciente y no expresó previamente su voluntad, que ya estaba captado por la ley de derechos del paciente¹²⁷: “En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido”. Lo

¹²⁷ “(...) este artículo comentado coincide casi textualmente con (...) lo establecido en el capítulo III (arts. 5 y ss.) de la ley 26529 de derechos del paciente (...)” (SAUX, 2015:311).

que el Código hace es explicitar las personas legitimadas: “[...] el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”. Pablo Albarracini era un Testigo de Jehová que rehusó recibir una transfusión sanguínea pero su padre se negaba a respetar su declaración de voluntad que había formalizado en una directiva anticipada de salud ante escribano público. El caso llega a la Corte y ésta decide el 1.6.2012 que se respete su voluntad basándose precisamente en la libertad, recordando el precedente Bahamondez, que hacía referencia al señorío sobre el propio cuerpo (CSJN, Albarracini Nieves, Jorge s. medidas precautorias”, del 1.6.2012). Un reciente caso judicial que trató este tema fue el de Marcelo Diez, que sufría un estado vegetativo persistente por más de 20 años a raíz de lo cual tenía una apertura permanente en su intestino delgado para recibir por sonda los nutrientes. La Corte habilitó el retiro del soporte vital señalando que los parientes habilitados testimonian acerca de la voluntad del paciente tornando operativa la muerte digna o eutanasia pasiva (CSJN, D., M. A., s. declaración de incapacidad” del 7.7.2015). El Código vuelve a tratar algo ya regulado en la ley de derechos del paciente, como las directivas anticipadas (art. 60¹²⁸). Ejemplos de ellas serían: “si tengo

¹²⁸ “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”. Incluso se reconoce en SAUX (2015).

Se trata de la “[...] expresión de cómo desearían ser tratados en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad, para el caso de que no estuvieren en aquel

una enfermedad terminal, quiero enterarme”, “no quiero recibir transfusiones de sangre, por mis creencias religiosas, aún a riesgo de perder la vida¹²⁹”, “no quiero terapia intensiva”, “no quiero resucitación, siguiendo a Manzini, y Tinant (2008). Las prácticas eutanásicas están autorizadas aunque no todas. Sí se permite la eutanasia pasiva. Lo que el Código y la ley de derechos del paciente no permiten es la eutanasia activa, que es una acción -positiva- encaminada a dar muerte a un enfermo terminal, sin pronóstico favorable y con dolores insostenibles. La ley 26.742 estableció que *“Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”*. Si el Código tiene una inspiración nacional y popular, como lo señalaba el senador Fernández, debió agregarse, para “justificar” la repetición, que la manifestación también podía hacerse ante las defensorías oficiales, para garantizar el acceso de todos y todas a dicho derecho.

No corresponde llamar a esta figura “testamento vital” ya que no hay que esperar que la persona muera para que las directivas se cumplan, justamente

momento (...) en condiciones de manifestarse, o de que su manifestación sea tomada en cuenta (demencia, coma, confusión, afasia, etc. (MANZINI-TINANT,2008: 301).

¹²⁹ Pablo Albarracini dijo: “Soy Testigo de Jehová y NO ACEPTO TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma, bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida” (consid. 2 del voto del juez Petracchi).

porque ellas surten efecto ante la inconsciencia de la persona y para restablecer su estado de salud. Tampoco hay que asociar las directivas anticipadas con la “prueba”, siguiendo a SAUX (2015), figura del Derecho Procesal tendiente a acreditar las manifestaciones de voluntad que haga una persona, ya que es lo esperable que los médicos acepten las que incluyan los pacientes en los diferentes casos, sin llegar a un juicio. Así como los médicos quieren evitar los juicios de *mala praxis*, también hay que evitar la judicialización de la salud. Para tornarlas operativas, habría que contar con un registro de las mismas. A tal fin, el Colegio de Escribanos de Rosario cuenta con un Registro de Actos de Autoprotección. El trámite es gratuito y estrictamente reservado. Aunque también pueden constar en la Historia Clínica, siguiendo a Manzini y Tinant (2008). Se suele designar a una persona para que lleve adelante dicha manifestación de voluntad, una vez dado el supuesto de hecho de la inconsciencia del manifestante. En las directivas pueden incluirse: cláusulas relativas a la vida cotidiana, a la salud (tratamientos, cuidados, dación de órganos, persona encargada de ejecutar las directivas, lugares de alojamiento, profesionales intervinientes), sobre la curatela. Sí es cuestionable que las directivas de salud contengan cláusulas relativas al patrimonio del manifestante¹³⁰, las que además de ser impropias por tratar materia ajena a ellas mismas, podrían turbar los deseos e intereses del requirente o sus herederos. También es cuestionable si incluir disposiciones para ser ejecutadas luego de la muerte del otorgante, como dón-de velarlo, elección del cementerio, la cremación¹³¹, o el destino del cuerpo para investigaciones científicas o dación de órganos.

¹³⁰ “8...) cuyas diferencias con los ‘testamentos patrimoniales’ que regula el ‘Derecho Sucesorio’ son notorias, ya que propenden a actos que hacen a la propia persona y no a su patrimonio (...)” (SAUX, 2015: 312).

¹³¹ Así lo prevé el Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos de Rosario.

Con respecto a lo que sería una filosofía de las directivas anticipadas, Goldschmidt (1987) señalaba, en general, que había que distinguir entre situaciones cotidianas, para las cuales la voluntad suele ser inamovible, y situaciones vitales, en las cuales, cualquier decisión a tomar puede ser cambiante¹³², como en el caso de las directivas, ya que podemos planear con todos los recaudos y formalidades, pero llegado el momento, ante la situación existencial, nuestra voluntad será la de ese momento, que vive en esas circunstancias irrepetibles y fuera de toda planificación.

9. La prevención del daño sanitario

En lo que refiere a la responsabilidad civil¹³³, se incorpora la prevención del daño, lo que implica evitar actuar solamente ante el hecho consumado típico de la responsabilidad civil, promoviéndose la posibilidad de que se tomen medidas para evitar el daño, disminuir su eventual magnitud o impedir su agravamiento si ya se produjo. Todo lo cual hemos visto consagrada en innumerables sentencias protegiendo la salud de las personas: adjudicando medicamentos, tratamientos, cirugías, aparatos ortopédicos, etc., siguiendo a Sagarna

¹³² En el mismo sentido: “(...) no pueden prever puntualmente las particularísimas circunstancias clínicas de las futuras posibles situaciones, deberían verse más bien como un instrumento para orientar el *buen criterio médico* que como un mandato rígido a cumplir” (MANZINI-TINANT, 2008: 302). La cursiva es mía y apunta a resaltar que lo que hay que orientar es el criterio del paciente.

¹³³ Artículo 1710: “*Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo*”.

Artículo 1711: “*Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”.

(2015). Hasta la sanción de un Código de la Salud, es posible tomar análogamente las disposiciones civiles. De lo que se trata es de actuar “(...) cuando hay amenaza de un daño (...) [para] prevenirlo” (GALDÓS, 2015: 295). Prevenir implica preparar, disponer con anticipación de los medios para evitar que algo ocurra, advertir, informar o avisar, para que se evite algo, impresionar o preocupar a alguien, en suma, anticiparse a un inconveniente. Por ej., circular con precaución ante la proximidad de un hospital, un geriátrico, etc. Hay que tener en cuenta que así como antes era antijurídica la conducta que hacía cuando se prohibía, u omitía cuando se prohibía actuar, hoy también es antijurídica la conducta que evita prevenir. Se pueden mencionar como ejemplos en el ámbito del Derecho de la Salud¹³⁴: la orden de no fumigar con agroquímicos un campo vecino a un barrio de viviendas; el pago de una indemnización a un trabajador ante la urgencia de salud por desprendimiento de retina; la cobertura total de gastos por una obra social para un trasplante de médula ósea; gastos sanatoriales y quirúrgicos pagados durante la sustanciación de un juicio; una lista de los productos transgénicos por parte de los comercios de una municipalidad; la prohibición de la instalación de una antena de comunicaciones móviles; el aseguramiento de la continuidad y regularidad en la entrega de medicamentos y tratamientos para el HIV. Podría ordenarse la colocación de carteles de aviso o flechas grandes y rojas en el piso que indican la dirección ante la existencia de puertas automáticas, a fin de evitar accidentes en locales comerciales u otros¹³⁵.

