

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y  
SOCIALES**

**SECRETARIA DE POSTGRADO**

**ESPECIALIZACION EN DERECHO CIVIL**

**DIRECTOR: JUAN CARLOS REZZONICO**

**ALUMNO: MANUEL FERNANDO SARAGUSTI (PROMOCION 2003/2006)**

**DIRECTOR DE TESIS: DR. LUIS VALENTE**

**°TESINA FINAL: “TEMAS DE BIOETICA ACTUALMENTE CONTROVERTIDOS”**

**INTRODUCCION**

**CAPITULO I) DERECHO A VIVIR.-**

**CAPITULO II) ¿DESDE CUANDO EXISTE PERSONA? CUANDO SE TIPIFICA EL ABORTO? PROTECCION LEGAL. DERECHO DE NACER: CONCEPTO**

**CAPITULO III) TEORIA DE LOS VALORES**

**CAPITULO IV) OPERACIONES QUIRURGICAS ILICITAS (ESTERILIZACION REPRODUCTIVA) Y DERECHO A LA SALUD**

**CAPITULO V) QUE HACE LA JUSTICIA EN ESTOS CASOS?**

**CAPITULO VI) CIENCIA Y TECNOLOGIA**

**CAPITULO VII) GENETICA Y DERECHO**

**CAPITULO VIII) PRINCIPIOS DE LA BIOETICA**

**CAPITULO IX) CONCEPTO DE BIOETICA**

**CAPITULO X) INFORME BELMONT**

**CAPITULO XI) DCHOS HUMANOS A RAIZ DE LA 2DA GUERRA MUNDIAL**

**CAPITULO XII) PROYECCIONES JURIDICAS DE LA BIOETICA**

**CAPITULO XIII) DESARROLLO DE LA CIENCIA MODERNA**

**CAPITULO XIV) PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA Y SURGIMIENTO DE LA BIOETICA**

**CAPITULO XV) COMITES INSTITUCIONALES DE BIOETICA**

**CAPITULO XVI) DESDE LA BIOETICA HACIA UNA BIOPOLITICA Y UN BIODERECHO**

**CAPITULO XVII) LA TERCERA OLA EN LA HISTORIA DE LA BIOLOGIA**

**CAPITULO XVIII) BASES CONSTITUCIONALES DEL DCHO CIVIL**

## **INTRODUCCION:**

Comenzaré estas palabras introductorias para agradecer al postgrado de la facultad de derecho platense por la enseñanza dada cuyo reflejo en esta tesis intentaré reflejar. Abordaré un tema actual que es el estudio de la bioética, disciplina interdisciplinaria cuyo objetivo es brindar un enfoque multifacético de aplicación al hombre, objeto de estudio de las ciencias sociales. Asimismo trataré a parte de la materia de “Derechos Personalísimos”, otra materia dada en el curso de mención cual es las “Bases Constitucionales del Derecho Civil”. Buscaré de repensar lo ya pensado a propósito de los avances médicos y tecnológicos con relación al ser humano. Daré una vista panorámica desde los puntos de vista lógico, filosófico y jurídico. Por último, haré una reflexión final sobre lo que se viene.-

## **CAPITULO I) DERECHO A VIVIR:**

Varios derechos derivan del ser biológico viviente humano. En el complejo de los entes, el hombre, merced a su *compositum*, ocupa un “lugar central”. Su triple natura (corporal, anímica y espiritual) lo define como un “microcosmos”.-

De dicha triple natura se percibe, en primer lugar, la integridad física. Cuerpo humano, cosa real y opaca cuya transparencia le viene de lo que tiene vida. Vida que se expresa en el cuerpo y por eso es intrínsecamente expresivo; realidad transparente gracias a la sensibilidad; por eso puedo pasar por medio de él para ir a las cosas. El cuerpo me remite transitivamente a lo otro que yo. La

muerte es la “opacidad” del cuerpo; me deja sin la circunstancia orteguiana. El hombre es una realidad corpórea.-

La primera aproximación al cuerpo debe hacerse por la vida; la última manifestación es el cadáver. También vislumbra todo lo que transcurre por el medio de esos dos momentos cruciales, con respecto a las partes del cuerpo, su uso, preservación vital, enfermedades, mejoramiento, empeoramiento, etc.-

Hablar de un “derecho sobre la vida” podría implicar la legitimidad del suicidio, ya que denota un poder absoluto, como si la persona pudiera disponer sin límites sobre la misma. También se usó “derecho a la vida”, pero, como es innato, nos viene dado por el hecho del comienzo. Otro: se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacarla; a su conservación y a su goce. Este comporta su defensa. También se habló de derecho “a la vida” pero mejor suena “**derecho de vivir**”.-

Este derecho, que se hace valer *erga omnes*, es esencial. El bien protegido por la norma es supremo, porque de él dependen todos los otros bienes.-

La protección se efectúa en el plano constitucional, internacional, penal y civil. Nos ceñiremos a este último.-

Conviene limitar la **cuestión**:

Orgaz, Borda, Llambías, Corbellini ven, por ejemplo, en la obligación alimentaria una forma de tutela del derecho de vivir como en el seguro obligatorio por accidentes de trabajo o por invalidez y vejez, desocupación involuntaria, enfermedad.

De Cupis contesta diciendo que son derechos relativos, porque se blanden contra determinado sujeto, pretendiéndose que cumpla una prestación específica. El

objeto es un bien patrimonial que sirve para conservar la vida y que tiene mensura económica pecuniaria. Son derechos que complementan el personalísimo pero difieren de él por su estructura. Aun cuando sin el sustento aquélla pelagra, el objeto es exterior, mensurable, ejecutable y se puede perder aun por caducidad (ej.: inactividad del acreedor en el cobro efectivo de los alimentos). Ello contrasta con la naturaleza intangible de la vida.

Cifuentes añade que ni los alimentos o los seguros laborales son innatos. Lo mismo de cualquier otro bien que sirven de sostén al hombre pero que no sean la vida misma (Derechos Personalísimos, 2da. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 233).-

Vivir comporta protegerse y gozar. Se protege la propia vida y ello tiene carácter privado, aunque, por tratarse de un bien que el Estado pone en sus propias miras, roza inevitablemente el orden público. Hoy es inaceptable la idea que el hombre tiene derecho a morir como tampoco que se proteja que el Estado o cualquier otro hombre pueda avasallarlo.-

El argumento lo es en tiempos normales. Pero en aquellos otros en que se altera y transforma todo lo jurídico, porque la emergencia y preservación común requieren soluciones excepcionales, se quiebra o desaparece la pretensión personal opuesta al Estado. Prepondera la conservación de un bien superior. Se suele sacrificar la vida, la libertad y propiedad personales.-

La estructura de un derecho, su naturaleza y su vigencia, no deben depender sino de lo que jurídicamente importa en las épocas en que lo jurídico rige con normalidad y pleno vigor social y valorativo.-

Aun cuando vivir traiga consigo dichas facultades proteccionistas y de goce, muchas son las limitaciones debidas a los requerimientos propios de la sociedad que se basan en la necesidad demográfica, la moral y las buenas costumbres.-

## **CAPITULO II) DESDE CUANDO EXISTE PERSONA?; CUANDO SE TIPIFICA EL DELITO DE ABORTO?. PROTECCION PENAL, CIVIL, LABORAL Y CONSTITUCIONAL. DERECHO DE NACER: CONCEPTO**

En la generalidad de las legislaciones, la persona es reconocida como tal a partir del nacimiento. El problema gira en torno al carácter jurídico existencial del *nasciturus*. La antropología, la filosofía, la teología, psicología, medicina y el derecho, interdisciplinariamente deben conectarse para dar cauce a las respuestas, habiéndose incluido la inquietud en estudios de *bioética*. En el área jurídica la tendencia general ha sido proteger el derecho a vivir desde que hay *conceptus*. Se proyecta más clara y absoluta la base filosófica proteccional, que parte del reconocimiento pleno del no nacido atribuyéndole el carácter de persona o sujeto de derecho.-

Un nuevo panorama de interrogantes se ha dado a la luz al conocerse la entraña del proceso biológico desde la fecundación, y se discute el punto inicial del *conceptus*, o cuándo puede decirse que hay concepción. La evolución científica obliga, delante del esfuerzo en discurrir sobre el principio de la existencia de la persona, a dar soluciones a cuándo hay *nasciturus*.-

*Panorama de los ordenamientos jurídicos vigentes:*

La divergencia de interpretaciones de los romanistas, sobre distintos pasajes del derecho romano, queda en la edad moderna prácticamente unificada tras las enseñanzas de Savigny, de mediados del siglo XIX. La casi unanimidad de los juristas y de las legislaciones se uniformaron tras la gran ficción, según la cual el *nasciturus* no tiene personalidad pero se lo refuta y asimila al nacido, para ocuparse de la vida futura del infante y bajo un doble aspecto protegerlo: uno la penalización del aborto y dos la obligación de abrir el vientre de la madre muerta para salvar la criatura y, también, diferir hasta el parto la ejecución de la pena de muerte o de tormento sobre la mujer encinta. Además, la ley civil garantiza algunos derechos futuros del infante hasta que nace; se aplican al estado filiatorio y a las sucesiones.-

*Teorías:*

- a) **Doctrina de la concepción:** desde este hecho de la naturaleza debe ser reconocida la capacidad jurídica; el único inconveniente, hasta hace unos pocos años, era imposible determinar el tiempo de la concepción;
- b) **Doctrina del nacimiento:** el feto no tiene vida independiente a la madre (*portio mulieris, vel viscerum*) y con anterioridad al corte del cordón umbilical es *pars viscerum matris*. Tampoco es posible determinar el tiempo de la concepción;
- c) **Doctrina ecléctica:** el nacimiento es el punto de partida de la personalidad, pero por una ficción se reconocen derechos al *nasciturus*, o bien se retrotraen los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción; según Castán Tobeñas la teoría de Savigny es falsa porque basta para los fines prácticos del derecho reconocer a su favor reserva de derechos eventuales. El concebido es un *spes hominis*. Los hipotéticos derechos son un caso de protección de intereses

expectantes y futuros. Estas ideas hacen recordar la categoría de *concepturus* receptada por el Código Italiano de 1942 y el alemán de 1900 como posibilidad de disponer de bienes sucesoriamente a favor de un sujeto inexistente;

d) **Doctrina de la viabilidad:** la cual exige, además del hecho de nacer viva, que la criatura tenga aptitud orgánica para seguir viviendo fuera del claustro materno.-

El acogimiento mundial de la tradición romanista según Savigny tiene dos *vertientes*:

\*la reserva o garantía de derechos con alcance general, comprensivo de los casos que no está expresamente contemplados en la ley;

\*rige únicamente los escasos derechos que la ley específica.-

Freitas levantó una revolucionaria idea contrapuesta estableciendo que el concebido es persona “por nacer”, pero fue seguido sólo por Argentina y Perú y no así en su país.-

Es más el *Esboço* de Freitas y el Código de Vélez Sársfield se muestran vacilantes. Pese a ello, hacen una afirmación de la personalidad del *conceptus* que, en nuestro país, ha levantado, por lo general, ponderaciones dispuestas a disimular las contradicciones, y escasas críticas (como las de Orgaz y Salvat).

**Nuestro Código**, tras declarar que son personas por nacer los concebidos en el seno materno (art. 63) y que desde la concepción comienza la existencia de las personas (art. 70), acto seguido se limita a enunciar *algunos derechos* (arts. 64 y 70), y supedita esa personalidad a que nazcan con vida, pues “*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido*” (art. 74). Al tratar de la representación sólo enuncia la adquisición de bienes por donación y herencia; en este último caso, al anotar la



capacidad de suceder del concebido (art. 3290), comentó Vélez Sársfield: “El hijo en el seno de la madre, tiene sólo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual. El derecho, sin embargo, lo considera como hábil para suceder”, lo que proviene de una excepción debida a las leyes romanas. Por otra parte, establece la referida *condicio iuris* resolutive de la personalidad, dejándola sin efecto si nace muerto.-

No es menos conflictuado el **Código del Perú de 1984**. El art. 1 separa las nociones de “persona humana” –a la que declara sujeto de derecho desde el nacimiento-, de la del concebido, que es sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”. Si bien deja pendiente su personalidad a la condición que nazca con vida al separar esas categorías de “persona” (especie) y “sujeto” (género), se produce una impropiedad que recorta la ubicación del *nasciturus*. La palabra “sujeto” está estrechamente vinculada a una relación jurídica concreta, por lo que no coincide con la idea de una abstracta generalidad potencial, lo que sí denota con justeza la palabra “persona”. Si el concebido fuera sujeto no persona habría que apartarlo de los derechos que en el Título III (arts. 3 y ss.) reglamenta el citado código. El art. 598 concuerda con tal recorte al prever la representación del concebido por medio de un curador tratándose de bienes.-

He sostenido que el *nasciturus* es persona sin ninguna clase de limitación, salvo la de su natural imposibilidad de hecho. Que la ley debe eliminar ficciones como la del art. 74 del Cód. Civil, o la que sólo hace referencia a una esperanza de ser (Savigny) (ob. cit., autor cit., pág. 238).-

