

Contenido

PRESENTACIÓN

Presentación del XV Número Especial de Bioética

Por Pedro F. Hooft y Lynette Hooft. Pág. 3

DOCTRINA NACIONAL

Bioética y religión

Por Aída Kemelmajer de Carlucci. Pág. 4

Circuncisión ritual infantil masculina. Breves apuntes sobre una problemática evitada

Por Ricardo Rabinovich Berkman. Pág. 22

Falta de inscripción de nacimiento. Vulneración de la dignidad personal. La importancia de ser en sociedad

Por Lucía Rodríguez Fanelli y Jorge Carina. Pág. 27

DOCTRINA EXTRANJERA

Dignidad humana

Por Roberto Andorno. Pág. 34

Universalismo ético *versus* relativismo ético

Por Marlene Braz. Pág. 39

Los comités nacionales de bioética: tomándoselos en serio

Por Begoña Román Maestre. Pág. 45

Mijn waardigheid of de waardigheid van de menselijke persoon? (¿Mi dignidad o la dignidad de la persona humana?)

Por Paul Schotsmans. Pág. 52

Francesc Abel y la bioética... un legado para la vida

Por Núria Terribas Sala. Pág. 65

JURISPRUDENCIA

SUP. TRIB. JUST. NEUQUÉN:

- **Derechos personalísimos:** Derecho a la intimidad – Derechos del paciente – Paciente en estado vegetativo – Retiro de soportes vitales – Legitimación – Consentimiento informado (19/4/2013), pág. 73

SUP. CORTE BS. AS.:

- **Derechos personalísimos:** Derecho a la salud y a la integridad personal – Alimentación y vivienda – Obligación de la Provincia de Buenos Aires de proveer vivienda y un subsidio para alcanzar la satisfacción de sus necesidades fundamentales – Acción de amparo – Facultades del Poder Judicial – Ausencia de vulneración del principio de división de poderes (3/7/2013), pág. 88

BIBLIOGRAFÍA. Pág. 110

Presentación del XV Número Especial de Bioética

Por Pedro F. Hooft y Lynette Hooft

Corría el año 1998 cuando recibimos del director de la Revista Jurisprudencia Argentina, Dr. Alejandro Tuzio, una generosa invitación para coordinar un Número Especial dedicado a Bioética, cuando aún este novel campo interdisciplinario no contaba con la “carta de ciudadanía” de la que hoy goza en los ámbitos jurídicos tanto a nivel nacional como trasnacional. El ininterrumpido apoyo que la Editorial ha continuado brindando año tras año a esta tarea nos permite ofrecer hoy a nuestros lectores este XV Número Especial Bioética, con el propósito que nos ha guiado desde los comienzos: abrir y profundizar espacios de diálogos y reflexión –interdisciplinarios y pluralistas– en temas de honda significación moral para las personas y las sociedades de nuestro tiempo, en constante y vertiginosa transformación.

En ese contexto, resulta por cierto inevitable el constante replanteo de las relaciones entre Bioética y Derecho, en una perspectiva de necesaria y fructífera complementación recíproca, que reconoce como eje el respeto por la dignidad de la persona humana, sin desconocer lo que hoy en el ámbito académico se ha denominado como “giro empírico de la Bioética”. Ello en el sentido de que la Bioética, que por cierto requiere de una tarea seria de fundamentación académica, no ha de limitarse a planteos teóricos y abstractos, sino promover un diálogo y compromiso constante con los nuevos problemas que surgen en el área de las ciencias empíricas, que formulan nuevos y complejos interrogantes, donde los propios interrogantes abiertos –en actitud de diálogo respetuoso– serán más importantes tal vez que las respuestas que podamos brindar a ellos.

Una discusión inacabada y abierta se presenta en los planteos referidos a las relaciones entre Bioética y Derecho. Si bien la complementación es ciertamente necesaria, como ya señaláramos, difieren las visiones o perspectivas atinentes a modo y alcances con los que debe darse tal complementación. Plasmar en normas jurídicas, compatibles con un Estado constitucio-

nal de derecho, cuestiones acuciantes de la Bioética –una nueva ética de la vida– resulta por cierto necesario para brindar seguridad y protección de derechos, valores y principios fundamentales en este amplio campo inter y transdisciplinario; al mismo tiempo, debemos alertar respecto de una juridificación excesiva que conlleva el riesgo de una formalización abstracta y visiones reduccionistas, con detrimento de la riqueza que proviene del diálogo interdisciplinario y pluralista consustancial a la Bioética.

En esta nueva entrega contamos con valiosos aportes doctrinarios, tanto de autores nacionales como extranjeros, que vuelcan sus reflexiones y experiencias sobre temas de actualidad, tanto en la Bioética como el Derecho. El tema de la dignidad humana ocupa en la publicación un lugar central con los trabajos de Paul Schotmans (Universidad de Lovaina) y Roberto Andorno (Universidad de Zürich), que se suman a otros trabajos de valía (Áida Kemelmajer de Carlucci, Lucía Rodríguez Fanelli y Carina Jorge, Ricardo Rabinovich Berkman, Marlene Braz, Begoña Román y Mario Sebastiani). Especial significación personal adquiere para los coordinadores el aporte de Nuria Terribas Sala, por referirse a la vida y obra de uno de los “Grandes Maestros” de la Bioética, nuestro tan apreciado maestro Francesc Abel i Fabre (SJ), cuyo fallecimiento constituye una sentida pérdida, no solamente por sus destacados aportes al desarrollo de la Bioética sino además en razón de su ejemplar testimonio de vida en plenitud. A él un especial homenaje y a su discípula y continuadora, Nuria Terribas Sala, nuestro reconocimiento y gratitud.

El número se completa con dos fallos de interés bioético: uno sobre un tema particularmente complejo, como lo es el retiro del soporte vital en un dramático caso de estado vegetativo permanente con relación a la ley de “Muerte Digna” del Superior Tribunal de Neuquén, y una segunda sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre un tema de interés de una “bioética so-

cial” (el acceso a la vivienda digna, en relación con la calidad de vida de personas en extrema situación de vulnerabilidad).

En nombre propio, y en el de la co-coordinadora Lynette Hoofft y la colaboradora Geraldina J. Picardi, expresamos nuestro reconocimiento a la Editorial por su perma-

nente apoyo, que ha permitido una más amplia difusión de la problemática bioética en el campo del Derecho.

Este nuevo ejemplar del Número Especial Bioética procura prolongar un diálogo con los lectores, destinatarios finales y jueces de los contenidos que hoy ofrecemos a su consideración.

Pedro F. Hoofft (coord.)

Doctrina Nacional

Bioética y religión

Por Aída Kemelmajer de Carlucci

SUMARIO:

I. Dificultad del tema.– II. Religión, orígenes de la bioética, sociedad.– III. Religión y pautas culturales. El multiculturalismo. La cuestión de la interrupción del embarazo en América Latina.– IV. Religión, secularización y Estado laico.– V. La situación en Italia.– VI. Un intento de conciliación.– VII. El punto de partida.– VIII. Los dilemas teóricos y prácticos.– IX. Conclusiones provisionarias

“El rol cultural de la filosofía no consiste en entregar la verdad, sino en construir el espíritu de la verdad, y eso significa no permitir jamás que la energía inquisidora de la mente se duerma, no dejar jamás de cuestionar lo que aparece como obvio y definitivo, desafiar siempre los recursos aparentemente intactos del sentido común, no dejar jamás de sospechar que podría haber un lado diferente en lo que damos por supuestos y no permitimos jamás olvidar que hay cuestiones más allá del horizonte legítimo de la ciencia, que sin embargo son cruciales para la supervivencia de la humanidad, tal como nosotros la conocemos”. ()*

I. DIFICULTAD DEL TEMA

El binomio ciencia-religión nunca se ha movido con facilidad (1). Piénsese, p. ej., en la revolución copernica-

na, que significó abandonar el paradigma lógico-religioso fundado en la deducción a partir de axiomas, a favor de un paradigma empírico secular, centrado en la observación directa (2).

(*) Kolakowski, Lezek, “The Death of Utopia Reconsidered”, cit. por Gebara, Ivone, “Intuiciones ecofeministas: ensayo para repensar el conocimiento y la religión”, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 36.

(1) El tema de los desencuentros entre ciencia y religión ha sido frecuentemente tratado, incluso, en la cinematografía (ver los casos analizados por Ziccardi, Giovanni, “Il diritto al cinema”, Ed. Giuffrè, Milano, 2010, ps. 172-193).

(2) Guibourg, Ricardo, “Teólogos e ingenieros”, LL 2010-B-1289.

Kelsen, altamente preocupado por la libertad, hizo el siguiente paralelismo: “Si desaparece la creencia en la posibilidad de una ciencia libre de los intereses del poder político y, por tanto, digna de la libertad, o si el ideal de la objetividad del conocimiento cede el puesto a otros ideales, se inicia el viraje hacia una actitud espiritual favorable a la autocracia. Un movimiento semejante suele ir de la mano con la alta estima concedida al irracionalismo y el consiguiente menosprecio de lo racional. *En el ineludible conflicto entre la ciencia y la religión, ésta recaba para sí la primacía*” (3).

En el ámbito de las ciencias jurídicas, los conflictos son múltiples y los avances y retrocesos son visibles.

Bien se ha dicho: “El tipo de política religiosa que asume un país repercute en la enseñanza, en el tratamiento económico y fiscal de los grupos religiosos, en la política urbanística (incidiendo en la erección de templos, seminarios, lugares de culto y escuelas), en el reconocimiento civil del matrimonio religioso, en el flujo de capitales, en la política administrativa de cementerios, en la

asistencia religiosa en centros de internación, etc.” (4). No debe extrañar, pues, que la problemática se presente en los ámbitos más diversos del derecho. Así, para la filiación, Bertrand Russell explicó: “Desde que se descubrió la paternidad, el sexo ha sido siempre materia de gran interés para la religión. No podía esperarse otra cosa, puesto que es propio de la religión ocuparse de todo lo misterioso e importante. En los comienzos de los estadios agrícola y pastoril, la fertilidad, tanto tratándose de cosechas como rebaños, de manadas o mujeres, era de gran importancia para los hombres. Ni las cosechas eran siempre prósperas, ni la cópula producía siempre preñez. Se acudía, entonces, a la magia y a la religión para asegurar el resultado deseado” (5).

En la actualidad, las múltiples cuestiones planteadas llegan, incluso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (6). Así, p. ej., la debatida cuestión de la libertad religiosa del niño frente a la de sus padres (7); la relativa a las imágenes religiosas en las escuelas públicas (8); al reconocimiento de la persona-

(3) El destacado me pertenece. Kelsen, Hans, “Esencia y valor de la democracia”, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 117.

(4) Jordán Villacampa, M. Luisa, “Grupos religiosos e inmigración”, en Jordán Villacampa, M. Luisa (dir.), “Multiculturalismo y movimientos migratorios”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 27. Para diferentes cuestiones vinculadas al financiamiento de las religiones, la blasfemia y el derecho a la libre expresión, la educación religiosa en los colegios, etcétera; ver Flavier, H. y Moisset, J. P. (dir.), “*L'Europe des religions*”, Ed. Pedone, Paris, 2013 (el libro recoge diecisiete trabajos de profesores de universidades de la ciudad de Bordeaux y uno de un profesor de la Universidad de Oxford).

(5) Russell, Bertrand, “Matrimonio y moral”, trad. León Rozitchner, Ed. Leviatán, Buenos Aires, 1956, p. 29.

(6) Para la intervención de las diversas religiones en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco, ver Cláuriz, María J., “La declaración universal de bioética y derechos humanos y el pluralismo religioso”, en Gros Espiell, Héctor y Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco”, Ed. Comares, Granada, 2006, ps. 82 y ss.

(7) Compulsar Martín Sánchez, Isidoro, “Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV., “Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado”, Ed. Universidad del País Vazco, San Sebastián, 2000, p. 585; Muzny, Petr, “Pour que la garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage”, en AA.VV., “*Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*”, Ed. LexisNexis - Dalloz, Paris, 2012, p. 431-432.

(8) La sala 2ª había decidido el 3/11/2009 en “Lautsi y otros v. Italia”, que la exposición del crucifijo en aulas escolares viola el principio de laicidad del Estado, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y de culto, correspondiendo, incluso, la reparación del daño moral (ver versión italiana en *Rev. Il Diritto di Famiglia e delle Persone* 2010-1, Ed. Giuffrè, Milano, p. 3). Pero la sentencia fue recurrida y la Gran Sala, el 18/3/2011, por mayoría, decidió que se trata de una cuestión dejada a la libre apreciación de los Estados y que la presencia de crucifijos en las escuelas públicas no viola, por sí, la Convención. Ver versión en español en ED 242-95 a 125 (ese volumen contiene ocho artículos de doctrina que apoyan de modo monocrorde la solución). La versión en italiano se publica en revista *Il Diritto di Famiglia e delle Persone* 2011-4, Ed. Giuffrè, Milano, p. 1527; también este número tiene comentarios favorables a la decisión. Por el contrario, valiosos argumentos en contra se encuentran en Lombardi, Carlos, “Crucifijos en escuelas públicas italianas: un retroceso para la laicidad de la sociedad”, LL 2011-C-161; también critica que el TEDH haya dejado esta cuestión al “margen de apreciación de los Estados”, Laffaille, Franck, “Le néo-guelfisme de la Cour EDH. À Propos de l'arrêt Lautsi bis, 2011 et du crucifix en Italie”, *Rev. Internazionale de Droit Comparé*, n. 4, 2011, p. 931. Para otros comentarios, desde la perspectiva del sistema europeo, ver Tanzarella, Palmira, “Le decisioni Lautsi c. Italia: due pesi, due misure”; Witte Jr., John, “Lift High the Cross? Il caso Lautsi c. Italia nella prospettiva americana”, ambos en Cartabia, Marta (a cura di), “*Dieci casi sui diritti in Europa*”, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011, ps. 81 y ss. Los antecedentes

lidad jurídica de las asociaciones, a la obligación de proporcionar dieta vegetariana a un recluso (9); al derecho del testigo a tener razones para sustraerse al juramento sin tener que indicar cuál es su fe religiosa (10), etc. Los temas planteados no son nuevos. Así, p. ej., el 23/6/1993, el TEDH (caso “Hoffmann”) (11) decidió que una madre, Testigo de Jehová, no podía ser privada de la guarda de sus hijos sólo por la eventualidad de que si ellos tenían un accidente no autorizaría una transfusión sanguínea, con grave peligro potencial para la vida del niño.

Parece mentira que en el siglo XXI, en Estados republicanos y democráticos, se dicten normas francamente discriminatorias, como, p. ej., la ordenanza del Ministerio de Educación de Italia 2074, que atribuía créditos o puntos a los estudiantes que reciben cursos de educación católica, considerándosela inconstitucional, en tanto el Estado italiano no asegura la posibilidad de conseguir un crédito formativo en otras confesiones, o a quien no profesa religión alguna (12).

La cuestión de las imágenes religiosas en los tribunales de justicia llegó al Tribunal Constitucional del Perú, que el 7/3/2011 rechazó la acción tendiente a que se remuevan esos símbolos de las salas de los tribunales; argumentó, equivocadamente a mi criterio, que “la laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que *promueva el ateísmo o el agnosticismo* o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso; la incompetencia del Estado ante la fe religiosa no significa la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú”. En cambio, correctamente, declaró contraria a la Constitución la práctica o el uso de las autoridades judiciales, no normativizado, de preguntar a los justiciables respecto de la religión que profesan (13).

La educación religiosa en las escuelas públicas vuelve en países en los que podía creerse que había quedado superada (14), cuestión a la que la Argentina no

del caso ante los tribunales italianos se reseñan en Morrone, Andrea, “Multiculturalismo e stato costituzionale”, en Vignudelli, Aljs (a cura di), “*Istituzioni e dinamiche del diritto, multiculturalismo, comunicazione federalismo*”, Ed. Giappichelli, Torino, 2005, p. 14. Las repercusiones del caso “Lausi” se estudian en Pajno, Simone e Pinna, Pietro (a cura di), “*Il crocifisso nelle aule scolastiche. La libertà religiosa e il principio di laicità*”, Ed. Jovene, Napoli, 2012 (el libro contiene diez artículos de diferentes autores). Para otras sentencias de tribunales europeos relativas a la vida civil y los símbolos religiosos, ver Vespaziani, Alberto, “Diritti di libertà religiosa e neutralità dello spazio pubblico europeo”, en Vespaziani, Alberto (a cura di), “*Diritto fondamentali europei*”, Ed. Giappichelli, Torino, 2009, p. 169; Mignone, Carlo, “La libertà di religione nella giurisprudenza di Strasburgo, pluralità di modelli di regolazione del conflitto religioso. Concorso di valori e conflitto tra sovranità”, en Ruggeri, Lucia (a cura di), “*Giurisprudenza della Corte Europa dei Diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*”, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, ps. 85 y ss.

(9) Ver estos casos y otros en el completísimo estudio de Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre minorías religiosas”, Rev. Estudios, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, ps. 155 y ss.

(10) Compulsar Pastore, Fulvio, “*Pluralismo religioso e laicità dello stato nel 'multilevel constitutionalism'*”, Ed. Cedam, Padova, 2012, p. 141.

(11) Compulsar sentencia y comentario en Rev. General de Derecho, año LI, ns. 610/611, 1995, ps. 8569 y ss. En el caso, ambos padres eran católicos al momento del matrimonio; posteriormente, ella se convirtió a los Testigos de Jehová. El TEDH consideró que la sentencia del Supremo que negó a la madre la custodia de los hijos resultaba contraria a la Convención. Ver nota de Tomás Mallén, Beatriz, “La incidencia del factor religioso minoritario en el derecho al respeto de la vida familiar del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. La autora coincide con la mayoría del tribunal en que la pertenencia a una secta o grupo religioso minoritario no debe limitar su derecho al respecto de la vida familiar, so pena de incurrir en una discriminación religiosa; no puede ser otra la conclusión en una sociedad democrática, pluralista y respetuosa de los derechos humanos. No obstante, observa puntos significativos, como son: el expediente tramitó durante seis años ante el Tribunal Supremo; durante todo este tipo, el hijo estuvo con el padre; ahora tendría que pasar súbitamente a la madre; en ningún momento se le preguntó su preferencia, etcétera.

(12) Ver Riv. Il Diritto di Famiglia e Delle Persone, vol. XXXIX, n. 1, enero-marzo 2010, p. 157.

(13) El destacado me pertenece. Compulsar resumen de la decisión peruana en Rev. Investigaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación 2012-1, Buenos Aires, p. 93. Para el tema de los símbolos religiosos, en general, ver Dieni, Edoardo ed altri (a cura di), “*Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*”, Ed. Il Mulino, Bologna, 2005.

(14) Ver noticia sobre la cuestión en Rusia, en ED 247-793, bajo el título “Vuelve la clase de religión a las escuelas rusas”.

permanece ajena, desde que en algunas provincias se sigue impartiendo la religión católica en esos establecimientos, con aval legitimador de los tribunales de justicia (15), que han debido pronunciarse, incluso, sobre la conmemoración de festividades religiosas en esos mismos establecimientos (16).

Las cuestiones implicadas afectan hasta temas de naturaleza procesal, como es la relativa a la competencia de la jurisdicción civil o religiosa para supuestos estrictamente civiles, como son la rendición de cuentas (17).

En definitiva, en este abordaje hay que tener en consideración que, hace muchos años, la Corte Federal argentina dijo que "...al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse... que la Iglesia Católica constituya un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carácter civil como son las que estatuyen el régimen del matrimonio" (18); más cercanamente en el tiempo, ha insistido en que "el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso, y dicha distinción resguarda la autonomía de la conciencia, de la libertad individual y de cultos que son principios fundamentales de la democracia constitucional" (19).

¿Cómo extrañarse, pues, de los difíciles vínculos entre bioética y religión?

II. RELIGIÓN, ORÍGENES DE LA BIOÉTICA, SOCIEDAD

No puede ignorarse que el fisiólogo de origen holandés André Hellegers, a quien se atribuye, junto con el oncólogo Van Potter, la introducción del término bioética, fue cosecretario en 1965 de la Comisión Vaticana sobre el Control de la Natalidad y fundador, en 1971, en la

Universidad Jesuítica de Georgetown, Washington, del Kennedy Institute of Ethics, denominado así por la gran amistad que lo unió a la familia del presidente (20).

Según algunos autores, los orígenes de la bioética se sitúan a principios del siglo XX, en los Estados Unidos, cuando se produce un debate entre teólogos católicos y protestantes sobre la licitud moral y jurídica del empleo de métodos anticonceptivos por parte de mujeres menores de edad (21). La Encíclica de la Iglesia católica *Humanae vitae*, que prohibió el uso de píldoras anticonceptivas, fue ampliamente cuestionada por intentar monopolizar los problemas de la sociedad relacionados con el cuerpo, la salud y la vida. El aporte bioético fue, precisamente, su enfoque secular de aspectos que tradicionalmente estaban reservados a las autoridades religiosas, como han sido la gestión del cuerpo, la sexualidad, la vida y la muerte. El enfoque bioético, identificado como enfoque laico, salió muy fortalecido de esta contienda.

No obstante, aún hoy, algunos autores se consideran expositores de lo que llaman una *bioética teológica* (22); uno de ellos llega muy lejos y, después de afirmar que "el ser humano es por naturaleza religioso", describe su hipótesis de trabajo, que es "indagar, a la luz del incipiente conocimiento del genoma humano, si lo que hace al ser humano naturalmente religioso tiene algún fundamento genético y, en tal caso, qué gen o genes son los que están directamente implicados en la fe religiosa"; dicho en otras palabras, "si el hombre revela en sus genes la mano de Dios" (23).

Independientemente de estos extremos, es útil recordar que, en 1927, frente a los descubrimientos revelados por la teoría *evolucionista* de Darwin (opuesta al

(15) Corte Just. Salta, 12/7/2013, causa 33.659, "Castillo y otros".

(16) Ver C. Civ. y Com. Salta, sala 3ª, 23/2/2012, RDF 2012-IV, p. 165, con nota de Maisley, Nahuel, "¿Laica o libre? El fallo 'Castillo v. Salta' y una oportunidad para reflexionar sobre el rol de la religión en la educación argentina", y en ED 247-51, con nota de Ranieri de Cechini, Débora, "Sobre una decisión judicial contra la educación católica en las escuelas públicas de Salta: una medida contradictoria".

(17) C. Nac. Civ., sala D, 1/9/2011, ED 246-585.

(18) Fallos 53:188.

(19) Dictamen del procurador general Guillermo H. López que hizo suyo el Alto Tribunal, Fallos 312-122.

(20) Sábada, Javier, "Principios de bioética laica", Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 74; ver otros datos de André Hellegers en Calvo Espiga, Arturo, "Sobre la incidencia de la conciencia y la religión en el bioderecho. Fe religiosa y conciencia personal: un desafío al derecho desde la bioética", en Tarodo Soria, S. y Pardo Prieto, P. (coords.), "Biotecnología y bioderecho", Ed. Eolas, León, 2011, p. 269.

(21) Pérez Álvarez, Salvador, "La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE", Ed. Comares, Granada, 2009, p. 7.

(22) López Alonso, Marta, "Mujer y bioética teológica: vino nuevo en odres nuevos (Mt 9, 17)", en De la Torre, J. (ed.), "Mujer y bioética", Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, p. 189.

(23) Rodríguez Merino, José M., "Bioética y derechos emergentes", Ed. Universidad Carlos III - Dykinson, Madrid, 2011, p. 145.

creacionismo tradicional religioso), que establece la estrecha relación existente entre la especie humana y las demás especies animales, todas ellas gobernadas por los principios de la selección natural, la lucha por la vida y la supervivencia del más apto, Fritz Jahr se planteó la necesidad de un nuevo enfoque de la ética (24); su tesis era que los nuevos conocimientos sobre el medio ambiente y el mundo animal obligan a replantear todo el edificio de la ética.

Lo cierto es que muchos seminarios, jornadas, obras, artículos monográficos se dedican al entrecruzamiento entre bioética y religión. Así, p. ej., en 1998, una prestigiosa revista francesa, dirigida por Christian Byk, dedicó un número completo al tema “Bioética y religión” (25); en 2010, la Organización Panamericana de la Salud publicó un número de la revista *Acta Bioethica* bajo el tí-

tulo “Religión y bioética” (26); la Universidad Pontificia de Comillas realizó una jornada sobre “Bioética y religiones: el final de la vida” (27); la Universidad Autónoma de Madrid publicó los trabajos del curso de verano celebrado en 2005 bajo el título “Bioética, religión y derecho” (28); la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento organizó, en mayo de 2006, un congreso que divulgó bajo el nombre “Bioética e confessioni religiose” (29); muchos libros de bioética dedican capítulos especiales a la posición de las distintas religiones en cada uno de los grandes temas que abordan (30), etcétera.

Los conflictos entre estos dos ámbitos se hacen visibles a la sociedad cuando los practicantes de diversas religiones no sólo expresan sus propios puntos de vista en torno a los grandes temas que la bioética aborda, sino

(24) Fritz Jahr la definió como la “ética de las relaciones de los seres humanos con los animales y las plantas”. Ver Gracia Guillén, Diego, “Bioética”, en Romeo Casabona, C. (dir.), “Enciclopedia de bioderecho y bioética”, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano - Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia - Universidad de Deusto - Universidad del País Vasco, 2011, p. 209.

(25) *Journal International de Bioéthique*, vol. 9, Ed. ESKA, París, 1998.

(26) *Rev. Acta Bioethica*, año XVI, n. 1, 2010. El número contiene estos siete artículos de Rodríguez Yunta, E., “Religión y bioética” (p. 7); León Correa, Francisco J., “Bioética y religión cristiano-católica: dos racionalidades complementarias” (p. 9); Tapia Adler, Ana M., “Notas sobre judaísmo y bioética” (p. 17); Karmy Bolton, Rodrigo, “Bioética y el Islam” (p. 25); Nellickappilly, Sreekumar, “*Science, Religion and Ethics; The Religious Ethical Basis of Indian Science of Medicine*” (p. 31); Cardemil, Gonzalo, “Consideraciones éticas en el tratamiento médico a Testigos de Jehová” (p. 40) y Díaz Santana, Elsa, “Conocimiento de la Ley General de Salud respecto de las transfusiones sanguíneas en médicos y pacientes Testigos de Jehová del Hospital D. Contreras de República Dominicana” (p. 46).

