

**Andrés ROSSETTI y Magdalena I. ÁLVAREZ (compiladores),**  
*Derecho a la Vida. Un análisis desde el método de casos,*  
**Advocatus, Córdoba-Argentina, 2005, 382 pp.**

CARLOS LEMA AÑÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la vida, derecho a la protección de la salud, método de casos

**KEY WORDS:** right to life, right to health care, case method

Es fácil encontrar numerosas obras –y también jurisprudencia- en las que el tratamiento con respecto al “derecho a la vida” se inicia o se culmina apelando al valor de la vida humana y al derecho a la vida como “derecho humano fundamental”, “prerrequisito para el disfrute de los demás derechos” o incluso “*prius* lógico” respecto a los demás derechos. Afortunadamente no carecemos de aportaciones que cuestionen esta retórica poniendo de manifiesto tanto la inconsistencia conceptual de este tipo de afirmaciones, como su déficit de fundamentación y/o correspondencia con las declaraciones internacionales o constitucionales de derechos y, sobre todo, las insostenibles consecuencias teóricas y prácticas que este tipo de concepciones comporta. En buena medida, el debate en torno al alcance y el significado del derecho a la vida, se ha venido planteando en estos términos, con argumentaciones y contraargumentaciones muy elaboradas e implicando sus complejas relaciones y eventuales conflictos con otros derechos o valores tales como la autonomía, la intimidad o incluso la libertad ideológica o religiosa. No falta, como es de esperar, este punto de vista en el libro que nos ocupa, tratando además estos asuntos con profundidad y rigor. Pero lo que resulta más novedoso es seguramente el tratamiento del derecho a la vida teniendo como horizonte que los poderes públicos (y privados) toman cotidianamente decisiones que en última instancia afectan de una u otra manera al derecho a la vida.

Que el derecho a la vida, en efecto, resulte en realidad afectado constantemente por decisiones políticas y jurídicas parece estar fuera del sentido común jurídico. Pero una consideración realista y global del derecho a la vida y que además pretenda ser justa con la importancia discursiva que se le suele conceder ha de considerar las cosas desde este punto de vista. Los derechos -también el derecho a la vida- según la conocida advertencia de S. Holmes y C. Sunstein *cuestan dinero* y no pueden ser protegidos sin destinarles fondos públicos<sup>1</sup>. Pero esto también significa que las políticas económicas, las políticas impositivas y los presupuestos generales del Estado importan en la protección de los derechos y, en nuestro caso, suponen tomar decisiones de vida o muerte. Por este motivo, porque los derechos cuestan y los recursos son escasos, las teorías de los derechos no pueden ser totalmente ajenas a la cuestión de la justicia distributiva.

Que los derechos cuesten no ha de ser identificado con que “los derechos sociales cuestan”, porque tanto o más cuestan los viejos derechos (¿acaso no cuesta la “tutela judicial efectiva”, por no hablar de la “seguridad”). Pero es cierto que la visibilidad de los costes se incrementa cuando entramos a considerar los derechos de prestación. Y también en el caso del derecho a la vida, ya que cuando el derecho a la vida se conecta con el derecho a la salud e incluso con el derecho a la integridad física y psíquica surgen los problemas derivados del hecho de que aquí puede hacerse más patente la vertiente positiva de estos derechos y también el problema de los costes. Por eso creo que un mérito importante de la obra que estamos considerando es precisamente haber puesto de manifiesto la relación del derecho a la vida con el derecho a la protección de la salud y al hacerlo entrar a considerar decisiones presupuestarias y organizativas de los poderes públicos y su influencia directa e indirecta en la protección del derecho a la vida. Con ello, lo que podemos evaluar es de forma realista cuál es el alcance de la protección que efectivamente queda garantizada por el “derecho a la vida”.