En el orden jurídico la concepción natural en el seno materno tiene una regulación vigente con serias incoherencias, pero que afirma el comienzo vital de

la persona y la protección de sus derechos desde la concepción. Muchos autores piensan que la incriminación del *aborto* tiende nada más que a preservar el público interés de la conservación de la estirpe y, de reflejo, la esperanza del bien individual de la vida, pese a que el contenido de dicha tutela sólo tiene un aspecto objetivo, pero no subjetivo. Para mí, en cambio, el *nasciturus* es persona; luego, el delito de aborto impide y sanciona los atentados contra su vida. El derecho personalísimo principia en la concepción, instante éste en que aparece un nuevo ser de la especie con vida propia, aunque dependiente. Quedan así explicadas satisfactoriamente las normas penales sobre aborto, ya que la propia madre comete delito si procura la eliminación del feto, y lo comete porque atenta contra el bien personalísimo de la vida del embrión. Hoy se descarta que el **aborto procurado** implique un acto de disposición de la mujer sobre el propio cuerpo. No obstante que, en gran medida, actúa sobre él hiere un bien distinto. Ni el consentimiento al provocarlo hace desaparecer la figura delictiva. El aborto se condena en resguardo de la existencia física del feto; para cuidar su latido vital que no puede subsistir separado de la madre.-

El **Código Penal argentino**, y también el boliviano, costarricense, venezolano, panameño, salvadoreño, etc., lo reprimen bajo el título “Delitos contra las personas”. Es una terminología que demuestra el carácter individualista de esas leyes. Incluyendo ingredientes sociales en la necesidad de encararlo penalmente, siempre está protegida la persona, aunque en ello se interese la colectividad. Poco importa que sea **voluntario** (*honoris causa* o para ocultar la deshonor) o **provocado por tercero**. Cuando es **terapéutico**, en cambio, queda impune porque se elige ante una urgencia entre dos vidas, lo que puede fundarse

en el estado de necesidad: la vida de la madre, persona desarrollada, y la que todavía tiene imperfecciones y es solamente formativa. El camino del mal menor es lícito para las leyes humanas.-

Más controvertido es el **aborto sentimental** (art. 86, párr. 2º, inc. 2º, C. P.) que no es punible, y que para parte de los autores es inconstitucional. Representa la expulsión del feto practicada por un médico a una mujer embarazada mediando violación. Las razones por las cuales se ha justificado la disposición de la vida del *nasciturus* son:

- a) por haberse producido el embarazo por medio de violación, lo que excluye la ilicitud;
- b) la justificación se sustenta en el “estado de necesidad”;
- c) la violación atenta contra la libertad sexual y la integridad física y psíquica, produciendo un embarazo impuesto;
- d) la mujer no debe ser un objeto sexual para el violador y un objeto-vientre para la sociedad y las leyes;
- e) se debe liberar a las mujeres de una maternidad impuesta por la fuerza y en condiciones despreciables.-

Se compartan o no estos fundamentos, se estime o no superior la recuperación del honor de la mujer ultrajada, la norma vigente da una excepción a la punibilidad del aborto, lo que logró aceptación en Europa y se expandió en los continentes después de la Segunda Guerra Mundial, producto de los vejámenes y violaciones sexuales por los invasores a las mujeres indefensas del territorio invadido.-

Aparte del derecho penal, surge la necesidad de valorar la **repercusión civil** del aborto: indemnización de los daños y perjuicios a favor de los padres que perdieron un hijo. Además, el concebido tiene derecho a alimentos, aún cuando no le correspondan a la madre por tratarse del fruto de una relación extramatrimonial. Ello prueba que aquél goza de la vida, la cual se protege por medio del representante. Así también es obligatorio el descanso de la madre en tiempos anteriores al parto, porque frente a las **leyes laborales** se ampara al *nasciturus*, quien tiene derechos independientes de los buenos o malos deseos de la progenitora, de sus descuidos o cuidados.-

La **Constitución Nacional**, reformada en 1994, en el art. 75 que se refiere a las atribuciones del Poder Legislativo se refiere al régimen de seguridad especial e integral en la protección del niño (inc. 23, párr. 2º) y declara que esa tutela se extiende “*desde el embarazo hasta la finalización del período de la enseñanza elemental*”. El embarazo es una etapa posterior a la concepción, desde que comienza con ella. El transcurso de ese período ha hecho dudar acerca del tiempo en que se declara la protección, pero es indudable que debe interpretarse que es a partir del estado de gravidez, que tiene ese momento inicial. Por otra parte, el embarazo sólo es posible en el seno de la madre y allí empieza y se prolonga, por lo que la cláusula constitucional no se ha referido a la concepción extracorpórea, ajena al embarazo en la etapa anterior a la implantación de los embriones en el útero de la madre.-

Por la posición en general acertada y singular de la ley civil argentina, es factible aseverar el **derecho de nacer** como manifestación particular del de vivir. O sea, de conseguir el respiro individual y propio, posterior al parto. En ese punto

se pueden enfrentar el hijo y la madre cuando médicamente debe elegirse una de las dos vidas. El partero nada puede decidir sin consultar la opinión de la embarazada, quien hace la última y suprema elección. Ella, en la emergencia, representa al por nacer, y si elige su propia vida dispone de la del concebido por un orden de madurez y de naturaleza. Pero es éste un caso en que puede aceptarse ese resultado, el cual alcanza fundamento en el “estado de necesidad”. A la inversa, si sacrificándose dispusiera que debe salvarse al hijo a costa suya, haría un acto de disposición sobre la vida propia que es el único caso admisible: por salvar la del otro en circunstancias especialísimas. Si el partero desoyera el mandato sería responsable y tendría que soportar las consecuencias de un acto inconsulto y grave, porque habría desconocido una facultad personalísima que, en el caso, corresponde exclusivamente a la madre. Sería culpable ante ella por la presencia del cadáver del hijo, no obstante que el resultado haya significado el mantenimiento de la vida de la madre. Aquel “salve a mi hijo aunque yo muera” obliga a poner todos los medios para que el por nacer aflore con vida tratando de evitar la muerte de la madre, en los límites de aquel deseo y el correspondiente deber. La apreciación de los bienes en juego es delicada y pertenece a la parturienta. No podría alegarse después en descargo que le salvó la vida, porque ella ha hecho una suprema elección que sólo puede ser apreciada subjetivamente. En absoluto es aceptable que el médico se despreocupe frente a ese querer personalísimo e íntimo, que asienta en una facultad propia no avasallable ni desconocible. Cuando la madre no estuviera en condiciones de manifestar o tomar la decisión, no hay otra alternativa que optar a toda costa por su vida, ya que

nadie podría sustituirla en el ejercicio de dicha facultad de elección. Está en juego un bien que no puede ser objeto de representación o suplencia.-

### III) TEORIA DE LOS VALORES:

Según **Bou Valverde y Pérez Vargas**: “En la base de toda sociedad humana existen intereses que el ordenamiento jurídico reconoce como dignos de ser tutelados. Esto significa una valoración por parte del legislador, una escogencia de los que se consideran en un momento histórico como más importantes. En el caso de los valores de la personalidad, los recoge como “poderes” autónomos (potenciales, genéricos, extramatrimoniales, imprescriptibles, irrenunciables) que son el presupuesto necesario de derechos subjetivos (autónomos, actuales, específicos) extramatrimoniales pero susceptibles de consecuencias patrimoniales, que surge de la violación que se haga de uno de esos valores tutelados, o en el momento en que el titular lo ejercite en un caso concreto.-

Pero ese amplísimo encuadre, al ver de Santos **Cifuentes** (ob. cit., pág. 166), confunde y desborda la naturaleza jurídica que se quiere captar. La cualidad de un ente real o lo que lo hace estimable, no es definidor del ser de esa realidad, ni descubre plenamente el papel que ese bien juega para el individuo que lo goza. La bondad es un valor que cualifica al “acto bondadoso”, pero que por sí no da cuenta del ser o índole del acto. De igual manera, **para el “derecho normativo” múltiples son los valores que se unen a los principios, a los actos y a los hechos, para hacerlos atendibles, y que se encadenan jerárquicamente en**

**valores superiores e inferiores, estimables en mayor o menor grado al fin propio de un ordenamiento histórico determinado**, tales como: la justicia, la seguridad, la paz social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Estos valores positivos se encuentran en relación de polaridad con los valores negativos, como la mala fe, la inseguridad, la injusticia, el estado de conflicto. **Tales cualidades estimables o no de los actos, comportamientos en general y bienes, determinan las direcciones teleológicas del orden jurídico**, lo cual es ajeno al propósito de conocer el ser de ciertas facultades de las personas en sí mismas, el ser de bienes concretos, de hipóstasis o supuestos o personas. Así la “libertad” puede ser actuada valiosa o perniciosamente, según se respeten con ella o no, derechos ajenos y libertades de otros, o bien con su ejercicio irrestricto se llegue a la destrucción de otros principios o derechos superiores. No es un valor la libertad, porque un valor vale y libertad es. Lo que se quiere establecer es si la persona tiene o no facultades de goce y defensa de libertad, en cuyo caso es un **derecho subjetivo** que ejercita valiosamente o abusivamente, calificación esta última que la acompaña pero no la define.-

Es por ello que la mayoría de los pensadores suelen admitir seis **puntos**:

a) **El valor**: En la teoría de los objetos, viene a ser el grupo de los que se caracterizan porque valen. Son “Valente”. La intemporalidad de las ideales no se confunde con la de los valores, pues en ésta no es el ser ideal sino el ser valioso (la conciencia aprueba o no algo).-

b) **Objetividad**: Puede ser relativa o absoluta. Absoluta cuando el valor es fundamento de todos los actos; relativa cuando tiene valor lo deseable.-

c) **No independencia:** falta de independencia ontológica, por su necesaria adherencia al valor de las cosas. Hacen siempre referencia al ser y son expresados como predicaciones del ser.-

d) **Polaridad:** Siempre se presentan con el opuesto. La belleza frente a la fealdad; la bondad frente a la maldad; la justicia frente a la injusticia, etc. En el caso recién visto vida versus muerte (interés general contra interés particular).-

e) **Cualidad:** Son ajenos a la cantidad.-

f) **Jerarquía:** En los valores se proyecta una tabla jerárquica. Por ej.: justo-injusto; verdadero-falso; bello-feo. Tabla que se configura históricamente, al establecerse los de mayor jerarquía y los de inferior consideración, dándole prevalencia a los primeros sobre los segundos.-

No comparte Cifuentes (ob. cit., pág. 168) la posibilidad de sostener que los de la personalidad dependen de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Al negarles relativamente su carácter de derechos, se los confunde con los valores, que no son sino que valen, y que ellos sí dependen de tal reconocimiento, debido a su falta de independencia ontológica y a la posibilidad de integrar una escala jerárquica según lugares y épocas. Los derechos son y están, los valores valen más o menos según las tendencias de los tiempos.-

#### **CAPITULO IV) OPERACIONES QUIRURGICAS ILICITAS (ESTERILIZACION REPRODUCTIVA) Y DERECHO A LA SALUD.-**

Relacionado con el derecho de vivir y el derecho de nacer, cabe hablar de las **operaciones quirúrgicas no lícitas**.-



Varios ejemplos concretos muestran hasta dónde las sociedades limitan la legitimidad de la disposición del propio cuerpo, para entregarlo voluntariamente en la mesa de las operaciones, estableciendo casos en que se acarrearán serias responsabilidades, particularmente para los profesionales de la salud. Este reconocido derecho, que deriva de la integridad física y del derecho de vivir y que viene recibiendo expresa admisión como desprendimiento de los otros, es reglamentado con particulares **limitaciones**, los cuales están **en retroceso** a medida que se amplía el señorío de la voluntad sobre dicha integridad psicofísica, y se hacen más palpables los respetos por las libertades y la recepción indiscutida de la categoría del **derecho a la salud** incorporado a los personalísimos. Ese *derecho* en el área publicística de los derechos humanos ha sido proclamado en declaraciones y convenciones internacionales, pero también presenta un perfil acusadamente privado, en la medida en que se refiere a las potestades individuales de disposición de la vida y el cuerpo, relativas, pero existentes. Nuestros constitucionalistas lo estimaban reconocido implícitamente entre los derechos y garantías innominados que establece el art. 33 de la Constitución Nacional.-

Si bien desde el punto de vista del ejercicio del derecho personalísimo al cuerpo, o bien a la constitución psicosomática del organismo humano, no se han efectuado declaraciones internacionales vinculantes que establezcan el derecho a la salud, ni existe en la Constitución un principio general al respecto, la **reforma de 1994** en aspectos puntuales se ha referido a ese derecho. La jerarquización constitucional de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos pone en vigencia

interna el art. XI de la primera que declara que: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada”; y el art. 25 de la segunda que establece que: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”. Lorenzetti señala que aparte del art. 33 citado de la C. N. y de la Convención citada y de fallos de la C. S. J. N., surgiría que existe un derecho a la salud (J. A. 1994-II-844).-

Las intervenciones quirúrgicas son la expresión más acabada de su ejercicio; también de cómo las legislaciones han restringido las facultades y hasta establecido sanciones cuando se interpretó que había elementos éticos y de costumbres que sobrepujan dichas potestades. Ya se verá la lucha por la relatividad de esas restricciones, y cómo la evolución muestra un camino más abierto y permisivo en esos casos.-

En particular voy a hacer referencia a la **esterilización reproductiva**:

Cifuentes se remite, naturalmente, no a la que emplea métodos sólo **anticonceptivos**, sino a la que representa un tipo más o menos cercano a la **mutilación por conducto médico con resultado irreversible y definitivo**, para lograr la infertilidad, y que, por cierto, no es aceptable sin consentimiento del interesado, menos si se la convirtiera en *esterilización obligatoria* (ob. cit. Pág. 295).-

La Corte de Casación francesa ha señalado que cuando es **terapéutica**, por analogía con el aborto, es legítima. Ante el peligro que en tales casos trae aparejada la fecundación, ella está justificada. Hay quienes la consienten, hasta por motivos de eugenesia, y ése fue uno de los métodos que preconizaron los neomalthusianos para eludir el peligro de la superpoblación.