¹³⁴ Extraído de *íd.*, págs. 315-317.

¹³⁵ V. el caso “Bloise de Tucchi, Cristina Y. c. Supermercado Makro S.A.”, fallado el 26.7.2002 por la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza. La señora fue aprisionada por las puertas automáticas de un supermercado, lo que produjo que ésta caiga al suelo sufriendo fractura de hemicadera izquierda. Ingresó por la apertura correspondiente a la salida. La Corte entendió que en la causa del daño concurrieron la culpa de la víctima y el riesgo creado por el sistema de puertas automáticas.

Un caso en donde se pondrían de manera conjunta la reparación del daño y la prevención, disminución y acciones para impedir que crezca es en oportunidad del régimen indemnizatorio a personas transexuales y travestis con motivo de los daños ocurridos durante la violencia institucional que sufrieron por parte del Estado, aún en democracia. Se trata del fallo del juez Trionfetti del 25.2.2015 en el caso “G., N. B. c. GCBA s. daños y perjuicios”, que otorga una pensión que consiste en un salario mínimo, vital y móvil. Allí señala que la reedición a través de la prueba de los daños que han sufrido, es una nueva tortura y victimización, lo que habilita la justicia de proyectos como el que presentaron Diana Conti y Mara Brawer titulado “Régimen Reparatorio para Víctimas de Violencia Institucional por motivos de identidad de género” del 20.10.2014. Algo en relación al futuro dice el juez Trionfetti: “Su derecho a obtener una contención, por vía de la tutela jurisdiccional, es nítido ante la omisión del Estado en permitirle transcurrir el resto de sus años con un mínimo de dignidad” (consid. 9). Cabe señalar en este sentido la ley 23592 sobre actos discriminatorios, que expresa en su art. 1:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a *dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización* y a reparar el daño moral y material ocasionados. (El resaltado es mío).

En la misma línea, el art. 4 tiene una medida preventiva: “Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y

visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley”.

La ley 26.485 está referida a la “protección integral para *prevenir*, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (El resaltado me pertenece). En lo que aquí nos convoca, referido al tema de la salud tenemos la violencia reproductiva¹³⁶ y la violencia obstétrica¹³⁷, lo que implicaría impedir un daño vinculado, por ejemplo, a los embarazos que se generarían por falta de métodos anticonceptivos en un centro de salud, o la proliferación innecesaria de cesáreas, y ligadura de trompas en comparación con vasectomías, promoviendo la capacitación de los obstetras, ginecólogos y enfermeros.

Otra manera de prevenir un daño puede consistir en evitar la inscripción en el Registro Civil del niño como nacido de quien lo gestó, esperando a que sea inscripto como hijo de aquellos que aportaron el material biológico y quisieron tenerlo a través de la figura de la gestación por sustitución¹³⁸. Aquí se trata de prevenir un daño a la identidad del niño, que se materializa en su incierto estado civil. Lo curioso es que el productor del daño es el propio Estado, quien en su Código Penal sanciona con prisión “Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare”. No es extraña la responsabilidad del Estado. El profe-

¹³⁶ “Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” (art. 6, d).

¹³⁷ “Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929” (art. 6, e).

¹³⁸ En el caso “A. C. G. y otro s. medida autosatisfactiva”, se dijo: “[...] como medida de no innovar, se le ordene al Registro de Estado Civil la no inscripción de oficio del menor, hasta tanto se resuelvan las presentes actuaciones”.

sional del Derecho deberá elegir si trata de prevenir un daño o de realizar una acción declarativa de certeza, ya que esta también tiene una función de naturaleza preventiva. Nótese que la medida autosatisfactiva también trata de prevenir un daño, ante la eventualidad de sufrir un perjuicio irreparable.

La prevención del año no es ajena al Derecho Ambiental. Ya la ley 25.675 señala que la política ambiental deberá cumplir con el objetivo de “Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental” (art. 2, k). También se consagra el principio de prevención, que señala: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” (art. 4). Lo que implicaría, por ejemplo, que si se sospecha de la producción de daños, se pida una evaluación de impacto ambiental¹³⁹. El ambiente comprende la salud colectiva, pero también se comprende la salud en su faz no individual cuando hay involucradas sustancias medicinales que se relacionan con líquidos o plantas que se utilizan de manera masiva pero cuya comprobación no ha sido autorizada por los organismos correspondientes. Cabe entonces accionar preventivamente si se sabe que dicha producción y distribución está en camino.

Puede darse el caso en el que una persona o grupo de vecinos demanden a una empresa cerealera por el agravamiento de su estado de alergia a raíz de la contaminación emitida por esa industria. En este caso, si se sabe la cantidad y características de los eventuales tóxicos intervinientes, se puede demandar por

¹³⁹ “En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la medida cautelar tendiente a que se suspendiese la construcción de celdas para almacenaje de graneles en zona portuaria, cuya ejecución se había iniciado sin previa declaración de impacto ambiental”. “Carrasco, Juan A. y otros c. Delegación Puerto Paraná Inferior, Dirección Provincial de Actividades Portuarias y otros”, fallado el 16.06.2004 por el Juzgado de 1ª Instancia Administrativo de San Nicolás.

prevención, solicitando un aseguramiento de pruebas que incluya el estado de situación actual, y una medida de evaluación del impacto ambiental. Hay que tener en cuenta que esto es posible por la desaprensión de algunas empresas y por la desidia de los gobernantes que no controlan o autorizan sin la debida pericia. De un fallo referido a este tema cabe extraer algo muy importante: No se requiere el dolo o la culpa del responsable para configurar el exceso. Esto último en razón de que el factor de atribución de responsabilidad "exceso en la normal tolerancia" da lugar a una responsabilidad objetiva fundada sobre la sola constatación objetiva de que la actividad, incluso enteramente lícita, crea a los vecinos un daño porque ella produce problemas anormales, que exceden lo que debe ser soportado entre vecinos¹⁴⁰.

En el art. 2618 del antiguo Código ya se preveía la cesación del daño y no la mera reparación: "Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias".

Una confirmación del espíritu del nuevo código se da a raíz de un fallo que rechazó un pedido de cirugía bariátrica contra la obesidad mórbida que presentaba un adolescente de 17 años ya que no acreditó haber intentado otros métodos no quirúrgicos previos (tratamiento interdisciplinario, dietoterapia) para el control de la obesidad, bajo supervisión médica, por lo menos durante 24 meses, y no mediaba en el caso una situación de urgencia extrema¹⁴¹. Precisa-

¹⁴⁰ Voto del juez Cúneo en el caso "Matassa, Nélide c. Municipalidad de Puerto Gral. San Martín s. daños" del 5.12.2012, fallado por la sala III de la Cám. Civ. y Com. de Rosario. En el caso se terminó resolviendo contra la actora que había demandado por contaminación ambiental ante el agravamiento de su cuadro de alergia. En el caso no se probó un nexo de causalidad entre la actividad de la empresa y la dolencia de la demandada, además de que la empresa no excedía los límites de la normal tolerancia.

¹⁴¹ V. Cám. Fed. de Apelaciones de Salta, "P., E. R. en representación de su hija P., M. B. c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales", fallado por la, el 10.6.2010.

mente, la ley 26.396 es sobre el “interés nacional de la prevención y control de trastornos alimentarios”, y allí se prevén campañas informativas, la investigación, la asociación de otras enfermedades con la obesidad, la promoción de conductas saludables, espacios de contención para quienes están enfermos y sus familiares, la lucha contra la discriminación, la realización de talleres y reuniones, la participación de ONGs, etc.

