

LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO SANITARIO

SUMARIO — **CAPÍTULO I:** *Presentación del problema.* — 1. Introducción. 2. Las tendencias en pugna. 3. Intentos de fundamentación de la sustantividad del Derecho sanitario. 4. Opiniones en torno a la política sanitaria. 5. Regreso al punto de partida. — **CAPÍTULO II:** *Ampliación del problema: Las divisiones del derecho.* 1. Primer error en el planteo. 2. Las ramas del Derecho y la unidad de la Ciencia. 3. La axiología jurídica en la solución. 4. La axiología y la distinción del Derecho en público y privado. — **CAPÍTULO III:** *La respuesta axiológica.*

CAPÍTULO I

Presentación del problema

1. La tarea de definir una rama del Derecho, presupone el planteamiento de diversas cuestiones que escapan del ámbito de la Ciencia Jurídica y aparecen radicadas en el de la jufilosofía. Claro está que cuando el jurista, aún el especializado, hace Ciencia Jurídica, particularmente cuando expone el resultado de sus investigaciones, parte, sin que necesariamente lo manifieste en forma explícita, de una posición filosófico-jurídica determinada; es por ello que podremos referirnos a algunas de esas posiciones tal como resultan de los trabajos de aquellos tratadistas que han dedicado, de algún modo, su atención al sector del Derecho que suele ser comprendido bajo la denominación de “sanitario”.

Es que los juristas han advertido, desde hace bastante tiempo, que existen ciertas actividades —ciertos aspectos de la conducta— que son aprehendidos en normas de un contenido dogmático específico, cuya característica principal estaría dada por

su referencia a la salud humana y a los factores susceptibles de perturbarla. Pero sus concepciones del Derecho, les impulsaba a buscar sus caracteres diferenciales dentro de un tipo especial de normas, que llamaban sanitarias (racionalismo), o de una determinada situación fáctica, representada, para ellos, por el desarrollo alcanzado por la medicina, con la expansión de su problemática y de su esfera de acción, del individuo a la sociedad (empirismo).

A partir de entonces, se hizo evidente la necesidad de caracterizar y ubicar dentro de la Ciencia Jurídica ese fenómeno; como es lógico, teniendo en cuenta el grado de desarrollo alcanzado por la Ciencia del Derecho, no ha sido posible llegar a un acuerdo al respecto y así surgió la discrepancia de criterios a que nos referiremos a continuación.

2. Como consecuencia de lo expuesto precedentemente, al lado de la doctrina tradicional, que ha procurado encauzar el problema por las corrientes dominantes en materia de Derecho administrativo, circunscribiéndolo a la noción de la policía sanitaria, surge una tendencia que reclama, para este aspecto del saber jurídico, la relativa autonomía de las demás ramas del derecho.

3. Uno de los autores más antiguos involucrados en esta última tendencia es Silvio Lessona. En el tomo I de su obra ⁽¹⁾, pág. 23, afirma que el concepto de policía sanitaria es demasiado restringido "en cuanto deja de examinar toda aquella parte de la actividad del Estado en materia sanitaria que puede llamarse puramente administrativa y que mira a la defensa de la salud pública, no limitando o regulando la actividad de los particulares, sino preocupándose de la eficacia nociva que puede derivar de las cosas, creando normas para tutelar la higiene pública y que instituyen y regulan funciones especiales, o bien que proveen a aquella parte de la tutela sanitaria constituida por la curación, o que, finalmente, miran a la formación de la organización administrativa sanitaria".

(1) *Trattato di Diritto Sanitario*. Milán, 1914.

Surge de lo transcripto que el tratadista italiano no sólo identifica el Derecho con la norma jurídica, vicio este propio del racionalismo, sino que estima a la norma como medio apto para provocar determinadas transformaciones en la realidad natural o social.

Aparte de que, luego de las investigaciones de Kelsen y Cossio ambas concepciones deben ser totalmente desechadas, —por cuanto ha quedado demostrado que la norma es un juicio al que hace ser norma su integración con el verbo “deber ser” y que, siendo un juicio es también el concepto con el cual pensamos la conducta vista desde el peculiar enfoque de su interferencia intersubjetiva—, es evidente que Lessona estima, además, que el Derecho sanitario se integra con el poder de policía, pero también con las normas que proveen a la asistencia médica y a la organización administrativa de los órganos sanitarios.

La aparente sustantividad que se reconocería así al Derecho sanitario queda, empero, desvirtuada por el mismo autor, cuando afirma que “considerado pues como un conjunto de normas pertenecientes a varias ramas del derecho, el Derecho sanitario asume la forma de un derecho heterogéneo, esto es, de un complejo de varios derechos que, en base a criterios políticos, se conglomeran en torno a un ramo determinado de la administración pública, pero sin que los componentes individuales pierdan por este hecho la naturaleza propia y sin que se separen de los principios generales que le son propios” (2).