(27) Ver Gafo, J. (ed.), “Bioética y religiones: el final de la vida”, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000. La obra contiene siete artículos: Gafo Fernández, Javier, “La tradición católica” (ps. 17 y ss.); Tarquis Alfonso, Pedro, “Bases teológicas de la ética protestante” (ps. 49 y ss.); Tatary Bakry, Riay, “Islam, bioética y final de la vida” (ps. 65 y ss.); Torralba Roselló, Francesc, “La lógica de la circularidad, eticidad del morir desde el hinduismo y el budismo” (ps. 87 y ss.); Garzón Serfaty, Baruj A., “Judaísmo y bioética (ps. 111 y ss.); Ferrer, Jorge J., “*‘Quod omnes tangit ab omnibus tractari debet’: una ‘questio disputata’ de epistemología moral en la teología católica*” (ps. 127 y ss.); Gracia, Diego, “Religión y ética” (ps. 153 y ss.).

(28) “Bioética, religión y derecho”, Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16/7/2005, Ed. Fundación Universitaria española, Madrid, 2005. La obra contiene seis artículos específicos: Martín Sánchez, Isidoro, “Bioética y libertad religiosa” (ps. 207 y ss.); Moreno Antón, María, “Los confines de la vida desde la perspectiva religiosa” (ps. 257 y ss.); González, Marcos, “La posición de las religiones cristiana, judía e islámica sobre fecundación artificial y el aborto” (ps. 277 y ss.); Moreno Botella, Gloria, “La posición de las confesiones religiosas ante la experimentación científica en humanos, el sida y la farmacodependencia” (ps. 291 y ss.); García García, Ricardo, “Intervenciones médicas y las posibles actuaciones de facultativos y pacientes. Intervenciones sobre la sexualidad y trasplantes” (ps. 313 y ss.); Guérez Tricarico, “La influencia de las sectas y de las organizaciones religiosas en la elección o en el rechazo por el paciente al tratamiento sanitario” (ps. 411 y ss.).

(29) Camassa, Erminia y Casonato, Carlo (a cura di), “*Bioetica e confessioni religiose*”, Ed. Università degli Studi di Trento, Trento 2008. La obra contiene, además de ocho artículos doctrinales, el Manifiesto de bioética laica y el Nuevo manifiesto de bioética Laica (ps. 233 y 241), ambos explicados en sendos artículos de Faralli, Carla (“*Bioética e confessioni religiose: una prospettiva laica*”, p. 105) y de Camassa, Erminia, “*Bioetiche confessionali e laicità dello Stato*”, p. 123.

(30) Ver, p. ej., Freni, Fortunato, “*La Laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*”, Ed. Giuffrè, Milano, 2012; Bruni, Bruna y Marostegan, Irene, “*Sanità e diritti delle persone. Aborto, procreazione assistita, eutanasia. L'imbarazzo del giurista*”, Ed. Giappichelli, Torino, 2007 (cap. 6 relativo al aborto; cap. 2 de la parte tercera destinada a la eutanasia); Rossano, R. y Sibilla, S., “*La tutela giuridica*

que pretenden que el legislador o el juez siga esas pautas; así ocurre cuando se debate –especialmente, en los medios masivos de comunicación– sobre el dolor, la muerte, la eutanasia, los trasplantes de órganos, las transfusiones sanguíneas y otras vías curativas, los métodos anticonceptivos, el aborto, la reproducción humana asistida (31), el estatuto del embrión no implantado, la manipulación y reducción embrionaria, la clonación, el transexualismo y otras cuestiones vinculadas al sexo de las personas que, en algunos casos, requieren tratamientos médicos, el derecho a la vida sexual de las personas con capacidad restringida y las prácticas médicas de esterilización, etc. En ocasiones, el debate se enmarca en temas sobre los que la ciencia también asume posiciones firmes, como es el origen de las distintas especies y su evolución, impactando otras cuestiones sensibles como, p. ej., la experimentación con animales. El consentimiento informado, su extensión y valoración, tema tan caro a la bioética, también se ve afectado; en efecto, los diferentes cultos y la posición que asumen frente al cuerpo humano implican, a veces, la necesidad de información adicional (32); así, p. ej., un Testigo de Jehová probablemente requerirá mayor información respecto de métodos alternativos, sus alcances y resultados que pueden llegar a producirse si no se realiza la transfusión sanguínea a la que se opone. Los problemas trascienden también a otras cuestiones que

son importantes para la vivencia real de los principios de la bioética (p. ej., cómo deben integrarse los comités de bioética) (33), etcétera.

Asimismo, las religiones asumen posiciones en temas menos conocidos por el público en general. P. ej., en los comienzos de los años 90, cuando el proyecto Genoma Humano se desarrollaba a pasos agigantados, la Iglesia católica manifestaba su preocupación por el uso que podía hacerse de los conocimientos obtenidos a través de ese programa; así, el cartografiado de alta precisión podría servir para el diagnóstico prenatal de enfermedades genéticas y, como consecuencia, la selección prenatal, pudiendo llegar al aborto selectivo; otros valores podían verse atacados a través de la investigación con embriones o, incluso, la producción de embriones sólo para investigar (34).

Algunos expositores de la religión judía se mostraron un poco menos inquietos. Es que, según el Génesis, el hombre es un socio importante para Dios; la creación divina no es perfecta y debe ser completada; el Todopoderoso ha dejado cosas para que el hombre las concluya y la ciencia es un instrumento muy valioso para realizar esa obra; la curación y el alivio del sufrimiento humano se consideran medios de ayuda y asistencia de esa imagen de Dios; en suma, en el judaísmo, desde antaño, el conocimiento científico fue visto co-

della vita prenatale”, Ed. Giappichelli, Torino, 2005; ver trabajos de Dammaco, Gaetano, “*Tutela della vita e valori religiosi nella cultura balcanica*” (ps. 99 y ss.) y de Rossano, R., “*Lo sviluppo prenatale nella cultura musulmana tra precetti religiosi e norme positive*” (ps. 139 y ss.); Caloiro, Giovanna, “*La bioetica nelle problematiche multiculturali*”, Ed. Giuffrè, Milano, 2002. La autora dedica la mayor parte de las páginas de su libro a los principios bioéticos en el islamismo; Galletti, Matteo y Zullo, Silvia, “*La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*”, Ed. Firenze University Press, Firenze, 2008. La obra contiene los artículos de Luciano Carim Annalisa Verza, “*Le problematiche di fine vita nella concezione ebraica*” (ps. 51 y ss.); Atighetchi, Dariush, “*Lo stato vegetativo permanente: gli approcci nell’islam*” (p. 59).

(31) Irrazábal, Gabriela, “Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura reforma del Código Civil argentino”, *Derecho de Familia*, n. 57, noviembre 2012, ps. 113 y ss.

(32) Rovira, Antonio, “Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 145. La Corte federal argentina ha reconocido la eficacia de las voluntades anticipadas expresadas por una persona Testigo de Jehová, plenamente capaz; consecuentemente, respetó su autonomía en un supuesto en el que el padre, que no compartía el credo, solicitó al tribunal autorizara una transfusión sanguínea (compulsar del 1/6/2012, “Albarracini Nieves, J. W. s/medidas precautorias”, *Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, n. 7, agosto 2012, p. 277, con nota de Benavente, María I y Di Vito, Aldo M., “El caso ‘Albarracini’ y las directivas anticipadas”. El tribunal respetó su precedente recaído *in re* “Bahamondez” [Fallos 316:479], aclarando que el tema no se vincula tanto a la religión cuanto a la autonomía personal).

(33) Para la referencia a este punto en varios documentos internacionales, ver Freni, Fortunato, “*Biogiuridica e pluralismo ético-religioso*”, Ed. Giuffrè, Milano, 2000, p.267.

(34) Serra, Ángelo, “El punto de vista católico en sus implicaciones éticas”, en AA.VV., “Proyecto genoma humano: ética”, Ed. Fundación BBV, Bilbao, 1991, ps. 131 y ss. La posición de la Iglesia católica frente a las ciencias ha pasado y pasa por períodos de gran conflictividad. Michele Taruffo recuerda que, en 1215, por intermedio del cardenal Robert de Courçon, la Iglesia estableció en los estatutos de la Universidad de París, la prohibición de leer y de enseñar la Física y la Metafísica de Aristóteles (Taruffo, Michele, “*La semplice verità*”, Ed. Laterza, Roma, 2009, p. 3).

mo una ayuda en la aplicación de ciertas normas de la Halajá (35); así surge del pensamiento de Maimónides, erudito judío, filósofo y médico (36).

Las relaciones entre islamismo y ciencia se muestran más conflictivas. La palabra *islam*, en árabe, significa “sometimiento” y *muslin* quiere decir “el que se somete”. Según esta etimología, en esta religión el sometimiento a Dios es decisivo (37), por lo que es de su esencia que el mandato religioso no sea desobedecido.

A la complejidad se suma que en todas las religiones existen distintas tendencias o escuelas; p. ej., dentro de los islámicos diversas escuelas interpretan el Corán, como la Sunnita (que agrupa la Hanafita, Malakita, Shafita y Hanbalita), la Chiíta o heterodoxa, etc. (38); entre los protestantes, Fletcher es tan abierto que llega a defender la clonación humana y actitudes de fundamentalismo luterano (39).

III. RELIGIÓN Y PAUTAS CULTURALES. EL MULTICULTURALISMO. LA CUESTIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN AMÉRICA LATINA

En todos los tiempos, la medicina ha tenido la obsesión de dar seguridad a los pacientes; en ocasiones, es-

te imperativo no se acomoda a los principios religiosos. Así, p. ej., ocurre que se comuniquen a los padres que el feto está afectado de una malformación gravísima que no le permitirá sobrevivir; en esas ocasiones, los implicados suelen consultar a la autoridad religiosa, quien se opone a una práctica médica que resulta necesaria para la salud mental de la gestante (40).

A veces, no se trata de ideas religiosas, sino de meras pautas culturales cuyo origen se desconoce (41). Cuenta Eduardo Galeano: “En Roma, muchas mujeres evitaban los hijos estornudando inmediatamente después del amor, pero las profesionales preferían sacudir las caderas, en el momento culminante, para desviar las semillas. Plinio el Viejo contó que las mujeres pobres evitaban los hijos colgándose del cuello, antes del amanecer, un amuleto hecho con gusanos extraídos de la cabeza de una araña peluda, envueltos en piel de siervo. Las mujeres de clase alta conjuraban el embarazo portando un tubito de marfil que contenía un trozo de útero de una leona o de hígado de gato. Mucho tiempo después, en España, las creyentes practicaban una plegaria infalible: San José, tú que tuviste sin hacer, haz que yo haga sin tener” (42). En la actualidad, las mujeres originarias del África sahariana rechazan la cesárea; el tiem-

(35) *Halaja* proviene del término *halej*, que quiere decir caminar, transitar; la *halaja* es el sendero, el camino por el cual se anda, señalado por la tradición por el cual debe transitar todo judío (Ver Fromm, Erich, “Y seréis como dioses”, trad. Ramón Alcalde, Ed. Paidós, Barcelona, 1991, p. 157; compulsar también Roudinesco, Élisabeth, “A vueltas con la cuestión judía”, trad. A. P. Mopya, 2011, p. 21; Tapia Adler, Ana M., “Notas sobre judaísmo y bioética”, *Acta Bioethica*, año XVI, n. 1, 2010, p. 18) y es sinónimo de norma. Dado que ya no funciona el *Sanhedrin* (que emitía decisiones obligatorias para todos y que existió aproximadamente hasta el año 800 después de Cristo), actualmente, en el judaísmo, a diferencia del catolicismo, en el que existe la voz oficial del Papa, cada persona puede seguir la opinión más aceptable (Greenberger, Chaya, “The Hierarchy of Values in Jewish Bioethics”, *Nursing Ethics*, vol. 18, n. 4, julio 2011, ps. 537-547).

(36) Aviv, Haim, “Actitudes éticas de un científico judío en la relación con la intervención genética”, en AA.VV., “Proyecto genoma...”, cit., p. 147; compulsar también Rabello, Alfredo M., “Problemi connessi con la fine della vita e l'eutanasia alla luce del diritto ebraico”, en Camassa, Erminia y Casonato, Carlo (a cura di), “*Bioetica e confessioni...*”, cit.

(37) Karmy Bolton, Rodrigo, “Bioética y el Islam”, cit., p. 26.

(38) Ver Pérez Álvarez, Salvador, “La libertad ideológica...”, cit., ps. 18 y ss.

(39) Cit. por Sábada, Javier, “Principios de bioética...”, cit., p. 74.

(40) Carbonne, Bruno, “Convictions religieuses et sécurité de la femme en gynécologie-obstétrique”, en Hirsch, Emmanuel, “Éthique, justice et médecine”, Ed. Espace Éthique, Paris, 2005, p. 219.

(41) Dejo fuera de estas reflexiones el aprovechamiento que las mafias hacen de las mujeres que creen fuertemente en ciertos ritos que las someten a condiciones de esclavitud sexual. Para el fenómeno en Italia y la reacción del derecho penal, ver Pennisi, Concetta, “Le pratiche di magia nere e i riti Vudu non sono riconducibili ad alcuna confessione religiosa: nuove sette e nuovi movimenti religiosi, libertà di coscienza, libertà religiosa e tutela dei diritti umani”, en *Riv. Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. XXXIX, n. 1, enero-marzo 2010, p. 37. Tampoco abordo otros fenómenos culturales, como fue la práctica de la *suttee*, en la India, o sea, la inmolación de la viuda durante el funeral de su marido, para partir con él; por años, hasta 1829, el gobierno británico toleró esta práctica como expresión de “respeto de las creencias hindúes y musulmanas” (Walzer, Michael, “*On Toleration*”, Ed. Yale University Press, New Heaven, 1997, p. 61).

(42) Galeano, Eduardo, cuento “Métodos anticonceptivos de comprobada eficacia”, en “Espejos, una historia casi universal”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, p. 57.

po para convencerlas a ellas y a sus maridos normalmente pone en riesgo la vida del niño.

Ciertamente, en la ginecología y en la obstetricia, algunas creencias actuales, marcadas por la tradición y la religión, representan un obstáculo para la seguridad de las mujeres (43). La ginecología es una especialidad particular porque se ocupa de las mujeres, normalmente jóvenes y, *a priori*, con buena salud.

Los campos de intervención de la ginecología y la obstetricia son múltiples y tocan ámbitos muy simbólicos, como la fecundación, la maternidad, el nacimiento y sus contrarios, como son la contracepción, el aborto, etc.; en todos, la medicina interfiere muy fuertemente con preceptos religiosos, lo que induce de modo sistemático a dificultades reales en la práctica clínica.

En el curso de los últimos decenios, numerosos progresos vinculados a la ginecología han modificado profundamente la vida de las mujeres y su libertad de decidir, como los tratamientos contra la infertilidad, la ayuda médica a la procreación, la interrupción del embarazo, etc. Casi todos estos adelantos han sido rechazados, en mayor o en menor medida, por las autoridades religiosas, en particular católicas (44).

En algunos casos, en América Latina esta intervención adquiere rasgos altamente preocupantes, como cuando se incide sobre la justicia para prohibir la venta de anticonceptivos invocando su carácter abortivo (45). En otros, sobrepasa lo preocupante para ser directamente patético, trágico e incomprensible. Así, en pleno siglo XXI, Nicaragua eliminó de su legislación el “grave riesgo para la vida y la salud de la mujer” como causal de despenalización del aborto. Tamaña absurdidad ha merecido que ese país sea denunciado al sistema interamericano de derechos humanos por violar un derecho elemental de la mujer, cual es el derecho a la vida. Igual situación se presenta en El Salvador, país en que la Corte Constitucional se negó a autorizar la anticipación del parto de un anencefálico, razón por la cual El Salvador fue condenado por la Corte Interamericana, a través de una medida preliminar o cautelar (46).

En la Argentina, una sentencia del 13/3/2012 de la Corte federal sobre aborto no punible exhortó a los poderes Ejecutivos (nacionales y locales) a instrumentar protocolos para ser aplicados en los hospitales públicos, de modo que las mujeres puedan acceder a la interrupción del embarazo en forma segura en aquellos casos despenalizados por el Código Penal (47). Algunas provincias respondieron a la exhortación y la judicatu-

(43) Carbonne, Bruno, “Convictions religieuses...”, cit., p. 219. Compulsar también Touhami, Abdouli, “Report on Women in the Islamic Societies”, en Andò, Salvo *ed altri*, “*I diritto delle donne nell’area del mediterraneo. Civiltà a confronto, pari opportunità, identità e tutela delle differenze*”, Ed. Scientifiche italiane, Napoli, 2010, p. 205.

(44) Carbonne, Bruno, “Convictions religieuses...”, cit., p. 219.

(45) Para la jurisprudencia relativa a la prohibición de la venta del anticonceptivo denominado “píldora del día después”, ver votos en disidencia de los Dres. Lorenzetti y Argibay, en decisión de la Corte Sup., del 31/10/2006, en la causa “Mujeres por la Vida”, reproducidos en Barale, Laura, “Derechos sexuales y salud reproductiva: el caso ‘Mujeres por la vida’”, en Álvarez, M. y Rossetti, A. (comps.), “Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales. Un análisis desde el método de casos”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2008, p. 247.

(46) Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/5/2013, medidas provisionales respecto de El Salvador, asunto B, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf (16/11/2013).

(47) La sentencia recibió decenas de comentarios a favor y en contra; enumerarlos a todos sería excesivo, dada la naturaleza de este artículo; sólo interesa decir que la mención expresa de esta sentencia argentina por parte de la Corte Interamericana en el caso “Artavia v. Costa Rica”, que se indica en el texto más adelante, da la razón a quienes sostuvieron que lo decidido por la Corte federal argentina pasa el test de convencionalidad. Ver, entre otros, Gil Domínguez, Andrés, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que el aborto voluntario no punible es constitucional y convencional”, Derecho Penal y Criminología, año II, n. 3, abril 2012, p. 60; Pinto, Mónica, “El fallo de la Corte Suprema argentina sobre el aborto”, Derecho Penal y Criminología, año II, n. 4, mayo 2012, p. 30. De cualquier modo, para trabajos en uno y en otro sentido pueden compulsarse los publicados en JA 2012-II-269 y ss.; JA 2012-III-485 y ss.; LL 2012-B-241; LL 2012-C-199 y ss.; LL 2012-E-145; Derecho de Familia y de las Personas, año IV, n. 4, mayo 2012, ps. 161-312; Derecho Penal Infojus, n. 2, ps. 3, 23, 111, 269. La revista El Derecho dedicó prácticamente todo un tomo a criticar de manera monocrorde la decisión (tomo 247). Un buen resumen de la polémica podría ser la conclusión de uno de esos trabajos: “La palabra *zugzwang* se usa en ajedrez para denominar la situación en la que uno de los jugadores tiene la obligación de realizar una jugada y cualquier movimiento provocará un empeoramiento de su situación, pero permanecer inmóvil no es una opción. Puede establecerse una analogía entre el ajedrecista acorralado y las opciones que afronta una mujer que queda embarazada tras ser violada. Pero así como en un partido de fútbol no es lo mismo perder 6 a 1 que 3 a 2, a partir del reciente fallo de la Corte, los caminos posibles para las mujeres o

ra local apoyó (48). No obstante, varios gobernadores se negaron a seguir al Máximo Tribunal del país; luego, afirmaron aceptarla pero, sin tomar la responsabilidad a su cargo, requirieron a la Legislatura una ley local para dilatar la aplicación. En otros casos, el protocolo se emitió, pero entonces fueron los jueces los que declararon inconstitucional esas normas (49) o, peor aún, a través de amparos deducidos por asociaciones, dispusieron la suspensión de tales intervenciones en las que ignoraron de modo absoluto lo resuelto por la Corte federal (50). Lo único cierto es que el país ha sido denunciado más de una vez ante el sistema interamericano por su legislación punitiva y la aplicación restrictiva de esa legislación por parte de los jueces y los médicos de los hospitales públicos (51).

En la mayoría de los países, la penalización del aborto va acompañada de prohibiciones absurdas en materia de prácticas anticonceptivas, generando verdaderos callejones sin salida (52).

Un paso gigantesco dio la Corte Interamericana en el caso "Artavia v. Costa Rica", el 28/11/2012 (53), des-

de que, aunque debía pronunciarse sólo sobre la reproducción humana asistida, adelantó opinión en el tema en cuestión al reconocer condicionalidad, relatividad y gradualidad a la protección del feto, por lo que las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos; de allí que la Convención viola una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atiende a los otros derechos en conflicto.

En fin, este tema muestra qué cierta es la afirmación según la cual "si quiere conocer el nivel de desarrollo y de evolución de un país, pregúntese cuál es la condición de la mujer" (54).

Abriendo el panorama, recuérdese que, desde hace algunos años, Europa enfrenta el problema del integrista (55). Hasta hace poco, la palabra "integrista" servía para dividir a los miembros de la Iglesia católica entre los que se aferraban a la tradición y los que los conservadores inveterados califican también peyorativamente como progresistas, que eran quienes rechazaban todo lo que recordara el pasado. Hoy la palabra

niñas que sufran ese calvario va a ser mucho menos tortuoso. Se avanza hacia un cambio de paradigma: de un Estado obstructor y revictimizador, a un Estado compasivo y facilitador" (Morgenstern, Federico, "Zugzwang: La Corte Suprema y el aborto no punible", JA 2012-II-356).

(48) En Salta, la Corte Suprema rechazó la medida cautelar de suspensión solicitada a través de una acción popular de inconstitucionalidad (ver Corte Just. Salta, 3/12/20103, Doc. Jud., año XXIX, n. 25, del 19/6/2013, p. 52 y LL 2013-A-61).

(49) Ver decisión del juez Federico Óssola, de la provincia de Córdoba, del 24/8/2012, recaída *in re* "Portal de Belén Asociación Civil v. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - amparo - expte. n. 2301032/36", confirmada por la C. 3ª Civ. y Com. Córdoba, el 3/12/2012 (Doc. Jud., año XXIX, n. 18, 2/5/2013, p. 94 y en LL 2012-E-677), que a través de la cautelar suspendió la vigencia del protocolo para el supuesto de violación de la mujer. (50) Para la situación en la Ciudad de Buenos Aires, ver decisión del Juzg. Cont. Adm. n. 6, 8/11/2012, JA 2013-I-527 y de la C. Cont. Adm., sala 1ª, 10/10/2012, en Doc. Jud., año XXIX, n. 11, del 13/3/2013, p. 90. En posición contraria, ordenando la suspensión de una intervención sanitaria, Juz. Nac. Civ. n. 106, 9/10/2012, RDF 2013-II, p. 65, con nota crítica de Mazzarella, Yanina, "¿Hacia atrás? Sólo para tomar impulso". La discordancia entre los tribunales actuantes dentro de la ciudad fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 11/10/2012 que, en definitiva, dejó sin efecto la suspensión ordenada por el tribunal civil (LL 2012-F-1, con nota de Ibarlucía, Emilio, "¿Tienen legitimación las ONG para pedir la suspensión de un aborto?"; de Gil Domínguez, Andrés, "Aborto no punible, justicia constitucional y mundos jurídicos posibles" (p. 6) y de Basset, Úrsula, "¿Legalizar el aborto?" (p. 111); también se publica en LL 2013-A-103; en JA 2012-IV-267 y en Doc. Jud., año XXVIII, n. 47, ps. 5 y ss., con nota crítica a la decisión de la Corte federal, que no comparto, de Mansilla, Alberto, "Aborto. Dos fallos. Un solo argumento".

(51) Ver estos antecedentes en Hopp, Cecilia, "Sentencia 'F. A. L.' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: una decisión sobre aborto y derechos humanos", Derecho Penal y Procesal Penal, n. 2, febrero 2013, p. 309.

(52) Compulsar Flah, Lily y Minyersky, Nelly, "Derecho a la vida, ¿de quién? La interrupción voluntaria del embarazo en América Latina", Derecho de Familia, n. 57, noviembre 2012, ps. 135 y ss. Para la situación en Colombia, ver Orrega Hoyos, Gloria, "La militancia conservadora contra el aborto no punible en Colombia: Constitución laica versus poder católico", JA 2011-II-1271.

(53) La sentencia se reproduce en Derecho de Familia y de las Personas, año V, n. 2, marzo 2013, p. 179.

(54) Tahar Bel Jelloun, citado por Ciriello, Pasquale, "Bioética e società multiculturale", en Chieffi, Lorenzo (a cura di), "Il multiculturalismo nel dibattito bioetico", Ed. Giappichelli, Torino, 2005, p.38.

(55) Magendie, Jean Claude, "Un monde secoué par la montée des intégrismes", en Hirsch, Emmanuel, "Éthique, justice...", cit., p. 239.

ha evolucionado hacia el plural y, de ese modo, la palabra “integristas” se hace más inquietante, portadora de amenazas difusas que nos angustian y nos vuelven más vulnerables.

El integrismo puede ser cultural, político, científico, religioso, y presenta niveles, grados, variantes, que a veces se separan de modo paradójico. El conflicto entre Galileo y el papa Urbano VIII lo muestra; así, p. ej., el papa declara que la representación del mundo de Galileo es falsa y que la única verdadera es la de la Biblia; sin embargo, la Iglesia no impide que los mercaderes y los marinos utilicen los datos dados por Galileo, “a condición que se haga saber que las deducciones operacionales vienen de una representación que se entiende inexacta”. O sea, el integrismo puede, a la vez, llevar a una disociación entre lo que se considera la representación inmutable de las cosas y una cierta libertad dada a los prácticos (56).

Un sector de la doctrina europea señala que mientras el ala más conservadora de la Iglesia católica pierde su autoridad, corrientes fundamentalistas orientales buscan destruir las sociedades occidentales.