Cabe que el Derecho de la Salud aprenda también del Derecho Laboral, en tanto uno de los objetivos de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo es: “La prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo (...)” (art. 1, 1). Hay todo un capítulo en la ley llamado “de la prevención de los riesgos del trabajo”. De allí se extrae que puede ser posible que se establezcan medidas destinadas a prevenir un futuro y eventual daño. Lo cual puede traducirse en medidas vinculadas a la higiene, la bromatología, la insonorización, etc., planes de acción, propuestas de capacitación (cfr. art. 4). En el ámbito de la sexualidad, por ejemplo, podría disponerse la capacitación de los funcionarios públicos de un hospital a fin de tratar a travestis y transexuales ya que, al ser un grupo discriminado y dañado, incluso por el mismo Estado, pueden generarse daños debido a eventual maltrato. Piénsese por ejemplo, en pensar el lugar donde se los internaría, cómo abordar y prevenir situaciones de violencia, etc. Se podría contar incluso con el aval o asesoramiento de la Superintendencia de Servicios de Salud.

Un caso que conecta el Derecho Procesal con el Derecho de la Salud es “Carmacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros” ya que hace referencia a la viabilidad jurídica de los procesos urgentes, muy cuestionados desde las posiciones dispositivas en el ámbito procesal, y avalados desde el activismo judicial. El actor pretendía una prótesis en reemplazo de su brazo izquierdo que había sido amputado por una máquina. Y tanto en primera como en se-

gunda instancia desestimaron el pedido ya que no había verosimilitud del derecho y de aceptarse el pedido ello significaría emitir opinión sobre el fondo del asunto (consid. 2). Pero, con respecto al fondo del asunto,

(...) la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocará un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en su situación actual -hasta el momento en que concluya el proceso- le causa un menoscabo evidente que le impide desarrollar cualquier relación laboral, todo lo cual reclama una decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra (...). (CSJN, 7.8.1997 por la CSJN, Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros: (Consid. 5).

Cabe preguntarse si hay más similitudes que diferencias entre los procesos urgentes y la prevención del daño tal como la prevé el Código Civil. Aquí se señalan como ejemplos la provisión de medicamentos ante la injustificada negativa de una obra social, la provisión de medicamentos a la víctima de un juicio de daños, antes de la sentencia, pero para garantizar la integridad de la persona, siguiendo a Galdós, 2015). Parece muy cuestionable que si ya hay un juicio, se instaure otro para evitar un daño. En todo caso podría abrirse un incidente en el proceso principal. Debido al fuerte impacto que han generado las críticas de las teorías garantistas o dispositivas en el Derecho Procesal, deberían interpretarse restrictivamente los supuestos de la tutela preventiva. Por otra parte, hay que plantearse también, como reflexión, por la Edad de la Historia en la que nos encontramos, que la aceleración de los tiempos necesaria-

mente impacta en el Derecho, avalando legislativamente institutos como el que estudiamos. Sin embargo, nada impide la evaluación dikelógica del mismo, sobre todo ante la posibilidad de errores en las apreciaciones, justamente porque son anteriores a la generación de los daños.

Parece que la tutela preventiva se dirige hacia la prevención de un daño, pero sin que ello implique una condena para dar una prestación¹⁴². Ya que ello impactaría en el patrimonio o estado de situación de una persona de manera directa. Piénsese en una obra social obligada a dar un remedio, terapia o servicio sanitario. Si esto último se quisiera tendría que intentarse una figura de los procesos urgentes, como una medida autosatisfactiva, un proceso monitorio o una sentencia anticipada, lo que no trataré en este trabajo. Los procesos urgentes podrían darse en el Derecho de la Salud, tal como ocurrió en el caso “Camacho Acosta”, justamente porque la salud se caracteriza, generalmente, por la premura en la necesidad de la resolución del caso. Pero para evitar que la tutela de la salud se haga a expensas de violaciones al debido proceso, habría que permitir que el demandado sea escuchado, de la forma que fuera, antes de la resolución final. Todo lo cual exige un proceso propio para el Derecho de la Salud que concilie lo que la Corte dijo en “Camacho Acosta”:

(...) el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los

¹⁴² Para Galdós (2015), ambas recaen sobre la prestación y ambas tienen en común la prevención del daño. Por mi parte creo que la prevención es la que apunta a que el daño no se produzca, sin implicar prestaciones.

probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado (CSJN, 7.8.1997 por la CSJN, Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros: (Consid. 12).

No hay que olvidar tampoco al amparo, como proceso constitucional para proteger el derecho a la salud como derecho fundamental. Si bien el tema en estudio no apunta a la polémica entre solidaristas y garantistas en el ámbito civil, puedo decir que, aplicando un principio del pensamiento jurídico complejo, habrá que oscilar en función de las carencias y excesos que existan, teniendo en cuenta el caso concreto. Muchas de las pautas en juego a la hora de evaluar la procedencia de la prevención hacen referencia al curso ordinario y normal de las cosas, la razonabilidad, la buena fe, siguiendo a Galdós (2015). Y entonces habrá que intervenir si hay necesidad o dejar librado el tema a las partes si lo que falta es fortalecer la autonomía, porque en última instancia hay que hacer justicia, no enrolarse en posturas.

10. La personalidad

El artículo 19 habla sobre el comienzo de la existencia¹⁴³. Ya el Proyecto 2012 trataba el tema de la siguiente manera: “La existencia de la persona humana

¹⁴³ No trataré el tema en profundidad ya que le dedico un artículo, pero sí haré referencia a lo directamente vinculado con el Código Civil y Comercial y de manera estrictamente normológica. V. GALATI, “Enfoque jurídico complejo del comienzo de la personalidad”, inédito. Sí puedo decir que el proceso de audiencias por el nuevo Código generó, a partir de este artículo, y más en Rosario, lamentablemente, acalorados debates. Decía el senador Sanz: “Tuvimos que llevar al sanatorio a María Luisa Storani, diputada de la Nación, porque defendió con uñas y dientes, entre otras cosas, el artículo 19, cuando grupos intolerantes, conservadores, retrógrados y cobardes, que se defendían en la montonera, y atacaron cobardemente a una mujer. Tuvimos que suspender

comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. Este texto era conforme a la doctrina de la Corte Interamericana de DDHH en el caso “Artavia Murillo¹⁴⁴”, para la cual la implantación del embrión es fundamental, ya que sin mujer no hay embarazo ni persona. Y así lo dicen los redactores del proyecto en sus fundamentos de manera clara y concisa: “la norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno”. Y así lo entendía Vélez Sársfield, para el cual “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre” (art. 70).

La asunción del cardenal primado de Argentina Jorge Bergoglio en 2013 como Jefe de Estado de la Ciudad del Vaticano, y la recepción de las ideas católicas por la Presidente Fernández influyeron en el cambio que se operó. Entonces no extraña que en los “Fundamentos” del proyecto se diga que es un “código para una sociedad multicultural”, pero que en el texto se adopte lo que una

la audiencia para llevarla al sanatorio, porque tuvo una descompensación” (CONGRESO DE LA NACIÓN, 2013: 32).

¹⁴⁴ Menciona tb. el fallo PAGÉS, Hernán, “Código...”, dirigido por Bueres, cit., pág. 78. En el mismo sentido de mi interpretación p. v. tb. HERRERA (2015). Si bien la autora llega a la misma conclusión que sostengo, expresa que la frase “seno materno” se quitó para responder a la identidad de género, en tanto sería posible que una mujer biológica pero reconocida varón, pueda dar a la luz, lo que significaría una incongruencia jurídica. *Íd.*, pág. 50. Si la interpretación consiste en desentrañar el sentido de una norma, hay que averiguar qué quisieron los autores, es decir, relacionar la norma con la realidad social, y esta es la que detallo, y de público conocimiento, sobre la influencia de la Iglesia.

religión entiende por persona. A mayor abundamiento decían los precodificadores: “de lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”. Y así lo entienden los codificadores, en la figura del informante por la mayoría, el senador Fuentes: “lo que se busca es no generar la imposición de modelos únicos, sino abrir el derecho a la realización plena de las relaciones y actividades entre los argentinos (CONGRESO DE LA NACIÓN, 2013: 19). Ocurre que en la letra luego se adoptó uno. Lo ideal hubiera sido que, como principio, no se definiera la persona. Lo que no implicaba adoptar soluciones concretas para problemas que lo requerían, como los del ámbito de la fertilización asistida. De esa forma se daba libertad a que la mujer, quien tiene por el código en cuestión derecho sobre su cuerpo (art. 17 CC. y 19 CN.), decida todo lo relativo a él. Cabe aclarar que cuando se responde a la pregunta cuándo hay persona, se dice que con la concepción, cuando en realidad hay que preguntarse cuándo hay concepción, y allí surgen varias teorías: fecundación, formación del genotipo, implantación, formación de la cresta neural, actividad cerebral, viabilidad, nacimiento, y no solo aquella que dice que hay persona con la fecundación¹⁴⁵.

