

XIV Congreso Nacional de Derecho Político

**DERECHO Y POLITICA EN LA
DEMOCRACIA.**

Tensiones y Debates

AADP

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO

XIV Congreso Nacional de Derecho Político: Derecho y Política en la Democracia. Tensiones y debates / Ernesto Castrelos ... [et al.] ; compilado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Carlevaro Agustin ; editado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Agustin S. Carlevaro. - 14a ed revisada. - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste, 2018.

DVD-ROM, PDF

ISBN 978-987-3619-33-5

1. Derecho. 2. Democracia. 3. Argentina. I. Castrelos, Ernesto II. Zimmerman, Héctor, comp. III. Monzón Wyngaard, Alvaro, comp. IV. Agustin, Carlevaro, comp. V. Zimmerman, Héctor, ed. VI. Monzón Wyngaard, Alvaro, ed. VII. Carlevaro, Agustin S., ed.

CDD 340.1

AUTORIDADES

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO. COMISIÓN DIRECTIVA 2016-2019

El 22 de septiembre de 2016 se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, la Asamblea de elección de autoridades de la Asociación Argentina de Derecho Político - AADP para el período 2016-2019. La actual Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho Político está integrada por:

Presidente:

Alvaro MONZÓN WYNGAARD (UNNE)

Vicepresidente 1°:

Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ (UNC)

Vicepresidente 2°:

Solange DELANNOY (UNR)

Vicepresidente 3°:

Ricardo DEL BARCO (UNC)

Vicepresidente 4°:

Miguel DUARTE (UNC)

Secretario General:

Héctor ZIMERMAN (UNNE)

Prosecretario General:

Gustavo PONCE ASAHAD (UNR)

Tesorero:

Omar Ulises D'ANDREA (UNNE)

Protesorero:

Marcelo MONAYAR (UNCa)

Vocales titulares:

- 1°. *Jorge Edmundo BARBARÁ (UNC)*
- 2°. *Adriana MACK (UNR)*
- 3°. *Edgar Gustavo FERNÁNDEZ SUÁREZ (UNC)*
- 4°. *Gustavo GONZALEZ (UBA)*
- 5°. *Julio PLAZA (UNTucumán)*

Vocales suplentes:

- 1°. *Ernesto CORDEIRO GAVIER (UCC)*
- 2°. *Magali MIRANDA (UNC)*
- 3°. *Noelia DI MONTE (UNR)*
- 4°. *Cecilia CARRERA (UNC)*
- 5°. *Alejandro CASSANI (UNC)*

Nuevos Paradigmas Médicos y Jurídicos en la Era Tecnológica

Agustín S. Carlevaro, Alvaro Monzón Wyngaard, Jorge E. Monzón y Patricio Monzón Battilana
Facultad de Ciencias Exactas, Naturales y Agrimensura de la Universidad Nacional del Nordeste.
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. agustincarlevaro@gmail.com

CASSAGNE, J. C., “Sobre la reserva de Ley y los reglamentos de Necesidad y Urgencia en la reforma constitucional” en Revista de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, 1996.

CASTRO ALFÍN, D., Montesquieu El Espíritu de las leyes. Madrid, Ediciones Istmo S.A., 2002.

GARCÍA PELAYO, M. (2000), Derecho Constitucional Comparado, Bogotá, Alianza.

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, Enlace disponible en:
<http://www.diputados.gov.ar/>

INFOLEG, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Presidencia de la Nación. Enlace disponible en:
<http://www.infoleg.gob.ar/>

MANIN, B., Checks, balances and boundaries. The separation of powers in the constitutional debate of 1787. Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

NINO, C.S., “Fundamentos de Derecho Constitucional” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

O’DONELL, G., Delegative Democracy. Washington, Journal of Democracy, 1994. Enlace disponible en:
<http://www.uaq.mx/contraloriasocial/diplomado/bibliografia-modulo3/odonnell.pdf>

PETRASSO, M., “Argentina: ¿Hacia un águila de dos cabezas?”, Trabajo publicado en Revista de Ciencia Política, Revista N°9 "Instituciones y Procesos Gubernamentales V". Buenos Aires, Enlace disponible en: <http://www.revcienciapolitica.com.ar/num9art7.php>

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Presidencia de la Nación. Enlace disponible en: <http://www.saij.gob.ar/>

Comisión: Estado de Derecho.