En Suiza, la ley de 1928 autorizó la esterilización con consentimiento del interesado y conformidad del Consejo Cantonal de la Salud, en los casos en que se padece una enfermedad mental incurable que pueda dar lugar a descendencia con taras.

Entre nosotros, la **ley 17.132**, repitió el art.19 inc. k del decr. Ley 6216/44, disponiéndose en el **art. 20 inc. 18**, que les está prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina “practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”. La única diferencia de bulto entre los dos regímenes es que en el anterior se limitaba la prohibición a la mujer. Pese a que no lo diga esa norma, también se requiere el consentimiento del paciente.-

Dicha ley es nacional; sin embargo, el análisis de sus normas resulta valioso ante la extensión de analogías en otras localidades. Por de pronto, al considerarse mutilante la esterilización, se aplica el **art. 19 inc. 3**, que respeta la voluntad del paciente y exige solicitar por escrito esa conformidad. Vale decir que, para esa cirugía, hay tres **recaudos estatuidos**:

- 1) conformidad escrita;
- 2) indicación terapéutica determinada;
- 3) que se hayan agotado los medios para conservar los órganos.-

Es operación de última urgencia. La **jurisprudencia** ha recordado esos requisitos y ha declarado que no es necesaria la autorización judicial cuando ellos están cumplidos, pues la ley no la exige en ese caso y es una decisión privativa del médico. Pero si no existiera una razón de enfermedad y de curación del paciente,

sino sólo una finalidad dirigida a impedir la procreación, la acción del médico puede acarrearle la obligación de pagar los perjuicios ocasionados al paciente (E. D. 116-282; E. D. 138-364) y, en el orden administrativo se han previsto responsabilidades y sanciones que van del apercibimiento a la clausura del consultorio (art. 126, ley 17.132).-

Por otro lado, son complejos los problemas que se presentan frente a una **persona incapaz**.

El Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres, España, 1987) propuso un estudio profundo de la cuestión que determine si debe admitirse la posibilidad de esterilización de aquél en algunos casos.-

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1927 (“Buck. v. Bell”) declaró la constitucionalidad de las leyes que permitían en personas deficientes mentales.

En Canadá se sancionaron en las provincias de Alberta y Columbia Británica pero fueron abolidas.

El *United Status Code* de los Estados Unidos de 1988 *admite la esterilización para planificar la familia* pero la prohíbe en personas mentalmente ineptas o institucionalizadas.

Varios países la han previsto legalmente, y en algunos otros, al no estar expresamente prohibida, se la practica. La situación de los insanos, en especial mujeres que suelen quedar embarazadas por entrega inconsciente, o por violación o abuso del enfermo o de quienes se aprovechan de la enfermedad, produce cuestionamientos serios. No habiendo una indicación terapéutica, la prohibición general se aplica. Pero, habiéndola, esas personas no pueden prestar su

consentimiento, a menos que pasen por un intervalo lúcido. Por su parte, el curador no puede representarla por ser una manifestación de voluntad para el ejercicio de un derecho personalísimo. Por ello, **parece atinado, como solución de emergencia, que la operación se efectúe bajo control judicial.** En este caso, el juzgador debe evaluar si la esterilización es necesaria para la salud del insano, y si no hay otro medio que impida un embarazo peligroso, como sería la puesta de un anticonceptivo. Particularmente importante es atender al hecho que esa persona *pueda recuperar la salud en un futuro próximo, o esté en vías de curación mental.* Pues en tal caso, es razonable sostener que el juez niegue la inmediata operación y disponga aquella otra vía alternativa de prevención y cuidado del embarazo. Se trata de preservar sus órganos reproductores y de manejar sus derechos orgánicos con el mayor de los cuidados. Distinto es si la *enfermedad es ciertamente incurable*, en que no habría rehabilitación posible.-

Si el insano pasa por un intervalo lúcido y presta la conformidad, puede consentir por escrito o negar su autorización. Voluntad que debe respetarse por ser actos que no están atados al carro anudado de la incapacidad.-

**La indicación del uso y colocación de los anticonceptivos en dichos supuestos**, para evitar embarazos que terminen en conflictos graves, por la incomprensión posible de la insana de sus responsabilidades maternas y la separación futura de su hijo, preservando al mismo tiempo el sistema orgánico reproductivo para el caso de su rehabilitación posterior, **es una solución justificada que los jueces deberían atender. Pero cuando la cuestión se complica por razones graves de salud**, frente a un insano de pronóstico

completamente negativo, **el juzgador puede autorizar la esterilización**, en reemplazo de su voluntad y con la conformidad de sus representantes.-

Puede sostenerse, en síntesis, que la esterilización reproductiva cruenta está generalmente prohibida, aun con la petición explícita de la persona dado que se considera que se resguardan intereses superiores. Ello, sin embargo, merece una meditación profunda, en atención a las nuevas avanzadas sobre el derecho personalísimo de la salud y cuando se trata de planificar la familia, o bien ante razones de eugenesia. El futuro legislativo deberá decidir si estos últimos fines pueden justificarla, pues a la postre no es más que uno de los métodos de anticoncepción –desde ya el más seguro-, al que pueden acudir los matrimonios y parejas, ejercitando los derechos que derivan de la integridad física.-

Cifuentes no encuentra (ob. cit., pág. 299) que el Estado pueda tener un interés superior en penalizar (art. 91, C. P. lesiones gravísimas) y no permitir esta clase de disposiciones corporales, cuando asientan, no sólo en aquel derecho, sino también en la privacidad, sin afectar a terceros. **La emergencia justificante, por la necesidad de limitar el número de hijos en la familia o de evitar los que nacen con taras o patologías genéticas, mediante una paternidad responsable, y la exclusiva potestad de esos padres para impedir las fecundaciones numerosas, enraíza en una acción que se califica por el art. 19, C. N.**, pues no aparece el interés del Estado como primordial, ni se atenta contra la *moral pública*. Frente a esa decisión personalísima, son inapreciables qué intereses generales particulares del Estado se podrían ver vulnerados, qué motivos importantes estatales podrían descubrirse para coartar la libertad de impedir futuras fecundaciones en una pareja que no desea más descendencia, y,

que, por lo mismo, habría de traer al mundo seres no queridos, deformes o enfermos. De igual modo que no hay interés estatal relevante para impedir el uso de anticonceptivos, y por ello no figuran prohibidos ni penalizados, la esterilización es una alternativa que no interfiere derechos de terceros, de resorte personalísimo, enraizada en la disposición de los derechos de la integridad física y la intimidad, y que tiene justificación en ese programa limitativo familiar. Su carácter quirúrgico tiene un motivo que puede ser de alta necesidad, para permitir desarrollar el ejercicio de la sexualidad sin trabas en parejas que son demasiado prolíficas, y que buscan un modo definido y efectivo de evitar las fecundaciones indeseadas.-

Frente a indicaciones terapéuticas, la disponibilidad legal es clara y el derecho al cuerpo se ejerce por la decisión de la persona, a la que se le diagnostica que la fecundación puede ser de riesgo para su salud. Tratándose de incapaces, en la actual legislación queda el camino de la anticoncepción incruenta en los casos en que fuera posible y, frente a una prescripción médica, la intervención judicial, aparte de la de los órganos de representación.-

## **CAPITULO V) QUE HACE LA JUSTICIA EN ESTOS CASOS?**

Por otra parte, en el juego de las valoraciones se enfrentan nuevamente los intereses que tienen raíz pública, con los derivados del derecho personalísimo al cuerpo. La **justicia** debe decidir diversos tipos de litigios que requieren **indagaciones especiales**. Para acercarse a la verdad necesita muchas veces que se efectúen exámenes médicos, pruebas de sangre o de otro tipo, sobre

alguno de los sujetos procesales o sobre un tercero. Desde la antigüedad ha preocupado cómo debe decidirse ese choque de intereses, porque la persona invitada a someterse a los expertos designados por el juez, puede que se rehúse por íntimos y variados motivos. Nuevamente deben mencionarse aquí el pudor, los prejuicios, la sensibilidad que es exclusiva y patrimonio único, instintivo rechazo al sometimiento, o bien, la negativa a proporcionar la prueba contra sí mismo. Frente a ello la necesidad que la justicia se cerciore y haga uso de todos los medios que faciliten la averiguación.-

## **CAPITULO VI) CIENCIA Y TECNOLOGIA**

Las **ciencias biológicas** han lanzado, muy importantes y recientes logros que plantean cuestiones antropológicas, ético-jurídicas y socio-políticas de inédita proyección. Al abordar tan trascendentes instancias, el espíritu de quien las reflexiona desde el orden jurídico, es embargado por un sentimiento de responsabilidad de peso muy peculiar centrado en dilucidar su repercusión, y su justicia, en relación a la persona humana, sujeto de derecho, y a la vida misma en general.-

**Stanislaw Grygiel**, nos indica que "...cuando respondemos a la pregunta **¿Qué es la vida, la vida es el hombre?**, y pese a que la respuesta sólo puede ser una (*unum necessarium*), atraídos por nuestra razón *más que por el hecho de ser hombres*, nos empeñamos en construir diferentes hipótesis sobre nosotros mismos y seguimos construyéndolas hasta que la verdad nos traspasa mediante el dolor causado por la realidad inevitable de ser mortales". Concluye diciendo: "el



hombre se convierte en una ineludible pregunta sobre el sentido de su propia vida y, por tanto, sobre la identidad de su propio ser. La memoria de la muerte no permite a la razón jugar con la vida como si fuera una baraja de cartas”.-

Es nuestra compartida condición de mortales la que nos iguala, con rotunda hondura, frente a la vida misma y a cada uno de nuestros congéneres, redimensionando todo lo demás con el rigor y la luz de la verdad. ¡Única que nos hace libres!.-

Por primera vez en la historia de la humanidad, el hombre dispone de los conocimientos científicos y de la tecnología necesaria, empeñosa y talentosamente procurados, y desde, y con ellos, está actuando y planificando dominar los procesos biológicos del origen y desarrollo de la propia vida humana y de la vida en general. Se trata de una inaugural y concreta **realidad tecnocientífica** que genera estruendosos planteos a las ciencias ético-filosóficas, óptico-antropológico y socio-jurídicas. En consecuencia, objetivamente, es necesario comenzar por advertir que ante la persistente indiferencia típicamente posmoderna a los límites normativos ético-jurídicos y a sus fundamentos; no es menos que la integridad del hombre individual y la de la propia especie humana, están expuestas al trato que propinan a su estatuto ontológico las ciencias de la vida y éstas, a su vez, al encuadre que recepten de las ciencias prácticas; ciencias a las que no caben dudas que hoy se está ante procedimientos y posibilidades tecnocientíficas que a la par que prometen beneficios preventivos, diagnósticos y terapéuticos de inédita envergadura, de no ser encauzados con suficiente sabiduría, afectarán, en profundísima medida, la propia identidad y la

libertad del ser humana, las relaciones de alteridad, y en general, el desarrollo de la especie humana.-

Es fundamental continuar despertando y convocando conciencias y conductas, compenetradas, con convicción de causa, con los **principios de la responsabilidad y de la solidaridad**, desde las ciencias sociales y las normas y declaraciones ético-jurídicas y bioéticas con su renovadora convocatoria interdisciplinaria, la biopolítica, y el bioderecho, para que el auténtico significado de la proclamada solidaridad humana no sólo no sea traicionado sino responsablemente promovido, en el presente y en salvaguarda de las futuras generaciones, en proporción a su dignidad y derechos y a su indefensión inocente. Es más, la **intangibilidad del patrimonio genético humano y de su diversidad**, el **desarrollo normal de la especie**, son reconocidos bienes jurídicos incluso en ámbito penal, pero todo ello no obsta a la evidencia, acerca de la cual *se debe formar conciencia social creciente, que “una vez que el daño se produjera, éste sería irreversible y no habría sanción posible en proporción al mal causado”*. La **aplicación de la ingeniería genética en seres humanos**, con relación a sus intervenciones en los genes de otros seres vivos y en el medio ambiente, es un salto cualitativo que debe controlarse que se cumpla, estrictamente, sin extrapolaciones sub-humanas, “desde la vocación integral de la persona”, cuya dignidad la titulariza sujeto de lo suyo, de su propio derecho. Esto, en reflexión de **Spemann**, que hacemos nuestra (dice Catalina Elsa Arias de Ronchietto en el Capítulo II del libro “La Persona Humana”, Ed. La Ley, año 2001), exige entender que: “...en virtud del propio derecho sólo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la *species homo sapiens*. Cualquier otro criterio convertiría

a unos en jueces sobre los otros. La sociedad humana se convertiría en una *closed shop* y la noción de derecho humano quedaría eliminada de raíz”.-