Como vemos, la posición racionalista en que el autor se coloca, al identificar el derecho con la norma, lo enfrenta con una aporía pues partiendo de que el Derecho sanitario es un conjunto de normas sanitarias, al no encontrar un criterio de distinción para cada clase de normas, concluye confesando que ese conjunto está integrado por normas que pertenecen a las más diversas ramas del Derecho. Advertido sin duda de ello, busca la salida por el lado de cierta realidad, representada, para él, por una referencia a un ramo de la administración. Es obvio

(*) LESSONA, *ob. cit.*, pág. 36.

que ni aun así consigue salvar tan grave inconveniente, puesto que tendría, en todo caso, que aclararnos que es lo que caracteriza a ese ramo de la administración y decirnos, entonces, que es el encargado de aplicar la norma sanitaria, lo cual implica volver a la posición inicial y porque ello equivaldría a negar la presencia del Derecho sanitario en un país en que no se hubiera estructurado la administración en forma tal que permita distinguir en ella un ramo con funciones específicas en la materia, con lo que se incurre en un absurdo, semejante al de sostener que en la antigüedad más remota no existía el Derecho porque su aplicación no se había centralizado en un órgano del Estado (3). A tales resultados conduce no haber advertido que el Derecho es conducta, con su valoración inmanente, y que la norma es sólo el concepto con que pensamos aquella.

Análoga concepción del Derecho sanitario es la que se revela en la obra de Orlando, en la que se determinan, como objetos del ordenamiento de la sanidad pública, los siguientes: a) una parte estrictamente administrativa que corresponde a la acción positiva y directa del Estado; b) una parte negativa que tiene el carácter de policía y c) una parte de organización para preparar los órganos que atienden a las funciones arriba indicadas (4).

Observemos, por de pronto, que la acción positiva y directa a que se alude en la obra de Orlando puede ser concebida, conforme a las especificaciones de la libertad jurídica —cuya exploración debemos también a Cossio (5)— como el ejercicio, bien de la facultad de señorío, bien de la facultad de inordinación. Sabido es, en efecto, que para los agentes del Estado rige también el axioma ontológico de que “todo lo que no está prohibido,

(3) Como lo señala CARLOS COSSIO en *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad* (Losada, Buenos Aires, 1944), pág. 176, si bien Kelsen identifica Derecho y Estado, “la identidad existe sólo desde cuando hay Estado, pues bien puede haber Derecho sin aquel grado de centralización.”

(4) ORLANDO, *Diritto Administrativo*. Società Editrice Libreria, Milano, 1905, vol. IV, parte II. — Artículo del Prof. CAMMEO, *Sanità Pubblica*, parte II, Libro único, Título I: “Le fonti del diritto sanitario”, pág. 246.

(5) Ver obra citada, pág. 289.

está jurídicamente permitido" (6); mientras su conducta, en el ámbito de sus funciones, no contraría deberes impuestos por las normas comunes o las específicas de su cargo, puede, al igual que la de cualquier particular, desenvolverse libremente, con determinaciones autónomas (facultad de señorío); en ese sentido, están facultados para, según su jerarquía, realizar todas las actividades que impliquen poner en ejecución los principios técnicos que tienden a la consecución de las finalidades perseguidas mediante el órgano a que pertenecen, las que también pueden, desde luego, ser específicas de dicho órgano o genéricas de la administración. Pero la acción positiva y directa del Estado puede, además, ser impuesta al agente por determinadas normas; en ese caso, corresponde referirse a una conducta con determinaciones heterónomas y colocada en el grado de especificación de la libertad que Cossio denomina de inordinación.

En segundo término, cabe señalar que dentro del llamado Derecho administrativo, es menester distinguir aún la conducta del agente que es aprehendida por las normas de organización y está, por lo tanto, circunscripta a su interferencia con la de los demás agentes, de aquella otra que es aprehendida en la interferencia con la conducta de los administrados y que puede caer tanto en lo que en el libro de Orlando se llama acción directa como en la "parte negativa" (policía), con la diferencia, meramente cuantitativa, de que en el primer caso, el mayor número de veces la libertad del agente es considerada en la etapa de especificación llamada facultad de inordinación, mientras en el segundo, tal etapa aparece cumpliéndose, por lo general, en la conducta del administrado. Sería ejemplo del primer caso, el deber del agente (Ministro de Salud Pública, Secretario de Salud Pública de la Municipalidad, etc.), de crear determinados establecimientos asistenciales y del segundo, el deber del médico, en el ejercicio de su actividad profesional privada, de notificar la existencia de una fuente de infección.