Resumen—Este trabajo estudia el término de derechos humanos como un concepto que surge en una época específica de la historia como así también su relación con la discusión en torno a las llamadas generaciones de derechos humanos, clasificación que inicialmente fue propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia. Asocia luego este tema con formas específicas de Estado y con los derechos de los pacientes en torno a las nuevas tecnologías médicas, entre estos, los derechos de los pacientes ciborgs y su expresión en algunos instrumentos internacionales. El objetivo consiste en identificar la existencia de una quinta y una sexta generación de derechos humanos teniendo en cuenta el constante desarrollo de las tecnologías médicas. Para ello, la

propuesta consistió en indagar en aquellos institutos que impliquen la utilización de estas tecnologías a fin de ponderar jurídicamente a las distintas posibilidades con las que cuentan los pacientes para el tratamiento de determinadas temáticas, tales como el acceso a la tecnología médica como un derecho humano fundamental, robótica, cibersalud en ámbitos de salud pública y acceso a la historia clínica digitalizada, entre otros. Para la consecución de tal objetivo, expondremos una serie de normas que reúnen competencias básicas que corresponden a la propia esfera de las tecnologías sanitarias, las cuales se hallan diseminadas en cada uno de los sistemas jurídicos en dos o más cuerpos de normas respectivamente, a fin de establecer un orden lógico. Para tal examen, basados en criterios que responden a manifestaciones similares en los países latinoamericanos, se tomaron como unidades de análisis a los cuerpos legales que más han avanzado en la consolidación de esta materia, destacando elementos que fueron extraídos de los fenómenos económicos, administrativos y sociales dados en la historia de la legislación, como así también datos del presente que explican el estado actual del sistema sanitario. Para arrojar información se utilizó el modelo de Matriz elaborada por Juan Samaja [2002] para el procesamiento de datos en ciencias sociales. De esta manera, se comprende a la unidad de análisis (UA) como las entidades o tipo de entidades que debemos estudiar, a las variables (V) o dimensiones de análisis a los rasgos relevantes que permiten conocer el perfil de la unidad de análisis a investigar de acuerdo al tema e hipótesis de la investigación, a los valores (R) o categorías como al estado actual de una unidad de análisis respecto de una cierta variable, y a los indicadores (I) o definiciones operacionales como manera de evaluar las dimensiones de una variable y medir mediante un procedimiento. El objetivo general de este texto es determinar qué derechos son comprendidos dentro de los derechos humanos de cuarta, quinta y sexta generación (UAs) y cómo operan éstos en el ordenamiento jurídico (V) y la teoría general del derecho (V), determinar quiénes son los titulares de estos derechos (UA1), desarrollar en qué consisten (UA2) y establecer quiénes son los sujetos responsables (UA3) frente al ejercicio de los mismos. Las variables, indicadores y resultados asignados en el diseño metodológico de la matriz responden a los campos del Derecho Constitucional; Derechos Humanos; Derecho de la Salud; Derecho Biomédico; identificados en el texto. Los datos fueron operados a través del método jurídico que se sirve de la inducción para extraer de la variedad de fenómenos que constituyen manifestaciones del derecho público (en nuestro trabajo las normas internacionales, nacionales y provinciales), basados en la guía que es la lógica. Pero esta aproximación no prescinde en modo alguno del método realista como auxiliar para elaborar las conclusiones de trascendencia v.g. la economía o la política, o bien, la historia del derecho y del método bibliográfico, incluyendo el estudio de documentos y casos de origen bibliográfico. Los resultados, en esta primera etapa, ofrecen información acerca de los titulares de estos derechos, de su contenido y de los órganos responsables de asegurar el ejercicio de los mismos. Entre estos titulares de derechos nos encontramos con ciborgs (entendidos, en palabras de Andy Clark (2003), como seres humanos que presentan fusión de circuitos eléctricos y carne), seres transhumanos y, en un estado ulterior (posterior), personas con identidad genética-cognitiva-informacional optimizada por la modificación gano-nanorobo-tecno, es decir, seres post-humanos. El garante del ejercicio de estos derechos es el Estado Nacional.-

PALABRAS CLAVES: DERECHO BIOMEDICO / CIBORGS / PACIENTES / SALUD / BIODERECHO

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo estudia el término de derechos humanos como un concepto que surge en una época específica de la historia como así también su relación con la discusión en torno a las llamadas generaciones de derechos humanos. Asocia luego este tema con formas específicas de Estado y con los derechos de los pacientes en torno a las nuevas tecnologías médicas, dentro de ellos los de los pacientes ciborgs y su expresión en algunos instrumentos internacionales.-

II. MATERIALES Y MÉTODOS

Nuestro objetivo consiste en identificar la existencia de una nueva generación de derechos humanos teniendo en cuenta al constante desarrollo de tecnologías médicas. Para ello, nos propusimos indagar en el desarrollo de institutos que impliquen la utilización de estas tecnologías a fin de ponderar jurídicamente a las distintas posibilidades con las que cuentan los pacientes para el tratamiento de determinadas temáticas, tales como el acceso a la tecnología médica como un derecho humano fundamental, robótica, cybersalud en ámbitos de salud pública y acceso a la historia clínica digitalizada por parte de los pacientes.