Es evidente la **necesidad de intensificar el logro de la internacionalización de las declaraciones y normas jurídicas específicas en materia constitucional, civil y penal y su observancia, que asegure la cooperación internacional y de promover la constitución de tribunales internacionales especializados y de comités de bioética.** Pero, *previamente*, es indispensable vía concreción, el **reconocimiento y la enunciación** –nombrar- **de los bienes humanos comprometidos y resguardarlos con congruentes principios bioéticos.** En consecuencia, criterios metafísicos, ontológicos, éticos-filosóficos, jurídicos, médico-antropológicos y socio-políticos deben estar abigarradamente entramados en la orden de cada día para actualizar sin ambages en la conciencia de la comunidad científica y en la de la sociedad en general, en la conciencia colectiva, el reconocimiento que cada vida humana guarda diferencia sustancial con la vida de las plantas y animales; que no corresponde tratarla con criterios materialistas, ni cálculos de utilidad que *agravian* una realidad que las excede.-

## **CAPITULO VII) GENETICA Y DERECHO**

**Javier Hervada**, dice: “...*hoy se olvida la dimensión ontológica de la persona*, es decir, lo que es el soporte mismo de su originalidad psicológica, de su valor moral y de su destino espiritual; dimensión que incluye la subjetividad jurídica... El concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto

mismo de persona en sentido ontológico, *reducido* a los términos de la ciencia jurídica”. En relación a ello, es que pese a saberse que genera abrupta resistencia, por sí misma tan expresiva de nuestro aquí y ahora, **se reclama el regreso a una indispensable fundamentación de la antropología en una ontología metafísica** como la exclusiva vía capaz de fundar una ética para las ciencias de la vida humana en nuestra tiempo, como único resguardo objetivo de la dignidad de la persona humana, sujeto de derecho. **Louis Lachance** dice: “...la persona es el *alterum* por excelencia. No es sólo una, sino única, original, distinta, imposible de penetrar: *indivisum in se et divisum a quolibet alio*. Marcada, sellada, ordenada hasta en sus más secretas profundidades, ella ofrece en manera inédita y eminente, esta diversidad, esta oposición y esta irreductibilidad que reclaman la esencia y la práctica de la justicia y del derecho. Ella es en la economía general del cosmos el símbolo por excelencia del sujeto... Concluye diciendo que: “La noción de derecho está esencialmente ligada a aquella de finalidad y de persona. Un derecho sin un sujeto que fuese su beneficiario constituiría una figura puramente abstracta, puramente lógica”.-

**Guillermo A. Borda**, en su “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, t. I, 12ª. Edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 230, nota 407, dice: “...la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona...; la persona natural, exalta; citando a Unamuno: “...es el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere –sobre todo muere- el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere”.-

Por todo ello, en las Declaraciones Internacionales, más allá de algunas fórmulas de compromiso “negocial”, el reconocimiento de la dignidad humana siempre está presente de modo expreso, y *como tal*. Así, por ejemplo, la reciente **Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos**, proclamada por la UNESCO, tras áspero debate en otros puntos, en el **artículo 2**, proclama: **a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sea sus características genéticas; b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad**”.-

Al respecto, es para reflexionar el áspero conflicto, la **tensión entre espíritu y letra aún dentro de un mismo texto o entre ellos en recientes documentos internacionales**.

La citada declaración, en el **artículo 1**, “aclara”: “El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. **En sentido simbólico**, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”. El mismo documento, incluye otras normas, así, el **artículo 2** porque resume prudencia, advertencias fundamentales y hasta grandeza.

La **Declaración Ibero-Latinoamericano sobre Ética y Genética de Manzanillo-1996-Buenos Aires-1998**, manifiesta y reclama: “Declaramos....**b)** que el genoma humano forma parte del patrimonio común de la humanidad **como una realidad y no como una expresión meramente simbólica**”.-

Todo proceder científico, comenzando por la aprobación, objeción o rechazo de los respectivos protocolos de la investigación debe estar subordinado

al reconocimiento de la dignidad esencial del estatuto óptico humano y su consecuente concreción; también deberá demostrar que su aplicación, no alterará, la natural interrelación biológica de la persona humana con su entorno y su diversidad. Desde esa conciencia, presente en muchos hombres de ciencia, la comunidad científica podrá coadyuvar, con el aporte de sus valiosos conocimientos, que bajo muchos modos de hallazgo siempre son descubrimientos, y sus importantísimos servicios, a la salvaguarda y progreso de la humanidad rehusándose a tomar por los atajos pavimentados de lucrativos reduccionismos científicas. Cabe resaltar, una vez más, la ductilidad y vigencia de la figura del **abuso del derecho**: "...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".-

Constituye una insoslayable advertencia, la aplicación, ya en alto grado anómica, de las técnicas de procreación artificial en el hombre; de las prácticas selectivo-eugénicas de diagnóstico pre-implantatorio y pre-natal; el congelamiento y olvido de millares de embriones humanos en distintos países del mundo, y entre ellos, **en el nuestro**, postergados y en riesgo de muerte por descongelamiento, o por descarte, o denigrados como objetos producidos para experimentación; el uso de células embrionarias humanas como mero material biológico; la experimentación en seres humanos; las prácticas de hibridación (cruce humano con animales); la estridente posibilidad de clonar seres humanos (por reproducción asexual o por partición embrionaria) ya intentada, y que se sepa, desistida; la imposición generalizada de las prácticas de la medicina predictiva sin

suficientes campañas de veraz información social y de evaluación de su potencial discriminatorio, la aparición con los test genéticos del “enfermo sano” o asintomático, la ardua redefinición de los conceptos de salud y enfermedad, la discriminación personal, pre-conceptiva, pre-matrimonial, familiar, social, laboral, entre sujetos sanos, enfermos ¿y “pre-dispuestos”?; las antiguas y nuevas codicias que ya se han desatado y se evidencian insaciables, por ejemplo, en la avidez por los réditos de las disputadas patentes comerciales de los descubrimientos científicos, en la cotización de las acciones; y otros cuantiosos intereses económico-financieros y políticos ya puestos en juego en inversiones varias veces millonarias.-

Todo ello, está palmariamente presente desde el reciente anuncio y difusión en medios científicos y de comunicación social, que **ha sido completado la secuencia del genoma humano**, cuya ordenación total está prevista para antes del fin del próximo lustro. Epopeya tenocientífica, que en su faz bienhechora posibilitará importante progreso de las ciencias médicas con la posibilidad de alcanzar nuevos diagnósticos y aunque todavía en menor escala, el logro de desconocidos recursos terapéuticos: ansiados medicamentos, tratamientos y terapias génicas para derrotar crueles enfermedades, entre ellas, el cáncer, la diabetes, la esquizofrenia, la fibrosis quística, el mal de Alzheimer, de Parkinson; en su cara oscura, dará lugar a nuevas formas de estafas, de eugenésicas, de discriminaciones genéticas, de manipulaciones experimentadoras y/o a indecentes despilfarros de recursos o exacerbará cruentos y poderosos intereses económicos y políticos. Un documentado informe de la **Organización Mundial de la Salud** (OMS), advierte: “...las declaraciones de los científicos acerca de la necesidad de

salvar vidas mediante la ampliación de nuestro conocimiento sobre la identidad, composición y localización de todos los genes de los cromosomas humanos. *La mayoría de la gente en el mundo no muere por sus “malos genes” sino por falta de comida, agua limpia, higiene, vacunas o medicamentos que no son caros...* Todavía muere más de un millón de niños al año de sarampión aunque la vacuna que podría salvarlos cuesta 15 centavos y los 12,5 millones de niños de menos de cinco años que mueren cada año es por falta de un tratamiento que cuesta 20 centavos o menos”.-

Lo enunciado ejemplificativamente, integra la contradictoria ebullición de inéditos dilemas y arduas disquisiciones, en previsión y provisión, de las cuales y en defensa de la inviolabilidad de cada vida humana, urge reflexionar, debatir, normar, revisar lo regulado, tipificar, permitir y prohibir en ámbito civil, comercial, penal y administrativo. El **bioderecho** debe cumplir su cometido que es muy complejo y no se reduce a sólo legislar; debe contribuir a integrar, sin resignar su inclusión, la indispensable reflexión ontológica, ético-filosófica, antropológica y sociopolítica sobre el objeto a regular: la vida. **La vida y la vida humana, en especial, son bienes jurídicos a promover y proteger a partir del reconocimiento que se trata de bienes anteriores a las leyes y a las ciencias, intangibles por el arbitrio y la caleidoscópica ambición de poder de ambas.-**

El objeto respecto al cual las ciencias prácticas, el bioderecho en especial, deben atender es la vida, la vida humana a partir de reconocerla como *don* a cada criatura humana. **Del principio ético-jurídico y bioético de subordinación al reconocimiento de la vida como don y a su dignidad, deriva el principio –también inexecpcionable- que consagra a la vida humana como**



***fin en sí misma siempre***, porque sólo así se resguarda su inviolabilidad en todas sus circunstancias existenciales, nacido o no nacido, sano, enfermo, o ¿también?, predispuesto por su patrimonio genético a contraer determinada enfermedad o a sufrir incapacidad, es uno de los fundamentos por los que en relación a ella, la eficacia técnica, el utilitarismo, el relativismo subjetivista y su expresión: el mero consenso, nunca son título suficiente para sustituir a la razón ética objetiva y racional, e imponer la violencia de los atropellos consumados.-

**Ambos principios promueven derechos esenciales de la persona humana y los correlativos deberes éticos-jurídicos personales, parentales y profesionales:** el derecho a la inviolabilidad de la vida desde el momento de la concepción hasta el de su muerte natural; el derecho a la privacidad o intimidad personal correlativos, entre otros, al deber profesional de confidencialidad de la información genética obtenida; el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la identidad genética, que incluye el derecho a recibir el patrimonio genético no manipulado artificialmente y el derecho a la determinación de la paternidad y maternidad y al estado de familia; el derecho a la integridad personal, física, psíquica y espiritual que fundamenta el derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre; el derecho a la igualdad ante la ley y en consecuencia, a no ser discriminado por no nacido o enfermo, derechos que fundamentan la ilicitud del aborto y de los diagnósticos pre-implantatorios y pre-natales, *selectivos-eugenésicos*, como antesala del aborto del hijo enfermo; el derecho a prestar consentimiento previo, libre e informado, el derecho del concebido a no ser objeto de experimentación; el que incluye, el

derecho humano a no ser producido *in Vitro* con ese fin y todo otro derecho-deber de ellos derivado.-

**Asimismo debe propugnarse firmemente el reconocimiento universal de la especie humana, como titular del derecho a la inviolabilidad de su genoma.** Son tan poderosas las ambiciones científicas, económicas y políticas, tan competitivos los intereses de todo tipo en juego, entre ellos, cuantiosos financiamientos apoyando líneas de investigación y acción no deseables socialmente, que en el “**Segundo Seminario sobre Cooperación Internacional para el Proyecto Genoma Humano: Ética**”, **Vickers**, representante de Gran Bretaña, sostuvo que **sería necesario a nivel internacional crear un *ius genoma humani***, integrando diversas disciplinas, que permitan vertebrar distintos Convenios sobre la materia. La experiencia demuestra que el llamamiento al autocontrol de los investigadores, si bien ejemplificador en las automonitorías no alcanza para asegurar el respeto por la vida y a los derechos personales y sociales inherentes a ella. **Blázquez**, señala que: “...si los legisladores pierden el control de la investigación científica pronto nos veríamos avocados al eugenismo más despótico y a la idolatría del mito de la ciencia; así las cosas, concluye certero, ***los retos técnicos del futuro son esencialmente éticos***” (en un todo de acuerdo la autora antes citada y reitera la importancia de la formación ético-científica de los profesionales de la salud).-

## **CAPITULO VIII) PRINCIPIOS DE LA BIOETICA**

Héctor Padrón ofrece la **fundamentación metafísica de tres principios éticos vertebrales**, también ¡por cierto! y como tales, fundamento directo de los principios bioéticos centrales y de aplicación indirecta en la dilucidación de las cuestiones bioéticas cruciales. “...Es sólo a partir del re-descubrimiento contemporáneo del ***principio de la participación***, que será posible para el hombre actual asumir el hecho misterioso y admirable que funda la conciencia metafísica y ética a la vez: *se da ser*. La primacía y anterioridad de este hecho hacen comprender que la grandeza entrañable y magnífica de toda participación se comprende porque participar es, ante todo, recibir y aprehender, desde una instancia superior en el ser, en la propia realidad humana que cada uno es, y sólo después, y a partir de allí, participar puede significar actuar y producir con una medida universal y concreta que procede del ser. El ***principio de la responsabilidad*** es, ante todo, metafísico y *consiste en la respuesta que cada uno de nosotros da al orden del ser que se concreta y expresa en todas las cosas y todos los hombres*. Esta primacía metafísica hace posible, entonces, un deber ser que se enraíza en el ser y en sus exigencias imprescriptibles: por esta razón este deber ser no será formal ni vacío de contenido real, sino por el contrario pleno de ser y de verdad, es decir de realidad que se ha recibido y que es preciso, también, entregar a los otros. Como se ve, en este principio de la responsabilidad así entendido se nutre la experiencia de una verdadera cultura, es decir el espacio donde el hombre cultiva y se cultiva; acrecienta, en la aventura de ser él mismo, la totalidad de lo real desde la humildad de una respuesta en nombre propio por todo lo que ha recibido ante aquellos otros hombres que todavía no son, pero a quienes no se debe defraudar en el bien que les pertenece en el modo nobilísimo de la

herencia. Por último, **el principio de la solidaridad es la expresión de esta necesidad metafísica de compartirlo todo con los demás hombres –incluidos los réditos negativos y aún graves de nuestra situación actual- a fin de ser y crecer”**.-