Porque aunque las constituciones y tratados internacionales de derechos incluyen en sus disposiciones la afirmación de un derecho a la vida, un derecho a la integridad y un derecho a la protección de la salud, no obstante, por las razones antedichas, se ha podido llegar a negar en este último caso que nos encontremos ante un verdadero derecho o al menos a afirmar que

---

<sup>1</sup> S. HOLMES y C. SUNSTEIN, *The cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York-London, 1999.



se trata meramente de un “derecho en el papel”. El “derecho a la protección de la salud” se trataría meramente –y más que de un derecho fundamental– de un “principio rector de la política social y económica”, atendiendo a su ubicación constitucional en el caso español. En esta medida no sería un derecho de aplicación directa (sin la intermediación del legislador) y por tanto carecería de justiciabilidad, de capacidad para fundar una pretensión jurídicamente acogible.

Ciertamente, se podría decir que es posible hablar sin mayores problemas de un derecho a la protección de la salud atendiendo no sólo a la constitución (y al carácter normativo de los principios rectores), sino también a sectores del ordenamiento jurídico que la complementan y a determinados instituciones y políticas públicas que desarrollan actuaciones públicas en este ámbito. De este modo, en un sentido descriptivo podríamos decir que un ordenamiento jurídico determinado recoge este derecho si, por un lado está constitucionalizado y por otro lado existen ciertas garantías para este derecho y cierto desarrollo tanto legislativo como institucional (organizativo y económico).

Ahora bien, que las dificultades de entender el derecho a la protección de la salud –sobre todo en su parte prestacional– como un derecho fundamental persisten y plantean relevantes cuestiones, no es difícil de mostrar si tenemos en cuenta dos problemas, que no son privativos del derecho a la protección de la salud sino que alcanzan en general a los derechos sociales de prestación. Pensemos en primer lugar en el problema que se plantea en el caso de que un determinado derecho de prestación recogido en la constitución no sea desarrollado razonablemente debido a la inactividad de los poderes públicos. Es decir, cuando lo que se produce es el reclamo frente a los poderes públicos no de una mera abstención, sino de una acción positiva que exija, entre otras cosas dotaciones económicas. Parece complicado, desde un punto de vista puramente jurídico que esto tenga alguna consecuencia, como lo ha mostrado con realismo H. Kelsen al examinar esta cuestión: en la Teoría Pura del Derecho, Kelsen sostiene que “La Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes

del contenido prescrito". En cambio, no habría especial dificultad para excluir ciertos contenidos: "El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse".<sup>2</sup> De especial interés para el análisis de estos problemas y para ofrecer alternativas plausibles a estas dificultades es la exposición del caso "Asociación Benghalensis", en el capítulo preparado por Andrea Garín. En este caso, la asociación Benghalensis y otras organizaciones no gubernamentales comprometidas con los derechos de los enfermos de VIH-SIDA presentaron un amparo con el objeto de obligar al Estado a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de SIDA, especialmente mediante el suministro de medicamentos. En este caso, las sucesivas resoluciones incluyendo el fallo de la Corte Suprema de Justicia en 2000 suponen que "el accionar del Estado de incumplir o cumplir mal con su deber de proveer los medicamentos constituye una omisión que roza la violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución" [p. 134]. O en un sentido similar el caso "Campodónico de Beviacqua", tratado por Ivana Piccardo, en el que también la Corte Suprema de Justicia se pronuncia con respecto al amparo solicitado en representación de un menor al que el Ministerio de Salud y Acción Social había comunicado que le dejaría de suministrar un fármaco que necesitaba tomar de por vida para sobrevivir a se enfermedad y ante su imposibilidad económica de adquirir dicho fármaco. Todo ello nos conduce a la cuestión de la exigibilidad y accionabilidad de los derechos sociales, que incluso de forma más radical y en principio más impertinente se plantea, de la mano del "caso Luna" analizado por Andrés Rossetti, al discutir si acaso la exigencia al Estado de vivienda y trabajo -por otra parte derechos consagrados en normas constitucionales- no puede entenderse también conectado con un "derecho a una vida digna" o incluso a la "calidad de vida" o a la "satisfacción de las necesidades básicas" una vez que abandonemos una concepción de la vida puramente "fisiológica".