En cuanto a los efectos prácticos, el Código ha hecho una mera declaración, ya que por encima de él se encuentran los tratados de Derechos Humanos, a los que la Corte subordina la interpretación de las normas (art. 1) y que tienen jerarquía constitucional por el art. 75, 22° de la CN. El instrumento en cuestión es la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 4 es el que

¹⁴⁵ “[...] comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación dentro o fuera del seno materno” (CONGRESO DE LA NACIÓN, 2013: 52). “Persiste la falta de criterio unánime acerca del momento mismo de la concepción, debate en el que, aun ante los avances y procesos científicos, no se puede establecer un momento preciso sobre cuándo acontece la concepción” (HERRERRA, 2015: 89).

regula la cuestión y que ya fue interpretado por la Corte Interamericana. No hay que olvidar que dichos tratados rigen “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, 22° CN.), es decir, junto con las resoluciones emanadas de los órganos creados para la interpretación y aplicación de dicho tratado¹⁴⁶.

En definitiva, hay que diferenciar a la hora de hablar de persona entre la fecundación y la implantación:

‘(...) sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción’ (pto. 186). Además, ‘(...) si dicho embrión no se implanta en el seno de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas’ (pto. 186). Hay concepción con la implantación, para la Corte (pto. 189). Y como la concepción solo ocurre en el cuerpo de la mujer, el objeto directo de protección en el caso del art. 4 es la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza especialmente a través de la protección de la mujer (pto. 222) (KEMELMAJER de CARLUCCI, citado por Zommer, 2014)

Ante las apreciaciones de la senadora Negre de Alonso, cabe señalar que el sistema de protección de derechos humanos interamericano no puede cortarse en pedacitos y tomar lo que más nos conviene a los fines de su aplicación en

¹⁴⁶ “[...] la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, párr. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana” CSJN, “Horacio Giroldi”, del 7.4.1995, consid. 11).

Argentina. Si se suscribe la Convención y con más razón si se la eleva a jerarquía constitucional, es que los fallos del tribunal son vinculantes, tanto como los de la CSJN. Es muy simplista pensar que porque nacimos del sistema continental europeo, solo se aplican leyes en nuestro país y solo fallos en el *Common Law*, sistema en el que también existen las actas, en el Reino Unido, y en EE.UU. donde hay constitución escrita. Luego expresa que como el fallo Artavia dice que sin los nutrientes de la madre el embrión no se desarrolla, tampoco es persona el niño que es abandonado. Aquí confunde mezclando supuestos, ya que en el supuesto que ella agrega el niño ya nació, y no puede comparar lo incomparable: embrión y niño ya nacido. Es lo mismo que cabe decir ante los que comparan el aborto con un asesinato, diciendo que en el aborto se mata una persona. Muerte se le da a los nacidos, no a los no nacidos. Luego menciona el principio “pro homine” según el cual, ante la duda debe estarse por la vida humana, y yo preguntaría qué vida humana, ya que también hay que considerar la de la mujer.

Sí podría darse el caso de que la Iglesia Católica intente una cruzada contra los lugares donde se criopreservan embriones no implantados, para promover su ¿implantación?, frente a lo cual cabe preguntarse en quiénes, con qué fondos. ¿Se convertiría en delito la destrucción de embriones?, ampliándose el número de figuras penales. ¿Acaso se ha parado la autorización de las empresas que se dedican a la criopreservación o fertilización? No, como tampoco se puede parar la investigación científica en materia de fertilidad, que afortunadamente sigue avanzando, ojalá tanto en nuestro país como, por ejemplo, en Gran Bretaña¹⁴⁷. Cuesta entender entonces cómo desde el miembro informante por la

¹⁴⁷ V. el caso del bebé con tres padres, técnica que se utilizó por primera vez en 2015 en el Reino Unido para evitar la enfermedad genética mitocondrial, para lo cual se incorpora material de un tercer embrión al de la pareja en cuestión, pero aquel es destruido. V. “Reino

mayoría, el senador Fuentes, se dice que se quiere impulsar un código para el futuro¹⁴⁸, mientras se retrocede en este aspecto, incluso a épocas anteriores al Código de Vélez.

El artículo 19 se entiende en función del 21, que figura tal cual fue redactado en el Proyecto de 2012. Éste último habla del “concebido o implantado en la mujer”¹⁴⁹ (KEMELMAJER DE CARLUCCI, citado por ZOMMER (2014). Con lo cual se necesita que el embrión se implante para que comiencen a regir sus derechos. No hay que olvidar que cuando el art. 19 no dice “en el seno materno” elimina una referencia sexista a la madre, entendiendo literalmente que puede concebir la persona, no el sexo de la persona; lo que daría una am-

Unido, primer país en aprobar los bebés de tres padres”, del 3.2.2015, en <http://www.elcolombiano.com/reino-unido-primer-pais-en-aprobar-los-bebes-de-3-padres-HY1212876> (4.2.2015). “Las enfermedades mitocondriales, que pasan de madre a hijo, pueden producir daños cerebrales, pérdida de masa muscular, fallo cardíaco y ceguera”. Íd. En cuanto a la técnica, “[...] al embrión de la mujer donante se le coloca el núcleo del de los padres, dando paso a la creación de un embrión con mitocondrias sanas, que se implanta en el útero de la madre”. Íbidem. Y el núcleo del embrión sobrante se destruye. Aquí se trata de una alteración genética que puede perfectamente permitirse. “Los bebés que nazcan gracias a esta técnica tendrían un 0,1 % del ADN de la ‘segunda madre’ y el cambio genético establecido en el procedimiento sería permanente ya que pasaría a sus descendientes, pero sin que afecte las *características esenciales* del individuo.” “Reino Unido...”, cit. La cursiva me pertenece, y alude a que el límite podría encontrarse en cambios sustanciales, como los niveles de inteligencia, número y forma de extremidades, etc., que tendrían que consultarse.

¹⁴⁸ “[...] esas generaciones más jóvenes, de algo tan elemental como es el concepto de la diversidad y de la libertad, del derecho que todos tenemos de ejercer con plenitud nuestras posibilidades sin que haya un modelo único, una visión única y un mandato único, de ninguna naturaleza, en torno de cómo relacionarnos entre nosotros [...]” (CONGRESO DE LA NACIÓN, 2013: 17).