**Sgreccia**, a su vez, enuncia para su aplicación al caso concreto, **cuatro principios**:

- i) el **principio de defensa de la vida física**, porque el cuerpo es coesencial a la persona, y es el fundamento único en el cual y por medio del cual ella se realiza;
- ii) el **principio de libertad y responsabilidad**, fuente y origen de todo acto ético;
- iii) el **principio terapéutico o principio de totalidad de la persona**: física, espiritual, psicológico y moral, principio central de la ética médica;
- iv) el **principio de socialidad y subsidiariedad** que confluyen en la protección social y estadual de la persona;

Por su parte y en coincidencia, **Padrón y Massini Correas**, resaltan el **principio de respeto de la vida**, como principio eminente de la bioética, y enuncia subrayando su importancia al **principio de no discriminación**: “Todas las personas son igualmente dignas, entonces todas deben estar igualmente protegidas contra las manipulaciones abusivas de su ser y de su identidad”.-

Respecto a los difundidos **principios de la bioética sajona**, los principios de **beneficencia** (procurar el bien terapéutico del paciente y evitar hacerle mal), **autonomía** (respetar la autodeterminación del paciente) y **justicia** (distribución equitativa de los recursos y políticas médico-sanitarios), el biotecnista **Sgreccia** observa y concordamos (dice la autora citada), que **su formulación sin una fundamentación ontológico y antropológico, hace que inevitablemente generen, un insidioso desorden relativizante; en cambio, arraigados en la**

***antropología personalista, cobran objetividad, fuerza deóntica, y en definitiva coinciden con sus principios, tal como puede advertirse.-***

**Massini Correas**, lleva a sus últimas consecuencias la crítica al subjetivismo consensual liberal, en especial, respecto al denominado principio de autonomía. Afirma: **“la autonomía en sí misma no provee de ninguna razón para obrar**; nadie, salvo que sufra de un desorden psicológico grave, actúa sólo para realizar la autonomía, sino para realizar libremente ciertos bienes: la amistad, el conocimiento, la salud, etc. (...) los principios morales se caracterizan por revestir una cierta independencia de nuestra libérrima voluntad”. Sostiene que **la pretensión contemporánea “de fundar principios éticos en la mera autonomía humana, sea ésta subjetiva o trascendental, desemboca en una serie de aporías que la inhabilitan para servir de justificación racional completa y suficiente de una normatividad ética**. El notable iusfilósofo, propugna, con objetiva fundamento, un replanteo preciso de los principios bioéticos, con el que coincidimos (dice la autora citada), a los arduos dilemas que ofrecen, con el desafío de lo inédito: la ingeniería genética y la procreación artificial. Señala el autor que **los principios éticos son proposiciones de estructura normativa y de carácter universal, cuya función es especificar las conductas libres que se ordenan al logro de la perfección humana, así como a vedar las que impiden o entorpecen su realización**. Se conocen de modo evidente y se captan por referencia del primer principio práctico: “hacer el bien y evitar el mal”. **La bioética se ordena a la preservación del bien humano más básico: la vida humana**; entonces, ***al hablar de principios bioéticos debe hacerse referencia sólo a aquellos principios éticos que tienen por objeto***

**material directo a la actividad humana de carácter biotecnológico**, es decir, aquella que opera, manipula o modifica algún elemento del *bios* humano. Los principios bioéticos personalistas, están dotados de especificidad, objetividad y fuerza deóntica por su referencia necesaria al ser –lo cual nos remite a la fundamentación metafísica expuesta por Padrón, antes citada- exigen para su operatividad, ser formulados de modo negativo o prohibitivo, porque sólo los principios-preceptos negativos, pueden tener valor absoluto, es decir, en todas las circunstancias, *siempre*. Ellos son:

**Principio de Respeto a la Persona:** “Nunca es lícito manipular o intervenir en el ser humano-persona, en ninguna de sus dimensiones vitales, como un medio para un fin extrínseco a él”.-

**Principio de Respeto a la Vida:** “Nunca es lícito atentar contra la vida humana en ninguna de sus dimensiones”.-

**Principio Terapéutico:** “Nunca es lícito moralmente intervenir o manipular elementos o partes constitutivos del cuerpo o de la vida humana con fines no terapéuticos (vgr. Eugenésicos)”.-

**Principio de Identidad:** “Nunca es lícito moralmente atentar, de cualquier forma que sea, contra la identidad espiritual o biológico de la persona humana”.-

## **CAPITULO IX) CONCEPTO DE BIOETICA**

Hasta ahora hemos campeado por los conceptos de derecho de vivir y de nacer; la influencia de los valores a la hora de adunarle a los concepto existentes o a los conceptos que merecen ser tutelado (los nuevos derechos acorde con los

nuevos valores consecuencia de la introducción de un factor antes desconocido en una sociedad dada en un un tiempo dado, por ej: la teconología).-

Asimismo hablamos de la interpretación judicial (o mejor dicho la valoración judicial) que debe ser amplia en todo sentido. También y acorde lo antes expuesto el surgimiento de una nueva rama dentro del derecho y que se produce por el factor antes expuesto: el bioderecho o mejor dicho la bioética que si bien no es lo mismo, conviene a este respecto explayarnos un poco más en el tema a fin de evitar conceptualizaciones erróneas.-

Si partimos de la base que el **derecho** es aquella conducta reglada social e imperativamente por una autoridad a la que nos sometemos en situación o circunstancia de ser en interferencia ínter subjetiva al decir de Carlos Cossio (Teoría Ecológica) y que **ética** al decir de Juan Carlos Smith (Enciclopedia Jurídica voz ética pág. 259/260) es etimológicamente costumbre (del griego ethos) y del sinónimo moral; en su sentido amplio alude a los actos humanos, a sus objetivaciones y a las normas referibles al Derecho y a la Moral; en su sentido restringido a los actos humanos, a sus objetivaciones y a las normas referibles a la Doctrina Moral; como conclusión tenemos que la **bioética** aspira a conjugar en síntesis paradigmáticas, ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser al decir de Mainetti (citado por Pedro Hoof, "Bioética y Derechos Humanos", ed. Desalma, año 1999, pág. 3). Una novedad particular es su consustancial diálogo interdisciplinario. Ofrece un espacio para la reflexión crítica. Existe una estrecha relación (como antes lo remarcamos en los puntos VI y VIII) entre esta disciplina y el avance tecnológico del siglo XX. A su vez la estrecha relación entre ciencia y técnica permite hablar de **tecnociencia**. Para hablar así recordemos que desde el

siglo XIX reinaba la **ciencia** fuente de sabiduría con neutralidad ética; pero a partir del siglo XX, especialmente desde Hiroshima y Nagasaki la sociedad empieza a replantear los valores de la ciencia; qué decir de Dachau y Auschwitz; lo mismos con los dos sistemas totalitarios del siglo XX ¿se actuaba en nombre de la ley y del derecho?. Cosas como las expuestas hicieron ver que detrás de todo saber existe poder. Así las cosas **nace la disciplina base de la presente tesis allá por la década del 60**. La actual “revolución biológica” y el nacimiento de la nueva genética a partir del descubrimiento del A. D. N. dieron origen a nuevos interrogantes éticos. Los **fenómenos que incidieron en el nacimiento y desarrollo de la bioética** son: la catástrofe ecológica, la revolución biológica y la medicalización de la vida; a ello le suma Broekman la juridización de la sociedad. Asimismo influyen tres **factores** dice Vidal, los cuales a su vez tienen subfactores: 1) los avances científicos-técnicos; 2) los cambios operados en los conceptos de salud y en la práctica médica; 3) el tránsito hacia una ética secular. La pregunta a hacerse es ¿todo lo técnicamente posible resulta también al mismo tiempo éticamente aceptable?. Mientras que la multidisciplina ofrece diversos enfoques sobre un mismo tema, un **enfoque interdisciplinario** genera relaciones de coimplicación entre las varias disciplinas involucradas, en un proceso de mutua fecundación que conduce a una verdadera integración de saberes (Asnariz-Jurik).-

## **CAPITULO X) INFORME BELMONT**

En 1974 por decisión del Congreso de Estados Unidos fue creada una comisión para identificar los principios éticos básicos (ya enumerados en el punto



IX) que deberían dirigir la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en la biomedicina. Así en 1978 fue presentado el **Informe Belmont** que era complementaria al Código de Nüremberg –el cual poseía dicha comisión- por ser este referido específicamente a la investigación en sujetos humanos. Los principios establecidos fueron los de **respeto por las personas o autonomía (individuos como entes autónomos y los disminuidos protegidos), beneficencia (no hacer daño y extremar posibles beneficios y minimizar posibles riesgos) y justicia (imparcialidad en la distribución riesgo beneficio; criterios éticos en la asignación y distribución de recursos en salud)**. El modelo de principios enunciado resulta útil como instrumento para el abordaje de los problemas bioéticos (caracterizados por su conflictividad y carácter dilemático), aunque en la práctica resulta muchas veces difícil encontrar una articulación concreta y armónica de tales principios –de facto encontrados- y su jerarquización (Gafo). Ello porque existe una tensión entre el objetivo de lograr el bien de las personas y el respeto hacia ellas como agente morales libres y responsables. La búsqueda de soluciones, sin renunciar por ello a la “metodología de las situaciones límites” (Vidal), surge la “necesidad de análisis y lectura de derechos humanos”.-

## **CAPITULO XI) DERECHOS HUMANOS A CONSECUENCIA DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL**

**Fernández Segado** dice que uno de los rasgos sobresalientes del **constitucionalismo de la segunda posguerra** es la elevación de la dignidad de

la persona humana a la categoría de núcleo axiológico constitucional y a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental. **Bidart Campos** a su vez dice que el **derecho a la dignidad personal** se manifiesta en todos los otros, o es compartido por éstos.-

¿Cuál fue la filosofía que inspiró a la Declaración Universal de 1948? Leyendo su preámbulo se advierte que la misma es respetuosa de la dignidad esencial del hombre (“valiosidad en sí”) incompatible con toda forma de instrumentalización. A su vez la Convención Americana de 1969 amplía sus alcances. En consecuencia la dignidad personal, la vida, la salud, la libertad y la solidaridad son piedras angulares de la bioética. Dijo la Corte Internacional de Derechos Humanos que la ley no es simplemente un mandato revestido de ciertos necesarios elementos formales, implica un contenido y está dirigida a una finalidad (Opinión Consultiva nº 6/86).-

Lo cierto es que cuando nos encontramos en presencia de problemas “bioéticos” estamos en realidad frente a un campo de convergencia entre hechos biológicos y medios instrumentales por un lado y sistemas de valores por el otro que requieren al mismo tiempo con frecuencia un cauce jurídico. Entonces surgen los derechos personalísimos. Pero debemos tener en cuenta una dificultad: la práctica nos suele confrontar con la singularidad; mientras que la regla será general. En caso de requerirse una decisión jurídica referida a un problema bioético, el criterio tradicional de aplicación de normas generales a casos particulares resultará manifiestamente inapropiado e insuficiente.-

## **CAPITULO XII) PROYECCIONES JURIDICAS DE LA BIOETICA**

Las dimensiones éticas y jurídicas originadas en las actuales ciencias de la vida resultan a mi juicio inseparables. Nuevos conocimientos científicos y nuevos desarrollos tecnológicos en este campo, generaron de inmediato renovadas reflexiones éticas, llamando ambas (los hechos científicos y la reflexión ética) a replanteos en el terreno del derecho. Por ej.: el primer trasplante exitoso de riñón inter-vivos en 1954; el primer trasplante de corazón en 1967, abrieron un amplio debate ético, que puso en cuestión la validez de los principios morales que servían de base a la llamada “moral de la corporalidad”, dando paso a nuevos criterios que apelarían al principio de la solidaridad humana y al altruismo, aceptando de esa manera la moralidad del acto de “donación”, aún a costa de la integridad corporal. Ello marca un tránsito desde una concepción “naturalista”, a otra concepción de tipo “personalista”.-

A su vez el trasplante de corazón gravitó en la determinación de nuevos criterios científicos respecto de la muerte, como alternativa frente al concepto clásico del paro cardio-respiratorio. Una comisión ad hoc de la facultad de medicina de Harvard dio sustento científico a la llamada “muerte encefálica” en 1968.-

Hoy día la enorme mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten y regulan cuidadosamente los trasplantes de órganos, e incorporan la denominada muerte encefálica (muerte de todo el cerebro), complementada, mediante otras evoluciones clínicas, como criterio para la muerte “legal o jurídica”.-

Las modernas tecnologías que han establecido de hecho nuevas fronteras de la vida y de la muerte, de la salud y de la enfermedad, han replanteado también

cuestiones atinentes a la investigación en salud –que incluye los factores ambientales-, a menudo con repercusiones no sólo sobre la sociedad global de nuestro tiempo, sino sobre generaciones venideras, que nos colocan frente a situaciones verdaderamente dilemáticas.-

Los trasplantes de órganos, la procreación médicamente asistida, la prolongación artificial de la vida, el encarnizamiento terapéutico, el derecho a morir con dignidad y el consentimiento informado, la investigación en salud, incluida la experimentación con seres humanos, los problemas vinculados al aborto, al sida, y más recientemente, las cuestiones relacionadas con la genética (diagnóstico prenatal, asesoramiento genético, proyecto genoma humano, terapias génicas, tests genéticos, etc.), problemas ambientales, y tanto otros, configuran hoy temas centrales de la bioética que han originado a su vez crecientes regulaciones jurídicas.-

Dentro de este marco someramente esbozado, desearía asignar particular significación al reconocimiento del derecho personalísimo a la salud, donde se torna menester ahora atribuir a la persona participativamente un rol cada vez más extenso en la toma de decisiones que conciernen tanto al interés personal como general.-

La necesaria articulación de los nuevos derechos a la integridad, la calidad de vida, la atención de la salud como derecho fundamental, al respeto al cuerpo, a la preservación de la especie, la protección del medio ambiente natural y espiritual, no hace sino expresar la estrecha relación entre la bioética, la filosofía del derecho y el ordenamiento jurídico en sentido estricto, encuadrado todo ello en la más amplia perspectiva de los derechos humanos.-

De los múltiples contenidos y temas que atañen al núcleo de la bioética, ahora abordaremos solamente dos: relación paciente-equipo de salud y nueva genética:

a) Negativa a trasfusión de sangre y objeción de conciencia: Caso de los testigos de Jehová, quienes por razones religiosas no aceptan transfusiones sanguíneas. Cuando esta acción terapéutica es considerada necesaria médicamente para salvar la vida del paciente, y éste se opone invocando sus creencias religiosas, surge el conflicto bioético.-

¿Qué hacer? Veamos la causa Bahamondez resuelta el 4 de junio de 1993 por la Corte Suprema federal.