Además de estos, los temas tratados hacen un repaso bastante amplio -si se tiene en cuenta el método de casos elegido- a los que pasarían

---

<sup>2</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, [trad. R. J. Vernengo] México, Porrúa, 1991, p. 234. En la *Teoría General del Derecho y del Estado*, al tratar del poder del Estado y el papel de la Constitución, realiza una exposición más sistemática de esta cuestión (*Teoría General del Derecho y del Estado*, [1949, trad. E. García Máynez], México, UNAM, 1995, pp. 308 y ss).



por ser los principales “casos difíciles” en los que el derecho a la vida se ve implicado. En realidad, el primero de ellos –y si es así, por fortuna– es cada vez menos un “caso difícil” estrictamente y más una vergonzosa realidad jurídica que resiste a su abolición, como es la admisibilidad y las condiciones de la pena de muerte. Pero por mucho que esto sea así, merece la pena entrar a discutir –como propone la autora Laura Barale– también las condiciones, los límites y las garantías, sobre todo teniendo en cuenta cuán frágil puede ser la situación abolicionista (en muchos casos tan sólo de facto) o las desagradables sorpresas con las que es posible encontrarse en las aulas universitarias una vez que se trata el tema abiertamente.

El que sí es uno de los más comunes “casos difíciles” es el que se trata al debatir el “Caso Bahamondez”, ya que de lo que se está discutiendo es de la posibilidad de disponer de la propia vida por la vía del rechazo a la realización de ciertos tratamientos médicos. El “Caso Bahamondez” –discutido por Magdalena Álvarez– es el del paciente que debido a sus creencias religiosas se niega a recibir una transfusión sanguínea. Caso entonces en alguna medida semejante al tratado por el Tribunal Constitucional español en Sentencia 144/2002, pero también similar a tantos otros que no llegan a los tribunales y que mejor o peor son gestionados cotidianamente en los hospitales. En este capítulo, se pone en relación el caso con otras cuestiones tan complejas como el suicidio, la eutanasia y el auxilio al suicidio que guardando importantes diferencias entre sí, nos plantean al fin y al cabo a qué tipo de derecho y a qué concepción del mismo estamos apelando cuando hablamos de “derecho a la vida”.

También es un claro y típico “caso difícil” –claramente lo es en el Derecho argentino debido a la “no solución” de la interrupción voluntaria del embarazo– el que plantean Claudio Guiñazú y Gustavo Rodríguez con respecto a la inducción al parto de un *nasciturus* anencefálico, a partir de sendos casos fallados respectivamente por la Corte Suprema de la Nación y por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires. Los fetos anencefálicos tienen una malformación en el sistema nervioso, por lo que no son capaces de adquirir las funciones superiores del sistema nervioso central, que tienen que ver con la conciencia y la cognición, sino que mantienen sólo funciones vegetativas y apenas si sobrevivirán unas horas fuera del vientre materno. Aquí se plantea la cuestión del aborto, pero además teniendo en cuenta que estamos en un caso de conflicto entre el presunto –por discutido– derecho a

la vida del *nasciturus* y el derecho a la integridad psicofísica de la madre. Pero en este caso concreto no sólo está implicada la cuestión del aborto, puesto que si se entiende que uno de los requisitos para que se produzca el aborto es la muerte del feto como consecuencia de las maniobras realizadas y que una de las posibilidades de que se produzca esta muerte es la expulsión del feto inmaduro, no en todos los casos de inducción al parto de un *nasciturus* anencefálico se estaría provocando un aborto punible, ya que habría casos en los que la inducción al parto por sí misma no provocaría necesariamente la muerte.

Las cuestiones del aborto y de la anticoncepción son tratadas en el último capítulo del libro en la medida en que se plantea un caso relativo a la autorización para la comercialización de la “píldora anticonceptiva de emergencia”. El hecho de que se estuviese hablando aquí de aborto es por el hecho de que los demandantes que solicitaban la prohibición de su comercialización sostenían que se trataba de una píldora abortiva. El caso en cuestión muestra a las claras lo falaz que resulta pretender mostrar científicamente en qué momento aparecería la personalidad, incluso en aquellos pocos casos en los que se evita acudir a las autoridades científicas y médicas de forma no sesgada. El pretender resolver por una vía supuestamente “científica” e inapelable lo que son cuestiones jurídicas y, en otro plano también relevante, morales, esconde la mayoría de las veces una mixtificación de carácter ideológico que en nada contribuye a plantear de forma clara el debate ni en llegar a soluciones que respeten los derechos en juego.