Para arrojar información se utilizó el modelo de Matriz elaborada por Juan Samaja [2002] para el procesamiento de datos en ciencias sociales. De esta manera, se comprende a la unidad de análisis (UA) como las entidades o tipo de entidades que debemos estudiar, a las variables (V) o dimensiones de análisis a los rasgos relevantes que permiten conocer el perfil de la unidad de análisis a investigar de acuerdo al tema e hipótesis de la investigación, a los valores (R) o categorías como al estado actual de una unidad de análisis respecto de una cierta variable, y a los indicadores (I) o definiciones operacionales como manera de evaluar las dimensiones de una variable y medir mediante un procedimiento. El objetivo general de este texto es determinar qué derechos son comprendidos dentro de los derechos humanos de cuarta generación (UAs) y cómo operan éstos en el ordenamiento jurídico (V) y la teoría general del derecho (V), determinar quiénes son los titulares de estos derechos (UA1), desarrollar en qué consisten (UA2) y establecer quiénes son los sujetos responsables (UA3) frente al ejercicio de los mismos. Las variables, indicadores y resultados asignados en el diseño metodológico de la matriz responden a los campos del Derecho Constitucional; Derechos Humanos; Derecho de la Salud; Derecho Biomédico; identificados en el texto. Los datos fueron operados a través de los métodos jurídico, realista y bibliográfico.-

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Entendemos los derechos humanos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (PerezLuño, 2004). Existe consenso en reconocer tres generaciones de derechos humanos, a saber, de primera, segunda y tercera generación. Esta división fue inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia. El término fue utilizado desde, al menos, noviembre de 1977. Las teorías de Vasak tenían sus raíces sobre todo en la legislación europea, ya que reflejaban principalmente los valores europeos. Su división sigue las nociones centrales de las tres palabras que fueron la divisa de la revolución francesa: Libertad, igualdad, fraternidad. Esta división en generaciones no redundante en una mayor importancia de unos derechos frente a otros, por cuanto estos derechos, son indivisibles e interdependientes, por lo tanto, no tienen jerarquía, todos son igualmente exigibles. A fines de este trabajo, es loable considerar que la Constitución Nacional de 1957 la salud aparece como derecho subjetivo de la mano del constitucionalismo social, ligado a los derechos de 2da generación. Desde esta perspectiva societal, el derecho a la salud no se caracteriza como derecho a la propia conducta sino de naturaleza prestacional, preventiva y curativa, de reclamar una variada gama de prestaciones (Quiroga Lavié, 2009). El instituto aparece en el Art. 14Bis al referirse a las “condiciones dignas” y al “descanso” del trabajador (párr. 1º) y a la “seguridad social” de toda persona (párr.3º). Por su parte, ya en la reforma constitucional de 1994, la salud se expone de forma explícita cuando se utiliza el adjetivo “sano” con que se califica el ambiente (artículo 41; párrafo 1º), como derecho de los consumidores y usuarios a “la protección de la salud” (artículo 42, párrafo 1º), y en forma más abarcativa al regularse el amparo colectivo en protección de “los derechos de incidencia colectiva en general” (artículo 43 párrafo 2º) y aparecen vinculados a los derechos de tercera generación. Se registra, así, al artículo 75 inciso 22 párrafo segundo, el cual determina la “dualidad de fuentes en el sistema de derechos”: La interna y la internacional, reconociendo la tendencia universal progresiva del derecho internacional de los derechos humanos que se estudia en principio de supremacía; así, la Declaración Americana de Derechos Humanos consigna el derecho “a la preservación de la salud y el bienestar”, integrado por varios aspectos que se condicionan sobre el final (artículo XI). La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) no dice nada por referirse mayoritariamente a derechos de 1º generación, empero aparece implícito dentro de los derechos a la vida (artículo 4.1) y/o a la integridad personal (artículo 5.1). En cambio, su Pacto anexo (Protocolo de San Salvador de 1988, aprobado en nuestro país por la Ley 24658 de 1996) contiene una precisa regulación de este derecho que, en líneas generales, sigue al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto a los derechos de cuarta generación, se registran pocos antecedentes en la literatura científica que impliquen un serio tratamiento. Los contenidos de los derechos humanos de cuarta