Por mayoría (5 a 4) consideró que no correspondía entrar a considerar el Recurso Extraordinario que en las instancias anteriores, a pedido del establecimiento de salud, se había ordenado la transfusión, ya que a la fecha de sentenciarse la causa el paciente se había recuperado. Sin embargo, dos de los cinco jueces que formaron la mayoría de votos expresaron no obstante su opinión remarcando que en realidad el tema encontraba solución en el derecho vigente. Los ministros Fayt y Barra resaltaron el respeto a la persona como valor fundamental y el señorío de este sobre su vida, cuerpo, identidad, honor, intimidad, creencias trascendentes, puntualizando también que los derechos y garantías de la Constitución nacional protegen la personalidad humana y que en caso se trata finalmente del señorío a su propio cuerpo.-

En disidencia, Boggiano y Cavagna Martínez entendieron que resultaban justiciables los casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas (la premura de los tiempos en las emergencias

médicas). Finalmente Petracchi y Belluscio colocaron el punto de gravedad al respeto de la autonomía individual, la privacidad y la esfera íntima de la persona, libertad del individuo que sólo puede excepcionalmente ser limitada por algún interés público relevante, reivindicando la tarea de la Corte como garante supremo de los derechos humanos.-

b) Nueva genética: Proyecto Genoma Humano: su propósito consiste en localizar (cartografiar) los aproximadamente cien mil genes útiles con que cuenta cada uno de nuestros organismos y a partir de allí conocer la función que cada uno de esos genes cumple, detectar genes defectuosos (y reemplazarlos por otros), intentar terapias génicas, etc., y más aún, avanzar eventualmente también en el campo humano con la ingeniería genética, desarrollos que ya nos están colocando en el camino hacia la medicina predictiva. Ejemplo: hoy ya se conocen más de cinco mil enfermedades de origen genético o con algún componente genético.-

El uso de estos nuevos conocimientos con finalidad terapéutica no parece objetable. Sin embargo advertimos nuevamente la consustancial ambivalencia de la moderna tecnociencia.-

Estos test pueden resultar valiosos (por ej.: filiación). Pero en otros supuestos su utilización genera interrogantes bioéticos profundos: el uso de la información genética puede afectar la esfera íntima de la persona, con el riesgo de convertir al ser humano en ciudadano transparente o de cristal creando así nuevas formas de discriminación. Qué decir también del cribado laboral mediante marcadores genéticos, que excluiría del acceso al trabajo a personas que a determinada edad tendrán mayor probabilidad de desarrollar alguna enfermedad

genética grave, o de las exigencias de test genéticos educacionales o para la contratación de seguros.-

Conferencias internacionales sobre estos temas han elaborado documentos orientadores al respecto.-

Frente a este panorama signado por luces y sombras, quiero dejar replanteados y abiertos tres interrogantes:

- 1) Es conveniente realizar cuanto la técnica permite?
- 2) Hasta donde se puede llegar con respecto a lo técnicamente posible?
- 3) Hablamos de utilidad o de mejora de la condiciones de existencia?

Alcanzar una justa respuesta a estas preguntas importa también hoy para todos nosotros un desafío, frente al cual nuestro punto de vista se inspira en la aceptación de la existencia de un continuum humana que mantiene la identidad del hombre a lo largo de la historia en el reconocimiento de la esencial dignidad de la persona humana (valor absoluto) y en la fuerza de una esperanza viva que nos permite reconocer como posible el advenimiento de un nuevo comienzo.-

### **CAPITULO XIII) DESARROLLO DE LA CIENCIA MODERNA**

Decía George Henrik von Wright que gracias sobre todo a sus facultades explicativas y predictivas, la ciencia occidental ha alcanzado resultados inmensos en el campo tecnológico, resultados que han ejercido una influencia profunda sobre la vida de los hombres.-

En los albores de la modernidad (Siglo XV y XVII) se produjo en la ciencia una profunda mutación, naciendo la ciencia moderna de la cual nuestras actuales tecnociencias son las consecuencias lejanas. Desde el punto de vista filosófico,

acoplado a esa nueva realidad encontramos explicitado en el pensamiento de Francis Bacon el llamado imperativo tecnológico cuando en su Nueva Atlántida expresaba: “Si se encontrara un mortal que no tuviera otra ambición más que la de extender el imperio y el poder del género humano sobre la inmensidad de las cosas, tendríamos que convenir que ésta es más pura, más noble y más augusta que cualquier otra”, sintetizando el mandato dirigido a las futuras generaciones su imperativo: “hacer todo lo que es posible hacer”.-

El impacto de la ciencia moderna en la sociedad en modo alguno se circunscribe a los factores externos. Muy por el contrario, el mundo actual ha sido transformado, y se está modificando sustancialmente a partir del impacto de la tecnología sobre la estructura social, política, económica, educativa, en fin cultural, desencadenando la revolución tal vez más amplia y profunda de la historia de la humanidad, situación que, en palabras de Max Scheler, nos interpela hoy para repensar el nuevo puesto del hombre en el cosmos. Esto en un contexto en el cual el ejercicio concreto de nuestra libertad responsable se da, de facto, dentro de un mundo tecnificado, donde la ciencia aparece cada vez más estrechamente ligada a un poder sobre las cosas y sobre el hombre mismo, tan íntimamente vinculada con la tecnología, hasta el punto de no distinguirse ya casi de ella.-

A partir de 1970 el desarrollo descrito ha adquirido una nueva dimensión con la irrupción de la llamada tercera ola en la historia de la biología, momento en el cual puede el hombre no sólo conocer las raíces mismas de la vida sino también intervenir activamente en sus propias bases.-

La tecnociencia omnicomprendiva y omnipresente ha puesto en crisis el optimismo histórico que se prologó hasta las primeras décadas del siglo XX.-



## **CAPITULO XIV) PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA Y SURGIMIENTO DE LA BIOETICA**

La bioética es el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto dicha conducta es examinada a la luz de los principios y los valores morales. También se la define como el estudio de los problemas éticos, sociales, legales, filosóficos y otros relacionados, que emergen en la atención de la salud y las ciencias de biológicas, enunciado que nos pone en alerta frente a la vastedad de las cuestiones implicadas.-

Mainetti observa que la bioética conjuga hoy en la era tecnología, biología y moral, en una síntesis paradigmáticas de ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser, en el contexto de la ya mencionada revolución biológica, donde por momentos visiones paradisíacas conviven con perspectivas infernales, y promesas utópicas alternan con imágenes de degradación con una apelación fuerte a la ética de la responsabilidad a la que no deben resultar ajenos los deberes de justicia del hombre actual frente a las futuras generaciones.-

La aplicación de tecnologías sofisticadas en el área de las ciencias de la vida y en particular en la medicina, colocó a la sociedad frente a situaciones hasta entonces desconocidas con hondas proyecciones de futuro y que requerían de un amplio debate ético. En los Estados Unidos en materia de experimentación con sujetos humanos, se conocieron experiencias médicas en los años 70 violatorias de la dignidad humana que generaron un debate ético en la sociedad. También en

esos años se realizaron los primeros trasplantes exitosos de órganos que ponían en cuestión conceptos tradicionales acerca del nacer y del morir, a lo que pronto se sumarían los asombrosos desarrollos en el campo de la genética. Todo ello puso de manifiesto que el contexto normativo de la bioética no es sólo filosófico y ético, sino también político, jurídico y religioso.-

## **CAPITULO XV) COMITES INSTITUCIONALES DE BIOETICA**

Para orientar el debate bioético y a partir de allí abrir los cauces para nuevas políticas de salud acompañadas de las necesarias regulaciones jurídicas se instituye una Comisión Nacional para la Protección de Humanos sujetos a la biomedicina y cuya labor fue el Informe Belmont que institucionalizó en la ulterior bioética norteamericana los principios de beneficencia, autonomía y justicia. Entre las posteriores caben mencionar la Presidents Comisión for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Resarch. Actualmente la National Bioethics Advisory Commission.-

Paralelamente en Europa y en otras partes del mundo se van formando sendos comités de bioética o ética de la ciencia. En Argentina por Resolución 450/92 del Ministerio de Salud fue creada la Comisión Nacional de Bioética que tiene como objetivo asesorar a las autoridades del área en materia de ética médica y bioética. La integran representantes de los tres poderes del Estado nacional y otras instituciones en su mayoría médicos.-

Entre todas ellas el Comité Consultatif National d'Ethique Pour les Sciences de la Vie et de la Santé ha sido probablemente el que mayor incidencia

ha logrado en el debate público sobre temas bioéticos en políticas de salud y en los proyectos legislativos.-

## **CAPITULO XVI) DESDE LA BIOETICA HACIA UNA BIOPOLITICA Y UN BIODERECHO**

Tanto la labor de los comités como el debate instalado en la sociedad han contribuido a la creciente formación de una conciencia bioética, punto de encuentro de concepciones filosóficas, políticas o religiosas por momentos divergentes.-

En ese contexto las posturas extremas (dogmatismo y relativismo moral), pueden afectar el auténtico diálogo interdisciplinario.-

Resulta así frecuente en occidente la apelación ilimitada a la llamada “racionalidad estratégica” o la “ética del consenso” que lleva insito el peligro de estar actuando bajo mínimos y descender así progresivamente por debajo de una “ética mínima” que todas deben respetar en una sociedad pluralista, pero al mismo tiempo respetuosa de los derechos fundamentales de la persona. Ese umbral mínimo estará entonces dado por la filosofía de los derechos humanos y su formación explícita en los instrumentos internacionales y regionales en la materia, como cristalización histórica de la conciencia ética de la humanidad.-

Sin embargo, el debate académico y público sobre la bioética, que necesariamente debe incorporar múltiples perspectivas para alcanzar una concreta y real presencia en la sociedad, debe traducirse en la implementación de las políticas legislativas adecuadas; de allí que propiciemos el tránsito de la

bioética hacia una biopolítica, desarrollando no sólo a nivel de los poderes estatales sino también en los planos regional e internacional. Lo que ocurre por de pronto en materia ecológica a este respecto constituye un claro ejemplo de lo que queremos expresar (Río Eco 92), desde el momento que las políticas de protección al medio ambiente han de basarse no sólo en consideraciones técnicas, sino contemplar también valores y principios éticos en el contexto de una ética de la responsabilidad solidaria.-

En otro aspecto, la bioética debe también proyectarse hacia un bioderecho, la regulación jurídica en el plano de la alteridad de todas las cuestiones vinculadas con las ciencias de la vida, tanto en los planos de una micro como meso o macro bioética, incluyendo las cuestiones referidas a una de las modernas áreas de la bioética, incluyendo las cuestiones referidas a una de las modernas áreas de la bioética, como es la denominada “ecoética”. Ese bioderecho no debe constituirse en una simple rama más del derecho sino expresar una nueva forma de juricidad con vasos comunicantes con la bioética.-

A esa interacción entre la bioética y el bioderecho han contribuido por una parte no sólo las ya mencionadas Comisiones Nacionales de bioética, sino también los Comités de ética o de bioética en las instituciones de salud, acompañando la progresiva preocupación en el plano de la jurisprudencia por los problemas bioéticos. Recordemos que fue en el señero caso Karen Ann Quinlan de 1970 que un tribunal judicial requirió oficialmente por primera vez el dictamen de un comité bioético. Fueron las decisiones de Estados Unidos las que contribuyeron a ampliar y profundizar el debate bioético en la sociedad, gravitando también de esa manera sobre futuras políticas legislativas hasta tal punto que la

sentencia de Nancy B. Cruzan sobre estado vegetativo persistente y la interrupción del soporte vital de 1990 precedió a la sanción de la ley federal de autodeterminación del paciente.-

Es verdad que no debe existir perfecta identidad entre moral y derecho, ni por lo tanto entre bioética y bioderecho, pero al mismo tiempo es necesario evitar una desconexión o un alejamiento excesivo del bioderecho respecto de la bioética, para evitar una excesiva “juridización” y “formalización” petrificante.-