Si el contenido del libro hasta aquí descrito hace buen servicio al título “Derecho a la vida”, otra de las virtudes a destacarse en esta obra es la que se deriva del segundo inciso de su título: “un análisis desde el método de casos”, o como quizá sus autores se sentirían más cómodos, desde el método *crítico* de casos. En efecto, el libro es concebido para y desde la práctica docente y como un instrumento de aprendizaje del Derecho. En primer lugar porque es en alguna medida fruto del seminario de Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba que desde 1991 vienen organizando Andrés Rossetti y Magdalena Álvarez sobre cuestiones de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos. La propia existencia y permanencia de este seminario, organizado por un grupo de profesores jóvenes y por el que han pasado numerosos docentes y estudiantes da muestra de la vitalidad y de la vinculación con el trabajo de innovación docente en las aulas de la Facultad de Derecho.



En este sentido, el libro se estructura en la mayoría de sus capítulos como el debate en torno a un caso, ofreciendo materiales jurisprudenciales y una guía para el estudio y el debate de esos casos presentados. Pero además ofrece un capítulo, de Horacio Etchichury, en el que se reflexiona sobre el método de casos y se ofrece una visión para la corrección de los principales defectos que se observan en la aplicación de este método. Se trata de un capítulo que además de ser sugerente en el debate sobre cómo aprender y enseñar derecho, puede servir como una buena introducción a este método. El autor identifica las virtudes de este método: poner en contacto con el derecho vigente, hacer dialogar a los estudiantes, mostrar el funcionamiento real del proceso de creación del derecho, confirmar la importancia de la argumentación, revelar la vertiente política existente en la función judicial, dar elementos para la predicción de las decisiones judiciales y en definitiva dar una buena formación para el trabajo profesional. La enumeración y el desarrollo de estas y otras virtudes pueden servir para poner de manifiesto el atractivo de este método para el aprendizaje y la docencia del derecho, bien sea como método principal o como instrumento adicional. Pero el autor no se limita a glosar estas virtudes, sino analiza cuál puede ser el principal peligro de este método y se esfuerza en ofrecer una alternativa, que no es otra que la del “método crítico de casos”. En efecto, a juicio del autor, el principal peligro del método de casos es que esta forma de proceder puede perjudicar o incluso anular la capacidad crítica del estudiante. Y ello por tres motivos: porque desalienta la discusión teórica, porque se concentra demasiado en la “regla” aplicable y, por último, porque se induce a concluir que la ley es lo que los jueces dicen que es. Las consecuencias de estos resultados no queridos de este método de enseñanza pueden llegar a crear un jurista acrítico y conformista. No importa lo participativo y práctico que pueda llegar a ser el método, sin vuelo teórico no se tienen los instrumentos para innovar y sin contextualización respecto al trasfondo social y político se aceptará la solución dada por el precedente como neutral, de forma que “para el alumno acrítico el derecho siempre se deduce, se describe y se aplica. Jamás se construye, se cuestiona o se cambia”. En realidad, quizá sea excesivo cargar al método de casos en exclusiva con estas responsabilidades, por cuanto no es quizá el único método que pudiera llevar a estas consecuencias y acaso ni siquiera el que más allá las podría llevar. No obstante, la alternativa que se ofrece a estos problemas (y que se trabaja en este libro) es la del método crítico de casos,

en la convicción de que la enseñanza del derecho ha de ser realista (y esto lo parece garantizar el método de casos), pero también crítica. La crítica pasa por partir de lo existente, pero para reconocer y poner de manifiesto las relaciones creadas socialmente y por ello modificables, revelando que el derecho no es neutral y que muy frecuentemente también sirve al mantenimiento de las injusticias.

CARLOS LEMA AÑÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail: carlos.lemma@uc3m.es*