(6) La explicación y desarrollo de ese axioma han sido encarados por el mismo Cossio en la segunda parte de *La plenitud del ordenamiento jurídico* (Losada, Buenos Aires, pág. 139).

Formulamos las precedentes consideraciones en razón, principalmente, de que para Orlando el Derecho sanitario, según resulta de la ubicación del capítulo pertinente en la sistemática de su obra, es un aspecto del Derecho administrativo, circunstancia ésta que contribuye a sembrar una mayor confusión (resultante principalmente de la imprecisión en que se desenvuelven las teorías acerca de esa rama del Derecho), pues, como se percibe a través del análisis que acabamos de realizar, dentro del juego de los elementos comunmente usados por las corrientes doctrinarias tradicionales, resultaría sumamente difícil definir y especificar los contenidos del Derecho administrativo mismo.

Otro autor, más moderno que los anteriores, James A. Tobey (7), ha llegado a definir el Derecho sanitario "como aquella rama de la jurisprudencia que trata de la relación y aplicación de las leyes comunes y estatutarias a los principios y procedimientos de la higiene, la ciencia sanitaria y la administración de la salud pública".

No sería preciso extremar el análisis para comprender que Tobey, pese a su esfuerzo por elaborar una concepción ajustada a la experiencia jurídica, fracasa en su intento por haber omitido tener en cuenta uno de los elementos integrantes de dicha experiencia, elemento éste de carácter material y necesario, tal como lo califica Cossio (8). Nos referimos a la valoración jurídica.

Obsérvese, en efecto, que su definición contiene tan sólo el elemento formal y necesario —la norma—, en su restringida referencia a las "leyes comunes y estatutarias" y el elemento material y contingente, representado por los contenidos dogmáticos, que en este caso, según luego lo veremos, están integrados por los "principios y procedimientos" a que el autor hace referencia.

Con motivo de la omisión apuntada, su definición adolece del mismo defecto de imprecisión y conduce, como en el caso de Lessona, a la inevitable conclusión de que el Derecho sanitario

(7) JAMES A. TOBEY, *Public Health Law*, 2da. Edic. N.York, 1939, pág. 10.

(8) Ver *La Teoría Ecológica...*, pág. 49, y *El Derecho en el Derecho Judicial*, Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945, Cap. II, pág. 77.

estaría integrado por normas heterogéneas, pues entrarían en su concepto las de Derecho penal, que tipifican los delitos contra la salud pública, las de Derecho civil, que establecen impedimentos para contraer matrimonio basados en enfermedad, etc.

Las opiniones de los tres autores citados, que hemos tomado como ejemplos, nos demuestran las dificultades que se presentan, dentro de las teorías hasta hace muy poco tiempo dominantes, para enunciar el concepto del Derecho sanitario.

Digamos desde ya que con análogos inconvenientes tropiezan los publicistas que, negando la sustantividad del Derecho sanitario, pretenden reducirlo a uno de los aspectos del llamado "poder de policía".

4. No es necesario abundar en muchos ejemplos de lo que acabamos de decir. Entre nosotros, Bielsa dedica un párrafo de su obra a la "Policía Sanitaria", dividiéndolo en el estudio de las siguientes cuestiones: A - Jurisdicción Nacional (organización administrativa, policía sanitaria marítima y fluvial, profilaxis de pestes, y el estado de necesidad en la policía sanitaria); B - Reglamentación profesional; C - Régimen Legal de la Salubridad Urbana; D - Policía de Alimentos; E - Policía Industrial; F - Policía Mortuoria y G - Policía Sanitaria Animal (9).

Bueno es consignar que el mencionado tratadista participa de la concepción "europea continental" del poder de policía según la cual, dicho poder, extendido a la "protección integral de la vida y bienestar general", se resuelve "en un conjunto de limitaciones impuestas a los individuos (y a la propiedad), para la defensa de esos fines generales, es decir, la seguridad, la salud, el "confort", la prosperidad en suma" (10).

Para sujetarse a esa concepción, más restringida que la norteamericana, del "police power", Bielsa, en el párrafo aludido, se ocupa preferentemente de las disposiciones contenidas en las leyes vigentes que establecen ciertos deberes a los particulares y solamente se aparta de ella al incluir el estudio de la "or-

(9) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, tomo IV, pág. 170.