¹⁴⁹ Dice Aída Kemelmajer: “[...] ese óvulo fecundado puede ser despedido por la mujer y ni ella misma darse cuenta; en ese caso, a nadie se le ocurriría decir que esa mujer abortó, o que había ya una persona. Segundo, si la concepción requiere el cuerpo de una persona con órganos femeninos y un óvulo fecundado que haya anidado, está muy claro que un óvulo fecundado *in vitro* (un embrión *in vitro*), mientras no sea implantado, no tiene derecho a la vida ni es persona; por eso, un médico que hace reproducción humana asistida puede elegir qué embrión va a implantar, por ser más viable que otro y, con el consentimiento informado de las personas a las que asiste, descartar los que no son viables, o tienen graves fallas genéticas. Tercero, el embrión naturalmente formado a través de una relación sexual, aun anidado, no tiene un derecho absoluto, pues sus derechos también dependen de los de la mujer que lo anida en su cuerpo y de quien él depende”.

plitud y diversidad a la disposición, siguiendo a Herrera (2015). Reforzando la posición de que el embrión es persona una vez implantado se encuentra el art. 560 del CC.¹⁵⁰, según el cual el embrión solo se implanta con el consentimiento de los progenitores. El art. 561 tiene una disposición concluyente y radical: “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la *implantación* del embrión” (La cursiva me pertenece). A lo cual hay que sumar el artículo 2 de la ley de derechos del paciente, que reconoce la autonomía de la voluntad¹⁵¹, sumada ahora a la voluntad procreacional establecida en el art. 562, según el cual la Biología no es la que rige los destinos del parentesco, sino la voluntad de quienes quieren tener hijos. El art. 7 de la ley 26862, de fertilización asistida, dice: “El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. El decreto reglamentario de dicha ley (956/2013) dice en su art. 7 que “En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión”. Si un código es una obra colectiva y un sistema, aquí se ve cómo el mero retoque de una parte no puede alterar el espíritu de la reforma ni del ordenamiento normativo¹⁵².

11. La autonomía y la salud

¹⁵⁰ “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

¹⁵¹ “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”. El resaltado es mío.

¹⁵² “Si bien no aclara qué se entiende por concepción en esta disposición [art. 19], sí se lo hace desde un análisis integral y sistémico del texto civil [...]” (HERRERA, 2015: 87).

El artículo 17¹⁵³ habla sobre los derechos sobre el cuerpo humano. Está bien que se marque el carácter no comercial del cuerpo humano y que sea su titular el legitimado para disponer de él, en todos los sentidos. Así se entiende la correlativa ley de derechos del paciente que habla de la autonomía como uno de ellos. “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” (art. 2, “e”, ley 26529). Si de algo, al menos, somos dueños, es de nuestro cuerpo. Por ello, nadie puede ser encarcelado por fumar marihuana, si lo hace en su intimidad, y nadie puede ser impedido de terminar con su vida si así lo desea, ya que nadie es dueño de la vida -y el cuerpo- de los demás.

Cabe hablar aquí de lo que el CC. llama “derechos y actos personalísimos”. El artículo 51 señala que “*la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”. Lo general del enunciado de esta frase torna poco operativo el mismo: o es operativo para todo, o sirve para nada. Lo que en la práctica implica una disposición inútil¹⁵⁴. El artículo 56 es pertinente al Derecho de la Salud en tanto habla de

¹⁵³ Art. 17 del CCYCN: “*Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*”.

¹⁵⁴ Por eso se dice: “(...) funcionando este concepto como marco abarcativo de las distintas manifestaciones que los derechos y actos personalísimos implican en su operatividad material, y que el Código regula singularizadamente en esas manifestaciones singulares, dentro del mismo Capítulo” (SAUX, 2015: 275). “(...) esa noción de dignidad de la persona tiene un fuerte sustrato bioético relacionado con las conductas autorreferentes (el propio Código, en este mismo capítulo, tiene aplicaciones de ellas en cuestiones vinculadas a actos de disposición sobre el propio cuerpo, consentimiento informado para actos médicos y directivas anticipadas), las cuales *ya preexistían* en las leyes regulatorias de los trasplantes de órganos, de salud mental y de derechos de los pacientes, entre otras” (HERRERA, 2015: 278). La cursiva me pertenece.

los “actos de disposición sobre el propio cuerpo¹⁵⁵”. Cuando el legislador prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionan una disminución permanente de su integridad, y a renglón seguido menciona la ley de trasplantes de órganos, está reconociendo implícitamente que hay casos en donde la disposición está admitida. Y serán en casos particulares relevantes, que dicha disminución física será regulada, como en el caso de la identidad de género, donde la ley habilita las intervenciones a los fines de adecuar el cuerpo al género (artículo 11, ley 26.743). Cabe mencionar también las esterilizaciones quirúrgicas, que cuentan con permiso y consentimiento requeridos y regulados¹⁵⁶. Realizar entonces disposiciones generalísimas es de poco estilo jurídico. Y menos si sienta como principio o regla general la negativa, en este ámbito¹⁵⁷. A más ambigüedad se llega si se menciona la contrariedad a la moral y las buenas costumbres, lo que significará una habilitación a lo que los jueces del caso entiendan por moral o buenas costumbres. A esta altura de la Historia, legislar, y más sobre la disposición del propio cuerpo, con un término negativo general: “están prohibidos” es desacertado, ante la primacía de la

¹⁵⁵ “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

¹⁵⁶ V. la ley 26.130. Desacertadamente se señala que puede haber una “cirugía esterilizante no autorizada” (SAUX, 2015: 298). Lo que no es así, ya que el único requisito que se impone para autorizar una esterilización es la voluntad del paciente. “Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas ‘ligadura de trompas de Falopio’ y ‘ligadura de conductos deferentes o vasectomía’ en los servicios del sistema de salud” (art. 1).

¹⁵⁷ “La pauta general que se sienta en el artículo [...] vinculada a la indisponibilidad - genérica- de los derechos personalísimos [...]” (SAUX, 2015: 297). Si son oportunas las reglas generales negativas, en casos como el de la legislación por parte del Presidente, donde es oportuno y pertinente señalar la prohibición como principio, porque su función no es legislar, sino administrar (art. 99, 3º, CN.).

libertad humana, en todos los órdenes, incluido el civil y comercial, mejor dicho, de la salud. Con lo cual, la disposición de la ley de derechos del paciente bastaba¹⁵⁸. Incluso era mejor, porque parte de la base de la libertad personal, encauzada sí bajo la forma del “consentimiento informado”. Muy por el contrario, la disposición es contraria a la Bioética que por décadas ha tratado de empoderar al paciente en su relación con el profesional de la salud, a fin de que gane autonomía¹⁵⁹.

12. Lo que el nuevo Código calla

El anteproyecto de la Comisión redactora establecía en el art. 241: “Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”. Lo que fue quitado por el Poder Ejecutivo al presentar el proyecto al Congreso. Lo gracioso es que cuando el senador Aníbal Fernández le contesta al senador Ernesto Sanz le dice que el agua forma parte de las atribuciones no delegadas por las provincias al Estado nacional, lo que no habilitaría a su inclusión como derecho fundamental en el Código Civil. Ocurre que el acceso al agua puede verse como un derecho fundamental y entonces materia de regulación legal por instrucción de la Constitución nacional (art. 28). También se ha visto como el Poder Ejecutivo publicitaba otorgamiento de viviendas, construcción de hospitales, cloacas, que son materia no federal. Justamente, el senador Naidenoff señaló que el artículo de las acciones colectivas podría utilizarse con el derecho al acceso al agua para

¹⁵⁸ “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente” (art. 6, ley 26529).

¹⁵⁹ V. GALATI (2011).

quienes no cuentan con ella, lo que habría motivado su eliminación, conforme el Congreso de la Nación, (2013).

El Código Civil y Comercial no habla de la gestación por sustitución¹⁶⁰. Estaba contemplada en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, tal como lo elaboró la comisión presidencial integrada por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer¹⁶¹. Como lo he dicho, lo refuerza Lorenzetti: “La abstención no es una respuesta válida, porque, en ausencia de regulación, la comercialización será inevitable, con sus graves consecuencias” (LORENZETTI, 2015: 82). Este párrafo está referido al art. 17, con lo cual hay que hacer los cambios correspondientes, ya que la gestación por sustitución nada comercializa, pero igualmente se realiza y cabe entonces, partir de la buena regulación que hicieron los codificadores de 2012.

No es casual que el Código no hable de un instituto que ayudaría tanto a quienes son minoría desde que el mundo es mundo, como homosexuales, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales. No es raro que el Poder Ejecutivo haya tenido gestos de reconocimiento a estas minorías desde 2003, y que haya

¹⁶⁰ Sobre el tema p. v. GALATI (2015). P. v. tb. GALATI (2014).