Más allá de la veracidad o no de este aserto, lo cierto es que la convivencia presenta dificultades también en los servicios de salud. Así, p. ej., Francia debió anular un reglamento interno que impedía a una estudiante de Enfermería usar el *foulard*; la normativa se fundaba en que perturbaba a los enfermos psiquiátricos internados, pero como esa motivación no pudo ser acreditada, el reglamento se dejó sin efecto (57). En el mismo país, la Corte de Apelaciones de Rennes negó el derecho de visitas a un padre argelino que había impuesto a sus dos hijos la circuncisión en condiciones que amenazaban su equilibrio. El tribunal calificó la circuncisión

como una vía de hecho que afecta a la integridad física; se trató de un caso muy especial. Los niños se negaban a la práctica y tenían mucho miedo cada vez que el padre ejercía el derecho de comunicación; la madre era católica y se oponía a la práctica. La decisión fue confirmada por la Corte de Casación francesa el 26/1/1994 que, incluso, condenó al médico por haber intervenido sin contar con el consentimiento de ambos padres (58).

La cuestión no es ajena a los grupos originarios de América Latina, tal como lo muestra, entre otros casos, el del niño de la comunidad mbyá guaraní, residente en el Chaco, cuyos padres, asistidos por el jefe de la comunidad indígena, se oponían a que fuese intervenido quirúrgicamente en un prestigioso hospital pediátrico de la Ciudad de Buenos Aires (59).

En fin, en un mundo globalizado, el legislador puede estar más o menos abierto al multiculturalismo (60); hasta ahora, el remedio se ha encontrado en la teoría general de los derechos humanos, que es la que pone el paraguas protector.

Pero no siempre alcanza. Ojalá no se deba repetir más aquello de que “Dios no es necesariamente enemigo de los Derechos Humanos, pero las religiones manifiestan un gusto pronunciado por la discriminación” (61).

IV. RELIGIÓN, SECULARIZACIÓN Y ESTADO LAICO

Según opinión mayoritariamente aceptada, Francia es la cuna de la secularización (62). La secularización es un proceso histórico, comenzado a mediados del siglo XVIII. Se desarrolló con modalidades diferentes: la francesa y la norteamericana e inglesa. Cualquiera de las dos está marcada por una palabra clave: autonomía. El

(56) Ameisen, Jean Claude, “Fondements pluriels de l’intégrisme”, en Hirsch, Emmanuel, “Éthique, justice...”, cit., p. 258.

(57) Tribunal de Bordeaux, 20/10/1994, cit. por Hafiz, Chems-eddine y Devers, Gilles, “*Droit et religion musulmane*”, Ed. Dalloz, Paris, 2005, p. 739.

(58) Ver estos datos en Gil-Rosado, Marie-Philomène, “*Les libertés de l’esprit de l’enfant dans les rapports familiaux*”, Ed. Dedrénois, Paris, 2006, p. 257, n. 371.

(59) Los antecedentes de este caso pueden compulsarse en Jourdan, Eduardo J., “Derechos del niño vs. derechos culturales de las comunidades indígenas. Reflexiones sobre cultura indígena e interés superior del niño en el tratamiento médico. Causa ‘Comunidad Mbya Guaraní’”, en García, Julio (coord.), “Derecho constitucional indígena”, 2ª ed., Ed. ConTexto, Resistencia, 2012, p. 457.

(60) Laudante, Franco y Manfredi, Raffaele, “Costituzione e multiculturalismo: il caso del rifiuto a sottoporsi a trattamenti sanitari per convinzioni religiose”, en Chieffi, Lorenzo (a cura di), “*Il multiculturalismo...*”, cit., p. 159; Prisco, Salvatore, “*Laicità. Un percorso di riflessione*”, Ed. Giappichelli, Torino, 2007, p. 65.

(61) Karakas, Isil, “La liberté de religion, l’État et le principe de non-discrimination d’après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en Lambert et autre, “*Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*”, Ed. Société de Législation Comparée, Paris, 2011, p. 251.

(62) Brughès, Père, “Contribution sur la révision des lois dites de bioéthiques”, en “*Les lois de bioéthique: cinq ans après*”, Ed. La documentation française, Paris, 1999, p. 281.

individuo debe extraer las normas y los principios que necesita para conducir su existencia y sus elecciones éticas de sí mismo.

A su vez, lo que se dice del individuo también se dice de la sociedad; por lo tanto, la sociedad secularizada no espera que las normas que la rigen tengan origen en una idea religiosa o en una filosofía particular. Antes bien, como dice Habermas, ese origen está en el actuar comunicacional (*agir communicationnel*). Así nació la ética de la discusión, del compromiso, del consenso, que en su forma más significativa los norteamericanos llaman la ética procedimental.

La modalidad francesa de la secularización está marcada por la laicidad o el laicismo (63).

Algunos definen a la secularización como el “fenómeno típico de los países occidentales de la edad contemporánea por el cual la sociedad, en su conjunto, no adopta más un comportamiento sacramental, y alejándose de los esquemas, usos y costumbres tradicionales de posición dogmática y apriorística, especialmente religiosa, se inviste de un sistema de valores, poniéndolos a todos en discusión y, con ello, también a la identidad, a la pertenencia, comprendida aquella laica o laicisante” (64).

Para Sábada, “secularización” es un término que hace referencia al proceso de recesión religiosa que ha tenido lugar en la sociedad; “laicismo” es un concepto semejante, sólo que se fija en una situación determinada y posee, además, un significado fundamentalmente

político. Según el autor, las causas de la secularización han sido variadas, pero pueden destacarse tres: a) el paso imparable de la ciencia y de sus aplicaciones tecnológicas; b) el aumento de la cultura, incluso en las capas menos favorecidas de la sociedad y c) la libertad democrática, que se va despojando del poder eclesástico o del civil. Concluye: “Allí donde se van imponiendo el conocimiento y la crítica, van desapareciendo las viejas supersticiones” (65). Obviamente, para estas reflexiones interesa fundamentalmente la primera causal.

Para otros autores no existe un concepto unitario de laicidad. Bajo un prisma, un Estado laico se caracteriza por el hecho de que las instancias públicas adoptan una actitud de neutralidad ante las creencias de los ciudadanos; persigue, así, dos objetivos: en primer lugar, el trato igual de todas las confesiones y, en segundo lugar, la exclusión de cualquier trato discriminatorio, a favor o en perjuicio de la religión. Bajo el prisma histórico, la laicidad es la reafirmación de la autonomía del poder político frente al poder religioso; este componente, con el devenir de los tiempos, se erigió en un instrumento de protección de los derechos y las libertades de los ciudadanos (66).

Actualmente, la laicidad democrática se configura como el ámbito público donde todos, creyentes o no, confrontan sus argumentos y adoptan procedimientos consensuados de decisión (67).

Esta laicidad, como toda secularización, comporta la imposibilidad de fundamentar los valores en una instancia religiosa, es decir, en una *teonomía* (sistema mo-

(63) Al parecer, la palabra “laico” proviene del griego *laïkos*, que deriva del sustantivo *laos*, que significa pueblo, nación; por lo tanto, el sentido primitivo y etimológico sería “popular” o “nacional”. La palabra que se le opone, etimológica e históricamente, no es eclesiástico, ni religioso, sino *clerc*, que quiere decir “miembro de una clerecía”. *Clerc* deriva *klêros*, que significa “lote”; los miembros del *klêros* son los que forman un lote, un grupo, los que han sido puesto “aparte”; más tarde, esos puestos aparte serán “los elegidos”; en cambio, los laicos, y más concretamente el espíritu laico, es el conjunto de aspiraciones del pueblo, el espíritu democrático y popular (ver este significado y otros en Benelbaz, Clément, “*Le principe de laïcité en droit public français*”, Ed. L'Harmattan, Paris, 2011, p. 25). Para Roberto Blancarte, Francia no inventó la laicidad, pero sí el neologismo, en 1870 (“Prólogo”, en Poulat, Émile, “Nuestra laicidad pública”, Fondo de Cultura Económica, México, 2012).

(64) Pastore, Fulvio, “Pluralismo religioso...”, cit., p. 7.

(65) Sábada, Javier, “La vida buena”, Ed. Península, Barcelona, p. 71.

(66) Pérez Álvarez, Salvador, “Laicidad, secularización y régimen jurídico de los inicios de la vida en España”, en Tarodo Soria, S. y Pardo Prieto, P. (coords.), “Biotecnología y bioderecho”, Ed. Eolas, León, 2011, p. 298.

(67) Por esta razón se sostiene que el término laicismo es uno de los emblemáticos de la modernidad (Canestrari, Stefano, “Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali”, en Pizzetti, F. G. [a cura di], “*Soggetti, Diritti, Conflitti: percorsi di ridefinizione*”, Ed. Griuffrè, Milano, 2007, p. 45). Conf. con lo expuesto en el texto, Dalla Torre, Giuseppe, “Laicità dello Stato e questione bioética”, en Tedeschi, Mario (a cura di), “*Il principio di laicità nello stato democratico*”, Ed. Rubbettino, Messina, 1996, p. 285; compulsar también Sicardi, Stefano, “Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)”, en Lorusso, Sergio (a cura di), “*Costituzione e ordinamento giuridico*”, Ed. Giuffrè, Milano, 2009, p. 283; Pastore, Fulvio, “Principe constitutionnel de laïcité de la République italienne et traitement juridictionnel des discriminations religieuses en Italie”, en Lambert et autre, “*Analyse comparée...*”, cit., 2011, p. 99.

ral que considera que las normas morales se fundan directamente en los mandatos divinos), pues lo propio del pluralismo es la convicción de la existencia de diversas tesis que propugnan soluciones a menudo opuestas, para resolver problemas concretos, cada una de las cuales es el resultado de aplicar un valor o norma susceptible de aceptación universal. El pluralismo ético no rechaza la existencia de valores universales, intrínsecamente válidos, sino que, partiendo de la coexistencia de diversos valores de esta naturaleza, trata de compatibilizar el respeto de cada uno con el de los demás, impidiendo que sólo uno detente la supremacía absoluta. Consecuentemente, aunque en el núcleo de los valores propios del Estado puedan existir algunos que son comunes con los de los grupos religiosos o ideológicos, la no identificación del Estado con ninguno de esos grupos implica su neutralidad y prohíbe la confusión de los valores del Estado con los principios de las confesiones existente en la sociedad. En definitiva, el laicismo a la francesa, tan costosamente adquirido, unido con estrechez a la libertad de conciencia y a la libertad de cultos, constituye el terreno de entendimiento entre todas las religiones y todas las creencias, comprendido el agnosticismo. Tal como ha dicho el Tribunal Constitucional español, la laicidad impide que “los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o la justicia de las normas y actos de los poderes públicos” (68).

El laicismo es una traducción de la *tolerancia*, pero no se reduce a ella. Los puntos de partida de la toleran-

cia son la aceptación de la diversidad religiosa; dicho de otro modo, la filosofía de la tolerancia parte del reconocimiento de la ruptura de la unidad religiosa y del respeto de las diferentes creencias; además, es básico la no coacción, la no imposición de creencias; la palabra respeto indica que se prohíbe el ejercicio de la violencia como forma de imponer ideas (69). “Liberalismo y tolerancia están íntimamente relacionados, tanto desde un punto de vista histórico como conceptual. El desarrollo de la tolerancia religiosa fue una de las raíces históricas del liberalismo” (70).

El valor del laicismo ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional turco en decisión del 7/3/1989, con fuertes argumentos: “El laicismo es la organización cívica de la vida política, social y cultural que se funda en la soberanía nacional, la democracia, la libertad y la ciencia. La laicidad es el principio que ofrece al individuo la posibilidad de afirmar su personalidad, gracias a la libertad de pensamiento y que, realizando la distinción entre la política y las creencias religiosas, hace efectivas la libertad de conciencia y de religión. En las sociedades fundadas sobre la religión, que funcionan con el pensamiento y las reglas religiosas, la organización política tiene carácter religioso. En el régimen laico, la religión está preservada de la politización. Ella no es un instrumento de la administración y se mantiene en un lugar respetable, cual es el de evaluar la conciencia de cada uno” (71). Todo lo expuesto exige, en suma, la separación de la Iglesia y el Estado como pertenecientes a esferas diferentes (72).

(68) Martín Sánchez, Isidoro, “Bioética y libertad...”, cit., p. 220 y ss. La frase es aceptada en otros países; ver, p. ej., Celador Angón, Oscar, “Procesos electorales y laicidad en México”, en Ríos Vega, Luis (coord.), “Tópicos contemporáneos de derechos políticos fundamentales”, Ed. Instituto de D. Humanos Universidad Carlos III, Madrid, 2010, p. 199.

(69) Martínez de Pisón, José, “Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales”, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 51.

(70) Kymlicka, Will, “Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías”, trad. Carme Castells Auleda, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 215. El autor agrega: “En Occidente, la tolerancia religiosa se originó a consecuencia de las interminables guerras de religión, y de que tanto católicos como protestantes reconocieron que la estabilidad del orden constitucional no podía depender de la existencia de una confesionalidad religiosa compartida”.

(71) Una autora sostiene que el método comparativo, tantas veces usado por el TEDH, es menos útil cuando se trata de nociones que no se corresponden con valores o principios comunes a todos los Estados, como sucede, p. ej., con el principio de laicidad, considerado esencial en Turquía, y de valor constitucional básico en Francia, pero que no podría ser objeto de exportación a todos los demás países, pues no constituye un estándar común universal dentro del sistema (Úbeda de Torres, Amaya, “Democracia y derechos humanos en Europa y América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos”, Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 346).

(72) Para muchos norteamericanos, la vida democrática supone tener libertad religiosa y tienden a presumir que esa libertad sólo puede ser asegurada si existe separación de la iglesia y el Estado (ver Pratt Ewing, Katherine, “Legislating Religious Freedom: Muslim Challenges to the Relationship between Church and State in Germany and France”, en Shweder, Richard and others [eds.], “Engaging Cultural Differences. The Multicultural Challenge in Liberal Democracies”, Ed. Russell Sage Foundation, New York, 2002, p. 63).

V. LA SITUACIÓN EN ITALIA

En Italia, la bioética sigue la misma línea de debates que en los demás países, pero con una peculiaridad: la reflexión sobre los temas está atravesada por una dicotomía entre bioética laica y bioética católica (73). La primera se inspira en el principio de la calidad de la vida; la segunda, por el de la sacralidad de la vida.

Por bioética católica se entiende una concepción elaborada a partir de las enseñanzas de la Iglesia católica. La vida humana es un bien fundamental, prerequisite para la existencia de la persona y don divino; como la vida humana viene de Dios, el hombre no puede disponer de ella a su antojo; por eso, del principio de la sacralidad se deduce el de la indisponibilidad. El bien vida está sustraído a la posesión y a la elección individual. De esta premisa se deriva que las intervenciones quirúrgicas y las terapias farmacológicas son moralmente lícitas si operan en vista a la recuperación de la salud y a la conservación de la vida humana; por eso, como el aborto o la eutanasia persiguen un fin contrario a la finalidad por la cual la vida ha sido creada, son siempre moralmente ilícitos.

En el lado opuesto, bioética laica es una expresión empleada para indicar una serie de argumentaciones que prescindan de la hipótesis teológica de la existencia de Dios. Puede ser entendida en sentido fuerte o débil. Es débil si se refiere a una actitud crítica y antidogmática, inspirada en el pluralismo, la libertad y la tolerancia. Es fuerte si lleva, implícitamente, el rechazo de la metafísica y las premisas religiosas de la bioética católica. Ambas tienen como sentido fundamental el reclamo a la dimensión humana de la moral, elaborado por el hombre, que establece las normas y decide qué es lícito hacer, independientemente de creer o no en la existencia de Dios.

Desde la perspectiva de la bioética laica son consideradas moralmente lícitas aquellas acciones que tienen

por fin mejorar, objetiva y subjetivamente, la calidad de la vida humana. La reproducción asistida puede servir para entender lo expresado: desde el punto de vista de la pareja que tiene el deseo frustrado de generar un hijo, el malestar personal, psicológico y existencial afecta la calidad de la vida; en cambio, la satisfacción de su deseo contribuiría a mejorarla, aunque sea con material de un tercero.

En general, bioética laica y católica están presentes en forma alternativa y recíprocamente excluyente. Por eso, en Italia, no sólo es frecuente que no se llegue a conclusiones éticamente compartidas, sino a normativas contradictorias según prevalezca una u otra posición al momento de la sanción: la Ley de Interrupción del Embarazo, dictada durante una época en la que la autoridad de la Iglesia católica estaba debilitada, se contraponen, decididamente, a la Ley de Reproducción Asistida, una de las más restrictivas de Europa, dictada durante gobiernos más sensibles a las presiones de los grupos religiosos; en los últimos años, la prensa manipuló hasta el cansancio las discusiones sobre la eutanasia, frente a casos conmovedores (74).

VI. UN INTENTO DE CONCILIACIÓN

Posiciones laicas y religiosas no siempre se oponen. Un sector doctrinal hace esfuerzos por superar la contraposición (75). Así, p. ej., se sostiene que en una cultura secular como en la que estamos inmersos, en la que reina el carácter controvertido de toda dimensión del saber, la religión ofrece una posibilidad de trabajo intelectual cooperativo, en la medida que pueda integrarse sin descalificaciones apriorísticas (76).

Ahora bien, es una verdad a gritos que la religión entra en los establecimientos de salud por los medios más diversos; en efecto, el hospital es, generalmente, un lugar de sufrimiento, de vulnerabilidad, de fragilidad; recuérdese que, en francés, originariamente, los hospitales se

(73) Becchi, Paolo, "Bioética e implicazioni giuridiche. Una mappa dei problemi", en Chieffi, Lorenzo y Giustiniani, Pasquale (a cura di), *"Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento"*, Ed. Giappichelli, Torino, 2010, p. 18. Tarantino, Giovanni, *"Continuità della vita e responsabilità per procreazione"*, Ed. Giuffrè, Milano, 2011, ps. 57 y ss. (esta obra estudia el tema del derecho a nacer sano y la responsabilidad de médicos y de padres por el nacimiento de hijos con discapacidad grave). En contra de la distinción, Palazzani, Laura, *"Introduzione alla biogiuridica"*, Ed. Giappichelli, Torino, 2002, p. 12.

(74) Ver, especialmente, Rodotà, Stefano, "Perché laico", Ed. Laterza, Bari, 2009; para el tema en la justicia, ver, Fucillo, Antonio, *"Giustizia e religione. L'agire religioso nella giurisprudenza civile"*, Ed. Giappichelli, Torino, 2009, p. 281. Para el tema, en general, sobre la influencia de la religión en la legislación civil, ver Pendu, Myriam, *"Le fait religieux en droit privé"*, Ed. Defrénois, Paris, 2008.

(75) Di Marzio, Paolo, "Bioetica cattolica e laica: una contrapposizione da superare", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, año XXXI, 2002, p. 101; Ceccherini, Eleonora (a cura di), *"Pluralismo religioso e libertà di coscienza"*, Ed. Giuffrè, Milano, 2012 (en la obra se incluyen cuatro trabajos de distintos autores).

(76) D'Agostino, Francesco, *"Parole di bioetica"*, Ed. Giappichelli, Torino, 2004, p. 155.

llamaban *Hôtel-Dieu*. Hoy y siempre las religiones y las sectas han encontrado en los hospitales un terreno fértil, sobre todo en una época en la que estos centros de salud son percibidos en toda su dimensión tecnológica, con tendencia a la instrumentalización.

Obviamente, nada impide que en los hospitales existan lugares en los que los pacientes, personas siempre vulnerables, encuentren la paz necesaria para la situación que atraviesan; de allí que en casi todos los hospitales haya capillas o lugares para rezar, especialmente de religión católica (77). Éste no es el problema.

VII. EL PUNTO DE PARTIDA

Estas reflexiones parten de un dato no discutido: la libertad de pensamiento y de religión es un derecho humano (78).

En efecto, el art. 12, Pacto de San José de Costa Rica, dice: "*Libertad de Conciencia y de Religión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

"2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

"3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

"4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Por su parte, el art. 9, Convención Europea de Derechos Humanos, dice: "*Libertad de pensamiento, de concien-*

cia y de religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

"2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o libertades de los demás".

VIII. LOS DILEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

Los temas antes enumerados y muchos otros generan dilemas teóricos importantes. Sin negar la alta significación de ese debate, las líneas que siguen están destinadas a enumerar brevemente algunas cuestiones de ética práctica.

a) *El secreto profesional*

¿Cómo juega el secreto profesional frente a un hecho que se considera gravemente lesivo a las convicciones religiosas, como es, p. ej., el aborto? (79).

En diversas ocasiones, la justicia argentina ha debido pronunciarse sobre el juego del secreto profesional y la obligación de denunciar el delito; en la mayoría de los casos, la cuestión se presenta cuando una mujer interrumpe el embarazo no deseado en lo que ha dado en llamarse el "mercado clandestino"; esa intervención, de modo no seguro, pone en peligro su vida, por lo que posteriormente debe concurrir a un hospital para ser salvada. Muchas decisiones cargadas de convicciones religiosas pueden leerse en los repertorios jurisprudenciales; así, p. ej., en un voto de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, del 12/8/1998, se afirma: "Es a todas luces injusto que alguien preten-

(77) Martinet, Éric, "La foi qui guérit. Prières en faveur d'une présence spirituelle en fraternité dans les hôpitaux et les établissements de santé", en AA.VV., "Mélanges en l'honneur...", cit., p. 287; Hafiz, Chems-eddine y Devers, Gilles, "*Droit et religion...*", cit., p. 275.

(78) Compulsar especialmente, Pinto, Mónica, "La libertad religiosa", JA 2013-I-1242; ver también Meyer-Heine, Anne, "La liberté de pensée, de conscience et de religion et la protection de la santé: deux aspects de la dignité de la personne protégé par le droit européen et parfois contradictoires", en Pedrot, Ph. (sous la direction de), "Étique, droit et dignité de la personne", Ed. Economica, Paris, 1999, p. 301; Panciullo, Vincenzo, "*Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della costituzione italiana*", Ed. Giuffrè, Milano, 2012. Para el tema de la libertad religiosa en los niños, ver Puente Alcubilla, Verónica, "Minoría de edad, religión y derecho", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

(79) Ver Bidart Campos, Germán J., "Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico", LL 1998-F-545 y en "Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 147.

da ampararse en el deber de secreto profesional para, de ese modo, hacer cómplice al profesional médico de un comportamiento como el aborto, cuyo objeto es privarle la vida a un inocente, ya que el derecho-deber al secreto profesional no funciona sin limitaciones, sino que, por el contrario, la teoría de los derechos humanos ha subrayado, amén de los límites internos, los externos establecidos en razón del derecho ajeno, la moral, el orden público y el bien común”.

La solución fue justamente criticada por un constitucionalista profundamente cristiano, como fue Germán Bidart Campos, quien señaló el error de la argumentación desde que, cuando esta situación se presenta, la única vida que queda es la de la mujer necesitada de asistencia (el feto ya está muerto).

El peso de las ideas religiosas en estas decisiones judiciales también es marcado por la doctrina brasileña (80).

Afortunadamente, otras decisiones se inclinan por la solución correcta. Así, p. ej., hace ya más de medio siglo, el 26/8/1966, en la Argentina, la C. Nac. Crim. y Corr., en pleno, en el *leading case* “Natividad Frías” se hizo eco del derecho a la vida y de la situación socioeconómica de la madre y dijo que “no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, oficial o no...” (81).

(80) Arriada Lorea, Roberto, “A influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas a cidadania sexual: análise de um acórdão do Tribunal de Justiça de RS”, en Raupp Rios, Roger (org.), “*Em defesa dos direitos sexuais*”, Ed. Livraria do Advogado, São Paulo, 2007, p. 169.

(81) ED 16-3; JA 1966-V-69 y LL 123-842.

(82) La bibliografía sobre el tema es numerosa; para la situación en España ver, entre otros, Alarcos Martínez, Francisco J. (dir.), “Objeción de conciencia y sanidad”, Ed. Comares, Granada, 2011; Sieira Mucientes, Sara, “La objeción de conciencia sanitaria”, Ed. Dykinson - Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000; De Lora, Pablo y Gascón, Marina, “Bioética. Principios, desafíos, debates”, Ed. Alianza, Madrid, 2008, ps. 140-154; Escrivá Ivars, Javier, “Pluralismo, multiculturalismo y objeción de conciencia en una sociedad democrática avanzada”, en Jordán Villacampa, M. Luisa (dir.), “Multiculturalismos y movimientos...”, cit., ps. 295 y ss.; en la misma obra, Romeo Casabona, Carlos M., “Libertad de conciencia y actividad biomédica”, ps. 471 y ss. Para el tema en Italia, ver, entre otros, Turchi, Vincenzo, “L’obiezione di coscienza nell’ambito della bioetica”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. XXXVII, n. 1, enero-marzo 2008, p. 1437.

Aclaro que algunos autores utilizan la expresión “objeción de conciencia” para referirse a la negativa de los pacientes a recibir tratamientos médicos por razones religiosas, pero la denominación no es correcta (Ver Sánchez González, María Paz, “La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002).

(83) Para la discusión sobre el tema de la objeción de conciencia de las enfermeras en España, ver Sánchez-Caro, J. y Abellán, F., “Enfermería y paciente. Cuestiones prácticas de bioética y derecho sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 134. En el libro se relata el caso llamado de “Las matronas de Palma de Mallorca”, de 1998.

(84) A vía de ejemplo, para la Argentina, ver Corte Sup., 31/10/2006, Fallos 329:4593 y LL 2006-F-464.

(85) Corte de Casación, Ch. Crim. 21/10/1998, JCP 1999, II 1689.

b) La objeción de conciencia

¿Hasta dónde se debe permitir, en el ámbito sanitario, la objeción de conciencia, o sea, la negativa a ejecutar una práctica médica por la convicción de que tal proceder constituye una infracción a la norma religiosa que se pretende hacer prevalecer? (82).

Desde la perspectiva jurídica, la solución no siempre es fácil. Al parecer, la objeción de conciencia no tiene igual fuerza en todos los profesionales.