(10) BIELSA, *ob. cit.*, pág. 6.

ganización administrativa". De tal manera, el problema queda reducido a una simple aplicación de la noción de policía a las actividades del Estado que tienden a salvaguardar la salud pública y, por ende, a enunciar las leyes que prevén las restricciones que de ellas, pueden resultar para los particulares. No obstante lo que antecede, ha de ser preciso reconocer que se plantean algunas cuestiones que no tienen solución dentro de aquella noción genérica y así se ve constreñido, a buscar la justificación de dichas restricciones en el estado de "necesidad", con lo cual se coloca ya en una posición jusnaturalista refirmada en el "Prólogo" al libro de Domínguez ⁽¹¹⁾ —del que a continuación nos ocuparemos— cuando sostiene que "la misma prohibición de contraer matrimonio sin el certificado prenupcial (por razones de higiene), limita la libertad del individuo en defensa del cuerpo social tomado como unidad permanente; pues asegurar o defender la integridad física de la población es función propia del Estado".

Pero es Domínguez quien, en su obra intitulada "Policía Sanitaria", lleva la tesis a sus últimos extremos. En primer lugar, parte de la afirmación de que "la tutela de la salud pública" se realiza por el Estado mediante leyes de asistencia médica, normas de policía y leyes penales ⁽¹²⁾. La salud pública como "bien jurídico tutelado", sería, pues, un fin y la norma jurídica un medio para obtenerlo. Sobre el desacierto de semejante concepción nos remitimos a lo dicho con anterioridad.

Sostiene después la necesidad de distinguir entre asistencia médica y policía sanitaria. La diferencia consistiría en que en la primera "el individuo solicita el servicio, sea invocando un derecho, sea a título de gracia"; en cambio, "la asistencia sanitaria coactiva, o sea el tratamiento compulsivo en caso de negativa a tratarse, constituye sí una limitación de la libertad y por tanto una medida de policía" ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ ALBERTO DOMÍNGUEZ, *Policía Sanitaria*, Depalma, Buenos Aires, 1946, prólogo, IX.

⁽¹²⁾ DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pág. 52.

⁽¹³⁾ DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pág. 53.

Nos vemos precisados a formular aquí las siguientes observaciones: a) la limitación a la libertad (entendida aquí como facultad de señorío), no consiste en el tratamiento compulsivo impuesto al que se negó a tratarse sino que se encuentra ya en el deber de someterse a tratamiento médico que para las personas afectadas de ciertas enfermedades, prescriben algunas de nuestras leyes vigentes; el tratamiento compulsivo representa, en realidad, la sanción, con que se conceptualiza la libertad en el grado de especificación que Cossio denomina “entuerto”; b) la diferenciación que pretende establecer Domínguez, partiría del supuesto de que en un caso, el de la asistencia, no hay nada más que facultad de señorío mientras en el otro caso solamente estaríamos frente a facultades de inordinación, lo cual constituye, si lo que se ha querido deslindar son dos realidades jurídicas, un verdadero absurdo. Puesto que el Derecho es conducta vista del particular enfoque de la interferencia intersubjetiva —lo que implica que al hacer se opone un impedir—⁽¹⁴⁾, siempre habrá una conducta sometida a un deber. Así, en el caso de la asistencia que se pide, por lo menos cuando se pide invocando un derecho, frente al peticionante habrá siempre un obligado, como lo hay en el caso de la llamada policía.

Se advierte ahora por qué la distinción entre asistencia y policía sanitaria es, según lo dijimos, meramente cuantitativa. Cualitativamente, tanto en uno como en otro caso existe ese alguien obligado mentado en la norma jurídica, aún cuando en uno lo sea generalmente un particular y en el otro, la mayoría de las veces se trate de un agente de la administración pública. La coacción como sanción no es, por lo tanto, una característica que permita sustentar la diferencia aludida; es evidente que si existe el deber jurídico de prestar asistencia, existe también la sanción para el caso de incumplimiento.

5. Después de haber recorrido brevemente las dos tendencias en que se divide la doctrina, podemos advertir que la cuestión no se limita a simples discrepancias en cuanto a la denomi-

(14) Cossio, *La Teoría Ecológica...*, pág. 124.

nación de una rama de la Ciencia Jurídica sino que involucra otro planteo mucho más importante, toda vez que se trata de reconocerle o negarle sustantividad. Esto último, además, implica una serie de cuestiones conexas; algunas, vinculadas a la necesidad de la especialización de la actividad judicial, otras, a su incorporación a la enseñanza universitaria, otras, al mayor interés de los juristas por sus problemas, etc.

Cierto es que en lo sustancial, los aportes doctrinarios que hemos examinado no nos conducen a ninguna solución definitiva pero nos han de prevenir acerca de los errores que deben ser superados, si se quiere arribar a una conclusión verdaderamente científica.

Es preciso, por lo tanto, para nosotros, volver al punto de partida y proceder a la elección de una nueva senda, para lo cual confesamos anticipadamente la confianza que nos inspira la luz que arroja la Teoría Ecológica del Derecho.