¹⁶¹ Allí se decía: “Artículo 562: *Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza*”.

habido una merma desde la muerte del ex presidente Néstor Kirchner y más aún desde la asunción del argentino Jorge Bergoglio como Jefe de la Iglesia Católica romana¹⁶².

Luego de la eliminación del artículo de la gestación por sustitución quedó sin embargo otro artículo que poco se entiende. Se trata del 562: “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 artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, *con independencia de quién haya aportado los gametos.*” La cursiva, que es mía, da a entender que existe la voluntad procreacional como fundamento de la filiación, independientemente de quién aporta los materiales sexuales o gesta el bebé¹⁶³. Hay que dar cuentas también de la concordancia de ese artículo con la ley 26.862 de fertilización asistida y la ley 26.618 de matrimonio igualitario. A lo cual hay que sumar el art. 56¹⁶⁴ referido a los “actos de disposición sobre el propio cuerpo”. Esto indica que no es posible que entre “gallos y medianoches” se altere todo un sistema y, más que ello, toda una oleada cultural relativa a dejar atrás las vetustas reglamentaciones (religiosas) que en materia sani-

¹⁶² Se trata de una influencia de naturaleza política tan parecida a la que señala el senador Giustiniani cuando se refiere a que después de la declaración de inconstitucionalidad de la ley de elección popular de los consejeros de la magistratura por la Corte Suprema, se paralizó el tratamiento de la reforma. V. CONGRESO DE LA NACIÓN (2013).

¹⁶³ Así lo reconoce el senador Sanz: “[...] respecto del 561 y del 19. Hay ahí una evidente incongruencia al haberse sacado, en el 19, la parte de fertilización asistida” (CONGRESO DE LA NACIÓN, 2013: 38).

¹⁶⁴ Art. 56 del CCYCN: “*Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable*”.

taria se venían imponiendo hasta 2002. Si bien ya he hablado de la justicia de la gestación por sustitución, en relación a este artículo puede decirse que la gestación por otro no disminuye permanentemente la capacidad del útero para la reproducción, ya que muchas mujeres pueden tener más de un hijo. Nótese que el artículo proyectado exigía que la gestante haya tenido al menos un hijo. Si la ley permite dar órganos y materiales biológicos (segundo párrafo), no se ve cómo podría negar algo que es menos lesivo que la dación, ya que el útero queda en el cuerpo de la mujer luego de la gestación¹⁶⁵. Se trataría de algo similar a una parte “renovable” del cuerpo humano. Una conducta es moral cuando no hace daño al prójimo y, en este caso, la conducta está llena de una generosidad y amor. Aquí la gestación ayuda a la salud de aquellos que no pueden lograr un hijo por sus propios medios, constituyéndose en un caso de fertilización asistida de alta complejidad.

El Código guarda silencio también respecto de la función social de la propiedad. Se dice en Congreso de la Nación (2013) que un anteproyecto de dictamen expresaba: “La propiedad tiene una función y, en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Eso no formaba parte del anteproyecto de la Comisión redactora ni del proyecto del Poder Ejecutivo. El senador Fernández dijo que ello es materia de la convención constituyente, y es cierto, pero también lo es que la Convención Americana de DDHH regula dicha función social, como lo acota la senadora Escudero, la que también resalta la utilidad de su incorporación en relación con la protección de los bosques nativos¹⁶⁶, que hacen a una “función social”, y que

¹⁶⁵ Dice un juez que admite la gestación por sustitución: “[...] hay posturas que entienden que en la maternidad por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta ‘da’ su útero para que en él sea implantado un embrión”(Caso “A. C. G y otros s. medida autosatisfactiva”).

¹⁶⁶ Sobre el tema p. v. GALATI (2009).

justificarían las limitaciones a la libre disponibilidad del derecho de dominio. Esto hace en última instancia a la salud colectiva. La senadora Escudero, acertadamente señala que debería tomarse al CC. como herramienta para favorecer a los más desprotegidos y bajar los tiempos de la prescripción adquisitiva, ya que los factores que existían en la época de Vélez no son los de ahora.

La resistencia se entiende si se relaciona este acontecimiento con la paralización del proyecto de participación de los obreros en las ganancias de las empresas, que impulsaran el ex abogado de la CGT Héctor Recalde y el ex Presidente Néstor Kirchner, en tanto muerto él, el proyecto quedó en el “olvido”, ya que la Presidente Fernández de Kirchner dijo que los ajustes se harían por convenio, por empresa.

13. Conclusión

El nuevo Código Civil no implica un cambio de paradigma, pero sí es un elemento a tener en cuenta para un análisis de Historia de la Ciencia que muestre un cambio de paradigmas en el mundo del Derecho. Tiene algunas fallas en tanto trata innecesariamente temas de Teoría General del Derecho, regula una materia que no le es propia, como la del Derecho de la Salud, que merecería un tratamiento especial por la cantidad de sus temas y su especial exigencia de justicia, la protección del paciente. También repite en materia de consentimiento informado, directivas anticipadas. Prohíbe irrazonablemente la investigación genética en lugar de limitarla a la lucha contra las enfermedades. Trata los derechos de incidencia colectiva de una manera tibia, incluso menos favorable que la propia Constitución. Y lo mismo hace con los derechos de los pueblos originarios. Sí es auspicioso que se regule legalmente lo referido a la

investigación con seres humanos aunque hay faltantes en relación con la Declaración de Ética en la Investigación Médica de Helsinki en su versión de 2013. Vale resaltar el protagonismo acordado al niño en lo relativo a su competencia sanitaria. Si bien se dice en un artículo que la personalidad comienza con la concepción, entendiéndosela como fecundación, el resto del ordenamiento normativo va por la implantación. Hay una innovación al hablar de la prevención del daño, la cual es plenamente aplicable al Derecho de la Salud. Calla en lo relativo al acceso al agua, la función social de la propiedad, la gestación por sustitución y el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho, ni reconoce que la costumbre es fuente plena del Derecho, y no solamente para suplir falencias de la ley o para seguir sus dictados. Cobra entonces plena importancia aquella frase que decía: “por el Código Civil pero más allá del Código Civil”, en suma, vayamos hacia un Derecho de la Salud complejo.

Referencias bibliográficas

ALERM GONZÁLEZ, Alina (2008): “Investigación médica básica”, en AAVV, “Diccionario Latinoamericano de Bioética”, Tealdi, Juan Carlos (direct.), UNESCO – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Universidad Nacional de Colombia.

BERGEL, Salvador (2012): *El vínculo de la genética con los derechos humanos*, en AAVV, “*Genética y Derechos Humanos. Encuentros y desencuentros*”, Penchaszadeh, Víctor (comp.), Buenos Aires: Paidós.

BERLINGUER, Giovanni (1996): *Ética de la salud*, Buenos aires: Colección Salud Colectiva.

BOTTASSO, Oscar (2013): *Aspectos básicos para la realización de una investigación clínica*, Buenos Aires: Federación Argentina de Cardiología.

CAMPS, Victoria (1992): “Locke”, en AAVV, “*Historia de la ética*”, T. 2, Camps, Victoria (edit.), Barcelona: Crítica.

CARDOSO, Patricia y CANTAFIO, Fabio (2010): “*Terapias en etapa de experimentación y derecho a la salud*”, en La Ley, del 10.11.2010, t. 2010-F.

CASTILLO CÓRDOBA, Genaro (2013): *Introducción a la Filosofía (Introducción al Pensamiento Clásico)*, Piura: Universidad de Piura.

CIRUZZI, Ma. Susana (2011): “*El Caso B., A.J. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo: Cuando el Derecho impone la Ciencia*”, en MJD5233, del 28.2.2011.

CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL (CIJ) (2009): “*La Corte crea acción colectiva y da alcance general a un fallo*”, del 24.2.2009, en

<http://www.cij.gov.ar/nota-615-La-Corte-reconoce-accion-colectiva-y-da-alcance-general-a-un-fallo.html> (22.8.2015).