generación aún están en discusión y no presentan una propuesta única. Sin embargo, su incidencia práctica refleja la urgencia de tratamientos jurídicos específicos que reconozcan los avances desarrollados en la materia tecnológica sanitaria a fin de que ningún paciente se halle desprotegido en el sistema público de salud. Normalmente, los autores que han desarrollado esta temática, toman algunos derechos de la tercera generación y los incluyen en la cuarta, como el derecho al medio ambiente o aspectos relacionados con la bioética. Javier Bustamante afirma que la cuarta generación viene dada por los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías; otros, que el elemento diferenciador sería que, mientras las tres primeras generaciones se refieren al ser humano como miembro de la sociedad, los derechos de la cuarta harían referencia al ser humano en tanto a especie. Helio Gallardo, por su parte, defiende la existencia de cinco generaciones de derechos humanos, que identifica con las reivindicaciones de diferentes grupos sociales. Serían los derechos civiles y políticos, reclamados por la burguesía; los económicos, sociales y culturales, propios de los movimientos obreros y antiesclavistas; los derechos de los pueblos y sectores diferentes, incluyendo las luchas de descolonización y feministas; los ambientales, que define como derechos de las generaciones futuras; y los relativos al control del cuerpo y la organización genética de uno mismo, enfrentados a la mercantilización del interior de la vida. Sin embargo, consideramos que hablar de “derechos de cuarta generación” significa hablar del reconocimiento de una bioética que busca impedir la destrucción de la vida y regular la creación a través de las distintas tecnologías –ingeniería– (Masgo Manco, 2011). De esta forma, se entrelaza esta problemática con los derechos humanos como consecuencia de los avances de la ciencia y su aplicación, en el desarrollo de la humanidad. En estos términos, es necesario determinar que se entiende por tecnología y a partir de allí, determinar qué derechos deben ser incluidos en esta categoría. Pensamos que se trata de innovaciones científicas y tecnológicas que comienzan a rediseñar al cuerpo a fin de lograr la optimización. No son estas tecnologías meramente médicas o tecnologías de salud: se trata de tecnologías de la vida (Rose, 2013), que cambian aquello en lo que consiste ser un organismo biológico haciendo posible refigurar los procesos vitales mismos con el fin de maximizar su funcionamiento y mejorar sus resultados. Solemos pensar a las tecnologías como equipos o técnicas: tecnologías de diagnóstico, tecnologías terapéuticas, etc. y que las mismas, para el sector tradicional, no forman parte de nuestra unidad de análisis. Sin embargo, compartimos el entendimiento de que al hablar de tecnología, no hablamos estrictamente de un producto médico físico –tratado por nuestro ordenamiento jurídico como un objeto inanimado susceptible de regulación en cuanto a su funcionamiento autónomo- sino que debemos referirnos a un ensamble de relaciones sociales y humanas en el cual los equipos y las técnicas son elementos que integran al paciente jurídicamente protegido: “Tecnología, en este sentido, se refiere a cualquier conjunto estructurado por una racionalidad práctica gobernada por un objetivo más o menos consciente”, “ensambles híbridos de conocimientos, instrumentos, personas, sistemas de juicio, edificios y espacios, sustentados en el nivel programático por ciertos presupuestos y supuestos respecto de los seres humanos” (Brown & Webster, 2013). En esta inteligencia, los sujetos titulares de los derechos de cuarta generación son, a fines de este trabajo, los pacientes ciborgs. El Ciborg etimológicamente deriva del inglés “cyber” que significa “cibernético” y “organism” que significa organismo, es decir “organismo cibernético”. O al decir de Andy Clark “El ciborg es un potente ícono cultural de finales del siglo veinte. Evoca imágenes de híbridos hombre-máquina y la fusión física de carne y circuitos electrónicos” (Clark, 2003). Es decir, esta generación de derechos humanos será estrictamente extensible a seres humanos en su intrínseca relación con máquinas, artefactos, robots y softwares inteligentes. Los titulares de estos derechos están integrados por seres transhumanos y en un estado ulterior (posterior) post-humano, o por utilizar una expresión mucho más viable, personas con identidad genética-cognitiva-informacional optimizada por la modificación gano-nano-robo-tecno. Aquí es donde el Rol del Estado, la última variable asignada en este estudio, posee competencia de regulación en esta materia, asegurando su realización de modo progresivo. El derecho a la salud, presente en la Constitución Nacional, en la Ley 26529 de los Derechos del Paciente, en la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, entre otras, origina para el Estado obligaciones de carácter positivo y no meras obligaciones de abstención (Courtis, 2009). El Estado Nacional es el garante último del sistema de salud, sin perjuicio de las obligaciones que correspondan a otros actores públicos y privados. -