Conviene, como punto previo, tener presente que el problema que gira en torno al Derecho sanitario es, en distinta escala, el de toda la Ciencia Jurídica. El mismo Domínguez nos da la pauta de ello cuando se pronuncia contra “cierta tendencia doctrinariamente perjudicial que consiste en denominar “derecho” y propender a la autonomía jurídica de los principios jurídicos y disposiciones legales aplicables a un mismo objeto (sanidad, ferrocarriles, teléfonos, etc.)”.

Lo que no nos aclara dicho autor, es cuándo tal denominación y autonomía son correctamente aplicados; ello es lo que hay que establecer y así lo intentamos en el próximo capítulo.

CAPÍTULO II

Ampliación del problema: Las divisiones del Derecho

1. Como consecuencia del racionalismo dominante, cada vez que el jurista tiene que enfrentar el problema de las divisiones del Derecho, parte de su distinción en público y privado, dando

por sentado que todas las demás ramas, y también el Derecho internacional, deben forzosamente entrar en el marco de las dos primeras.

Pero he aquí que se tropieza con un grave inconveniente, ya que se presentan dificultades aparentemente insalvables cuando se quieren establecer las circunstancias que sirvan para fundar dicha distinción. Ya en 1904 Holliger enunciaba 104 teorías sobre la división del Derecho en público y privado para llegar a la conclusión de que ninguna era satisfactoria ⁽¹⁵⁾.

Quizá el planteamiento previo de la división del Derecho en público y privado, como si estos fueran los géneros y las demás ramas las especies, haya sido motivado por la aparente logicidad del mismo y sin que se hubiera buscado la verificación de su certeza en la realidad.

Nosotros trataremos de aclarar la cuestión siguiendo el camino opuesto; vale decir, que primero procuraremos establecer sobre qué bases descansa en la realidad la diferenciación entre las ramas particulares del Derecho, para luego recién ver qué hay de fundamento en esa otra distinción.

2. A modo de aclaración previa, digamos que si bien es cierto que el Derecho, para ser ciencia, tiene que reconocer un objeto único y constituye una plenitud hermética ⁽¹⁶⁾, no es menos cierto que ha de ser posible hablar de ramas del Derecho si es que algo nos han de significar los viejos y modernos tratados de Derecho civil, de Derecho penal, de Derecho comercial, etc. y los códigos y recopilaciones de leyes en que se condensa la normación positiva y vigente de casi todos los países que han logrado alcanzar cierto grado de su evolución. Por supuesto, todos ellos son el resultado y el exponente de la especialización que no destruye, de ninguna manera, la unidad de la Ciencia, pues no son más que verdades de hecho ligadas por un sentido acumulativo que las hace ser partes de una misma totalidad ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Cita extraída de *Introducción al Derecho* de ENRIQUE R. AFTALIÓN y FERNANDO GARCÍA OLANO (Buenos Aires, 1934, 4ª ed., pág. 311).

⁽¹⁶⁾ COSSIO, *La plenitud de ordenamiento jurídico*, pág. 139 y sigtes.

⁽¹⁷⁾ COSSIO, —*ob. cit.*, pág. 126 y siguientes— desarrolla ampliamente este concepto.

Ahora bien; con todo, debe haber algo que nos diga cuando una especialidad merece ser llamada rama del Derecho; algo que determine, en alguna manera, los límites de la especialización. Desde luego que no podemos, si queremos conocer esos límites, quedarnos en los conceptos, pues dijimos ya que se trata de verdades de hecho; sabemos también, supuesto que habremos de buscarlos en la experiencia jurídica, de los fracasos de aquellos que han emprendido esa tarea sobre la base de sus contenidos dogmáticos o de determinadas realidades histórico-sociales. Resta, pues, como única posibilidad, la que nos ofrece el tercer elemento de la experiencia jurídica, o sea la valoración positiva.

3. Dijimos antes, que la Teoría Ecológica nos iba a iluminar el camino a recorrer. Ha sido precisamente su fundador, Carlos Cossio, quien nos ha mostrado la existencia de ese tercer elemento y quien, además, ha ampliado el conocimiento de la axiología jurídica al romper con la tendencia según la cual se consideraba, generalmente, a la justicia, como único valor de la intersubjetividad. Nos dice, pues, que "no hay inconveniente en suponer que los valores jurídicos que se vivencian en la valoración judicial, son múltiples; y no sólo no hay inconveniente, sino que lo correcto es suponer que son valores jurídicos todos los valores intersubjetivos y que, por lo tanto, ellos han de formar un plexo por esa característica definitiva de intersubjetividad que todos tienen" (18). Enuncia, en consecuencia, siete valores, a saber: orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia. Expresa la posibilidad de poner esos valores en serie, advirtiéndose, así, que pueden ser escalonados de acuerdo con su jerarquía o dignidad, observándose que a medida que aumenta la dignidad del valor disminuye su fuerza y viceversa. De esa manera, el valor justicia es el de mayor dignidad axiológica pero también el de menor fuerza; en cambio, para tomar el ejemplo que se encuentra en el extremo opuesto, el valor orden, siendo el más fuerte, es el de menor jerarquía.