En la Argentina la reflexión bioética ha tenido su proyección sobre las políticas de salud y protección del medio ambiente (bioderecho). Por ejemplo las recientes leyes sobre ablación y transplantes de órganos 24193, y sobre residuos peligrosos ley 24.051 son ejemplo de ello y lo propio ocurre con distintos proyectos de ley, con tramitación parlamentaria sobre procreación humana asistida, protección de sujetos humanos en las investigaciones biomédica, “derechos del paciente”, “derecho a morir con dignidad”, etc. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires existe también legislación referida a investigación científica en sujetos humanos, sobre control de centros de reproducción humana asistida, al igual que las referentes al funcionamiento de Comités institucionales de bioética.-

Entre muchos otros fallos judiciales de contenido bioético, el fallo antes citado de Bahamondez.-

En un mundo de acelerada transformación la bioética puede brindar un servicio a la humanidad incorporando al escenario de la biopolítica y del bioderecho, los valores humanos fundamentales, los principios éticos, a fin de procurar que el desarrollo incesante de la tecnociencia resulte compatible con un verdadero progreso humano, en un campo en que no podemos dejar de compartir

la legítima preocupación de un sabio de nuestra época –Jean Bernard-: el pensamiento científico y la técnica evolucionan y progresan pero la sabiduría no lo hace. Es uno de los dramas de nuestra época. Si la sabiduría hubiese progresado con la ciencia, no tendríamos la bomba atómica”.-

## **CAPITULO XVII) LA TERCERA OLA EN LA HISTORIA DE LA BIOLOGIA**

Las técnicas de inseminación artificial stricto sensu tienen ya una historia no tan reciente. Sin embargo, la vasta problemática ahora reglada jurídicamente por el ordenamiento cuyo análisis crítico abordaremos, guarda una directa relación con el inusitado desarrollo científico y tecnológico de los últimos decenios, con una directa proyección en el campo de las ciencias de la vida. Esta nueva realidad ha adquirido por otra parte una más honda y amplia significación a partir del nacimiento del primer “bebé de probeta” en 1978 Gran Bretaña (fecundación in vitro).-

Este hecho se inscribe dentro de un acontecimiento de singular importancia: la tercera ola en la historia de la biología. Si esta nueva posibilidad producirá consecuencias positivas o negativas en el proceso de humanización dependerá de una elección ética no sólo de la comunidad científica sino también de la sociedad y del propio hombre en última instancia. Probablemente esta revolución biológica tendrá consecuencias hasta ahora imprevisibles tal vez mayores de las que derivaron a partir de 1940 del desarrollo y aplicación de la energía nuclear.-

Esta problemática se relaciona con las peculiares características de la ciencia moderna, ligada de manera creciente a un poder sobre las cosas y sobre

el hombre mismo, en estrecho vínculo e interdependencia con la tecnología. Surge de tal modo una tecnociencia onmicomprensiva y omnipresente en la realidad actual. Estimamos que la complejidad del problema y sus proyecciones sobre los más diversos ámbitos de lo real nos está señalando que el análisis no puede circunscribirse al aspecto meramente técnico jurídico, sino que requiere un encuadre en el más amplio horizonte de la reflexión filosófica.-

A los asombrosos descubrimientos en los campos de la biología y la genética, seguirán seguramente en los próximos años otros no menos revolucionarios.-

La ambivalencia que caracteriza a todo desarrollo tecnológico y científico se manifiesta también aquí, en la medida en que estos nuevos descubrimientos pueden tanto contribuir así a un desarrollo más pleno del hombre como a una peligrosa y creciente “cosificación” de la existencia.-

España dio un paso hacia el futuro con la sanción de la nueva ley sobre técnicas de reproducción asistida; sin embargo pareciera que de sus previsiones surgiría la prevaencia de los valores científicos-tecnológicos en desmedro de los valores humanísticos. Ubicándonos en nuestra propia situación, un apresuramiento legislativo que implicara una especie de trasplante de la ley hispana, podría conducirnos a soluciones disvaliosas. Cualquier futura legislación necesaria deberá resguardar debidamente al derecho a la vida y dignidad personal y al matrimonio y familia (arts. 14 bis, C. N.; 17 Convención americana sobre derechos humanos y disposiciones pertinentes de las constituciones provinciales).-

Un amplio y fecundo diálogo interdisciplinario debería proceder y acompañar a un futuro debate legislativo.-

Esto implica la aceptación de la existencia de un continuum humano que mantiene esa continuidad a través de los cambios y transformaciones culturales e individuales dado a lo largo de la historia.-

Las nuevas posibilidades que el desarrollo científico-tecnológico abre constituyen un llamado a la libertad y responsabilidad solidarias del hombre con miras a lo porvenir. Frente al vasto aspecto que ofrece la tecnología actual le toca al hombre efectuar una elección ética. El derecho habrá de contribuir a la creación y promoción de aquellas condiciones que permiten el proceso de personalización.-

## **CAPITULO XVIII) BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO CIVIL**

Me permito escribir las siguientes líneas en base a que se detalla qué hacer en caso de conflicto de derechos como los antes citados. Por lo tanto para empezar conviene decir con **Bielsa** que los derechos y las garantías individuales se establecen o se reconocen en la constitución y se instituyen y se reglan en las leyes que se sancionan en virtud de la Constitución.-

El reconocimiento de la Libertad como valor supremo se traduce en los Códigos Civil y de Comercio. Todo ello nos muestra la absoluta correspondencia entre dichos Códigos y la Constitución Argentina.-

Esa relación existió siempre, porque las leyes de Derecho Civil y de Derecho Comercial se apoyan y desarrollan en los derechos constitucionales.



Entre los temas de Derecho Privado que están en la Constitución Argentina desde 1853 podemos recordar, a manera de ejemplo: el derecho a la intimidad (art. 19).-

En los últimos tiempos ha cobrado mayor importancia el reconocimiento de tal sustento constitucional del Derecho Civil y ello ha dado paso al **nacimiento del derecho civil constitucional o del derecho constitucional civil** en cierta medida originado en las reformas constitucionales, oportunidad en que para gran parte de la doctrina el derecho constitucional ha incorporado temas propios del derecho privado.-

Esa nueva unificación es otra de las características del Derecho moderno, y consecuencia de esa centralización que se da en todos los órdenes: del Estado, del Poder, de la Soberanía. También se da en el Derecho: el Derecho Público es cada día más Privado, y éste es cada vez más Público.-

Por ejemplo con la **reforma constitucional de 1994** se avanzó notablemente con temas como la reparación del daño ambiental (art. 41), el amparo y el habeas corpus (art. 43) que acrecienta la protección de los derechos a la intimidad, la incorporación de una larga lista de derechos a través de los tratados internacionales del art. 75 inc. 22: derechos personalísimos, derecho a la vida, de la persona por nacer, entre otros.-

Los Derechos Personalísimos están presentes en dicha convenciones, especialmente Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos.-

El Derecho a la vida de la persona por nacer: art. 4 inc. 1 de la Convención citada y de la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, se encuentra desnaturalizada cuando en el art. 75 inc. 23 de la C. N. se

protege absurdamente a las personas desde el embarazo que es una situación de la madre y no del nasciturus (Rivera).-

Como antes dijimos a partir de la segunda guerra mundial surgió un movimiento tuitivo protector de los derechos individuales, ahora llamados derechos humanos. Así en **Alemania su Constitución de 1949 (Ley Fundamental)** en su art. 1 inc. 1, dice que la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección; el inc. 2: el pueblo alemán reconoce los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamentales de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo; el art. 2 inc. 2 habla del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad.-

Sin perjuicio de lo dicho, el **Dr. Carlos Alberto Mayón** en franca minoría respecto a la doctrina (docente de la materia -cuyo título es el presente capítulo- del postgrado de especialización de derecho civil de la universidad local), habla de un fenómeno de inflación normativa y constitucional: muestra textos con enormes enumeraciones de derechos pero sin aplicación práctica.-

Si de antecedentes jurisprudenciales hablamos cabe citar a modo de ejemplo entre muchos otros el **fallo de la Corte norteamericana de Row vs. Wade de 1973** que reconoció el derecho al aborto por parte de la mujer embarazada (ver lo que se dijo en el capítulo II).-

Sin perjuicio de lo expuesto, todos los derechos individuales están íntimamente relacionados entre sí y que derivan unos de otros. Además, cualquier clasificación suele ser relativa porque frecuentemente un mismo derecho puede estar en dos o más categorías. O sea si bien las clasificaciones son útiles no

deben hacernos perder de vista que tales derechos están íntimamente relacionados unos con otros y que en toda Constitución forman un conjunto, un todo. El Derechos es uno sólo, que se divide en ramas para facilitar su estudio, pero no debe perderse de vista su unidad.-

En la Conferencia de Viena de 1993 se sostuvo que todos los derechos del hombre son universales, indivisibles, interdependientes e íntimamente ligados.-

Efectuada este pequeño resumen, cabe hacer mención a manera de clarificar los **encontronazos entre los derechos existentes con los avances de la ciencia, y el sentir de la sociedad (orden público) que existen diversos órdenes de conflicto**. Por ejemplo, el más notorio: derechos de la sociedad contra derechos del individuo.

A veces se produce con la apariencia de un choque en el ámbito del propio individuo: sus derechos a la autodestrucción y auto degradación y su derecho a la vida y a la salud (tabaco, drogas). La Corte Suprema en 1978 priorizó el derecho de la sociedad (Colavini), en que consideró constitucional la ley que sanciona al consumidor de drogas. En 1986 hizo prevalecer los derechos de los individuos (Basterrica y Capalvo), declarando la inconstitucionalidad de la ley sancionada. Pero en 1990 (Montalvo) volvió a dar mayor jerarquía a los derechos de la sociedad.-

Otro ejemplo es el conflicto entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural a consecuencia de un fallo de la Corte de Casación francesa de 1991: mala praxis médica en un aborto legal. Una mujer decidió abortar a su hijo (permitido según su legislación) y recurrió a un médico para que le llevara a cabo la práctica correspondiente. Pero ocurrió que el facultativo lo hizo deficientemente, por lo que

el embarazo siguió su curso y en la fecha establecida, nació un niño perfectamente sano. La madre interpuso acción judicial contra el médico en virtud de la mala praxis evidenciada por el fracaso del aborto, reclamando indemnización por daño material y moral derivado de la prosecución del embarazo y el nacimiento de un hijo no deseado como causal de indemnización. Dijo el tribunal que en el supuesto del nacimiento de un hijo malformado o discapacitado el daño se hubiera verificado claramente. Bidart Campos critica la solución del caso: producido el nacimiento se suscita un conflicto entre la vida de quien ya nació y el derecho que durante el embarazo tuvo la madre para interrumpirlo (ver capítulos I y II).-

En el tema de aborto se producen conflictos entre derechos y normas: por una parte, los derechos de la mujer, respecto a su intimidad y de la libre disposición de su cuerpo; y por la otra, los derechos que deben reconocerse al feto, que es el derecho a iniciar la vida. La Convención Americana de Derechos Humanos lo prohíbe: se reconoce el derecho a la vida desde la concepción; también la interpretación que hizo la Argentina en la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, en la Convención contra la Discriminación de la Mujer, en su art. 16 inc. 1 e se dice que tiene derecho a determinar el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, lo que parecería sugerir el derecho a interrumpir un embarazo.-

Otro caso es la libertad de conciencia, la religión y el culto que suelen producir conflicto con el derecho a la vida, a la integridad física y las mutilaciones.

Es el caso tan frecuente de aquéllas religiones que producen objeción de conciencia respecto a los trasplantes de órganos, y las transfusiones de sangre.-

Por último y a fines de concluir citaré las **principales posiciones sobre la jerarquía de los derechos.**-

a) Ekmedkjian: clasifica a los derechos en derechos fines y derechos medios. Obviamente los primeros van a tener una jerarquía superior.-

Los parámetros a tener en cuenta son: 1) la relación entre derechos subjetivos y valores; 2) la mayor o menor restringibilidad de los derechos (relacionado con el poder de policía y con el art. 28 de la C. N.); 3) la sustracción hipotética de algunos derechos (posibilidad de renuncia). Consecuentemente propone en la cúspide al derecho a la dignidad y critica la jurisprudencia que sostiene que la interpretación debe armonizar los derechos. Es una falacia.-

b) Barcesat: todos los derechos tienen igual jerarquía. Deben analizarse en un contexto histórico dado. Debe analizarse la relación acreedor-deudor.-

Crítica a Ekmedkjian porque sostiene que es incorrecto que el orden jerárquico esté referido exclusivamente a los Derechos Civiles y los coloque en un nivel superior a los Derechos Políticos, Económicos, Sociales y Culturales. Considera que el derecho a la vida se equipara a la autodeterminación de los pueblos y su derecho a existir como Nación independiente en lo político, económico, social y cultural.-

Por otra parte también critica que coloque el autor citado en último lugar a los Derechos Patrimoniales, y cita a Carrió que dice "...no hay derecho constitucional más celosamente custodiado por las leyes que el derecho constitucional de propiedad" como así jurisprudencia en igual sentido. El proyecto de un derecho

universal, igualitario y de libertad, en sociedades como la nuestra, es todavía eso: un proyecto.-

c) Bidart Campos: toma como punto de partida las diferencias entre normas y derechos: las primeras tienen todas el mismo rango; los segundos tienen jerarquías diferentes. Diferencia normas –artículos- constitucionales en las que se reconocen derechos personales y los derechos mismos.-