Así, p. ej., en Europa, los médicos pueden oponerla para las prácticas de interrupción del embarazo, ligaduras de trompas, etc.; por el contrario, el derecho de las enfermeras no tendría igual alcance (83).

Mientras en América Latina las asociaciones “pro vida” reclaman que no se vendan anticonceptivos que consideran abortivos, peticiones que han recibido respuestas satisfactorias en muchos tribunales superiores de los países (84), los farmacéuticos europeos no pueden negarse a vender anticonceptivos (85). Como es sabido, en el caso “Pichon et Sajous v. France” ([déc.], no 49853/99, CEDH 2001-X), el TEDH dijo que el art. 9 de la Convención, no garantiza en todos los casos el derecho de comportarse de la manera impuesta por una convicción religiosa ni confiere a los individuos una suerte de derecho a sustraerse de reglas que están plenamente justificadas. En tanto, la venta de medicamentos contraceptivos es legal y sólo puede hacerse en farmacias y bajo prescripción médica, los farmacéuticos no pueden dar prioridad a sus convicciones religiosas

como justificación de su rechazo a la venta imponiendo a los demás sus propias convicciones religiosas; por lo tanto, la sanción impuesta por la Administración francesa no ha obstaculizado el ejercicio de los derechos conferidos por el tratado.

En la Argentina, la sentencia de la Corte federal del 13/3/2012, recaída en la causa F.259.XLVI, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” (86), en la buena doctrina, dejó expresamente a salvo la objeción de conciencia del médico y obligó a la infraestructura hospitalaria a prestar el servicio: “Deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”.

El debate sobre la objeción de conciencia llegó al ámbito parlamentario europeo. La Asamblea debatió el proyecto titulado “Women’s Access to Lawful Medical Care: The Problem of Unregulated Use of Conscientious Objection”, defendido por Ms. Christine McCafferty; el tema se trató el 7/10/2010 (35th Sitting) y concluyó con una declaración no del todo coincidente con el proyecto original.

En definitiva, la Asamblea aceptó la objeción de conciencia en forma amplia, extendiéndola, incluso, a las instituciones (87).

(86) elDial.com AA7457.

(87) “1. No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason. 2. The Parliamentary Assembly emphasises the need to affirm the right of conscientious objection together with the responsibility of the state to ensure that patients are able to access lawful medical care in a timely manner. The Assembly is concerned that the unregulated use of conscientious objection may disproportionately affect women, notably those having low incomes or living in rural areas”.

(88) Caso “R. R. v. Poland”, application 27617/04, 26/5/2011.

(89) Zwang, Gérard, “La circoncisión: comment éradiquer une injustifiable mutilation?”, en Teboul, Gérard (dir.), “Procréation et droit de l’enfant”, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 185; Pacillo, V. y Cerioli, J., “I simboli religiosi”, Ed. Giappichelli, Torino, 2005, p. 42.

(90) Citado por Meyer-Heine, Anne, “La liberté...”, cit., p. 308.

(91) Kaplan Marcusán, Adriana, “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, en De Lucas, Martín, “La multiculturalidad”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 197.

c) Negativa a la realización de prácticas médicas, sin invocar objeción de conciencia, pero por razones religiosas subyacentes

A veces, los organismos del Estado no practican una interrupción del embarazo, lícita para el sistema jurídico, pero contraria a las convicciones de los médicos que integran la estructura sanitaria, quienes no invocan objeción de conciencia. Es lo que ocurre en Polonia, según surge de las decisiones del TEDH. Al conocido caso “Tysiac” (20/3/2007) se ha sumado otra condena, aunque está sometida a recurso (88).

d) Algunos ritos religiosos vinculados a prácticas médicas

Las prácticas religiosas o culturales se asocian con la persona desde su nacimiento; así, p. ej., la circuncisión es practicada entre los judíos, los islámicos y varias costumbres de pueblos africanos, aunque a distintas edades (a los pocos días de nacer entre los judíos, a los varios años durante la infancia, entre otros pueblos).

Hoy esa práctica está muy controvertida. Sus enemigos sostienen que las razones de higiene no tienen valor científico alguno; que se trata de un trance doloroso y que, por eso, está destinada a desaparecer, como se abandonó el vendaje de las niñas chinas (89). Según la opinión de algunos médicos, el acto religioso puede ser considerado un acto médico cuando se cumple con la ayuda de técnicas terapéuticas que preservan la salud del paciente; esta definición permitiría calificar a la circuncisión ritual efectuada en un hospital como acto médico y no como mutilación (90).

Algunos supuestos son menos dudosos, tal es el de la clitorodectomía (y, en general, todos los otros tipos de mutilación genital femenina) (91), verdadera tortura y, consecuentemente, penada por el derecho inter-

nacional de los derechos humanos (92). En 1997 se calculaba que existían en el mundo entre 120 y 130 millones de mujeres que han sufrido prácticas de este tipo, que son efectuadas en numerosas poblaciones africanas, tanto musulmanas como cristianas y animistas (93). La mutilación genital femenina es práctica común en más de treinta países, y en otros muchos se realiza por la existencia de inmigrantes que provienen de los primeros.

La sala Penal del Tribunal Supremo de España ha decidido, correctamente, que “la ablación del clítoris no es cultura, sino una mutilación y discriminación femenina” (94). Llegar a esta posición no ha sido fácil: en 1959, la Organización Mundial de la Salud (OMS), consultada por la Organización de las Naciones Unidas, se inhibió de pronunciarse por considerar la escisión una práctica de matriz sociocultural; veinte años después, en 1979, la misma OMS incluyó en un documento de un seminario una recomendación a los gobiernos “para la adopción de claras políticas nacionales tendientes a erradicar la circuncisión femenina”. En los años siguientes, tanto la OMS como Unicef tomaron una postura decididamente contraria a estas prácticas, pidiendo a los gobiernos que adoptaran políticas claras de educación y disuasión. La concientización del problema se debe, en gran parte, a asociaciones (Comisión para la Abolición de la Mutilación Sexual [CAMSS], Somali's Women

Democratic Organization [SWDO], etc.). Algunos países africanos aprobaron leyes que prohíben las mutilaciones; sin embargo, esas leyes no se aplican; el número de mutilaciones no ha disminuido. En Egipto, una ley prohibió la práctica, pero un tribunal declaró inconstitucional la norma, con el argumento de que la disminución del placer sexual da a la mujer más posibilidades de casarse y, en esa sociedad, muchas mujeres no tienen otra alternativa económica que no sea el matrimonio (95). Paradójicamente, a veces, la mutilación genital femenina es defendida por las propias mujeres que son, a su vez, quienes las practican; así, p. ej., Celia Dugger, periodista del New York Times, entrevistó una vez a una persona que la realiza en Costa de Marfil, quien dijo que esa práctica favorece a la mujer, pues ayuda a asegurar la virginidad de la joven antes del matrimonio y su fidelidad después, reduciendo el sexo a la obligación marital. El rol de la mujer en la vida es cuidar a sus hijos, su casa y cocinar; si no se hubiese sometido a la práctica, estaría pensando en su propio placer sexual. La misma periodista dijo que, en 1996, cuando el Congreso norteamericano sancionó la ley federal que prohíbe la mutilación genital femenina, impuso requerir información al Banco Mundial y otras instituciones financieras que dieron billones de dólares a veintiocho países africanos, donde la práctica existe, de modo de no prestar más dinero a los gobiernos que no lo usaron en programas de educación para prevenirla. Sin embar-

(92) Estas terroríficas intervenciones sobre las niñas y la participación en ella de los médicos han sido condenadas por la Asociación Médica Mundial (ver declaración adoptada por la XLV Asamblea Médica Mundial Budapest, Hungría, octubre 1993, y revisada en su redacción por la CLXX Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2005). Para este problema desde la visión de los derechos humanos ver, entre muchos, Minunni, Antonella, “Bambine islamiche e mutilazioni sessuali”, en Cendon, Paolo, *Trattato breve dei nuovi danni*, Ed. Cedam, Padova, 2001, ps. 293 y ss. El artículo contiene una terrible narración de la práctica y relata la situación en los principales países donde se realiza. Compulsar, igualmente, documento emitido por el Center for Reproductive Rights, “Mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas. El deber de los Estados de proteger los derechos de las mujeres y las niñas”; Facchi, Alessandra, “Los derechos en la Europa multicultural. Pluralismo normativo e inmigración”, Ed. La Ley - UBA, Buenos Aires, 2001, ps. 63-88; de la misma autora, “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, en De Lucas Martín, Javier (dir.), “Derechos de las minorías en una sociedad multicultural”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 143. Compulsar también Venuti, María Carmela, “Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile”, en Canestrari ed altri (a cura di), *Il governo del corpo*, t. I, Ed. Giuffrè, Milano, 2011, p. 657; Shweder, Richard, “What about Femele Genital Mutilation? And Why Understanding Culture Matters in the First Place?”, en Shweder, Richard and others (eds.), *Engagin Cultural Differences. The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, Ed. Russell Sage Foundation, New York, 2002, p. 216; Parekh, Bhikbu, “Repensando el multiculturalismo”, trad. Sandra Chaparro, Ed. Istmo, Madrid, 2000, p. 405 y ss. Algunas opiniones parecen menos severas, al menos para justificar por qué la penalización de estas prácticas no resuelve el problema (ver Longobardo, Carlo, “Le mutilazioni genitales femminili”, en Cilaro, Agostino [a cura di], *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti social, giuridici e medici*”, Ed., Scientifiche italiane, Napoli, 2011, p. 117).

(93) Kaplan Marcusán, Adriana, “Mutilaciones genitales...”, cit., p. 197.

(94) Tribunal Superior España, sala Penal, 31/10/2012, LL 2013-A-243, con nota de Grisetti, Ricardo A. y otro, “Error de prohibición. Los derechos humanos como límite natural a su respeto irrestricto”.

(95) Moller Okin, Susan (with respondent), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Ed. Princenton University Press, New Jersey, 1999, p. 9.

go, un número importante de médicos objetó la ley sobre la base de que concierne una cuestión privada que debe ser decidida por el médico, la familia y la niña.

e) Rechazo de prácticas médicas por el paciente por razones religiosas

Un caso clásico, tratado por todos los autores, es el del rechazo de un tratamiento, por razones religiosas, que puede llevar al paciente a la muerte.

En la Argentina, a partir del caso “Bahamondes”, resuelto por la Corte Sup. (96), ratificado en el caso “Albarracini, Nieves” (97), es jurisprudencia mayoritaria que una persona capaz no puede ser obligada a recibir una transfusión sanguínea que ella rechaza. La cuestión se complica si esa persona es una mujer que debe dar a luz y al momento del parto requiere necesariamente esa transfusión (es anémica y el alumbramiento debe hacerse por cesárea, pues de lo contrario el niño tiene riesgo de morir o sufrir severos daños durante el alumbramiento); frente a esa situación, el 13/11/2002, la sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires autorizó a los médicos a realizar esa práctica para proteger al niño por nacer (98).

El caso resuelto por el Tribunal Constitucional español es decididamente trágico: dos padres, Testigos de Jehová, que no colaboraron con los médicos para convencer al hijo que aceptase una transfusión sanguínea que era absolutamente necesaria, fueron acusados de homicidio. Como es sabido, el Tribunal Constitucional

revocó la condena del Supremo y absolvió a los padres (99).

f) La reproducción humana médicamente asistida

La reproducción humana médicamente asistida incide en dos cuestiones muy importantes para la religión, cuales son la familia y la situación de la mujer.

Véase, p. ej., cómo inciden ambas cuestiones en la religión islámica. Según el Corán, un hombre puede tener hasta cuatro mujeres y la procreación es un mandato de Dios dirigido expresamente al varón. Conforme a estos preceptos, y a que, según algunos estudiosos de estas reglas, en el Corán lo que no está prohibido está permitido, la religión islámica autoriza la reproducción humana asistida homóloga; en cambio, prohíbe la heteróloga, o sea, con material genético de un tercero, a la que asimila a un adulterio, en tanto elimina la identidad paterna del futuro hijo; además, el islamismo prohíbe comerciar con el cuerpo, por pequeña que sea su parte, lo que impide la donación de óvulos. También prohíbe la fecundación en mujeres solas, pues la base de toda conformación familiar es el matrimonio (100).

Por otro lado, en los países de Occidente se asiste a una práctica cada vez más ilimitada de la reproducción humana asistida (así, p. ej., la madre que se hace inseminar con semen de un hijo joven que ha muerto en un accidente de tránsito). En definitiva, como en tantos otros temas, se está a la búsqueda del equilibrio que puede dar el principio de proporcionalidad y, a través de él, evitar lo que se ha dado en llamar el “encarnamien-

(96) Corte Sup., 6/4/1993, JA 1993-IV-338.

(97) Corte Sup., 1/6/2012, JA 2012-III-643, con nota Biscaro, B. y Santángelo, M., “Las conductas autorreferentes a la luz de las garantías constitucionales” (p. 649); Cao, Ch. y Albertus, V., “Libertad de intimidad y derecho a la salud. El respeto al plan de vida de las personas en la Constitución Nacional. A propósito de la transfusión de sangre y la vacunación obligatoria” (p. 658); Hooft, Pedro, Picardi, Geraldin J. y Hooft, Lynette, “La Corte Suprema fortalece la protección del ámbito de la autonomía personal. Testigos de Jehová. Respeto a la dignidad humana. Directivas anticipadas. El caso ‘Albarracini’” (p. 666); LL 2012-D-127, con nota de Sosa, Guillermina L., “Entre la vida y la muerte: el modo de transitarlas, del derecho a la vida frente a la libertad religiosa y de conciencia”; de lentile, Verónica, “La autonomía personal y la Constitución Nacional”; de Legarre, Santiago, “Objeción de conciencia sin precedentes” (p. 248); Benavente, M. I. y Di Vito, A., “El caso ‘Albarracini’ y las directivas anticipadas” (p. 252).

(98) Ver comentario al fallo en Rivera, Julio C. y Peralta Mariscal, “Derecho a la integridad física y derecho a la salud. Negativa de una mujer a punto de dar a luz de recibir una transfusión sanguínea, necesaria para proteger su salud y la de su hijo por nacer”, RDPYC 2003-3, p. 259.

(99) El caso tuvo amplia difusión también en América Latina. Ver, p. ej., Morello, Augusto, “La libertad de conciencia y el Tribunal Constitucional español”, Doc. Jud. 2002-3, p. 513. La sentencia del Tribunal Constitucional del 18/7/2002 puede compulsarse en Gómez Fernández, I. (a cargo de), “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional”, Ed. Thomson, Madrid, 2006, ps. 583 y ss.

(100) Ver García Ruiz, Yolanda, “Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad”, Ed. Comares, Madrid, 2004, ps. 190 y ss. En la obra se analiza la reproducción humana asistida frente a la religión islámica, hebrea y cristiana (evangélica y católica) (cap. III del libro; ps. 189-239).

to reproductivo”; en definitiva, la consecución de un hijo no debe convertirse en un objeto de consumo, que complazca a toda costa los derechos de los usuarios. Este resultado viola cualquier norma, no sólo religiosa, sino también ética.

IX. CONCLUSIONES PROVISORIAS

Cuando los derechos fundamentales entran en conflicto, el principio de proporcionalidad sirve para dar solución razonable de modo tal que ninguno quede destruido (101). Pero esta solución, teóricamente correcta,

encuentra graves dificultades a la hora de ser aplicada. Las sociedades democráticas, plurales y secularizadas deben respetar el derecho a expresar las ideas religiosas, pero éstas deben encontrar su límite en la dignidad de la persona humana, valor que finalmente debe prevalecer.

Cabe tener la esperanza de que pronto pase al olvido la frase de Pascal: “Los hombres nunca hacen el mal tan completa y alegremente como cuando lo hacen desde la convicción religiosa” (102).

Circuncisión ritual infantil masculina.

Breves apuntes sobre una problemática evitada

Por Ricardo Rabinovich Berkman (*)

SUMARIO:

I. Ashley Montagu.– II. La “Resolución Ashley Montagu”.– III. La circuncisión ritual.– IV. Obligatoriedad religiosa.– V. Efectos físicos negativos de la circuncisión.– VI. Efectos psicológicos negativos de la circuncisión.– VII. Conclusión

“La circuncisión no médica no puede ser ya más considerada rutina en una nueva era de derechos de los niños y más cuidadoso análisis de la necesidad médica de procedimientos quirúrgicos”
Eleanor LeBourdais, 1995

I. ASHLEY MONTAGU

Corría el terrible año 1942. La Segunda Guerra Mundial estaba en uno de sus momentos álgidos. Aún la victoria podía sonreír a cualquiera de ambos bandos en pugna. En la Alemania nazi se ponía en marcha el previsible Holocausto. En los Estados Unidos de América, en

combate mortal con el III Reich, los negros eran abiertamente discriminados.

El psicólogo y antropólogo Israel Ehrenbergera, un judío británico, nacido en un barrio londinense de bastante población israelita, bajo el seudónimo anglicanizante de Ashley Montagu publica ese año su libro *“Man’s Most*

(101) Ver, entre muchos, Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, 3ª ed., Ed. CEPC, Madrid.

(102) Pascal, Blaise, “Pensées 894”, cit., por Ayala, Francisco, “Darwin y el diseño inteligente. Creacionismo, cristianismo y evolución”, 3ª ed., trad. Miguel A. Coll, Ed. Alianza, Madrid, 2007, p. 143.

(*) Doctor, Universidad de Buenos Aires (UBA) (área: Filosofía del Derecho); director del Departamento de Ciencias Sociales (Facultad de Derecho, UBA); profesor titular (UBA, UNLZ, UB); director de la modalidad intensiva de cursos para el doctorado de la Facultad de Derecho (UBA); vocal del Consejo Académico de Ética en Medicina; miembro correspondiente de la Comisión Nacional de Bioética del Ecuador; miembro correspondiente de la Academia Portuguesa de la Historia; académico honorario de la Academia Colombiana de la Abogacía;

Dangerous Myth: The Fallacy of Race (“El mito más peligroso del hombre: la falacia de la raza”).

El nombre de esta exitosa obra obviamente evocaba el tristemente célebre ensayo del nacional-socialista Alfred Rosenberg, “El mito del siglo XX”. En sus páginas, Montagu desarrolló la tesis de que la “raza”, más que un factor biológico, era una construcción sociocultural. En realidad, si bien se lo analiza, no se trataba de un gran descubrimiento, sino apenas de la rectificación de un clarísimo error resultante de la aplicación de categorías literarias románticas a los criterios biológico-políticos derivados del positivismo darwiniano. Pero lo cierto es que nadie lo había puesto aún en términos tan nítidos y, menos, en un momento tan oportuno.

El libro de Montagu conoció reediciones actualizadas hasta la muerte de su autor, en 1999. Marcó la carrera y la vida de Ashley en una vinculación inseparable con la reflexión acerca de los derechos humanos biológicos y su defensa. Así, en 1950, fue elegido por la Unesco para integrar la comisión encargada de redactar el manifiesto “La cuestión racial”, del que fue escogido informante. En 1971, a partir de la historia del inglés Joseph Merrick (1862-1890), publicó un extraordinario ensayo intitulado “El hombre elefante: un estudio acerca de la dignidad humana” (1), basado en los escritos dejados por Frederick Treves, el médico que atendió al célebre paciente en los últimos años de su breve vida.

II. LA “RESOLUCIÓN ASHLEY MONTAGU”

Ése es el hombre cuyo nombre, como merecido homenaje póstumo, escogió el IV Simposio Internacional sobre Mutilaciones Sexuales, realizado en la Universidad de Lausana, Suiza, en 1996, para intitular una petición que presentó ante la Corte de La Haya. Fue su denominación completa “La resolución Ashley Montagu para terminar con la mutilación genital de niños en todo el mundo” (*The Ashley Montagu Resolution to End the Genital Mutilation of Children Worldwide: A Petition to the World Court, The Hague*).

Este documento dio inicio a la “Campaña Ashley Montagu contra la tortura y mutilación de niños” (*The Ashley*

Montagu Campaign Against the Torture and Mutilation of Children). Sin embargo, ese movimiento ya se había originado antes. En efecto, a partir de la prédica de Montagu, el médico estadounidense James W. Prescott había sometido, en 1989, al I Simposio Internacional sobre Circuncisión, reunido en California, la “Declaración Universal sobre Circuncisión, Escisión (2) e Incisión”, que fuera aprobada por unanimidad (3).

El autor de este artículo es signatario adherente de dicha declaración.

III. LA CIRCUNCISIÓN RITUAL

La circuncisión ritual pone en evidencia la subjetividad con que nuestra cultura trata las prácticas que implican agresiones físicas sobre los niños. Su ambivalencia, cuando las violaciones a los principios que aduce defender se verifican dentro de su propio ámbito tradicional. Su origen está en la Biblia. No fue instituida por razones higiénicas sino religiosas, como marca indeleble de la alianza de los descendientes de Abraham con Dios.

El Génesis es claro al respecto: “Después, Dios dijo a Abraham: ‘Tú, por tu parte, serás fiel a mi alianza; tú, y también tus descendientes, a lo largo de las generaciones. Y ésta es mi alianza con ustedes, a la que permanecerán fieles tú y tus descendientes; todos los varones deberán ser circuncidados. Circuncidarán la carne de su prepucio, y ese será el signo de mi alianza con ustedes. Al cumplir ocho días, serán circuncidados todos los varones de cada generación, tanto los nacidos en la casa como los que hayan sido comprados a un extranjero, a alguien que no es de tu sangre. Sí, tanto los nacidos en tu casa como los que hayan sido comprados, serán circuncidados. Así ustedes llevarán grabada en su carne la señal de mi alianza eterna. Y el incircunciso, aquel a quien no se haya cortado la carne de su prepucio, será excluido de su familia, porque ha quebrantado mi alianza” (17:9-14).

“Entonces Abraham tomó a su hijo Ismael y a todos los demás varones que estaban a su servicio –tanto los que habían nacido en su casa como los que ha-

miembro honorario del Instituto Peruano de Derecho Civil. Doctor *honoris causa* de las universidades San Pedro y de Huancayo (Perú). Miembro honorario del Instituto de Bioética y Derechos Humanos (Lubelska Szkola Wyzsza, Polonia). Director general de la Escuela de la Magistratura del Mercosur. Premio “Rosa Parks” al valor ciudadano en la defensa de los derechos humanos, 2005.

(1) Montagu, A., “*The Elephant Man: A Study in Human Dignity*”, Ed. Dutton, New York, 1971 (hay ediciones posteriores).

(2) La palabra inglesa *excision*, que llevaremos a su más cercana castellana, “escisión”, hace referencia a las mutilaciones genitales femeninas.

(3) www.montagunocircpetition.org/.

bía comprado— y aquel mismo día les circuncidó la carne del prepucio, conforme a la orden que Dios le había dado. Cuando fueron circuncidados, Abraham tenía 99 años, y su hijo Ismael, 13. Abraham e Ismael fueron circuncidados el mismo día; y todos los varones de su servidumbre, los nacidos en su casa y los comprados a extranjeros, fueron circuncidados junto con él” –17:23-27– (4).

Comenta con dureza el pensador musulmán contemporáneo Aideeb Abu-Saieh: “Este pasaje contiene tres conceptos relacionados que son problemáticos para nuestra concepción del comportamiento moral: primero, el concepto de un pueblo elegido, que es un concepto racista; segundo, el concepto de dar la tierra de Canaán a los judíos, que es un acto de robo; y tercero, el concepto de circuncisión, que es una práctica mutiladora” (5).

La médica feminista egípcia Nadal El-Saadawi va más lejos. Tras preguntarse las razones del “silencio de las Naciones Unidas en relación con la circuncisión masculina”, por el cual “no consideran a la circuncisión masculina ilegal como lo hicieron con la circuncisión femenina”, declara:

“Esto es por miedo del *lobby* político, social y psicológico judío sobre la circuncisión.

”La circuncisión masculina no es en nada diferente de los asesinatos masivos viejos y nuevos en las guerras colonialistas. Hasta hoy, las maquinarias militares, capitalistas, colonialistas no han parado de matar miles, hasta millones, de ciudadanos inocentes.

”No hay muestra de piedad o compasión en lo que hace a cortar partes de cuerpos en el nombre de Dios y la justicia, la libertad o la democracia. Aunque algunos países han proclamado que aprendieron a separar religión y estado, nunca se librarán de la religión. No pueden aceptar la responsabilidad por matar o circuncidar; se les hace necesario responsabilizar a Dios” (6).

(4) “El libro del pueblo de Dios. La Biblia” (traducción argentina), 1990, www.vatican.va/archive/ESL0506/_INDEX.HTM.

(5) Denniston, G. C., Hodges, F. M. y Milos, M. F. (eds.), “*Flesh and Blood: Perspectives on the Problem of Circumcision in Contemporary Society*”, Ed. Kluwer, New York, 2004, ps. 136 y ss.

(6) El-Saadawi, N., “*Male and Female Circumcision in the Jewish, Christian, and Muslim Communities: Religious Debate by Doctor Sami Aldeeb Abu-Sahlieh*” introducción, 1999, www.fgmnetwork.org/authors/samialdeeb/nawal.html.

(7) Me ocupo de ella en “Los derechos existenciales. Problemas generales de los derechos humanos. La dignidad de las personas en la Antigüedad”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2013, libro en el que también abordé la temática que nos ocupa en este artículo.

(8) S. A. Abu-Saieh, en Denniston, George C., Hodges, Frederick Mansfield y Milos, M. F. (eds.), “*Flesh and Blood...*”, cit., ps. 136 y ss.

IV. OBLIGATORIEDAD RELIGIOSA

La circuncisión ritual judía (en hebreo *brit-milá*, “pacto de la palabra”) es obligatoria entre los seguidores de la religión mosaica. Con relación al cristianismo, sólo el Evangelio atribuido a Lucas reporta la circuncisión de Jesús –2:21– y del Bautista –1:59–. Cristo no se manifestó en los cuatro evangelios canónicos respecto de este tema.

El evangelio atribuido a Tomás (uno de los “apócrifos”), sin embargo, contiene una condena expresa de la circuncisión, en estos términos: “Si fuera útil, los padres tendrían los hijos de las madres ya circuncidados. Pero la verdadera circuncisión, la del Espíritu, se ha demostrado útil en todo sentido” –53–.