(18) Cossio, *El Derecho en el Derecho Judicial*, pág. 173.

El citado autor hace una aplicación de su teoría del plexo axiológico jurídico cuando, mediante un método semejante al preconizado por Husserl y la escuela fenomenológica, pone en descubierto, a través de sucesivas reducciones, la esencia de la jurisprudencia, que se nos muestra como un hecho axiológico, que consiste en la realización del valor orden (19).

Claro está que ello sólo es posible cuando se parte de una concepción realista del Derecho —realista en el sentido de realidad cultural— pues de esa manera es factible bucear en los hechos de cultura, en la conducta humana, con su valoración inmanente. Pero esto mismo nos abre la puerta a la posibilidad de ampliar las investigaciones a todos los demás hechos de la misma realidad.

Tomemos, por ejemplo, el homicidio. Si vamos, por sucesivos paréntesis, despojándolo de todo aquello que no hace de un modo directo al interés del jurista, iremos eliminando las circunstancias accidentales, que pertenecen al reino de la naturaleza, hasta llegar a poner al desnudo el hecho axiológico jurídico de la conducta, en las valoraciones jurídicas positivas. Y dentro de estas últimas, si encerramos aún en sucesivos paréntesis todos los demás valores, nos quedaremos finalmente con el valor seguridad. Recordemos que “hay seguridad cuando, sobre la materia que da la estabilidad, encuentro en ella la protección contra un daño o peligro, y si no estoy protegido, hablaré negativamente de inseguridad” (20).

El ejemplo utilizado es de fácil verificación intuitiva. Cuando el consenso popular reclama el castigo del criminal, cada uno lo hace pensando también en su propia seguridad, porque valora la conducta del criminal, como opuesta a aquella.

Del mismo modo, llegaríamos a idénticos resultados si examináramos el hurto, la violación, la injuria, etc., según que se piense en la amenaza que esas conductas representan para la seguridad de nuestra propiedad, honestidad, honor.

(19) COSSIO, *ob. cit.*, pág. 173 y sigtes.

(20) COSSIO, *ob. cit.*, pág. 174.

Es decir, pues, que existen numerosos hechos de conducta en los que se hace patente su esencia axiológica en el sentido del valor seguridad. Pues bien; agrupemos todos esos hechos tal como los aprehendemos con la norma jurídica, y tendremos la base sobre la cual se levanta el Derecho penal, como una de las ramas de la Ciencia Jurídica.

El racionalismo no ha advertido la aparente sencillez de lo que se acaba de exponer, pues su noción de una ciencia que reposa sobre un objeto ideal —la norma— le obliga a buscar la caracterización de cada rama del Derecho dentro de los elementos lógicos que lo integran. Es por tal motivo que sólo juega en sus definiciones del Derecho penal, la estructura lógica, la que descompone en los elementos delito y pena, con lo cual no logra diferenciarlo de las restantes ramas, especialmente de las comprensivas de las llamadas leyes de faltas, como lo comprueban las dificultades surgidas cuando se trata de establecer la distinción entre contravención y delito (21).

Aún cuando no está en nuestro tema investigar la esencia de todos los hechos jurídicos para ubicarlos en cada rama, citaremos, para mayor claridad, otro ejemplo. Cuando dos personas celebran un contrato determinado con un contenido patrimonial, estamos en presencia de otro hecho y si procedemos como en el caso anterior apartando las circunstancias accesorias para el jurista, llegamos a la comprobación de que lo esencial es el hecho axiológico de la conducta; y si eliminamos uno a uno los valores del plexo axiológico jurídico, encontramos finalmente que hay uno que no puede ser dejado de lado sin que el hecho se desvanezca en la nada. Ese valor sería, en este caso, la paz, concebida por Cossio como “la conformidad, dentro de la ausencia de fuerza, en la realización de las relaciones jurídicas” (22). Al mismo resultado se llegaría tomando otras figuras jurídicas como ciertas relaciones de familia, los llamados derechos sucesorios, etc. Estamos, pues, en presencia de otros hechos de conducta en los

(21) Ver al respecto en SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1940, pág. 208 y sigtes.