CIURO CALDANI, Miguel A. (1992): “Derecho de Ciencia y protección del investigador (Hacia una constitución más humanista de la vida jurídica)”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1992-III, págs. 851-857.

(2015): “El capítulo ‘Derecho’ en el Código Civil y Comercial”, en *Revista Investigación y Docencia*, Facultad de Derecho, UNR, n°49, págs. 63-94.

(2000): “El ámbito de la decisión jurídica (La construcción del caso)”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), N° 24, págs. 65-75.

(2004): “Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. La complejidad de los casos”, en *La Ley*, 2004-D, págs. 1181 y ss.

(2004/5): “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (FIJ), N° 28, págs. 19-32.

CONGRESO DE LA NACIÓN (2013): “Versión taquigráfica de los debates en la Cámara de Senadores por la ley 26.994”, sesiones del 27 y 28.11.2013, Bs. As., Dirección General de Taquígrafos.

CUETO RÚA, Julio C. (1961): *Fuentes del derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) (2002): en OMS (colab.), “Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos, Ginebra.

En

http://www.cioms.ch/publications/guidelines/pautas_eticas_internacionales.htm. Extraído el día 10/12/2015.

D’ARCY, Emma, y MOYNIHAN, Ray (2009): “Can the relationship between doctors and drug companies ever be a healthy one?”, en *Plos Medicine*, vol. 6, issue 7.

ESBORRAZ, David (2013): “La referencia a ‘los principios y valores jurídicos’ en el Código Civil y Comercial”, en *Roma e América. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, vol. 34, Modena-Bogotá, págs. 229-265.

FERRER, Jorge (2003): “Historia y fundamentos de los comités de ética”, en Martínez, Julio (edit), *Comités de Bioética*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

FISSORE, Diego (2014): *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Bueres, Alberto (direct.), Buenos Aires: Hammurabi.

FORTES LORENZO, Claudio, (2008): “Sistemas de revisión ética”, en *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Tealdi, Juan Carlos (direct.) ”, Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia.

GALATI, Elvio (2014): “Filosofía de la gestión de la ciencia en Argentina a partir de la historia del CONICET”, ponencia en el IX Encuentro de Filosofía e Historia de la Ciencia del Cono Sur, realizado en Los Cocos, Córdoba, del 15 al 19 de setiembre de 2014 y organizado por la Asociación de Filosofía e Historia de la Ciencia del Cono Sur y el Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba.

(2014): “Hacia la costumbre judicial de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, sec. Jurisprudencia anotada, n° 2014-IV, Buenos Aires: AbeledoPerrot.

(2015): *La costumbre en el Derecho Argentino. Análisis jusfilosófico y trialista de la 'razón' del pueblo*, Buenos Aires: Teseo-Universidad Abierta Interamericana.

Disponible en

<http://www.uai.edu.ar/investigacion/publicaciones/TESEO/19Galati/Galati%20-%20La%20costumbre%20en%20el%20derecho%20argentino.pdf>. Extraído el 4/12/2015.

(2011): “Algunos desafíos del Derecho Genético”, en *Revista Investigación y Docencia*, Facultad de Derecho, UNR, n°44, págs. 106-107.

(2012): “Introducción al pensamiento jurídico complejo. La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho, UNR, n° 20, págs. 157-215.

(2008): “El mayo francés como r-evolución. Sus relaciones con el pensamiento complejo y el trialismo”, en IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica: ‘De la ley a las prácticas: confrontaciones sociales por el uso del Derecho’, Rosario, UNR Editora, 2008, Publicada en http://www.sasju.org.ar/PONENCIAS_ARCHIVOS/CDSCONGRESOS/ponecias_congreso_rosario_2008.rar. Extraído el 4/12/2015.

(2011): "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*", vol. 2, n° 3, abril 2011, en <http://www.ea-journal.com/art2.3/Un-cambio-paradigmatico-en-la-salud.pdf> (28.4.2011).

(2014): "La gestación por sustitución según la minoría y la mayoría del Tribunal Supremo español", en *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n°2014-IV, sec. "Jurisprudencia anotada extranjera", Buenos Aires: AbeledoPerrot, págs. 228-234.

(2015): "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 7, n°1, Buenos Aires: La Ley.

(2009): "La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades", tesis doctoral, Rosario, Facultad de Derecho de la UNR, 2 t.

(2014): "Metodología jurídica compleja", en *Frónesis. Revista de Filosofía jurídica, social y política*, vol. 21, n°2, Venezuela: Instituto de Filosofía del Derecho – Universidad del Zulia.

Disponible en <http://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/18804>. Extraído el 4/12/2015.

(2015): "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en "*Revista de Derecho de Familia y de las Personas*", año 7, n°1, Buenos Aires: La Ley.

(2013): “Investigación compleja. Entre brechas y relecturas”, en Josefa García, Rut Agüero, Carlos Arcocha, Saúl Fuks, Stella Maris Martínez, Ángel Rivas y María Cristina Vidal (colab.), *Complejidad*, n°21, Buenos Aires.

(2015): *Los comités hospitalarios de bioética. Una comprensión trialista y transdisciplinaria desde el Derecho de la Salud*, Buenos Aires: Teseo- Universidad Abierta Interamericana UAI.

(2012): “La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades”, t. 1, cap. 7.

(2012): “Visión compleja de los paradigmas científicos y la interpersonalidad en la ciencia”, en *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, n°44, Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile.

(2012): “Comprensión del pensamiento jurídico complejo a través de un caso. La riqueza de la complejidad frente a la abstracción de la simplicidad”, en *Revista Cartapacio de Derecho*, Facultad de Derecho, UNICEN, vol. 23, pàgs. 1-56. Disponible en

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1389>. Extraído el 4/12/2015.

(2009): “El Derecho Ambiental en el Derecho Planetario. El hombre y la naturaleza hacia la auto-eco-reorganización”, en *Revista Investigación y Docencia*, Facultad de Derecho, UNR, N° 42, pàgs. 77-90.

GALDÓS, Jorge (2015): “Otras fuentes de las obligaciones”, en Lorenzetti, Ricardo (direct.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 8, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

GARAY, Oscar (2008): “El consentimiento informado”, Garay, Oscar (coord.), *Bioética en Medicina*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

(2008): “Competencia de la Nación y de las Provincias para legislar en materia sanitaria”, en *La Ley*, del 18.1.2008.

GARCÍA MINIET, Rocío y GONZÁLEZ FRAGUELA, Ma. Elena (2008): “Terapia génica. Perspectivas y consideraciones éticas en relación con su aplicación”, en *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, vol. 7, 2008, n°1, La Habana: Universidad de Ciencias Médicas de La Habana.

En http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-519X2008000100014. Extraído el 9/12/2015.

GAUDLITZ, Marianne (2008): “Reflexiones sobre los principios éticos en investigación biomédica en seres humanos”, en *Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias*, vol.24, n°2, de la Sociedad Chilena de Enfermedades Respiratorias.

En http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-73482008000200008. Extraído el 9/12/2015.

GIREL, Mathias (2014) : “L’invention la plus dangereuse de l’histoire”, entrevista a Robert Proctor, del 5.5.2014, en <https://lejournal.cnrs.fr/articles/linvention-la-plus-dangereuse-de-lhistoire> (15.8.2014).

GOLDSCHMIDT, Werner (1987): *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires: Depalma.

GONORAZKY, Sergio (2008): “Comités de ética independientes para la investigación clínica en la Argentina. Evaluación y sistema para garantizar su independencia”, en *Medicina*, n° 68, Buenos Aires, págs. 113-119.

En http://www.medicinabuenosaires.com/revistas/vol68-08/2/v68_n2_p113_119.pdf. Extraído el 9/12/2015.

HALL, Jerome (1959): *Razón y realidad en el Derecho*, David, Pedro (trad.), Buenos Aires: Depalma.