Lo cierto es que la circuncisión se abandona entre los cristianos durante el siglo I, por razones y en un proceso que no es del caso, por su complejidad y por obvias razones de espacio, tratar en este sitio (7).

La cuestión se complica en el Islam. Según el *Génesis*, Abraham circuncidó a su hijo Ismael, progenitor bíblico de los árabes. Por ello, éstos practicaron el ritual luego, y les era común en la época del profeta Muhammad. Empero, no se la menciona en el *Corán*. Sí aparece en numerosas tradiciones acerca de conductas y dichos del profeta del Islam (de quien se dice que nació sin prepucio), recomendándola. Conocida como *jitáno jatna*, es una práctica muy común en el mundo islámico. Se realiza en los niños desde pocos días después del nacimiento hasta los 13 años (en que, de acuerdo con el texto bíblico, fue circuncidado Ismael). Sin embargo, sólo entre los shiítas (y no sin disensos) se la considera obligatoria. Y el movimiento minoritario que propone un Islam basado sólo en el *Corán*, que no siga las tradiciones posteriores (tan importantes para la religión mahometana a lo largo de los siglos), cree que la circuncisión debería estar prohibida, al mismo nivel que la ablación del clítoris, porque el *Corán* muestra al cuerpo humano como algo perfecto, que no debe ser alterado (8).

V. EFECTOS FÍSICOS NEGATIVOS DE LA CIRCUNCISIÓN

La circuncisión importa un cambio físico indeleble e irreversible. La circuncisión ritual judaica es impuesta generalmente por los padres a sus hijos de pocos días de vida, sin necesidad médica alguna, sino con base en argumentos religiosos. El discurso de que trae beneficios profilácticos es insostenible, porque la estadística no muestra importantes problemas en los varones no circuncidados. Al contrario, muchos estudios demuestran que la circuncisión acarrea (o puede acarrear) importantes problemas biológicos a quienes la han padecido. Sólo vamos a citar a algunos especialistas. Taylor y otros acusan los efectos negativos (efectivos y potenciales) derivados de la remoción de piel y mucosa del pene (9), en lo que coinciden Bigelow (10), así como Fleiss y Hodges (11). La importancia erógena del prepucio ya había sido destacada tempranamente por Winkelmann (12) y fue reafirmada por Meislahn Taylor en 2004 (13), así como por Sorrells y otros en 2007 (14). Coursey y otros (15) hallan en la circuncisión la causa de posibles problemas de erección. Todo cuanto antecede (que importa una mínima porción de los trabajos publicados sobre estas derivaciones negativas), sin mencionar la gran cantidad de estudios acerca de los efectos adversos de la circuncisión realizada en hombres adultos, tema que escapa a este abordaje.

VI. EFECTOS PSICOLÓGICOS NEGATIVOS DE LA CIRCUNCISIÓN

La circuncisión infantil masculina acarrea efectos psicológicos negativos de gran importancia. Podemos dividirlos en tres grupos:

a) Las derivaciones del grave desorden postraumático generado por la realización de la circuncisión en sí. Un niño de 8 días no es un muñeco, es un ser humano con sensibilidad y memoria.

Ya Levy, en 1945, vinculaba, en forma tangencial, a la circuncisión con trastornos infantiles de conducta (16). Y Cansever realizó, veinte años después, un notable estudio sobre los efectos psicológicos de la circuncisión en niños (17). Taddio, Katz, llersich y Koren, en 1997, relacionaron la circuncisión neonatal con el miedo a la vacunación (18). Por su parte, Ramos y Boyle, en 2001, tras un exhaustivo estudio realizado en las Filipinas, donde se practica la circuncisión infantil, encontraron fuertes evidencias de *shock* postraumático consecuente (19).

Rhinehart, en 1999, recomendaba "reconsiderar" la circuncisión (20), pero siete años antes Ritter ya preconizaba evitarla (21). La canadiense LeBourdais, en esa misma década, lanzaba la afirmación que hemos colocado como epígrafe de este humilde trabajo (22).

(9) Taylor, J. R., Lockwood, A. P. y Taylor, A. J., "The Prepuce: Specialized Mucosa of the Penis and its Loss to Circumcision", *British Journal of Urology*, vol. 77, 1996, ps 291-295.

(10) Bigelow, J., "*The Joy of Uncircumcising!*", 2ª ed., Ed. Hourglass, Aptos, 1995, ps. 80-81.

(11) Fleiss, P. M. y Hodges, F. M., "*What your Doctor May not Tell You About Circumcision*", Ed. Warner, New York, 2002, p. 223.

(12) Winkelmann, R. K., "The Cutaneous Innervation of the Human Newborn Prepuce", *Journal of Investigative Dermatology*, vol. 26, n. 1, 1956, ps. 53-67 y Winkelmann R. K., "The Erogenous Zones: Their Nerve Supply and Significance", *Proceedings of the Staff Meetings of the Mayo Clinic*, vol. 34, n. 2, 1959, ps 39-47.

(13) Meislahn, H. S. y Taylor, J. R., "The Importance of the Foresk into Male Sexual Reflexes", en Denniston, G. C., Hodges, F. M. y Milos, M. F. (eds.), "*Flesh and Blood...*", cit.

(14) Sorrells, M. L., Snyder, J. L., Reiss, M. D., Eden, C., Milost, M. F., Wilcox, N., y van Howe, R. S., "Fine-touch Pressure Thresholds in the Adult Penis", *British Journal of Urology International*, 2007, ps. 864-869.

(15) Coursey, J. W., Morey, A. F., McAninch, J. W. et al., "Erectile Function after Anterior Urethroplasty", *Journal of Urology*, vol. 166, n. 6, 2001, ps 2273-2276.

(16) Levy, D. M., "Psychic Trauma of Operations in Children: and a note on Combat Neurosis", *American Journal of Diseases of Children*, vol. 69, 1945, ps. 7-25.

(17) Cansever, G., "Psychological Effects of Circumcision", *British Journal of Medical Psychology*, vol. 38, 1965, ps. 321-331.

(18) Taddio, A., Katz, J., llersich, A. L. y Koren, G., "Effect of Neonatal Circumcision on Pain Response during Subsequent Routine Vaccination", *The Lancet*, vol. 349, 1997, ps. 599-603.

(19) Ramos, S. y Boyle, G. J., "Ritual and Medical Circumcision among Filipino Boys: Evidence of Post-traumatic Stress Disorder", en Denniston, G. C., Hodges, F. M. y Milos, M. F. (eds.), "*Flesh and Blood...*", cit.

(20) Rhinehart, J., "Neonatal Circumcision Reconsidered", *Transactional Analysis Journal*, vol. 29, n. 3, 1999, ps. 215-221.

(21) Ritter, T. J., "*Say No to Circumcision*", Ed. Hourglass, Aptos, 1992.

(22) LeBourdais, E., "Circumcision no Longer a 'Routine' Surgical Procedure", *Canadian Medical Association Journal*, vol. 152, n. 11, 1995, ps. 1873-1876.

Denniston (23), Goldman (24), Hill (25) y éste con Boyle (26) han demostrado cómo en los Estados Unidos de Norteamérica y, probablemente, en Inglaterra y Canadá, aunque en menor medida, el alto número de médicos circuncidados, muchos de ellos en la infancia, por provenir de familias judías, ha incidido en la literatura científica sobre el tema, en uno u otro sentido.

b) Las consecuencias adversas del acarreo de una marca física imborrable. En una parte del cuerpo tan importante y tan vinculada con la personalidad, como es el órgano sexual masculino, la persona cargará desde la niñez con un sello muy evidente, que la hará distinta de la mayoría de las otras personas, con la sola excepción de aquellos pocos países donde la práctica es generalizada, como el Estado de Israel.

Esa señal, además, especialmente en la infancia y adolescencia, posee obvias connotaciones religiosas. De modo que, en la práctica, es muy susceptible de afectar la libertad de elección en ese sentido. Es bien sabido el servicio excelente que prestó la circuncisión masculina al nazismo para la individualización de los hebreos (sobre todo, niños).

No puede evitarse en este punto el recuerdo del célebre caso de Solomon (Sally) Perel. Nacido en 1925, fue capturado por los alemanes en territorio soviético durante la guerra, según su propio relato autobiográfico, pero consiguió convencerlos de su origen germánico no judío. Sus captores se encariñaron mucho con él y lo enviaron a una escuela de la juventud hitleriana, en Brunswick (27). Hasta la llegada de las tropas estadounidenses vivió como un joven nazi, desesperadamente preocupado para que no se detectase su circuncisión (28).

(23) Denniston, G. C., "Tyranny of the Victims: Analysis of Circumcision Advocacy", en Denniston, G. C., Hodges, F. M. y Milos, M. F. (eds.), *Male and Female Circumcision: Medical Legal and Ethical Considerations in Pediatric Practice*, Ed. Kluwer, New York, 1999.

(24) Goldman R., "The Psychological Impact of Circumcision", *BJU International*, vol. 83, supl. 1, 1999, ps. 93-103.

(25) Hill, G., "The Case against Circumcision", *Journal of Men Health Gender*, vol. 4, n. 3, 2007, ps. 318-23.

(26) Boyle, G. J. y Hill, G., "Circumcision-generated Emotions bias Medical Literature", *BJU International*, 2012, 109, E11 (carta de lectores).

(27) Perel, S., *Ich War Hitlerjunge Salomon*, Ed. Heyne, München, 2001.

(28) Esta tortura fue destacada en el excelente filme "Europa, Europa" (*Hitlerjunge Salomon*), Agnieszka Holland, 1990).

(29) Laumann, E. O., Masi, C. M., Zuckerman, E. W., "Circumcision in the United States. Prevalence, Prophylactic Effects, and Sexual Practice", *Journal of the American Medical Association*, vol. 277, n. 13, 1997, ps. 1052-1057.

(30) British National Survey of Sexual Attitudes and Lifestyles (Natsal 2000), en Dave, S. S. et al., "Male Circumcision in Britain: Findings from a National Probability Sample Survey", *Sexually Transmitted Infections*, vol. 79, 2003, ps. 499-500.

(31) Richters, J., Smith-Anthony, M. A., de Visser, R. O., Grulich, A. E. y Rissel, C. E., "Circumcision in Australia: Prevalence and Effects on Sexual Health", in *International Journal of STD & AIDS*, vol. 17, 2006, ps. 547-554.

c) Los problemas psicológicos (o psicofísicos) de carácter sexual, que se ocasionen en la adultez del hombre que fue circuncidado de niño, especialmente si se trató de un procedimiento ritual, que es efectuado sin anestesia y fuera de los resguardos médicos.

P. ej., Laumann, Masi y Zuckerman reportan "un conjunto de prácticas sexuales más altamente elaboradas" en esas personas, incluyendo masturbaciones más frecuentes y mayor preferencia por el sexo oral (29). Un informe británico sobre "actitudes sexuales y estilos de vida", de 2000, concluyó que los hombres circuncidados informaban más a menudo compañeros homosexuales (30). Por su parte, Richters, Smith, de Visser, Grulich y Rissel vincularon la circuncisión masculina con una tendencia al orgasmo precoz (31).

Podríamos aun agregar los efectos perjudiciales que varios estudios reportan para las mujeres que tienen sexo con hombres circuncidados. Entre éstos se encuentran la menor hidratación vaginal y la mayor dificultad para llegar al orgasmo. Pero ocuparnos de ello excedería los límites de este breve artículo. Aunque debe recordarse que aquellas dificultades no sólo afectan a las mujeres de que se trata, sino también acarrear (normalmente) zozobra psicológica a los hombres en cuestión.

VII. CONCLUSIÓN

A pesar de todo lo que hemos visto, la circuncisión ritual se sigue practicando en las sociedades "modernas", a plena luz del día y sin atisbos de vergüenza o remordimiento, si no todo lo contrario.

Estamos ante un evidente resabio de épocas remotas, en que los padres gozaban de un poder omnímodo so-

bre sus vástagos (recuérdese a Abraham a punto de acuchillar a Isaac por orden de Dios). Caracteriza a pueblos que históricamente desearon separarse y vivir aislados, distinguirse de los demás.

En 2012, un tribunal de Colonia, Alemania, prohibió la circuncisión de niños por razones religiosas, basado en la defensa de sus derechos frente a las decisiones de sus progenitores. Como consecuencia, esa Corte consiguió algo muy difícil para la Europa actual. Casi podría decirse que obró un milagro: logró unir a hebreos y mahometanos. En efecto, ambos grupos se sumaron en una protesta común, de características contundentes.

“Una dramática intromisión sin precedentes”, llamó a la sentencia el Consejo Central de los Judíos en Alemania, “ultrajante e insensible”. Por su parte, el Consejo Central de Musulmanes en Alemania se quejó de una “descarada e inadmisibles interferencia” en los derechos de los padres. Y agregó: “La libertad de religión está altamente valorada en nuestra constitución, y no puede ser el juguete de una visión jurídica unidimensional que, además, consolida prejuicios y estereotipos existentes”.

Los argumentos del criticado tribunal, a su vez, habían sido muy claros:

“El derecho fundamental del niño a la integridad corporal sobrepasa los derechos fundamentales de los padres”, sostuvo. “El cuerpo del niño es cambiado permanente e irreparablemente por la circuncisión. Este cambio atenta

contra los intereses del niño, que puede decidir su afiliación religiosa más adelante en su vida” (32).

No parece, si somos realistas, que la circuncisión ritual infantil masculina pueda ser prohibida en los países “occidentales”, al menos a corto o mediano plazo. La impresionante reacción frente al fallo alemán de 2012 es una buena muestra.

Las ablaciones genitales femeninas, que son de consecuencias negativas más graves, por cierto, concitan, mercedamente, airadas reacciones mundiales. En cambio, las concernientes a los niños varones no parecen generar mayor rechazo. A menudo se les responde recurriendo al recuerdo de prohibiciones surgidas de los regímenes comunistas y del nacional socialismo. De ese modo se procura, con bastante éxito, una superficial, pero muy efectista y emotiva, identificación. En pleno siglo XXI, la persistencia de la aceptación jurídica y social de la circuncisión ritual infantil masculina en los países que se dicen modernos, democráticos, liberales en el sentido político y defensores de los derechos humanos, se ha tornado una magnífica evidencia de dos aspectos. Por un lado, de lo poco lógicas que en la realidad son nuestras respuestas, y cuánto más somos hijos de la historia y del imaginario antropológico, que de la razón. Por el otro, de cómo la teoría de los derechos humanos es una construcción cultural judeocristiana europeo-americana, y no un iluminado descubrimiento de verdades universales objetivas.

Falta de inscripción de nacimiento. Vulneración de la dignidad personal. La importancia de ser en sociedad

Por Lucía Rodríguez Fanelli y Jorge Carina

SUMARIO:

I. El caso.– II. Bibliografía

I. EL CASO

1. El 19/12/2011, el (ex) Tribunal de Familia n. 1 de Mar del Plata dictó sentencia en la causa “M., J. A. s/ins-

cripción de nacimiento fuera de término” y ordenó inscribir el nacimiento del peticionante, de 39 años, en el Registro Provincial de las Personas (1). Del relato de los

(32) “German Court Bans Circumcision of Young Boys”, Reuters Edition US, 27/6/2012, www.reuters.com/article/2012/06/27/us-germany-circumcision-idUSBRE85Q19Y20120627.

(1) Trib. Familia n. 1 Mar del Plata, 19/12/2011, “M., J. A. s/inscripción de nacimiento fuera de término”, expte. 42.529.

hechos en la demanda surge que cuando su madre cursaba el sexto mes de embarazo se produjo el súbito fallecimiento de su esposo, lo cual anticipó el nacimiento del actor y afectó severamente la salud de aquélla, al punto que nunca pudo volver a comunicarse con fluidez ni cuidar al nacido, quien quedó a cargo exclusivo de su hermano mayor. Aunque éste asumió responsablemente la crianza, no se inscribió su nacimiento. A la hora de iniciar la acción, el Sr. M. no pudo acreditar el parto donde se produjo el alumbramiento, pues a causa de un aparente siniestro ocurrido en ese hospital público se produjo la pérdida de la constatación de parto (y de su copia). Tampoco pudo probar el vínculo biológico con su madre (E. M.) fallecida diez años antes, cuyos restos mortales –reducidos– ya no estaban disponibles (al igual que los de su presunto progenitor). Sólo pudo verificarse el nexa genético del actor con su único hermano, mediante estudio del perfil de ADN, del que resultó que “ambos eran hijos biológicos de la misma madre”, mas a pesar del aserto, la maternidad de E. M. nunca pudo afirmarse con certeza, pues el hermano sólo fue reconocido por su padre y el acta de nacimiento ni siquiera mencionaba a la madre.

Ante la imposibilidad de reclamar la maternidad y la paternidad (2), el actor solicitó en la demanda la inscripción del nombre que usaba desde su nacimiento (J. A. M.), con sustento en el derecho constitucional a tener un nombre propio, a ser identificado con éste y a afirmar su propia identidad personal (arts. 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño [CDN]; 75, inc. 22, CN; ley 18248).

2. En lo que aquí nos interesa, cabe resaltar la extensa nómina de derechos vulnerados por falta de inscripción del nacimiento del accionante. Entre ellos, el derecho a la educación; cuando era niño concurrió a varias escuelas diferentes que lo aceptaron sólo por un tiempo. Aprendió a leer y a escribir con ayuda de su hermano y de unos amigos del barrio. La falta de documentos de identidad afectó su derecho a trasladarse de un lugar a otro y nunca pudo viajar fuera de la ciudad. También comprometió su derecho a trabajar en condiciones dignas, pues la falta de identificación sólo le permitió obtener trabajos precarios, esporádicos, sin registración,

(2) En el caso, el actor no podía reclamar la paternidad ni la maternidad. Su presunto padre (fallecido antes de nacer, cuyos restos no estaban disponibles) sólo había reconocido a su hermano. En el acta de nacimiento de su único hermano sólo se consignaban datos paternos sin mencionar a la madre. La prueba genética aseguró que existía vínculo biológico entre los hermanos por vía “materna”, pero la maternidad de E. M. no pudo acreditarse (la documentación que prueba el parto desapareció en un incendio del Hospital Materno Infantil y tampoco podían obtenerse muestras para producir prueba genética de sus restos mortales). Siguiendo este mismo razonamiento, si se hubiera promovido proceso sucesorio de la progenitora fallecida, hubiera sido imposible dictar declaratoria de herederos e identificar a los “legitimados pasivos” contra los cuales el actor hubiera podido deducir (en su caso) la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

con ingresos irregulares, lo que afectó la calidad de vida del grupo familiar, de escasos recursos, e impidió su acceso a los beneficios de una obra social y a las asignaciones familiares. Por su parte, la imposibilidad de extender recibos o facturas en forma legal lo obligó con frecuencia a rechazar trabajos bien remunerados. Además, la falta de aportes al sistema previsional afectó el derecho a gozar de una jubilación en el futuro, lo que, su vez, también trajo perjuicios al erario público, privado de impuestos y aportes.

El Sr. M. formó una familia, pero no pudo casarse con la compañera y madre de los seis hijos que tuvieron, cuya inscripción de nacimiento pudo efectuar sólo con la colaboración de testigos. Paradójicamente, todos ellos quedaron registrados inmediatamente después de nacer con el apellido M., que usaba su padre, cuando éste ni siquiera tenía certeza sobre su propia identidad.

Con los ingresos derivados del oficio de colocador de cerámicos que aprendió, sostuvo las necesidades de su familia, pero la condición de indocumentado le obstaculizó el acceso a créditos de cualquier tipo (aun a la titularidad de tarjetas de crédito). Por ello debió ahorrar en dinero en efectivo durante mucho tiempo para comprar su propia vivienda, no obstante lo cual no pudo firmar el boleto de compraventa ni la escritura traslativa de dominio. En otro orden de cosas, el Sr. M. tampoco pudo ejercer sus derechos cívicos, votar para elegir autoridades o ser elegido y participar en actos electorarios.

3. En forma diaria se presentan muchas personas de recursos insuficientes a las defensorías oficiales a demandar la inscripción tardía de sus nacimientos. En todos los casos resulta evidente la situación de vulnerabilidad y desventaja en que se encuentran. A los escasos ingresos se suma el desempleo, los trabajos informales, la falta de seguridad social y los efectos negativos de la exclusión del sistema. Siempre manifiestan la humillación que les causa la exigencia de presentar documentos para identificarse y, a la vez, expresan la urgencia del reclamo unida al deseo de superar rápidamente la situación irregular de marginalidad en la que están inmersos, para vivir conforme al estatus de ciudadanos y ejercer libremente todos sus derechos.

Con razón se ha dicho que la existencia de los derechos humanos no sólo descansa en el nivel racional, sino también en el campo de las emociones y la sensibilidad (3).

Lo expuesto revela cuán profundo es el perjuicio que causa a las personas y a sus derechos la falta de inscripción de nacimiento, que las priva de gozar del nombre, elemento dinámico y componente esencial del derecho a la identidad que las individualiza e identifica, así como también del registro que indica su filiación, estado y pertenencia a un grupo familiar (4). Es decir, de ese “derecho-deber de identidad” (5) que tiende a proteger no sólo derechos individuales, sino también los que la sociedad tiene en orden a la *identidad* de las personas con el fin de lograr la clarificación del orden social (6).

Todos tenemos derecho a un nombre propio y a llevar los apellidos de nuestros padres o, al menos, el de uno de ellos (7). Esa designación exclusiva que corresponde a cada uno, cuya naturaleza jurídica permite calificarlo de verdadero atributo de la personalidad humana (8), es esencial a fin de determinar los vínculos entre los diferentes miembros de la familia, la sociedad y el Estado.

Como afirma Solari, el nombre acompaña el proceso de construcción de la identidad personal, que debe valorizarse como síntesis de aquélla, en relación con la identidad familiar y cultural (9).

Se trata del aspecto dinámico de la identidad, que respeta la construcción personal consolidada a lo largo de la vida, pues las personas nos formamos gradualmen-

te, a medida que crecemos, que vivimos y socializamos con otros. Elaboramos la identidad con cultura, costumbres, ideas, bagaje histórico, social, cultural y económico. De ese modo, construimos una personalidad que refleja la identidad y tenemos derecho a su reconocimiento y al respeto de esa construcción histórica personal.

Para Fernández Sessarego, el derecho a la identidad en su faz dinámica es el que tienen las personas al reconocimiento de esa mismidad construida y elaborada a lo largo de los años (10).

4. Diversos estudios en nuestro país han revelado que existe una franja de la población muy numerosa que vive indocumentada y sin registración (11).

La experiencia laboral en una defensoría nos permite asegurar que se trata de un dato cierto de la realidad social. En la mayoría de los casos, los adultos se presentan a demandar la inscripción judicial (propia o de sus hijos) portando la documentación que acredita el parto, que siempre han conservado en su poder y que nunca han presentado en el Registro Civil para cumplir la inscripción.

Esta enorme cantidad de personas en condición de NN en nuestro país debiera ser hoy motivo de profunda preocupación social y convocarnos a la reflexión sobre la necesidad de ajustar las políticas públicas sociales si pretendemos el ejercicio de un rol activo en materia de derechos fundamentales. Además, debe motivar-

(3) Hunt, Lynn, “La intervención de los derechos humanos”, Ed. Tusquets, Buenos Aires, 2010, ps. 24 y ss., en Nogueira, Juan Martín y Schapiro, Hernán I. (coords.), “Acceso a la justicia y grupos vulnerables”, Ed. Platense, La Plata, 2012, p. 26.

(4) Pliner, Adolfo, “El nombre de las personas”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 49.

(5) La Ley 18248 dispone: “Toda persona natural tiene el *derecho* y el *deber* de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley” (art. 1). La ley regula también el régimen legal orgánico del nombre y establece su sistema de resguardo según el cual se consagra el derecho a reclamar la inscripción del nombre como designación individual, usada con anterioridad a la registración del nacimiento (art. 2). Por su parte, el art. 24.12, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que “todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

(6) C. Nac. Civ., sala G, 4/3/2008, “N. A. F. y otro v. V., S. R. s/privación de patria potestad”, RDF 2008-III, p. 21.

(7) El art. 18, CADH, dispone que “la ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuera necesario”. La norma fue recomendada al Consejo de Organización de Estados Americanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Feldman, Gustavo E., “El Pacto de San José de Costa Rica”, 1ª reimpr., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 59.

(8) Llambías, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, t. I, 18ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999, p. 293.

(9) Solari, Néstor, “Adición del adoptado del apellido del concubino”, JA 2004-II-49.

(10) Bonaparte, Carolina A., “La identidad vs. el nombre. ¿Qué protegemos? ¿‘Derechos’ o a los titulares de esos derechos?”, RDF 2008-III, ps. 27 y ss.

(11) Informe “Los indocumentados en la Argentina. La cara invisible de la pobreza”, programa del Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA) de la Universidad Católica Argentina (UCA), en alianza con el Instituto Abierto para el Desarrollo y Estudio de Políticas Públicas (Iadep), Buenos Aires, octubre y noviembre de 2012, disponible en www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/informe_UCA_IADEPP.pdf (15/11/2013).

nos al análisis del sistema legal de registración vigente (ley 26413) **(12)** para determinar si verdaderamente asegura el acceso a la inscripción de todas las personas luego de nacer, como forma de garantizar de manera efectiva esa prerrogativa irrenunciable que tutela la coincidencia de la persona con su verdad histórica **(13)**, cuyo fundamento axiológico radica en la dignidad humana, pues dignidad e identidad se relacionan con lo esencial del ser humano.

5. Desde esta perspectiva, nos preguntamos, ¿cuáles son las razones por las cuales las personas adultas no proceden a la inscripción de sus propios nacimientos o el de sus hijos? ¿Se trata acaso de una omisión intergeneracional que se va expandiendo como rasgo particular de ciertos grupos poblacionales? Mayores y niños sin carta de ciudadanía. ¿Por qué? ¿Por falta de necesidad a demandar ese derecho, como una forma de desidia que se va anquilosando en estratos sociales de Argentina, a contramarcha de los avances tecnológicos en la era de la globalización? Qué motivos impulsan a estas familias a elegir autodeterminarse *por fuera de la ley*, sin la necesidad social de pertenecer a la categoría de *ciudadanos*, que en definitiva nos habilita el acceso a los bienes económicos y sociales.