(22) COSSIO, *ob. cit.*, pág. 175.

que predomina esencialmente un valor común, la paz, y pueden por ende, ser agrupados. Por ello, constituyen el fundamento de esa rama que se denomina Derecho civil.

4. Ahora bien; admitida la posibilidad de llegar a la caracterización esencial axiológica de cada una de las ramas del Derecho, quedaría todavía pendiente la cuestión acerca de la distinción entre Derecho público y privado.

Si proseguimos la tarea de buscar en la experiencia jurídica las motivaciones de esa distinción pondremos en descubierto que los valores del plexo jurídico tienden a realizarse mediante el orden, la seguridad y el poder. Dicho de otro modo, parecería que cuanto más dignidad axiológica tuviera un valor, más necesitaría, para su realización, de un valor de menor jerarquía pero de más fuerza. Ello se explicaría, teniendo en cuenta que, como dice Cossio, "si se trata de realizar un acto cualquiera que transmute un valor positivo, cuesta mucho más vencer la resistencia que oponemos no sólo nosotros mismos, sino sobre todo el prójimo y la sociedad, cuando se trata de cambiar un valor primario, de los más bajos, que no uno de los más altos" (23).

La justicia, bajo su moderno aspecto y denominación de "justicia social" parecería, en efecto, que necesitaría para tener realización, la realización plena de los valores de menor jerarquía. Es lo que surgiría, al menos, de la observación de los fenómenos históricos ocurridos en los últimos años, que representan los esfuerzos para implantar la justicia en determinados países, por medios totalitarios (v. gr., la U. R. S. S.) y también del ejemplo de algunos países democráticos, como Gran Bretaña desde el advenimiento al gobierno del laborismo. Observemos, por otra parte, como el Derecho del trabajo, desde que los hechos que hoy lo integran dejan de ser regidos por las disposiciones civiles y se estructura en torno a un valor esencial distinto (a nuestro juicio, el valor solidaridad), hubo, para procurar la realización de dicho valor, de recurrir al orden, la seguridad y el poder.

Claro está que nos hemos limitado a describir la realidad tal

(23) Cossio, *ob. cit.*, pág. 176.

como la vemos; otra cosa distinta sería considerarla desde el punto de vista de la axiología pura, que quizá nos llevaría a vivenciar esa misma realidad como opuesta a los ideales verdaderos de justicia, solidaridad, etc.

Lo cierto es, de todos modos, que establecido que los valores de más dignidad se realizan por los de más fuerza, no ha de resultar fácil, para el observador ingenuo, distinguir los primeros de los segundos. Así, si la idea de un Derecho público apareció cuando la sociedad comienza a centralizar el ordenamiento jurídico en el Estado (24), es decir, cuando se inicia la tendencia a realizar los valores de más dignidad por intermedio del orden, del poder y de la seguridad, se explica que se unieran bajo el signo del Derecho público todos los valores que han ido ingresando en ese proceso.

Se desprende de lo expuesto, que el Derecho público y el privado no son géneros comprensivos de las demás ramas del Derecho; no son, tampoco, nociones a priori como lo sostuviera Radbruch (25), sino simples hechos que se dan así en la experiencia, pero que pudieron darse de otra manera.

CAPÍTULO III

La respuesta axiológica

Después de lo dicho en el Capítulo anterior, fácil será advertir que la solución que nosotros proponemos para el problema de la sustantividad del Derecho sanitario, habrá de estar fundada en la realidad axiológica.

Siguiendo el método ya utilizado, tomaremos algunas de las

(24) Ulpiano, según cita que extraemos del libro de AFTALIÓN y GARCÍA OLANO ya citado, definía ambas ramas del Derecho diciendo: "Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam publicae utilia, quaedam privatum".

(25) GUSTAVO RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Madrid, 1944, parágrafo 16, pág. 163 y siguientes.

figuras más típicas de las que, sin mayores discrepancias doctrinarias, suelen ser consideradas como integrantes de esa especialización.

El médico que asiste o reconoce al enfermo está obligado, en nuestra legislación vigente, a denunciar el caso de enfermedad transmisible a la autoridad sanitaria (26). Si sometemos a una investigación, por el método fenomenológico, al hecho del médico formulando esa denuncia, prescindiremos, desde luego, de todas las circunstancias que hace al reino de la naturaleza que, según es sabido, no constituyen el objeto de la Ciencia Jurídica; después seguiremos eliminando los restantes elementos extraños a dicha Ciencia hasta encontrarnos frente al hecho desnudo de la conducta en interferencia intersubjetiva; por lo tanto, frente a la valoración jurídica que le es inherente. Ensayemos nuevamente eliminar uno a uno todos los valores jurídicos y notaremos que si suprimimos el valor cooperación, representado como el “hacer de alguien en el hacer de otra persona, es decir, un hacer conjunto en alguna medida” (27), el sentido del hecho de conducta se borra, lo que equivale a decir que la conducta, como tal desaparece.