HERRERA, Marisa (2015): “Persona humana”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Se-

bastián (direct.), Buenos Aires: Sistema Argentino de Información Jurídica (Infojus), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comenta->

[do/CCyC_Comentado_Tomo_I%20%28arts.%201%20a%20400%29.pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comenta-do/CCyC_Comentado_Tomo_I%20%28arts.%201%20a%20400%29.pdf). Extraído el 9/12/2015.

HIGHTON DE NOLASCO, Elena (2015): “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, del 13.4.2015.

JUSTO, Luis (2008): “La investigación participativa”, en *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Tealdi, Juan Carlos (direct.)”, Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 361-364.

En <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>. Extraído el 9/12/2015.

KUHN, Thomas (1988): *La estructura de las revoluciones científicas*, Contin, Agustín (trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

(1994): *¿Qué son las revoluciones científicas?*, Romo Feito, José (trad.) Barcelona: Altaya.

(2002): *El camino desde la Estructura. Ensayos filosóficos 1970-1993*, con una entrevista autobiográfica, James Conant y John Hauge-land (comp.) (trad.), Beltrán, Antonio y Romo Feito, José. Barcelona: Paidós.

LAMM, Eleonora (2015): “Investigaciones en seres humanos”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo, y Picasso, Sebastian (direct.), t. 1, Buenos Aires: Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comenta-do/CCyC_Comentado_Tomo_I%20%28arts.%201%20a%20400%29.pdf. Extraído el 9/12/2015.

LEGAULT, Georges, PATENAUDE, Johane, y PARENT, Monelle (2009) : “Les comités d’éthique de la recherche sur l’humain : les chercheurs face aux enjeux d’internormativité et de gouvernance ”, en *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke*”, n° 40, 2009, págs. 383-407.

LORENZETTI, Ricardo (2015): “Introducción al Código Civil y Comercial”, en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf>. Extraído el 9/12/2015.

LORENZETTI, Ricardo (2014): “Título preliminar”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Lorenzetti, Ricardo (direct.), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

MAINETTI, José (2013): “Bioética y Medicina Posthumanistas”, La Plata: Quirón.

MANZINI, Jorge y TINANT, Eduardo (2008): “Las directivas anticipadas”, en *Bioética en Medicina*, 299/331, Buenos Aires: Ad-Hoc.

MARTÍNEZ, Stella Maris (2005): “La investigación con seres humanos: entre el paraíso y el infierno”, en *Revista Médica Rosario*, n° 71, 2005, págs. 36-41.

En-

http://delderechoreves.com.ar/wpcontent/textos/SMM/La_investigacion_en_serres_humanos-Entre_el_cielo_y_el_infierno.pdf. Extraído el 9/12/2015.

(2012): “Dificultades éticas en la era de la investigación farmacéutica liderada por la industria”, en “Ciencia crítica”, n°3, 2012, págs. 1-4;

En[http://delderechoreves.com.ar/wp-](http://delderechoreves.com.ar/wpcontent/textos/SMM/Dificultades_eticas_e_industria_farmaceutica%28SMMMartin)

con-

[http://delderechoreves.com.ar/wp-](http://delderechoreves.com.ar/wpcontent/textos/SMM/Dificultades_eticas_e_industria_farmaceutica%28SMMMartin)
[content/textos/SMM/Dificultades_eticas_e_industria_farmaceutica%28SMMMartin](http://delderechoreves.com.ar/wpcontent/textos/SMM/Dificultades_eticas_e_industria_farmaceutica%28SMMMartin)
[ez%29.pdf](http://delderechoreves.com.ar/wpcontent/textos/SMM/Dificultades_eticas_e_industria_farmaceutica%28SMMMartin). Extraído el 9/12/2015.

(2010): “Conflictos de intereses en la investigación ortopédica”, en *Actualizaciones en Osteología*, vol. 6, n°1, 2010, págs. 7-8.

En

http://osteologia.org.ar/index.php?s=ver_articulo&id=138&t=Conflictos%20de%20intereses%20en%20la%20investigaci%26oacute%3Bn%20ortop%26eacute%3Bdica. Extraído el 9/12/2015.

(2003): “Aprendiendo de un incidente olvidado: el episodio de Azul”, en *Revista Médica Rosario*, n°69, 2003, págs. 49-52.

MORIN, Edgar (2007): “Articular los saberes ¿Qué saberes enseñar en las escuelas?”, 2ª ed., Geneviève de Mahieu (trad.), Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador.

(2006): *El Método 2. La vida de la vida” y El Método 4. Las ideas. Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, en Sánchez, Ana (trad.), 7ª ed., Madrid: Cátedra.

(2006): *El Método 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana*, Sánchez, Ana (trad.), 7ª, 2ª ed., Madrid: Cátedra.

(2002): *La cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, 1ª ed., t Mahler, Paula (trad.) Buenos Aires.: Nueva Visión.

MOTA, Joaquim A. (2008): “Investigaciones científicas en niños”, en *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Tealdi, Juan Carlos (direct.), Bogotá: Unesco-Universidad Nacional de Colombia.

En <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>. Extraído el 9/12/2015.

NUSSBAUM, Marta (2002): “Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia”, en Orsi, Rocio (trad.), *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, del Instituto de Filosofía, España
<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/551/552>. Extraído el 9/12/2015.

PFEIFFER, Ma. Luisa (2008): “Ética y genética”, en Garay, Ocart (coord.) *Bioética en Medicina*, Buenos Aires: Ad Hoc.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, y SOLÁ, Ernesto (2014): “Ejercicio de los derechos”, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rivera, julio C. y Medina, Graciela (direct.), Buenos Aires: La Ley.

RESCO, Nicolás (2015): “Lorenzetti sobre el nuevo Código Civil: ‘Es un cambio de paradigma histórico’”, del 8.4.2015, en <http://www.tiempojudicial.com/web/lorenzetti-presento-el-nuevo-codigo-civil-es-un-cambio-de-paradigma-historico/12405>. Extraído el 9/12/2015.

RODRÍGUEZ FEO, Joaquín, “Hobbes”, en Camps, Victoria (edit.), *Historia de la Ética*, T. 2, Barcelona: Crítica.

RODRÍGUEZ FUNES, Virginia, “Ensayo clínico”, en *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Tealdi, Juan Carlos (direct.), Bogotá: UNESCO – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Universidad Nacional de Colombia. En <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>. Extraído el 9/12/2015

SAGARNA, Fernando, “Los cambios en responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación” en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/Los-cambios-en-la-responsabilidad-civil-por-SAGARNA.pdf> (12.8.2015).

SAMAJA, Juan (2004): *Epistemología de la salud: reproducción social, subjetividad y transdisciplina*, Buenos Aires: Colección Salud Colectiva.

SAUX, Edgardo (2015): “Derechos y actos personalísimos” (cap. 3), en Lorenzetti, Ricardo (direct.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

SAUX, Edgardo (2015): “Persona humana”, en Lorenzetti, Ricardo (direct.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

SAVATER, Fernando (1992): “Nietzsche”, en Camps, Victoria (edit.), *Historia de la Ética*, Barcelona: Crítica.

SCHOPPER, Doris y otros (2009): “Research ethics review in humanitarian contexts: the experience of independent Ethics Review Board of the Médecins Sans Frontières”, en *Plos Medicine*, vol. 6, issue 7, 2009, págs. 1-6.

TEALDI, Juan Carlos (2008): “Bioética y Derechos Humanos en investigaciones biomédicas”, en Garay, Ocart (coord.) *Bioética en Medicina*, Buenos Aires: Ad Hoc.

(2008): “Investigación en Salud”, en *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Tealdi, Juan Carlos (direct.), Bogotá: UNESCO – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Universidad Nacional de Colombia.

En <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>. Extraído el 9/12/2015.

ZOMMER, Laura (2015): “Aída Kemelmajer de Carlucci: ‘Me dolió que se excluyera del Código Civil la responsabilidad del Estado’”, en *La Nación*, del 12.10.2014, en <http://www.lanacion.com.ar/1734474-aida-kemelmajer-de-carlucci-me-dolio-que-se-excluyera-del-codigo-civil-la-responsabilidad-del-estado>. Extraído el 9/12/2015