Es que si la comunidad se *identifica con no identificar* se y esa conducta se reitera, el análisis resulta más profundo y la solución se impone con mayor urgencia, pues instalada esta costumbre como rasgo de la identidad social, resulta muy complejo interrumpir el ciclo de tradiciones, cuando el grupo de pertenencia comparte que esta norma no es exigible. No se reflexiona sobre la importancia de *ser en sociedad* y la anomia se instala con su consecuente carga de vulnerabilidad.

Es fácil advertir ese subsistema de rasgos propios que se va perfilando a la par de la cultura popular **(14)**, en las líneas de la población con mayores carencias sociales y económicas, identificadas justamente por no estar identificadas, lo que a su vez las segrega y margina

del sistema por falta de acceso a la condición de *ciudadanos*. Son, en general, hijos de padres que no han sido inscriptos al nacer y que tampoco lo hicieron con su descendencia. En este orden de ideas, cabe también considerar si en estas condiciones podrá la educación ser recibida de manera fructífera. Y si la tecnología (que se brinda gratuitamente desde el Estado en los establecimientos educativos) podrá ser utilizada en su máximo potencial por quienes no tienen inscripto el nacimiento, carecen de un nombre propio registrado, de identificación y emplazamiento familiar.

6. La inscripción de nacimiento tiene un doble reflejo en la realidad. Por un lado, nos permite *ser y*, por otro, adquirir el estatus de *ciudadanos* con derechos y obligaciones. De eso se trata la inclusión; de considerar a la persona en su dimensión funcional sistémica, en su interacción familiar, pero también con las instituciones educativas, deportivas, que lo ven pasar en su devenir biográfico, en el seno de la comunidad con la que comparte códigos y valores.

Como señala Habermas, cuando hablamos de nosotros, de quiénes somos y quiénes queremos ser, se entretienen elementos descriptivos y evaluativos que la comunidad que nos une nos devuelve como respuesta. La identidad cobra luz de la propia biografía, de la historia de nuestro medio y de nuestro pueblo, pero no puede escindirse de su descripción la imagen que de nosotros ofrecemos a los demás, conforme a la cual queremos ser considerados y reconocidos por los otros **(15)**. No debe olvidarse la significación de la sociabilidad como condición esencial de la identidad, ya que entre las personas y el entorno comunitario se genera una necesidad complementaria y no una contraposición excluyente. La individualidad se confirma en tanto se es sujeto social. En ese sentido, la ética, como condición de la identidad, trata de identificar los valores que hagan posible de la mejor manera las relaciones intersubjetivas y la sociabilidad **(16)**. Es que la identidad construida en la esfera individual se expresa en lo comunitario en

(12) La ley nacional 26413 (BO del 6/10/2008), denominada Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Inscripciones, regula los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, que deben inscribirse en los registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1, párr. 1).

(13) Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992

(14) Retamoso, Julieta, "Estudios sobre comunicación y cultura popular en Argentina", en "La trama de la comunicación", Anuario del Departamento de Ciencias de la Comunicación, vol. 16, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Ed. UNR, Rosario, 2012.

(15) Habermas, Jürgen, "Identidad nacional e identidad posnacional", entrevista con J. M. Ferry, en "Identidades nacionales y posnacionales", Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 115.

(16) Serrano Caldera, Alejandro, "Identidad social", en Tealdi, Juan Carlos (dir.), "Diccionario latinoamericano de bioética", Ed. Unesco - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, ps. 327 ss.

la medida que esa persona construya valores, a través de conductas comunes, consensuadas y repetidas. Así, cuando la falta de inscripción del nacimiento es un dato compartido por una gran franja de la población, se enraza la práctica y se torna “legítima” para ese grupo de pertenencia.

Frente a esta realidad, entonces, se torna ineludible el deber de reforzar la dignidad de aquellos que no tienen o no sienten la exigencia personal de registrarse o de inscribir a sus hijos, para asumir como comunidad un rol activo que priorice el respeto y la satisfacción de sus derechos fundamentales.

En esta dirección, destaca Ignacio Gramuglia, “que no registrar los nacimientos trae aparejada la exclusión social de aquellos cuyas voces están silenciadas”, y propone “no contribuir a que continúen siendo portadores de un estatus de raquitismo en el goce de los derechos enclavados en la cifra negra que silencia *identidades astilladas* que no acceden a la sociabilidad” (17).

7. Resulta necesario entender que la sociedad, obligada a generar condiciones para que cada uno alcance su máxima expresión de ser y la plena realización personal, debe buscar soluciones. En este sentido, el acceso a la *información* y a la *educación* se presenta como el medio más adecuado para proteger a la persona, pues quien no esté informado sobre las consecuencias de su accionar, de sus responsabilidades familiares y sociales, de la importancia de ser en sociedad, “no tiene un espacio de libertad de dimensiones suficientes para desenvolver su personalidad” (18). En este derrotero, también resulta decisivo *el rol del derecho* para lograr el ajuste de las políticas públicas que permitan hacer efectivos los derechos vulnerados.

Se trata, indudablemente, de un problema de causas muy complejas, que influye de manera decisiva en la identidad individual y colectiva y permite advertir, una vez más, que no alcanza sólo con las normas, lo que impone sumar, además de la educación, el férreo *compromiso de los operadores sociales* en la ineludible empresa de promover el respeto a la dignidad de quienes habitan la clandestinidad ciudadana más allá de

las razones y causas que los llevaron a no inscribir el nacimiento.

En consecuencia, el alto rango de los derechos comprometidos obliga al Estado –garante de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional– a adoptar las medidas de acción positiva que resulten necesarias para hacer efectivo el derecho a la identidad, a partir de la inscripción de nacimiento de las personas, a través de la implementación de un sistema eficaz con adecuados controles, que impida que el incumplimiento de los deberes de los responsables vulnere derechos esenciales.

Un régimen jurídico justo se realiza amparando a la persona del niño no inscripto de la omisión de los adultos responsables y, también, a éstos, inclusive, frente a sí mismos (19). Ello así, pues la omisión registral configura verdadera “privación de ciudadanía” y deja expuestas a las personas a situaciones de vulnerabilidad que conculcan los derechos constitucionales a la igualdad de oportunidades, a no ser discriminadas, al emplazamiento familiar, a ser ellas mismas y no otras, al libre desarrollo de la personalidad, a gozar del mayor nivel posible de calidad de vida y a la *dignidad* inherente al ser humano; valor esencial y fundamento de todos los derechos individuales, que en un sentido restringido es el derecho de toda persona a ser respetada como tal, con todos los atributos de su humanidad (20).

Desde la perspectiva bioética, las personas son sujetos autónomos y, como tales, realidades morales. De allí que se hallen dotadas de dignidad como condición ontológica, a diferencia de lo que sucede con otros seres de la naturaleza que carecen de esa propiedad, y el derecho es el que ha intentado concretar el respeto a dicha dignidad, en un conjunto de principios positivos como son los *derechos humanos* (21), convocados a servir de puente entre la bioética y el derecho. Como enseña Pedro Hooft, cuando hablamos de la relación entre bioética y derechos humanos, pensamos en un ámbito donde se nota con mayor nitidez ese ensamble entre bioética y derecho. La disciplina derechos humanos tiene una fundamentación filosófica importante, donde no sólo se habla de normas establecidas,

(17) Gramuglia, Juan Ignacio, tesina presentada en la carrera de posgrado de especialización en Derecho de Familia, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2012, inédita.

(18) Goldschmidt, Werner, “Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 7ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 453 ss.

(19) Goldschmidt, Werner, “Introducción filosófica...”, cit., ps. 446-454.

(20) Ekmekdjian, Miguel Á., “El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales”, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (coord.), “Los valores en la Constitución Argentina”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 15.

(21) Gracia, Diego, “Prólogo”, en Hooft, Pedro F., “Bioética. Derecho y ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia”, Ed. Temis, Bogotá, 2005, p. XIII.

sino que se trabaja también con principios y valores. En la bioética habrá de garantizarse ese mínimo ético relacionado con los derechos humanos que nos aleja de posturas relativistas y escépticas (22). A su vez, la bioética –ligada al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos– promueve con su aporte un conjunto de condiciones necesarias que convergen a un derecho personal del bienestar, para y al bienestar, cuyo pilar principal se sustenta en la dignidad de las personas. Dicha noción de bienestar como pauta para la bioética es un indicador que intenta averiguar lo que es el bienestar en conexión con determinadas necesidades de una persona que atraviesa una situación concreta (23).

En el concepto kantiano, la dignidad se identifica con el poder de autodeterminarnos por aplicación máxima de la libertad, en tanto las personas no tenemos precio, sino dignidad; valor intrínseco que nos permite obligarnos universalmente y reconocernos como fines, no como medios. Pero el respeto a la dignidad de todos debe darse en una sociedad políticamente organizada, pues como se ha dicho: “Hay moral donde hay humanos, pues donde hay humanos hay deberes, pero cuáles sean éstos lo determina cada cultura de un modo diferente” (24).

Este dato nos permite anclar la dignidad en la realidad y en la geografía propia, para conmensurar la extensión del derecho a la identidad, que excede notablemente la individualidad del ser, afectando la intersubjetividad entre quienes conviven y consensúan modos de vivir, de pensar y de reconocerse. La dignidad reside en la capacidad de darnos ley, “no solitariamente sino solidariamente con nuestros iguales en la libertad responsable” (25).

8. A modo de cierre proponemos algunas medidas puntuales para aglizar en la práctica el sistema vigente de registración, a cuyo fin debería establecerse como regla que ningún niño nacido en una institución pública de salud pueda egresar sin su nacimiento inscripto, como requisito primordial para el otorgamiento del alta médica. Dicha inscripción deberá efectuarse sin demora,

con colaboración del servicio social del establecimiento sanitario y, en cuanto fuera posible, en la oficina del Registro Civil que debe instalarse en cada hospital, todo lo cual impedirá que la discrecionalidad de los responsables se extienda más allá del plazo legal y se generen daños en la esfera de interés del nacido por falta de inscripción de nacimiento.

Por su parte, vemos necesario que se efectúe en todo el país un relevamiento, a través de los establecimientos educativos de enseñanza preescolar y primaria, así como también de los servicios sanitarios de atención primaria de la salud, para detectar casos de niños sin inscripción de nacimientos, los que serán informados a los Centros de Protección de los Derechos del Niño de cada jurisdicción (art. 11, 12, 13, ley 26061), que deberán cumplimentar dichas inscripciones en forma administrativa y sin demoras, cuando no medie en la cuestión un conflicto jurídico. En caso que lo hubiera, deberán dar intervención a la Asesoría de Menores e Incapaces en turno (art. 59, CCiv.).

Lo expuesto se justifica a la luz de lo normado por la ley 26061, cuyo art. 12, establece que “los organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento...”, debiendo facilitarse también dicha inscripción a favor de adolescentes y madres que no hubieran sido oportunamente inscriptos.

También es necesario evitar la judicialización del trámite de inscripción de nacimiento fuera de término, sólo en razón de la edad.

El derogado dec.-ley 8204/1963 (26) disponía que la inscripción de los nacimientos debía efectuarse dentro de un plazo no mayor a los cuarenta días. Vencido dicho plazo y hasta el término de seis años después del nacimiento se admitiría su inscripción por vía administrativa, cuando existieran causas justificadas acreditadas fehacientemente y con intervención obligada del Ministerio Público (art. 29). En 2009, el dec. 90/2009 (al que siguieron otros) estableció inicialmente (27), por

(22) Hooft, Pedro F., “Bioética. Derecho...”, cit., p. 17.

(23) Bidart Campos, Germán J., “Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 47.

(24) Valls, Ramón, “El concepto de dignidad humana”, Revista de Bioética y Derecho, Publicación Trimestral del Máster en Bioética y Derecho, n. 5, Barcelona, diciembre 2005, p. 35.

(25) Valls, Ramón, “El concepto...”, cit., p. 4.

(26) Art. 29, dec.-ley 8204/1963, ratificado por ley 16478 y sus modificatorias. Actualmente derogado por ley 26413 (art. 95).

(27) Decs. 90/2009, 92/2010, y 278/2011, establecieron un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos no inscriptos o en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26413, en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

el término de un año desde su publicación y con carácter excepcional prorrogable por un año más, un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños de 1 a 12 años, cuando a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26413/2008 no hubiera sido inscripto el nacimiento, o cuya inscripción estuviera aún en trámite.

En rigor de verdad, no resulta clara la razón por la cual el autor de la norma ha establecido un límite “solo en razón de la edad” para inscribir los nacimientos por vía administrativa. Si la protección constitucional a la niñez y adolescencia se extiende hasta los 18 años (arts. 1, CDN; y 75, inc. 22, CN), la norma que establece un límite (12 años) e impide al niño inscribir su nacimiento de forma ágil y sencilla directamente ante el Registro Civil contradice la manda constitucional y el superior interés del niño involucrado en la cuestión (arts. 3, CDN; y 3, ley 26061).

Por ello, entendemos que mientras no exista un conflicto jurídico a dirimir, todas las inscripciones de nacimiento de personas menores de edad, hasta los 18 años, debe cumplirse directamente por vía administrativa.

Idéntico criterio debe seguirse cuando se trata de inscribir nacimientos de personas adultas, que se presenten a solicitar ante el Registro Civil su propia inscripción portando la constatación de parto, sin que existan conflictos jurídicos. En ese caso, el organismo citado será el encargado de constatar la inexistencia de inscripción anterior (certificado negativo, que informa el propio Registro) y proceder a su cumplimiento efectivo, otorgando el acta de nacimiento correspondiente (art. 12.2, Const. Bs. As.). En todos los demás casos deberá promoverse el proceso de inscripción tardía de nacimiento por vía judicial, mediante procedimiento *sumarísimo* (y no sumario), a fin de evitar demoras y la vulneración de derechos fundamentales.

El planteo de desjudicialización se justifica cuando no se imponga la intervención judicial necesaria y pueda cumplirse la inscripción por vía administrativa. Se evitará así la recarga de tareas al sistema judicial sin razón jurídica que lo justifique, facilitándose la operatividad, certeza y efectivización de los derechos comprometidos, y el pleno *respeto a las personas*, al que reconocemos como valor fundamental, jurídicamente protegido, ante el que los valores restantes tienen siempre carácter secundario. Como corolario de ello, dignidad y libertad resultan prevalentes, reconociéndose además expresamente al ser humano el señorío sobre su vida,

su identidad, su intimidad (28) y su *dignidad personal* como fundamento último de los derechos humanos, cuya lucha “puede ser leída como la historia de la lucha permanente y progresiva por alcanzar la libertad del ser humano en espacios de respeto, igualdad y no discriminación. Como un intento por construir la ciudadanía de las personas más vulnerables y desaventajadas de la sociedad. Es que la lucha por el derecho... durará tanto como el mundo, porque el derecho deberá prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es un elemento extraño al derecho; antes bien es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea” (29).

II. BIBLIOGRAFÍA

Bidart Campos, Germán J., “Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1999.

Bonaparte, Carolina A., “La identidad vs. el nombre. ¿Qué protegemos? ¿‘Derechos’ o a los titulares de esos derechos?”, RDF 2008-III.

Ekmekdjian, Miguel Á., “El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales”, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (coord.), “Los valores en la Constitución Argentina”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1999.

Feldman, Gustavo E., “El Pacto de San José de Costa Rica”, 1ª reimpr., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

Goldschmidt, Werner, “Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 7ª ed., Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

Gracia, Diego, “Prólogo”, en Hooft, Pedro F., “Bioética. Derecho y ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia”, Ed. Temis, Bogotá, 2005.

Gramuglia, Juan Ignacio, tesina presentada en la carrera de posgrado de especialización en Derecho de Familia, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2012, inédita.

Habermas, Jürgen, “Identidad nacional e identidad posnacional”, entrevista con J. M. Ferry, en “Identidades nacionales y posnacionales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

Hooft, Pedro F., “Bioética. Derecho y ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia”, Ed. Temis, Bogotá, 2005.

(28) Corte Sup., “Bahamondez, Marcelo”, JA 1993-IV-555.

(29) Von Ihering, Rudolf, “La lucha por el derecho”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 58.

Doctrina Extranjera

Hunt, Lynn, "La intervención de los derechos humanos", Ed. Tusquets, Buenos Aires, 2010.

Informe "Los indocumentados en Argentina. La cara invisible de la pobreza", programa del Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA) de la Universidad Católica Argentina (UCA), en alianza con el Instituto Abierto para el Desarrollo y Estudio de Políticas Públicas (Iadep), Buenos Aires, octubre y noviembre de 2012, disponible en www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/informe_UCA_IADEPP.pdf.

Llambías, Jorge. J., "Tratado de derecho civil. Parte general", t. I, 18ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999.

Pliner, Adolfo, "El nombre de las personas", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.

Retamoso, Julieta, "Estudios sobre comunicación y cultura popular en Argentina", en "La trama de la comunicación", Anuario del Departamento de Ciencias de la Comunicación, vol. 16, Facultad de Ciencia Política

y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Ed. UNR, Rosario, 2012.

Serrano Caldera, Alejandro, "Identidad social", en Tealdi, Juan Carlos (dir.), "Diccionario latinoamericano de bioética", Ed. Unesco - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008.

Solari, Néstor, "Adición del adoptado del apellido del concubino", JA 2004-II-49.

Valls, Ramón, "El concepto de dignidad humana", Revista de Bioética y Derecho, Publicación Trimestral del Máster en Bioética y Derecho, n. 5, Barcelona, diciembre 2005.

Von Ihering, Rudolf, "La lucha por el derecho", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1977.

C. Nac. Civ., sala G, 4/3/2008, "N. A. F. y otro v. V., S. R. s/privación de patria potestad", RDF 2008-III, p. 21.

Corte Sup., "Bahamondez, Marcelo", JA 1993-IV-555.

Doctrina Extranjera

Dignidad humana (*)

Por Roberto Andorno

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La dignidad humana en el derecho internacional.- III. La dignidad humana en el bioderecho internacional.- IV. La dignidad humana no se reduce a la autonomía de la persona.- V. Razones del recurso a la dignidad humana en el campo bioético/biojurídico.- VI. Conclusiones.- VII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La noción de "dignidad humana" se vincula con el "respeto incondicionado que merece todo individuo en razón

de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer" (1). Según la conocida expresión kan-

(*) El presente artículo fue publicado en Romeo Casabona, Carlos (dir.), "Enciclopedia de bioderecho y bioética", vol. I, Ed. Comares, Granada, 2011, ps. 658-663 y se incluye en este número especial de Bioética con la expresa autorización de su autor.

(1) Bayertz, Kurt, voz "Menschenwürde", en Sandkühler, Hans-Jörg (coord.), "Enzyklopädie Philosophie", Ed. F. Meiner, Hamburg, 1999, p. 824.

tiana, la dignidad es “algo que se ubica por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente”; mientras las cosas tienen “precio”, las personas tienen “dignidad” (2). En otras palabras, la dignidad, como prerrogativa característica de las personas, es un valor absoluto que escapa por tanto a todo cálculo utilitarista de costos-beneficios.

En el campo específico de la bioética y del bioderecho, la exigencia de respeto de la dignidad humana asume en forma creciente un rol clave, que estructura y da su sentido último a todos los demás principios que gobiernan las actividades biomédicas. Por ello, algunos expertos no dudan en calificarla de “principio matriz” de las normas bioéticas y biojurídicas (3).

Sin embargo, este carácter omnicompreensivo y general de la noción de dignidad constituye también su punto débil, porque torna mucho más difícil, sino imposible, la tarea de definirla con precisión. Esto genera a menudo la crítica de que estaríamos ante una noción puramente retórica y vacía de contenido. Al mismo tiempo, esta aparente vaguedad del concepto da lugar a que en ocasiones se lo utilice con significaciones diversas y hasta opuestas, como ocurre, p. ej., en el debate sobre la eutanasia, ya que tanto quienes critican como quienes apoyan esta práctica acuden a la noción de dignidad humana.

El presente artículo intenta, en primer lugar, esbozar el significado del concepto de dignidad humana en el derecho internacional; en segundo lugar, ilustrar el lugar eminente que esta noción ocupa en el naciente bioderecho internacional; en tercer lugar, analizar la relación que existe entre “dignidad” y “autonomía”; y por último, explicar las razones de fondo que justifican el recurso insistente a la dignidad en las normas bioéticas y biojurídicas.

II. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La referencia a la dignidad humana no es desde luego un fenómeno nuevo ni exclusivo del naciente bioderecho. Por el contrario, esta noción se encuentra presente en los instrumentos fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos nacido luego del fin de la Segunda Guerra Mundial. En tal sentido, se destaca ante todo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que invoca en su preámbulo

la “dignidad intrínseca... de todos los miembros de la familia humana”, para luego afirmar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1). Con posterioridad, el concepto de dignidad humana fue retomado por los dos pactos internacionales de derechos humanos de 1966 y por la mayoría de los instrumentos condenatorios de una serie de prácticas directamente contrarias al valor inherente de la persona, tales como la tortura, la esclavitud, las penas degradantes, las condiciones inhumanas de trabajo, las discriminaciones de todo tipo, etcétera.

Asimismo, un gran número de Constituciones nacionales, sobre todo las adoptadas en la segunda mitad del siglo XX, hacen referencia explícita al respeto de la dignidad humana como fundamento último de los derechos enumerados y como la finalidad esencial del Estado de derecho. En tal sentido, se destaca la Constitución alemana de 1949, que como reacción a las atrocidades cometidas durante el régimen nazi, establece en su art. 1, que “la dignidad humana es intangible. Los poderes públicos tienen el deber de respetarla y protegerla”. A su vez, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7/12/2000, adopta en su art. 1 una fórmula muy semejante a la de la Constitución alemana.

Es cierto que el derecho internacional no brinda una definición precisa de la noción de dignidad, sino que se limita a afirmar que ella es “intrínseca” (o “inherente”) a todos los miembros de la familia humana (preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y que los derechos humanos “se derivan” de ella (pactos internacionales de derechos humanos de 1966, preámbulos). Sin embargo, aun siendo vagas, estas dos afirmaciones brindan una orientación muy valiosa acerca del significado de la idea de dignidad:

a) El adjetivo “intrínseco”, que la Declaración Universal de Derechos Humanos utiliza para calificar a la dignidad humana, significa “íntimo o esencial”, según el “Diccionario de la Real Academia Española”. Las versiones francesa, e inglesa de la Declaración han preferido emplear el adjetivo “inherente”, que hace referencia a aquello que “por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar”. En cualquier caso, la idea de fondo es la misma: la dignidad es considerada como *algo inseparable de la humanidad misma de todo individuo*; no es una cualidad *accidental* (como la de ser hombre o mujer, joven o anciano, sano o en-

(2) Kant, Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 189.
(3) Lenoir, Noëlle y Mathieu, Bertrand, “Les normes internationales de la bioéthique”, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 16.

fermo, rico o pobre), sino que es algo *esencial*. En otras palabras, no hay ser humano cuya vida esté desprovista de valor intrínseco y que, por tanto, no merezca ser tratado con respeto.

b) El afirmar que los derechos humanos “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana” también es muy significativo y tiene dos consecuencias fundamentales. La primera, es que los derechos humanos, puesto que emergen de la dignidad intrínseca de cada persona, no son una simple *concesión* de la autoridad política y, por lo tanto, no pueden ser caprichosamente retirados por ella. La segunda, es que los derechos humanos son *iguales* para todos: si ellos derivan de la dignidad humana, y ésta es, por definición, propia a todo individuo, todos los seres humanos poseen *los mismos* derechos fundamentales (4).

En síntesis, puede afirmarse que, con la expresión “dignidad humana”, el derecho internacional quiere enfatizar el *valor incondicional* que posee todo individuo en razón de su mera condición humana, independientemente de su edad, sexo, aptitudes intelectuales, estado de salud, condición socioeconómica, religión, nacionalidad, etc., y que este valor exige, a modo de consecuencia, un *respeto incondicional*.

III. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL BIODERECHO INTERNACIONAL

Si bien la referencia a la dignidad humana no es nueva en el derecho internacional, hay que reconocer que nunca antes se había insistido con tanto énfasis en ella como se lo hace en el campo de la bioética y del bioderecho. Mientras los instrumentos fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos se limitan a presentar a la dignidad humana como una suerte de “telón de fondo” del conjunto de sus normas, el nuevo bioderecho internacional le asigna un rol de primerísimo plano e incluso acude a ella de modo explícito para justificar algunas normas específicas (p. ej., la condena de la clonación reproductiva y de las intervenciones en la línea germinal).

Sin embargo, parece exagerado afirmar, como lo hacen algunos autores, que el derecho internacional emplea dos nociones opuestas de dignidad: la “dignidad como facultad” (*dignity as empowerment*), que aparece en los instrumentos clásicos de derechos humanos, y la “dignidad como restricción” (*dignity as constraint*),

que sería una creación reciente de los instrumentos relativos a la bioética (5). Según tal interpretación, la primera noción de dignidad se identificaría con la autonomía individual y con el derecho a aquellas condiciones que favorecen el pleno desarrollo de la personalidad; en cambio, la segunda noción de dignidad constituiría una nueva y criticable versión de este concepto, puesto que operaría más allá (e incluso en contra) de las opciones individuales y se relacionaría con la idea de que existen límites a la libertad individual fijados en función del interés general.

En nuestra opinión, no estamos en verdad ante dos nociones de dignidad opuestas, sino complementarias, es decir, ante dos facetas de una misma realidad: precisamente porque los seres humanos poseen un valor intrínseco y son titulares de derechos y libertades, merecen ser protegidos contra aquellos actos que sean contrarios a tal valor inherente. Es decir, no hay oposición alguna entre la dignidad como fuente de prerrogativas individuales y la dignidad como exigencia de protección contra prácticas inhumanas o degradantes.