De los autores que citamos en el Capítulo I, ha sido Tobey quien ha buscado, según ya lo apuntamos, el material de su definición en la experiencia jurídica, aún cuando prescindiendo de la valoración. Pues bien; si los contenidos dogmáticos juegan en dicha experiencia como la forma de la materia a conocer —la conducta— (28), ello se hace patente en tratándose de hechos como el que se acaba de examinar, pues la Ciencia sanitaria impone, para la realización de sus fines, el “hacer conjunto” de todos. De ahí que cuando la norma establece para el médico el deber a que aludimos, valoramos su conducta, si cumple ese deber, como positivamente valiosa, en el sentido del valor cooperación.

Encontraremos en la experiencia jurídica numerosos hechos que corroboran lo expuesto, tales como el cumplimiento de las

(26) Ley 12.317, art. 5º

(27) COSSIO, *ob. cit.*, pág. 175.

(28) COSSIO, *id. id.*, pág. 83 y *La Teoría Ecológica...*, pág. 64.

medidas de aislamiento y el sometimiento a tratamiento médico de la persona afectada de ciertas enfermedades transmisibles ⁽²⁹⁾; la construcción del edificio, a prueba de ratas, por su propietario ⁽³⁰⁾; la destrucción de los focos de infección ⁽³¹⁾; etc.

No es ajena, por cierto, a las consideraciones precedentes la realización, por los agentes de la administración pública, de determinadas obras de saneamiento o la construcción de establecimientos asistenciales de cierto tipo, pues se trata también de hechos de conducta, susceptibles por ello de valoración y cuyo sentido, en los casos mencionados, estaría conformado por contenidos dogmáticos inherentes a la Ciencia sanitaria y se circunscribiría, en su esencia, al valor cooperación.

La agrupación de todos esos hechos que responden a la misma valoración y su conceptualización en normas, nos pone, pues, en contacto con una rama del Derecho que posee la misma autenticidad y la misma autonomía relativa de las ya tradicionalmente consagradas.

Cierto es que puede darse la circunstancia de que un hecho de conducta, contornado principalmente por elementos dogmáticos provenientes de la Ciencia sanitaria, tenga no obstante un sentido que esencialmente corresponda a un valor que no es la cooperación. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito de contagio venéreo donde el sentido de la conducta habría de ser esencialmente referido al valor seguridad. Pero cuando ello acontece, es evidente que el hecho así presentado integra el campo del Derecho penal ya que, según lo hemos mostrado oportunamente, esa rama del Derecho se construye precisamente sobre hechos con ese valor esencial.

Aún a riesgo de salirnos del tema, señalaremos, a propósito del ejemplo que acabamos de citar, que quizá no sea del todo acertado el criterio de incluir en el código penal, como ya se ha propiciado, el llamado "delito de exposición al contagio vené-

⁽²⁹⁾ Ley 12.331, art. 9º.

⁽³⁰⁾ Ley 11.843, art. 5º.

⁽³¹⁾ Ley 5.195, art. 11, modificada por ley 13.266.

reo" (32), figura ésta que suele ser construída en torno a un hecho de conducta cuyo sentido responde, esencialmente, al valor cooperación.

Se justificaría, ahora, que se hable de un Derecho sanitario y se tracen los cauces de una nueva especialización dentro de la Ciencia Jurídica. Ello habrá de redundar, por lo demás, en una correcta estimación de los graves problemas que se plantean en su ámbito, los que no han sido abordados, salvo raras excepciones, sino por hombres de otras ciencias que son también los que, las más de las veces, tienen a su cargo la estructuración de las normas sanitarias.

Nos permitimos, entonces, llamar la atención de los juristas hacia estas y otras cuestiones no menos importantes del Derecho sanitario que aguardan, casi vírgenes aún, su solución que, por otra parte, sólo podrá ser obtenida, —quizá tras no pocos debates y polémicas como los que enriquecieron otras ramas tales como el Derecho civil y el penal—, en el fértil terreno del saber acumulativo (33).

ANTONIO D. KRALY

(32) Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, Lozada-Buenos Aires, 1942, pág. 125 y su artículo *El delito de contagio venéreo*, publicado en "La Ley", tomo 24, sec. doctrina, pág. 108; ver también Proyecto del Código Penal de José Peco, art. 129.

(33) Acerca del saber acumulativo del Derecho, ver COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, pág. 115 y sigtas.