Si la constitución es un cuerpo normativo supremo y rígido, todas sus normas tienen el mismo nivel. Lo que sí se admite un orden jerárquico son los derechos, ya que se refieren a bienes que no poseen todos igual valiosidad. Respecto a estos admite dos planos: 1) la C. N.; 2) la dimensión del valor puro, en el deber ser ideal.-

Critica a Ekmedkjian ya que no siempre se alcanza a visualizar a través de la mayor restringibilidad que la ley dispone acerca del derecho. Por lo tanto no siempre y en todos los casos se puede decir que cuanto mayor valiosidad tiene un bien jurídico, menor será la posibilidad de reglamentarlo.-

Reconoce que no todos los derechos se refieren a bienes jurídicos de igual valiosidad. Finalmente el diferente nivel de valiosidad que se puede descubrir en el plexo de derechos no es indicador válido para negar o debilitar la tutela a los que se ubiquen en estratos inferiores para admitir en su contra reglamentaciones arbitrarias.-

Respecto a la jurisprudencia de la C. S. J. N. señala que no debe tomársela al pie de la letra en cuanto a la igual jerarquía de todos los derechos: cuando se habla de igual jerarquía lo hace respecto a las normas.-

d) Sagües: los derechos no pueden ser iguales, porque la misma C. S. declaró que hay algunos renunciables (económicos) y otros irrenunciables.-

Admite la existencia de diferentes criterios de jerarquización de los derechos y que ello está en función de la posición política y filosófica de cada uno (ideología liberal, ideología socialista e ideología cristiana).-

e) Morello: Entre los derechos civiles llega a la conclusión que los derechos personalísimos son más fuertes que los personales y ambos superiores a los patrimoniales. Dentro de los personalísimos, el eslabón más alto es el derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia.-

f) Mayón: Coincide con la doctrina de la C. S. en cuanto que hay que aplicar un principio básico de armonización de los derechos. Excepcionalmente y por incompatibilidad cabe aplicar uno sobre otro; repito excepcionalmente.-

Coincide con Ekmedkjian en cuanto a que la restringibilidad de los derechos es una herramienta válida para efectuar una escala entre los mismos. Sin embargo no siempre es así. Discrepa también en cuanto a la relación que efectúa entre las garantías de los arts.17 y 18.

Está de acuerdo con Barcesat cuando sostiene que los valores son cambiantes según las sociedades y las épocas.-

El tema del orden jerárquico está relacionado con la interpretación constitucional: si es estática va a producir un orden en el que tendrán prioridad los derechos y principios tradicionales; si es dinámica será otro el orden (caso Avico).-

Toma en cuenta la clasificación derechos principales y derechos derivados y concluye que el derecho a la vida es lo supremo.-

Si existe conflicto entre derechos que no afecta a la comunidad debe recurrirse al principio que produzca el menor daño posible al derecho incompatible.-

Debe distinguirse el carácter permanente o transitorio de la restricción que se plantea a un derecho constitucional.-

## **CAPITULO XIX: CASOS JURISPRUDENCIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA BONAERENSE**

**Ac. 82.058** “B., A. s/ Autorización” (22/6/01): El Tribunal de Familia nº 2 de La Matanza hizo lugar al pedido de inducción al parto o eventual cesárea en razón de la anencefalia que sufre el feto y el objeto de finalizar la angustia de la madre y familia. La Asesora de Incapaces interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. El Procurador General Dr. De la Cruz dictaminó casar el fallo atento el fallo transcurrido (cuando inició tenía 20 semanas y cuando estaba para dictaminar 34) y solicitar atención y celeridad en la resolución del caso. Hace hincapié en el valor riesgo físico de la madre. Varias cuestiones se preguntan a la corte: 1) requiere autorización: sí dijo el Dr. Pisano –derecho a la salud-; el Dr. Pettigiani: si bien dijo que no hay acción de consulta, por las particularidades de la causa dijo que sí; el Dr. De Lazzari también sin antes hablar de proceso de declaración de certeza (art. 322 del C. P. C. C.) y en caso de duda que entre el recurso (art. 15, C. P. B. A.). el Dr. Negri que debió rechazarse in limine la demanda, por lo que debe anularse todo lo actuado; el Dr. Hitters dijo que tiene naturaleza jurisdiccional; el Dr. San Martín dijo que no es justiciable; el Dr. Ghione dijo que si bien no era necesaria, formulada debe resolverse; el Dr. Salas dijo que



no es un tema justiciable y adhiere al Dr. Negri; el Dr. Laborde adhiere a los Dres. San Martín y Salas; 2) es abstracta la resolución atento el tiempo transcurrido: los Dres. Pisano, Pettigiani y De Lazzari dijeron que no porque no se produjo el parto; el Dr. Negri que sí –sin perjuicio de lo que dijo en 1)- porque en los hechos ha sido desplazo –recordar que van 37 semanas de gestación al momento de la presente sentencia-; el Dr. Hitters dijo si bien puede que se este en la 35 semana del embarazo, ello no está acreditado razón por lo cual cabe avocarse al tratamiento de la cuestión; el Dr. San Martín adhiere a Pisano; el Dr. Ghione que no es abstracto; el Dr. Salas adhiere a Negri; el Dr. Laborde que atento constancias de autos resultaría inoficioso un pronunciamiento; 3) es suficiente el RIL: el Dr. Pisano dijo que el debate de autos pone al juzgador en una disyuntiva donde cualquier decisión que se adopte implicará resultados disvaliosos; por ello es innecesario; entra en el fondo analizando el interés familiar (no el de la madre ni tampoco el del por nacer) su derecho a la salud; existe un acta donde se dan los requisitos del consentimiento informado ante una eventual autorización; por lo que corresponde el rechazo del remedio traído; el Dr. Pettigiani dijo que sí; el Dr. Negri que más allá de las deficiencias técnicas corresponde admitirlo; el Dr. Hitters que si bien es insuficiente porque no se denunció absurdo por las particularidades de la causa cabe admitirlo; el Dr. San Martín, a contrario del Procurador, que se mantenga la sentencia atacada o sea es insuficiente porque no demuestra infracción legal alguna; el Dr. Ghione no hay motivo alguno: es suficiente; el Dr. Salas adhiere a San Martín; el Dr. Laborde que pese a las deficiencias se abre a conocimiento; 4) qué pronunciamiento corresponde dictar: el Dr. Pisano remite a 3); el Dr. Pettigiani discrepa con Pisano: primero armonización de derechos luego

su prioridad; desarrolla el concepto médico de anencefalía; cita a Orgaz por eso de “signos característicos de humanidad” (art. 51, C. C.); por el solo hecho de ser diferente se le causaría la muerte; es un delito?; es discriminatorio?; Particular gravedad adquiere esta materia con motivo de la irrupción de prácticas masivas de fecundación asistida, y en particular ante la concreción si no alcanzada al menos anunciada con espectacularidad durante el transcurso del año próximo pasado del llamado Proyecto Genoma Humano, realizaciones plausibles en cuanto a las posibilidades ilimitadas que brindan en pro del desarrollo del ser humano pero que, abusivamente utilizadas o producto de manipulaciones inescrupulosas, pueden conducir a verdaderas catástrofes para la humanidad, en tanto deriven en una suerte de control de calidad de la “fabricación de seres humanos” con descarte incluido del material embrionario defectuoso, antiestético o simplemente indeseado, al punto que podrían importar la puesta en práctica de aquella hasta hoy mera premonición lanzada por el novelista inglés Aldous Huxley en su “Brave New World” (Un Mundo Feliz) en 1931, de la existencia de una sociedad donde se fabricaban y modelaban seres humanos a voluntad; finalmente con está controvertido el derecho a la vida se recurre a instrumentos internacionales de protección adheridos por la Argentina; no se pondera el superior interés del niño; no es la parte débil de la relación?; la encuadra como pretensión discriminadora; llama a la reflexión de los médicos intervinientes; no encuentra configurado el interés familiar; el planteo se efectuó en forma subjetiva (con interés, con desequilibrio emocional); el Dr. De Lazzari se detiene en la persona por nacer, habla de su protección y comenta una opinión de la Dra. Matilde Zavala de González; cita diversas normas internacionales que privilegian a la vida por sobre

cualquier otro valor, y siendo así según se desprende de la causa la vida de la madre no está en juego por lo que se prioriza el valor vida del por nacer (el fallo violó todas las disposiciones internacionales); discrepa con Pisano respecto a la tutela del interés familiar; adhiere finalmente a Pettigiani; el Dr. Negri dijo que lo mejor es no privarlo de su derecho de permanecer en el vientre materno hasta los primeros días de alumbramiento; el Dr. Hitters dijo que la autorización se haya ajustada a derecho atento haberse logrado en la intervención al respeto debido y digno de la persona por nacer; el Dr. San Martín adhiere a De Lazzari; el Dr. Ghione también pero agrega que la vida no se mide por su calidad ni por su duración: es un bien jurídico tutelado al máximo; concluye en que la sentencia de grado debe ser revocada y que se de a los padres los tratamientos que sean necesarios a fin de terminar con su angustia; el Dr. Salas, por los votos anteriores suyos, adhiere a Hitters; el Dr. Laborde adhiere al Procurador (CABE HACER MENCION QUE ESTE FALLO FUE REVOCADO POR LA CORTE NACIONAL).-

**Ac. 85.566** “Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. de San Martín s/ Autorización” (24/2/02): El Tribunal de Familia nº 2 de San Martín por mayoría autorizó la inducción al parto al nosocomio citado y ordenó informar a las 24 horas de producida la intervención. La Asesora de Menores interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. El Procurador General el Dr. De la Cruz dijo que debe ser desestimado atento el consentimiento dado por los progenitores; no obstante destaca la labor de dicha funcionaria; la gestación va por las 32 semanas; el Dr. Hitters opina que no puede prosperar; cita Ac. 82.058 en la que pese a ser minoría fue revocada por la Corte nacional; el Dr. Roncoroni cita el fallo nacional que revoca la decisión local; el Dr. Soria adhiere a Roncoroni; el Dr.

Pettigiani acoge el remedio cuestiona que los peticionantes no tienen legitimación activa; no hay acción de consulta; pero termina diciendo que por el riesgo vida del por nacer y el recurso interpuesto por la representante promiscua debe hacerse lugar; el Dr. Salas remite a su postura en Ac. 82.058 pero adhiere en el presente a Roncoroni; y el Dr. Piombo adhiere Hitters y Roncoroni

**Ac, 94.478** “P., F. V. s/ Amparo” (5/5/04): El Tribunal de Familia nº 2 de La Plata rechazo la autorización para realizar una inducción al parto o eventualmente una cesárea a la causante quien porta un feto anencefálico. P. interpuso recurso de inaplicabilidad de ley. El Dr.Hitters en su voto cita un fallo de análogas características de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –voto del Dr. Bossert- donde se dijo en resumen que no es un aborto, ni tampoco uno eugenésico, ni de un ser que no es persona, ni de la libertad de procreación de la persona para fundar la interrupción de su vida o sea no se provoca la muerte de un niño sino se autoriza la inducción de un nacimiento con gestación de plazo suficiente – trigésima segunda semana- cuyo resultado no depende de la acción humana sino de la trágica condición de éste de último, que al carecer de cerebro no puede subsistir con autonomía (“T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, del 11-1-01), donde se realizaría la intervención con el mayor respeto hacia la vida del nasciturus y bajo el pretexto del simple objetivo de alargar la vida intrauterina del por nacer no puede prevalecer frente al daño psicológico de la madre. Se dejo en claro que la práctica ordenada era moralmente aceptable desde el punto de vista ético. Hace mención de la urgencia de la solución judicial y de la flexibilidad de la prueba dado la incertidumbre de la fecha de la sentencia (art. 15, C. P. B. A.). Distingue parto prematuro de parto inmaduro. Se apoya en el art. 163 inc. 6 del C.

P. C. C.. Lo mismo los Dres. Genoud y Roncoroni adhiriendo al voto del juez citado. El Dr. Pettigiani a su turno prefiere el rechazo atento a que no existe en el ordenamiento legal la acción de consulta y elige el valor vida como el supremo (art. 12 inc. 1, C. P. B. A.). El Dr. Soria, sigue a Hitters en sus fundamentos.. El Dr. Negri lo mismo que la mayoría pero también realiza la protección familiar (indigentes sin padre atento que la madre es el único sostén económico).

**Ac. 100.459** “O., M. V. Víctima de abuso sexual” (16/3/07): La Cámara Civil de Mar del Plata confirmó la sentencia que había concedido autorización para interrumpir el embarazo de la menor. El Fiscal General y el Asesor de Menores interpusieron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley. Lo particular es que según historia clínica ya se había dado autorización médica para interrumpir, por lo que el tema a resolver era si era necesario pronunciamiento. El Dr. Genoud dice que la cuestión ha quedado abstracta. El Dr. Negri lo mismo pero hace referencia a que se conozca sin embargo la sentencia para que se sepa la postura de la corte provincial. El Dr. Soria que es inoficioso y hace referencia al valor tiempo (procesal) en casos como el presente. El Dr. Hitters adhiere a los Dres. Genoud y Soria. La Dra. Kogan adhiere a los votos de Genoud, Soria y Hitters. El Dr. De Lazzari dice que si tiene que haber pronunciamiento dado la rapidez en que se suscita las cuestiones como la de autos; establece categoría de pronunciamientos. El Dr. Roncoroni dijo que no había caso a resolver.