Más allá de este debate, es un hecho innegable que la dignidad humana se erige como “noción clave” de los principales instrumentos intergubernamentales relativos a la bioética, sobre todo los adoptados por la Unesco y el Consejo de Europa. En tal sentido, cabe mencionar que la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la Unesco de 1997 emplea nada menos que quince veces la expresión “dignidad humana” a lo largo de su articulado. Por su parte, la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa de 1997 (“Convención de Oviedo”) incluye la referencia a la dignidad humana no sólo en su título mismo, en su versión extensa (“Convención para la protección de los derechos humanos y la *dignidad* del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina”) y en el preámbulo, sino también en el art. 1, que menciona la protección de la dignidad del ser humano entre los objetivos mismos del instrumento. A su vez, el informe explicativo de este documento reconoce que la dignidad humana “constituye el fundamento de los principales valores defendidos por esta Convención” (parág. 9).

El rol central de la dignidad humana en el bioderecho internacional se ha afianzado aún más con la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos

(4) Schachter, Oscar, “Human Dignity as a Normative Concept”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 853.

(5) Beylveled, Deryck y Brownsword, Roger, “*Human Dignity in Bioethics and Biolaw*”, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2002, ps. 27-29.

adoptada por la Unesco en 2005 (6). Este instrumento es sumamente importante porque es el primero de naturaleza legal (si bien no directamente vinculante) y con alcance global que fija principios generales para todas las actividades biomédicas. La promoción del respeto de la dignidad humana configura no sólo el objetivo principal de la Declaración (art. 2, inc. c), sino que también ocupa el primer lugar en la lista de principios enumerados (art. 3). Asimismo, la dignidad es reconocida como garantía de no discriminación y no estigmatización de las personas o grupos de personas (art. 11), como el marco que fija un límite al respeto de la diversidad cultural (art. 12) y como el parámetro interpretativo del conjunto de las normas de la Declaración (art. 28).

IV. LA DIGNIDAD HUMANA NO SE REDUCE A LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA

Para profundizar algo más en el significado de la noción de dignidad humana en bioética y bioderecho, cabe considerar cuál es su relación con el concepto de *autonomía*, que también juega un rol importante en la materia. Según algunos autores, el respeto de la *dignidad* de las personas no sería otra cosa que el respeto de su *autonomía*. En esta postura se destaca la bioeticista norteamericana Ruth Macklin, quien afirma que la noción de dignidad humana es un “concepto inútil”, un “mero eslogan” de la ética médica, porque sólo significa “lo que ya está contenido en el principio ético de respeto de las personas: la exigencia del consentimiento informado, la protección de la confidencialidad de los pacientes y la necesidad de evitar discriminaciones y prácticas abusivas respecto de ellos”. Por esta razón, propone el abandono puro y simple de la noción de dignidad humana en el campo de la bioética (7).

En nuestra opinión, esta postura adolece de una grave falla conceptual. La noción de “respeto”, ni la noción de “autonomía”, pueden identificarse con la idea de dignidad. Sin duda, como ya se ha dicho, la dignidad humana genera un deber de *respeto* hacia las personas. Pero tal respeto no es más que una *consecuencia* de la dignidad. Es decir, la dignidad es la *razón* que justifica la necesidad de respeto; ambas nociones no son sinónimas, sino que se encuentran en una relación de causa a efecto.

La dignidad tampoco puede reducirse a la *autonomía* de la persona. Es cierto que la tutela de la autonomía

de las personas forma parte de lo exigido por el principio de respeto de la dignidad. Pero estas dos nociones no se superponen. Si así fuera, los individuos que aún no tienen autonomía, como los recién nacidos, o los que ya la han perdido de modo irreversible, como las personas afectadas por enfermedades mentales graves, no poseerían dignidad alguna y, en consecuencia, ningún derecho, lo que no es el caso.

También cabe recordar que hay innumerables decisiones “autónomas” que, por ir en contra de la dignidad del propio individuo, no se consideran legítimas por la ética ni por el derecho. P. ej., está claro que, por más “autónomo” que sea el deseo de una persona de trabajar en condiciones próximas a la esclavitud, tal deseo no es reconocido como válido por las normas legales. El derecho abunda en normas de este tipo, llamadas “de orden público”, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de los particulares, precisamente en cuanto tienden a prevenir prácticas contrarias a la dignidad de la persona humana. En el campo médico también existen numerosos ejemplos en tal sentido: el pedido de eutanasia, el consentimiento a una experimentación científica que implica un riesgo desproporcionado para la propia vida, el deseo irracional de verse amputado un miembro sano o la voluntad de vender un riñón para poder cubrir las necesidades de la propia familia se consideran normalmente como incompatibles con la dignidad humana y por ello no son reconocidos por la ética ni por el derecho. En síntesis, puede decirse que es *la dignidad humana la que fija el marco en el que las decisiones autónomas gozan de legitimidad*.

En el esfuerzo por aproximarse al significado de la idea de dignidad, la ya mencionada formulación kantiana es de gran utilidad. Según Kant, cada persona debe ser tratada siempre como un *fin en sí* y nunca como un *simple medio* para satisfacer intereses ajenos. Esto conlleva una exigencia de *no instrumentalización de la persona humana* y es sumamente esclarecedora en el campo de la bioética. Esto significa, p. ej., que no se puede someter a un individuo a experimentos científicos sin su consentimiento, por importantes que puedan ser los beneficios potenciales para la sociedad; que no es lícito sacrificar la vida de una persona para salvar a otra que necesita un órgano; que no se pueden producir clones humanos o predeterminar las características genéticas de una persona futura para satisfacer los deseos caprichosos de los padres potenciales, etcétera.

(6) Andorno, Roberto, “La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la Declaración Universal”, en Gros Espiell, Héctor y Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), “*La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*”, Ed. Comares, Granada, 2006, ps. 260-270.

(7) Macklin, Ruth, “Dignity is a Useless Concept”, *British Medical Journal*, vol. 327, 2003, ps. 1419-1420.

En todos estos casos, hay una instrumentalización inadmisibles de la persona humana y, por tanto, una práctica contraria a la dignidad. Pero más allá de estos ejemplos, sin duda extremos, la idea de dignidad humana también juega el rol de idea directriz a nivel de la *práctica médica cotidiana*, porque ayuda a que ésta sea algo más que una simple cuestión *técnica* para constituir una actividad profundamente *humana*. Cuando se tiene bien presente la idea de dignidad humana, el paciente deja de ser visto como una “enfermedad”, como un “caso” del que hay que ocuparse, para devenir una “persona”, es decir, un ser único e inefable que necesita ser acompañado en su padecimiento.

V. RAZONES DEL RECURSO A LA DIGNIDAD HUMANA EN EL CAMPO BIOÉTICO/BIOJURÍDICO

¿Cómo se explica el recurso insistente a la dignidad humana en las normas bioéticas y biojurídicas? La primera razón es que las actividades biomédicas están en relación directa con las prerrogativas más fundamentales de la persona humana, tales como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica. Es lógico, entonces, que el principio de dignidad humana, que es la fuente de la que emergen todos los derechos, se invoque como una justificación última de toda regulación normativa en la materia.

Otra explicación de este fenómeno es que la noción de dignidad humana empieza a ser vista como una suerte de última barrera frente a la amenaza de la alteración de las características básicas del género humano que podrían resultar de ciertos desarrollos biotecnológicos, tales como la clonación reproductiva o las intervenciones en la línea germinal (en el primer caso, estaría principalmente en juego la biparentalidad, es decir, el hecho de provenir de un padre y una madre, y en poseer una identidad genética que no sea una copia deliberada de la de otro individuo; en el segundo, se afectaría la no predeterminación de las características de las personas por parte de terceros). Téngase en cuenta que, en estos dos supuestos, el recurso a los derechos humanos es insuficiente, porque los derechos siempre se refieren a individuos *actualmente existentes*. Quien no existe, quien ni siquiera ha sido concebido, no tiene, por definición, ningún derecho. Ahora bien, las técnicas mencionadas amenazan con afectar, no a individuos, sino a *la identidad e integridad de la especie humana como tal, incluyendo a las generaciones futuras*. Por este motivo, los instrumentos internacionales de bioética

acuden a la noción de dignidad humana con la esperanza de que ésta pueda proveer un último argumento para prevenir un abuso de los poderes biotecnológicos desmesurados que el ser humano está adquiriendo sobre la propia especie.

Como puede advertirse, la noción de dignidad humana admite dos acepciones: una, referida al valor intrínseco de cada individuo (dignidad en sentido estricto), y otra, que se aplica al valor de la humanidad como tal (dignidad en sentido amplio) (8). Esta segunda noción de dignidad, que es una versión derivada de la primera, se apoya en la idea de que, si cada ser humano posee un valor intrínseco, es razonable sostener que el género al cual todos pertenecen (la humanidad) también posee un valor inherente y en consecuencia merece ser protegido. Esta suerte de dignidad colectiva exige, por un lado, la preservación de un medio ambiente sostenible para quienes nos sucedan (tarea que incumbe a la ética y al derecho del medio ambiente) y, por otro lado, la protección de la integridad e identidad del género humano (tarea de la bioética y del bioderecho). En este sentido, es interesante recordar que las dos únicas normas de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 que califican prácticas concretas como “contrarias a la dignidad humana” emplean la noción de dignidad humana en este sentido amplio. Se trata de los arts. 11 y 24, que condenan, respectivamente, la clonación de seres humanos con fines de reproducción y las intervenciones en la línea germinal humana.

Desde luego, hay que reconocer que la noción de dignidad, por su carácter tan general, es normalmente incapaz de brindar *por sí sola* soluciones concretas a los complejos dilemas planteados por las actividades clínicas y de investigación médica. La dignidad no es una palabra mágica que basta invocar para encontrar una respuesta definitiva y unívoca a tales interrogantes. Esto explica por qué la idea de dignidad necesita habitualmente recurrir a *instrumentos jurídicos* más precisos, tales como los derechos, para resultar operativa. En efecto, en el ámbito biomédico, a fin de asegurar el respeto de las personas, se recurre a nociones tales como “consentimiento informado”, “confidencialidad”, “integridad física”, “no discriminación”, “acceso a los servicios de salud”, etc. que se expresan con la terminología de los “derechos”.

Pero este recurso inevitable a los derechos no torna de ningún modo superflua la idea de “dignidad”. No sólo

(8) Birnbacher, Dieter, “Ambiguities in the Concept of Menschenwürde”, en Bayertz, Kurt (coord.), “Sanctity of Life and Human Dignity”, Ed. Kluwer, Dordrecht, 1996, ps. 114-115.

porque ella es en definitiva la que justifica la existencia misma de los derechos, que de otro modo se apoyarían en el vacío, sino también porque ella guía desde su elevada posición la formulación y la aplicación de las diversas normas que entran en juego en el ámbito biomédico.

VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento de la dignidad humana, es decir, del valor intrínseco de todo ser humano, constituye el principio eminente de la bioética y del bioderecho. Los instrumentos internacionales sobre la materia, especialmente los adoptados por la Unesco y el Consejo de Europa, son explícitos en tal sentido.

Este énfasis en la dignidad humana quiere significar que, en última instancia, la exigencia de respeto incondicional de la persona debe *iluminar y dar su sentido* más profundo a todas las actividades biomédicas, tanto las realizadas con fines clínicos como de investigación.

Las ciencias biomédicas no tienen, después de todo, otro fin que el de ponerse al servicio de la persona humana, es decir, de contribuir a su bienestar físico y psíquico. *No es el hombre el que está hecho para servir a la medicina, sino que es la medicina la que está hecha para servir al hombre.*

Es precisamente ésta la idea fundamental que la noción de dignidad humana quiere recordarnos en el campo de la bioética y del bioderecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Andorno, Roberto, "La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la Declaración Universal", en Gros Espiell, Héctor y Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), "La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco", Ed. Comares, Granada, 2006.

Bayertz, Kurt, voz "Menschenwürde", en Sandkühler, Hans-Jörg (coord.), "Enzyklopädie Philosophie", Ed. F. Meiner, Hamburg, 1999.

Birnbacher, Dieter, "Ambiguities in the Concept of Menschenwürde", en Bayertz, Kurt (coord.), "Sanctity of Life and Human Dignity", Ed. Kluwer, Dordrecht, 1996.

Beylveid, Deryck y Brownsword, Roger, "Human Dignity in Bioethics and Biolaw", Ed. Oxford University Press, Oxford, 2002.

Kant, Immanuel, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

Lenoir, Noëlle y Mathieu, Bertrand, "Les normes internationales de la bioéthique", Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1998.

Macklin, Ruth, "Dignity is a Useless Concept", *British Medical Journal*, vol. 327, 2003.

Schachter, Oscar, "Human Dignity as a Normative Concept", *The American Journal of International Law*, vol. 77, 1983.

Universalismo ético versus relativismo ético (*)

Por Marlene Braz

"El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son y de las que no son en cuanto que no son"
Protágoras de Abdera.

"Cada nación, convencida de que sólo ella posee sabiduría, toma por locas a todas las demás, y se parece bastante al indígena que, persuadido de que su lengua era la única del universo, concluyó –a partir de ahí– que los otros no sabían hablar"
Helvétius, De l'esprit, II, 9, t. I, p. 374, siglo XVIII

"Tengo por máxima incontestable que cualquiera que sólo haya visto un pueblo, en vez de conocer a los hombres, sólo conoce a las personas con las que vivió"
Rousseau, Émile, V. p. 827

La cuestión planteada por los epígrafes toca la cuestión de las diferencias entre los seres humanos y el re-

lativismo cultural y moral. Puede afirmarse que todo el perfil filosófico enseñado y asimilado por nosotros es

(*) Traducido por Sergio A. Militello.

blanco, europeo, elitista y occidental. En este sentido, los filósofos siempre se dirigían a sus iguales, ignorando a los desiguales, viéndolos como salvajes o bárbaros. Este modo de mirar el mundo, su mundo, descartando la mayor parte de él, siempre objetivó, dentro de esta lógica, postulados éticos de cuño universalista. Era fácil, o no tan difícil, fundamentar la ética a partir de máximas e imperativos en relación con cómo se debe vivir y de modo que sirvieran a todos, pues sus reflexiones/prescripciones estaban dirigidas a los iguales a ellos. El mundo cabía en un territorio –el europeo– y no había por qué tener en consideración a otros pueblos, que vivían lejos, como los orientales, africanos, latinoamericanos. ¿Por qué preocuparse por ellos? Los sabios vivían en Europa y, por lo tanto, si había alguna preocupación por el otro, extranjero, sería en el sentido de que correspondería a los bárbaros y salvajes asimilar este capital de conocimientos, puesto que, sólo los sabios, sabían/saben responder cómo se debe vivir.

A partir del siglo XIX, los europeos comienzan a tomar conocimiento de las creencias morales de las sociedades distantes, esto es, perciben que existen diferentes morales. Dice Singer: “Para el puritanismo severo de la época victoriana, la noticia de que había lugares donde las relaciones sexuales entre las personas no casadas era tomado como perfectamente normal trajo la semilla de la revolución de las actitudes sexuales. No sorprende que para algunas personas esa información sugiriera no sólo que el código moral de la Europa del siglo XIX no era objetivamente válido sino también que ningún juicio moral podía hacer más que reflejar las costumbres de la sociedad que lo genera” **(1)**.

Para los marxistas, el relativismo ético fue adaptado a su teoría. Las ideas dominantes de cada época serían las ideas de la clase dominante. Así, la moral de una sociedad no es más que la de la clase dominante y, por consiguiente, está ligada a la economía. De este modo, refutaban las pretensiones de objetividad y validez universal de la moral burguesa **(2)**.

En el siglo XX y más incisivamente a partir de su segunda mitad, con el advenimiento de los medios masivos de comunicación, “los otros” distantes pasan a invadir cada vez más el territorio de los sabios europeos.

Se hacen visibles y difíciles de ignorar. Causan extrañamiento, pues ponen en jaque todo el postulado universalista hasta entonces dominante. Algunas cuestiones pasan a dominar la reflexión, tales como: ¿qué fundamento ético debe adoptarse ante la pluralidad de las sociedades y las normas morales, dado que no participan de los mismos valores? ¿Cómo evaluar y prescribir principios, normas invariables en un mundo plural?

El universalismo ético hoy tiene pocos defensores, destacándose los religiosos por el hecho de que la doctrina se basa en universales como la idea de Dios y de la obediencia a sus leyes. Cuando buscamos por este descriptor, los textos que aparecen en defensa del universalismo están todos basados en la teología. ¿Por qué el abandono de un universalismo abarcador como se propone en la modernidad?

Porque el mundo parroquial de los siglos que antecedieron al XX se vio inmerso en la globalización. La globalización aquí entendida como “[la] reflexión de espacios contingentes, complejos, permisivos, transitorios y plurales en la perspectiva nacional, cultural, económica, ecológica y por lo tanto, también ética, así como las problemáticas a ella relacionadas como la identidad del individuo, de lo social, de lo estatal, del sistema internacional de sociedades y de lo transestatal de la humanidad” **(3)**.

La disolución del espacio, fruto de la globalización, trajo implicaciones éticas importantes, tales como: encontrar puntos comunes éticos en los regionalismos, en el localismo y en el fundamentalismo para la ocurrencia de mediación entre lo local y lo global. Gupta y Ferguson dicen también que esa disolución del espacio “nos fuerza a reconceptuar fundamentalmente la política de las comunidades, la solidaridad, la identidad y las diferencias culturales” **(4)**.

A partir de este hiperespacio posmoderno **(5)** se hace necesario pensar también en una ética ciudadana relacionada con los valores, derechos y deberes reconocidos en el plano mundial, como también las necesarias reformas de las instituciones y de los comportamientos morales de las personas **(6)**.

La ética de hoy no se preocupa más por las cuestiones planteadas por Kant en relación con el universa-

(1) Singer, P., “O que a ética não é”, p. 1, disponível em www.geocities.com/echagas/epratica.htm (acesso 14/5/2008).

(2) Singer, P., “O que a ética...”, cit.

(3) Zifas, J., “Ética global como ética glocal”, *Educação & Sociedade*, año XXII, n. 76, 2001, p. 12.

(4) Gupta, A. y Ferguson, J., “Beyond ‘Culture’: Space, Identity and the Politics of Difference”, en Gupta, A. y Ferguson, J. (ed.), “*Culture, Power, Place. Explorations in Critical Anthropology*”, Durham - London, 1997, p. 37.

(5) Jameson, F., “*Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio*”, Ed. Ática, São Paulo, 1996.

(6) Zifas, J., “Ética global...”, cit.

lismo ético de los conflictos de intereses y voluntades. Hoy la cuestión se traslada a los problemas reales de las religiones, de las identidades y culturas, de valores, normas y deseos relacionados con cómo se debe vivir “una buena vida”.

Los denominados contextualistas o comunitaristas como Charles Taylor (7), el más importante pensador de esta problemática, también es crítico de los universales, o sea, del utilitarismo y de las teorías que denomina formalistas, de inspiración deontológicas. Ellas actúan como Procusto, pues violentan a los hombres al tentarlos a ajustar la realidad –diversa, plural, contextual– a sus presupuestos teóricos. La violencia del utilitarismo consistiría en no considerar en su cálculo justo/injusto todo aquello que no sea empírica y cuantitativamente verificable, apuntando solamente a alcanzar la felicidad para la mayor cantidad de personas, dejando de lado, sin problemas, a las minorías y sus necesidades.

Taylor también critica al universalismo kantiano por su abstracción, postulando sustancia a su teoría. Al contraponerse al universalismo ético, él tiene como objetivo fundamentar una ética de la autenticidad, de cuño individual y la denominada “política de reconocimiento” de identidades colectivas. Según Venturini: “Ambas manifestaciones presuponen un horizonte de valores sustantivos que no encontrarían espacio bajo una forma de universalidad abstracta, por un lado perversa, porque es ciega a las diferencias –al límite, supresora de la diversidad y de la alteridad de las identidades culturales– y por otro permisiva y contradictoriamente relativista, pues es reproductora de un individualismo atomista, sin apoyo en un contexto comunitario y en el correspondiente horizonte axiológico” (8).

Taylor, al mismo tiempo, critica al relativismo posmoderno y escribe que tanto el utilitarismo cuanto las teorías normativas formalistas “reposan en algunos *insights* morales sustantivos; por el contrario ellas no parecerían candidatas plausibles a modelos de raciocinio ético. Bajo esas fórmulas de derivación kantiana se encuentra una de las nociones más sagaces de la civilización occidental moderna, la atribución universal de la perso-

na moral: en problemas éticos fundamentales, todo el mundo es importante y todos son importantes en igual medida” (9). Esa atribución universal coloca obligaciones que no pueden desconocerse/ignorar pero, al mismo tiempo, Taylor minimiza su significado bajo el argumento de que muchos conflictos morales expresan “lenguajes de contraste cualitativo”, que no “serían jerarquizables, por el riesgo de distorsionar las perspectivas que cargan” (10). Los fines que se consideran superiores, como la integridad personal, la caridad o la búsqueda de emancipación, están lado a lado con la motivación por las finalidades menores, como “la búsqueda de la riqueza, el confort o la aprobación de los que nos rodean” (11).

En relación con la búsqueda de la aprobación o de la defensa de intereses de minorías, él postula su validez, salvo a costa de derechos formales universales o de la defensa de intereses nacionales, económicos o políticos, que entren en conflicto con los principios universales de solidaridad humana.

Para Taylor, la amplia difusión de la percepción de la igualdad de los sujetos morales es mera consecuencia de un proceso histórico que tendría en su génesis el hecho de que “todo raciocinio moral se ejerce dentro de una comunidad; y es esencial para la simple existencia de esa comunidad que cada uno garantice a los otros interlocutores ese estatus de agente moral” (12). Hoy ya no pueden hacerse distinciones deletéreas entre los distintos individuos.

Esta cuestión, de otro modo, también es tratada por Ziffas, cuando coloca una restricción al concepto de universalismo ético. Denomina a esta tentativa “ética global”. La ética global comprende algunas cuestiones: 1. “las condiciones de posibilidad de un *ethos* mundial”; 2. sobre la “comprensión, la legitimidad y la efectivización de los derechos humanos” (desarrollo político/económico, cultural, tecnológico y ecológico); 3. “la relación entre morales locales, por un lado y éticas que argumentan desde una perspectiva universal por el otro” (diferencia entre localismo universalidad, universalidad) (13).

(7) Taylor, C., “The Diversity of Goods”, en Sen, A. y Williams, B., “*Utilitarianism and Beyond*”, Ed. Cambridge University, Cambridge, 1982.

(8) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomía moral. Universalismo moral e relativismo ético em teorias normativas da democracia”, *tese de doutoramento apresentada ao programa de pós-graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2003, p. 82.

(9) Taylor, C., “The Diversity...”, cit., p. 131.

(10) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomía...”, cit., p. 84.

(11) Taylor, C., “The Diversity...”, cit., p. 135.

(12) Taylor, C., “The Diversity...”, cit., p. 131.

(13) Ziffas, J., “Ética global...”, cit., p. 11.

Esto implica, entonces, que no puede buscarse un lenguaje moral universal válido para todos. Aun siendo necesario un mínimo de normas y valores, ¿cuál es la capacidad humana de percibir la profundidad de las divergencias de visiones de cada uno, con diferentes concepciones, ideologías, tradiciones, culturas y valores morales distintos?

Aun siendo todos parte de la misma especie –seres humanos–, el pluralismo plantea el desafío de vivir con la diversidad de visiones del mundo. El pluralismo debe ser comprendido como la imposibilidad de compatibilizar las diferentes concepciones del mundo y de tener un juicio imparcial sobre ellas (14). Así, la ética posible y necesaria se da en la relación entre “nosotros”, el grupo sociocultural al cual se pertenece, y los “otros”, aquellos de los que no se es parte (15). Es importante apuntar que el modo como se concibe a estos “otros” regulará el tratamiento que se les dispense a ellos y a “nosotros”, y tiene que ver con cuestiones relacionadas con la convivencia entre grupos diversos.

Desde la perspectiva de una ética global, cabe preguntarse –como ejemplifica Zirfas (16)– si de hecho “existe una moral pura, holística y homogénea ‘de Occidente’ a la cual, a su vez, podría contraponerse una moral ‘de Oriente’ y que debería abandonarse en caso de que se llegara a una ética global, integrativa e inclusiva... Esto quiere decir que la pregunta respecto a una ética global aguja la sensibilidad para las cuestiones de lo esencial, de lo homogéneo, de lo auténtico, de lo permanente y natural..., para un ‘persuasive and practical essentialism’, así como para los ‘ontological and strategic uses of binarism’ (Herzfeld, 1997, apud Zirfas, “Ética global como ética glocal”, cit., 2001)”.

A partir de estos presupuestos, Zirfas hace una diferencia entre la discusión de una ética global del universalismo ético, cuya diferencia consiste en que la primera focaliza y tiene sensibilidad con las diferencias, lo cual no ocurre con la segunda.

En este sentido, puede constatarse que la racionalidad se ve en serias dificultades para justificar una ética universalista en un mundo laico en función de las diferentes moralidades presentes en la actualidad, que exigen

respeto y reconocimiento en sus singularidades. Una ética común para todos sólo podría darse en un sistema fundado en la teología y/o fuerza (Engelhardt, 1998).

¿Será esta afirmación de Engelhardt la única posible? Parece que sí, porque todos los estudiosos que se han dedicado a esta cuestión no señalan salida para el universalismo ético, salvo los fundamentalistas de todas las religiones, aunque tampoco abogan por el relativismo ético. Se apuesta simplemente a un mínimo ético que sea aceptado por toda la humanidad.

Aun con todas las dificultades encontradas para resolver las diferencias morales de comunidades distintas, la afirmación de la igualdad entre los hombres, estipulada por la Declaración de los Derechos Humanos, es señalada por la mayoría de los autores como la forma más refinada y sensible para resolver los conflictos aún existentes, señalando la posibilidad de que algún día se viva en armonía.

Taylor, al enfatizar la importancia del reconocimiento de identidades colectivas, fruto de la democracia, también subtiende los derechos humanos y el respeto a la dignidad de cada uno. Es un cambio de estatus, así como también una percepción de la identidad individual, en función “de dos novedades traídas por la modernidad: por un lado, la declinación del valor del honor, privilegio de la nobleza, y el ascenso del valor de la dignidad, en principio extensible a todos los seres humanos (al menos a todos los ciudadanos); por otro, la formación del ideal de la autenticidad, a lo largo del siglo 18” (17). En este sentido, se afirma el valor de la dignidad humana y, sin ella, no hay identidad del individuo, que por pertenecer a un colectivo, ese reconocimiento debe pasar por la identidad grupal, demandando, de este modo, el reconocimiento de las singularidades y de la diferencia (18).

Venturini afirma que con todos los problemas a resolver “la afirmación de nuestra igualdad universal es hoy la expresión más elaborada de la respuesta humana al desafío de la convivencia tentativamente armoniosa en sociedad” (19) y enumera algunos hechos para corroborar su aserto: “1. de que hoy si bien aún no es preva- leciente, ciertamente está en expansión la noción de

(14) Covolan, N. T., “A alteridade na ética. Uma contribuição para a reflexão bioética nas questões dos fundamentos e procedimentos”, *dissertação (Mestrado em Tecnologia), Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná, Curitiba, 2001.*

(15) Todorov, T., “Nós e os outros. A reflexão francesa sobre a diversidade humana”, Ed. Jorge Zahar, Río de Janeiro, 1993.

(16) Zirfas, J., “Ética global...”, cit., p. 13.

(17) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomia...”, cit., p. 100.

(18) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomia...”, cit.

(19) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomia...”, cit., p. 88.

que todos los seres humanos gozan (o deberían gozar) del mismo estatus moral; 2. de que esa noción es tanto más reconocida y perseguida cuanto más democrática sea una sociedad; 3. de que hay un malestar emergente de la conciencia de la irrealización plena de esa igualdad anhelada, malestar que es más grande justamente en los espacios sociales en los que esa igualdad más avanzó; y 4. de que sea ‘irresistiblemente plausible, para nosotros los modernos’, que no haya bases defendibles para una diferenciación entre los seres humanos que justifique desigualdades a partir de diferencias naturales, esos hechos, repito, indican que, *lejos de ser arbitraria o natural*, la elección moral a favor de la afirmación de la igualdad de todos los seres humanos es, en primer lugar, fruto de una construcción histórica racional (eternamente –llámese– inacabada) y en segundo lugar, una manifestación legítima y tendencialmente consensual de un modo humano de querer ser” (20).

En una primera etapa, las comunidades aisladas sostenían como principio que todos tenían el mismo estatus de agente moral. En una segunda etapa hubo una generalización de esa idea en las sociedades modernas occidentales a partir de la Declaración de los Derechos Humanos y “en las garantías constitucionales de extensión de ese reconocimiento y consecuente ampliación de derechos” (21). Una tercera etapa, actual, permite “vislumbrar la virtual universalización de ese principio para el cual, lo que de manera precoz e imprecisa se llama comunidad global, retrata no un camino accidental de la trayectoria humana –como parece sugerir Taylor– si bien reconoce en el ideal del universalismo moral un avance igualitarista” (22).

De hecho, vemos señaladas aquí soluciones o tentativas de conciliación entre el relativismo moral y el universalismo ético, mejor dicho, ética global. Otra propuesta proviene de la antropología, disciplina “inculpada” por pregonar el relativismo cultural y moral y que hoy se enfrenta con la imposibilidad de continuar defendiendo esta perspectiva en tiempos de globalización.

Segato coloca la dificultad “a partir de la perspectiva antropológica, de convivir con el proyecto universal –si

no universalmente– de los derechos humanos” (23). Según ella, la antropología, durante el siglo XX, intentó concienciar a la humanidad “para percibir y aceptar la variedad de las perspectivas culturales y de los conceptos de bien” (24). Esta misión llegó a su límite, en la actualidad, porque “las culturas consideradas más distantes, según la perspectiva occidental, tienen que dialogar y negociar sus derechos en los foros establecidos por sus respectivos Estados nacionales. Eso no vuelve obsoleto el proyecto de la antropología como área de conocimiento pero, en cierta forma, lo desplaza”.

En este sentido, Segato alega tres propuestas antropológicas que apuntan a conciliar los principios relativista y universalista: 1. los derechos humanos como la ideología universal del mundo; 2. por la imposibilidad actual de que las comunidades aisladas convivan al margen del Estado-nación sin encuentro con sus representantes, no deben enfatizarse las relatividades internas de un mismo grupo por el riesgo de fragilizar las colectividades; 3. propuesta de una “hermenéutica diatópica” (25) como instrumento útil para el diálogo intercultural de los derechos. Esta idea es la “de que todas las culturas son, en alguna medida, incompletas y el diálogo entre ellas puede avanzar precisamente a partir de esa incompletitud, desarrollando la conciencia de sus imperfecciones. El *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental puede conversar, así, con el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y con el *topos* de la *umma* de la cultura islámica” (26).

Como ejemplo, Santos Sousa (27) señala a India y el *dharma*, donde existe un desequilibrio para favorecer la armonía y el estatus social y religioso, olvidando las injusticias y descuidando los conflictos. En el mundo islámico, el autor también refiere que hay un fuerte preconcepto contra los no musulmanes y contra las mujeres, que no gozan de los mismos derechos que los hombres.

Por otro lado, la *umma* (hermandad islámica) enfatiza la fraternidad, algo que Occidente deja de lado, inmerso en un individualismo radical y carente de valores comunitarios.

(20) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomia...”, cit.

(21) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomia...”, cit., p. 89.

(22) Venturi Jr., G., “Democracia e autonomia...”, cit., p. 89.

(23) Segato, R. L., “Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais”, MANA, vol. 12, n. 1, 2006, p. 216.

(24) Segato, R. L., “Antropologia e direitos humanos...”, cit., p. 216.

(25) Santos Sousa, B. de, “Toward a Multicultural Conception of Human Rights”, en Hernández-Trujol, B. E. (org.), “*Moral Imperialism. A Critical Anthology*”, Ed. New York University Press, Nueva York, 2002.

(26) Segato, R. L., “Antropologia e direitos humanos...”, cit., p. 218.

(27) Santos Sousa, B. de, “Toward a Multicultural Conception...”, cit.

La propuesta de Santos Sousa es un “multiculturalismo progresista”, un diálogo transcultural en el que se permite al otro mirar y criticar las fallas de los sistemas de valores de aquel que permitió que lo miren.

Segato apunta a otra cuestión con miras a la resolución de los conflictos oriundos de moralidades diversas. Se trata de la pedagogía del discurso legal que “por su circulación, es capaz de inaugurar nuevos estilos de moralidad y desarrollar sensibilidades éticas desconocidas” (28). La ley necesita ser conocida, hecha pública. Es la transformación de las sensibilidades que pueden hacer que los derechos humanos lleguen a los lugares más distantes. Mientras tanto, es necesario señalar que la moral y la ley andan muchas veces al mismo compás y a veces no.

Bobbio (29) señala que el proyecto sobre derechos humanos está inconcluso y la Declaración no es más que un punto de partida. Es necesario no sólo instrumentalizarlo, sino también perfeccionarlo, porque generó y seguirá generando nuevas directrices. Como ejemplo, Bobbio cita algunos artículos que se encuentran desfasados en función de los cambios sociales: a) derecho absoluto e inviolable a la propiedad, colocados bajo restricción; b) derechos sociales ampliados con otras declaraciones.

Otra cuestión planteada por Segato es lo que denomina impulso ético, que es algo que se distancia tanto de la moral cuanto de la ley, porque ambas pueden resultar inadecuadas para los tiempos que corren y, por eso, deben ser confrontados con vista a la modificación de la ley. La expansión de los derechos humanos depende de ese impulso ético, de las posibilidades que tenemos de huir de la programación establecida por la ley y por la moralidad común. Para esta autora, existen dos posiciones éticas: “[La] ética de los conformistas y la de los disconformes; la de los satisfechos y la de los insatisfechos; la de los que tienen disponibilidad respecto a la diferencia, a lo nuevo a lo otro y la de los que no la tienen; la de los sensibles a los márgenes (lo que se encuentra al otro lado de las murallas de contención de la ‘normalidad’ moral del grupo) y las víctimas y la de los no sensibles a ellas” (30).

Citando a Merlau-Ponty, la autora dice que la tarea filosófica esencial es “nunca consentir estar comple-

tamente cómodo con nuestras propias presuposiciones” (31). La idea de una ética como propiciada por Lévinas, al hablar “de una disponibilidad existencial para un otro que cumple un papel humanizador. El otro se presenta ante el sujeto ético como un rostro irreductiblemente otro, que lo obliga al desprendimiento” (32).

Así, la responsabilidad y la apertura hacia el otro son los predicados del yo ético, dice Segato. En este sentido, “la permanencia y la validez de la ley instituida –invocada por el juspositivismo– y el anclaje en una naturaleza humana, sugerida por el jusnaturalismo, tendrían dificultad para explicar el movimiento de ampliación constante de los derechos humanos. Solamente el movimiento continuo de una ética transitoria y desarraigada lo hace posible” (33).

Finalizando, ante el cuadro aquí esbozado, en cuanto a intentar un universalismo dentro de un relativismo incontestable, hay una tendencia a elegir los derechos humanos ampliados, más allá de la Declaración, como la única posibilidad de una ética global, pero no de un universalismo ético. La realidad compleja traída por la globalización –como necesidad ética de reconocimiento de las diversas identidades, sin olvidarnos de la cuestión fundamental del derecho a una igualdad universal– coloca en escena una nueva mirada ética. Queda mucho por hacer hasta llegar a una auténtica comunidad global, en el sentido de compartir los mismos derechos, en cualquier cultura/sociedad y, quién sabe, el compartir los mismos valores éticos consensuados y no impuestos.

Referencias bibliográficas

Bobbio, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en “El tiempo de los derechos”, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

Covolán, N. T., “A alteridade na ética. Uma contribuição para a reflexão bioética nas questões dos fundamentos e procedimentos”, dissertação (Mestrado em Tecnologia), Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná, Curitiba, 2001.

Gupta, A. y Ferguson, J., “Beyond ‘Culture’: Space, Identity and the Politics of Difference”, en Gupta, A. y

(28) Segato, R. L., “Antropología e direitos humanos...”, cit., p. 219.

(29) Bobbio, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en “El tiempo de los derechos”, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

(30) Segato, R. L., “Antropología e direitos humanos...”, cit., p. 223.

(31) Segato, R. L., “Antropología e direitos humanos...”, cit., p. 224.

(32) Segato, R. L., “Antropología e direitos humanos...”, cit., p. 226.

(33) Segato, R. L., “Antropología e direitos humanos...”, cit., p. 227.

Ferguson, J. (ed)., "Culture, Power, Place. Explorations in Critical Anthropology", Durham - London, 1997.

Jameson, F., "Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardío", Ed. Ática, São Paulo, 1996.

Santos Sousa, B. de, "Toward a Multicultural Conception of Human Rights", en Hernández-Truyol, B. E. (org.), "Moral Imperialism. A Critical Anthology", Ed. New York University Press, Nueva York, 2002.

Segato, R. L., "Antropología e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais", MANA, vol. 12, n. 1, 2006.

Singer, P., "O que a ética não é", disponível em www.geocities.com/echagas/ep pratica.htm (acesso 14/5/2008).

Taylor, C., "The Diversity of Goods", en Sen, A. y Williams, B., "Utilitarianism and Beyond", Ed. Cambridge University, Cambridge, 1982.

Todorov, T., "Nós e os outros. A reflexão francesa sobre a diversidade humana", Ed. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1993.

Venturi Jr., G., "Democracia e autonomia moral. Universalismo moral e relativismo ético em teorias normativas da democracia", tese de doutoramento apresentada ao programa de pós-graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

Zirfas, J., "Ética global como ética glocal", *Educação & Sociedade*, año XXII, n. 76, 2001.

Los comités nacionales de bioética: tomádoselos en serio

Por Begoña Román Maestre (*)

SUMARIO:

I. Ética pública en sociedades moralmente plurales, tecnificadas y aceleradas.– II. La complejidad de las decisiones y el porqué de los comités: una cuestión fundamental.– III. Contra la doble moral y el descrédito: el fin de la pax bioética

I. ÉTICA PÚBLICA EN SOCIEDADES MORALMENTE PLURALES, TECNIFICADAS Y ACELERADAS

Como es sabido, las nuestras son sociedades moralmente plurales, tecnificadas y vertiginosamente cambiantes. Lo primero, el pluralismo, nos condujo a reivindicar bioéticamente la autonomía del paciente, para respetar su concepto de bien y mal, enraizado en su cosmovisión. Pero entonces necesitábamos más que nunca una ética para el espacio público, que nos permitiera vivir y convivir pacíficamente tolerando opciones que no compartíamos. Desde esa ética pública (de las

instituciones al servicio del ciudadano y de los mismos ciudadanos) se distinguió la cuestión de la calidad de vida y las preferencias (cuestión ésta voluble de individuo a individuo y a lo largo de la historia de vida de un mismo individuo), de la cuestión de la justicia y la dignidad para cualquier persona en cualquier lugar y tiempo. La sociedad abierta, libre y tolerante, nos recordaba Popper, tiene sus enemigos (1): el fundamentalismo, el fanatismo, el imponer una determinada manera de ver el mundo y de valorar la vida. Pero otro riesgo fue que el liberalismo defendió la autonomía hasta el punto de convertirla en *preferentismo* personal, que sólo termina donde empieza la preferencia de otros.

(*) Facultad de Filosofía, Universidad de Barcelona.

(1) Popper, K., "La sociedad abierta y sus enemigos", Ed. Paidós, Barcelona, 2010.

Lo segundo, la técnica, nos abrió un amplio ámbito de intervenciones: al domar la suerte, gracias a dicha técnica, asumimos un poder del cual hay que responder. Y resulta que había mucha euforia tecnocrática: lo científico era bueno de por sí, en tanto neutro en el aspecto axiológico y desinteresado; y todo lo nuevo era mejor en un concepto de progreso filosóficamente, por incuestionado, burdo.

Es específica de nuestra sociedad su aceleración, gracias, entre otros, a los impactos técnicos y al conocimiento. Dicha aceleración y conocimiento generan incertidumbre, lagunas jurídicas y obsolescencias morales; estas últimas, fruto de descubrir desde la posconvencionalidad los prejuicios de una convención. La aceleración de las sociedades, el tener que intervenir en entorno de urgencias y emergencias, no era tampoco clima propicio para tomar decisiones tan importantes. De forma que el cambio vertiginoso nos condujo a cierta desorientación sobre los valores y sobre lo que nos jugábamos.

También las aportaciones de la filosofía nos dan datos sobre el tipo de ética pública que necesitamos y del advenimiento de la bioética como ética aplicada. En concreto, la filosofía contemporánea se caracteriza por cuatro giros, por un virar la mirada a lo pragmático, lo hermenéutico, lo lingüístico y lo aplicado. En efecto, se trata, pragmáticamente, de pensar para solucionar problemas; problemas que son abordados desde la vivencia e interpretación de un sujeto situado en un contexto cultural, histórico, material y gramatical. Se denuncia así el encierro de la filosofía en discusiones abstractas sobre temas y metatemas y se vuelve *aplicadamente* a los problemas *reales*, a lo concreto, al mundo de la vida.

Junto a estas circunstancias, también cabe señalar los siguientes factores que dan razón del surgimiento de la bioética, allá por los años 70, y la necesidad de su institucionalización en diferentes comités: en primer lugar, el entorno empresarial u organizativo. Ya no hay casi profesionales que realmente puedan ejercer la profesión cual autónomo-liberales, que es el modelo que muchos tienen en mente cuando entran en un "gremio". La necesaria inversión en formación, en equipos interdisciplinarios y recursos técnicos dificulta esa autonomía en sumo grado. La sociedad del siglo XX es de organizaciones (2), de redes, de conocimiento y de equi-

po. Todo ello obliga a pensar en las normas, y más allá de las deontológicas y las jurídicas, en las éticas; más allá de la regulación, en la autorregulación.

Pero estar al servicio de alguien de forma asalariada y estar a la merced de otro por sólo tener un título, pero que me es un extraño moral –en la famosa formulación de T. H. Engelhardt (3)–, con el que no hay confianza, torna mucho más compleja la gestión e intervención de los agentes de la bioética: pacientes, profesionales y organizaciones de la salud, colegios y asociaciones profesionales y parlamentos que promulgan y derogan leyes. De ese modo, los conflictos de intereses devienen inevitables.

En segundo lugar, más aún que cuando lo afirmara F. Bacon en el siglo XVI, saber es poder, pues los grandes cambios vienen del conocimiento. Parte de los problemas de los siglos XX y XXI no son sólo, como suele ser frecuente denunciar, por falta de voluntad ética y política, es también por falta de conocimiento y de organización de ese conocimiento (4). Las sociedades del conocimiento, que son sociedades pensantes y pensadas, hacen ese esfuerzo de autorreflexión sobre sus propias prácticas. Por un lado, porque la vertiginosa velocidad de las sociedad obliga a estar a la altura de los tiempos y a anticipar, y no sólo reactivamente a resolver la problemática ya presentada. Por otro lado, porque, como nos advirtiera Jonas, la técnica y la potencia de intervención de hoy son mucho más arriesgadas que las de las sociedades y técnica anteriores; lo cual, sumado a la irreversibilidad de algunas consecuencias (5), es suficiente motivo de cautela para no precipitarse en nombre de un acrítico progreso tecnocientífico.

En tercer lugar, la obsolescencia de los abordajes, las capacidades y técnicas nuevas suele conllevar cierta deshumanización en unas profesiones muy centradas y concentradas en lo técnico, pero que van perdiendo de vista lo esencial (recordemos la premisa aristotélica de que el fin es el principio de las acciones). De forma que, a veces, se *realizan muchos actos* médicos, p. ej., pero no se es médico.

La calidad de un servicio exige más que satisfacer al cliente, pues éste ya no siempre tiene la razón, porque hablamos de servicios tecnificados y especializados, y con impactos sociales, ecológicos y económicos. Si no queremos hacer excesivos actos de fe (en la inge-

(2) Drucker, P., "La sociedad postcapitalista", Ed. Apóstrofe, Barcelona, 1993.

(3) Engelhardt, T. H., "Los fundamentos de la bioética", Ed. Paidós, Barcelona, 1995.

(4) Innerarity, D., "La sociedad del desconocimiento", en Brei, A., Innerarity, D. y Mayos, G., "La sociedad de la ignorancia", Ed. Zero Factory, Barcelona, 2009, ps. 43-49.

(5) Jonas, H., "El principio de responsabilidad", Ed. Herder, Barcelona, 1995.

nua bondad del experto o en la tan proclamada responsabilidad social de las organizaciones), tenemos la obligación, como profesionales y organizaciones, de argumentar decisiones, para estar a la altura de la confianza depositada en el profesional, en la profesión y en el sector.

La bioética parte, pues, del primado de la razón práctica, concibe la ciencia y las diferentes disciplinas específicas, como medicina, enfermería, odontología, fisioterapia, etc., como actividades regladas –prácticas las llama MacIntyre (6)–, es decir, con reglas del juego: por eso hay que establecer y explicitar los fines, misiones, visiones, valores, contextos, impactos, intereses y poderes.

En definitiva, la bioética surge en el siguiente contexto:

- a) En sociedades moralmente plurales, donde no compartimos qué sea lo bueno/malo, donde hemos de discutir sobre lo correcto/incorrecto, donde la legalidad es la que es, pero podría ser de otra manera y, de hecho, ya lo es a pocos kilómetros.
- b) En entornos democráticos, de Estados de derecho, donde la tolerancia es un deber y en donde el derecho a la objeción de conciencia está más o menos reconocido o consentido.
- c) En organizaciones que requieren de profesionales cualificados que no trabajan cual autónomos liberales, sino que son asalariados.
- d) En sociedades del conocimiento cuya incertidumbre y complejidad exige que las decisiones públicas que hay que tomar tengan lugar en foros públicos de discusión.

En bioética no debemos caer en ninguna de las dos falacias: la intelectualista, que cree que saber el bien es suficiente para hacerlo, y la voluntarista, que cree que basta con la buena voluntad. En efecto, esta manera, institucionalizada en comités, de tomar decisiones, corrige a Kant: no basta con el entendimiento vulgar común. La bioética pone de relieve que no es tan fácil saber qué es el bien o el mal como se sabe distinguir la derecha de la izquierda, ni es fácil saberlo ni llevarlo a cabo o convertirlo en política. Porque no basta con la buena voluntad, cabe conocimiento y organización responsables.

II. LA COMPLEJIDAD DE LAS DECISIONES Y EL PORQUÉ DE LOS COMITÉS: UNA CUESTIÓN FUNDAMENTAL

Por eso la bioética se institucionaliza en *foros dialógicos, de discusión y debate, plurales e independien-*

tes de las directrices de las organizaciones o gobiernos que los crean. Se crearon así los comités nacionales de bioética para recomendar a los profesionales, a los ciudadanos, a los parlamentos, los mejores cursos de acción dados los conocimientos de que disponemos. Los comités nacionales de bioética nacen con el firme propósito de garantizar una paz bioética, de fomentar el respeto a todas las opciones que sean respetables (todas no lo son). Y lo que se pretende en bioética es gestionar los riesgos, y aunque se limita a hacer recomendaciones, también recomienda que algunas de éstas se conviertan en leyes, replanteándose otras leyes por su obsolescencia. La bioética se dedica así a la explicitación de los inevitables intereses que impregnan todo lo humano y lo técnico, una vez sabemos del prejuicio de un positivismo muy arraigado todavía en muchas disciplinas y donde escasea la autorreflexión sobre su propio hacer.

Así, en los comités de bioética pensamos los problemas en debate interdisciplinar e institucionalizado, con los profesionales de la salud que tienen el conocimiento técnico específico de su especialidad, con juristas, con trabajadores sociales, con representantes de los pacientes, con expertos en ética. En la bioética, los problemas, los afectados en sus contextos y sus intereses son la tríada trascendental del pensar la acción a realizar. Y para que ese diálogo no sea un fraude tiene que pensar distinto e independiente. En sociedades moralmente plurales, cuando todo el mundo piensa igual, es que alguien no piensa.

Los comités ni siquiera son sólo reactivos, son más bien proactivos: atienden el posible conflicto antes de que se presente para tener tiempo, anticipándolo, de pensarlo mejor, con más calma y desde la interdisciplinariedad. Si sirven es para tomar conciencia de la necesidad de cambio para mejorar: bien para erradicar prácticas, bien para proponer y emprender la elaboración de guías, leyes, programas, formaciones, buenas prácticas, con evaluación de todo ello.

Diferente de los comités asistenciales que trabajan a pie de cama, aquí se trata más bien de recomendar políticas generales, cursos de acción. Los comités nacionales de bioética no trabajan tanto los casos como las categorías que después permiten pensar dichos casos. Y lo hacen ponderando principios (valores fundamentales), sopesando acciones al alcance, proporcionadas a los recursos de que se dispone (si debemos, podemos hacerlo), esquivando las consecuencias indeseables y fomentando las deseables, que lo son por concordan-

(6) MacIntyre, A., "Tras la virtud", Ed. Crítica, Barcelona, 1997.

Doctrina Extranjera

cia con los valores por los cuales nos queremos caracterizar como sociedad.

De ese modo, demuestra que es posible discutir seriamente sobre conflictos, valores e intereses sin sucumbir sin más a los consensos fácticos o a la ineficiencia. En la bioética hay, pues, un deseo de normatividad, más allá de lo jurídico y de la moral convencional, pero hay también un deseo de eficiencia justa. En efecto, en los comités de bioética hay un deseo de eficiencia y legitimidad: no trabajan sólo con ánimo de pensar temas, sino de proponer vías de intervención en problemas concretos que afectan a determinadas personas, creando cultura y cambiando mentalidad y abordajes.

Otra ventaja de los comités es que no trabajan con las prisas de los ritmos parlamentarios u hospitalarios: esa cierta calma y sosiego ayuda a la calidad argumentativa, junto con la *expertise* de sus miembros en sus respectivas disciplinas a parte de la escuela misma, que ya es el diálogo. Una organización inteligente no lo es por la suma de sus miembros, sino por el resultado que el aporte de esas inteligencias en comunicación genera.

También los parlamentos tienen que dar razones y, por ello, los comités nacionales de bioética participan a veces en comisiones que promueven un anteproyecto de ley, p. ej., de la autonomía del paciente, de la atención a la dependencia o sobre cuidados paliativos. Asesoran a los políticos, sobre todo en la exposición de motivos, de por qué es legítima y aconsejable la nueva ley, máxime si queremos un Estado de derecho y preferimos que la gente obedezca por convicción más que por mero temor a la multa. También anticipamos posibles problemas de querer juridificar en exceso el ámbito de las profesiones o, por el contrario, advertimos de los riesgos de dejarlo todo en el ámbito de la mera regulación.

Existe así, en los comités de bioética, un deseo explícito de construir moral a partir del diálogo y el consenso, de reformar leyes y mentalidades, sabiendo del contexto y la caducidad de sus propuestas. Así también, con responsabilidad, se hacen cargo del encargo que institucionalmente (departamentos autonómicos de salud, Estados) asumen. En concreto, en los comités nacionales trabajan para mejorar la reflexión y autorreflexión de las prácticas. Ello debe redundar en la autocontención de las morales particulares o dominantes por mayoría o simple poder frente a una ética cívica que tiene en cuenta derechos más que preferencias, y más vulnerabilidades, vulneraciones y pérdidas, que poderes y adquisiciones.

De ahí que los ámbitos que precisan la creación de instituciones como estos comités nacionales sean la sa-

lud, los servicios sociales, la educación, la justicia, etc., donde hay más colectivos en aquellas condiciones de fragilidad y dependencia.

Los comités de bioética, por cierto, no son expertos en las tomas de decisiones morales: a lo sumo, tienen más habilidad por práctica y conocimiento de la tradición argumentativa que es el debate bioético. Los miembros de los comités se ponen a buscar juntos los pros y contras de las intervenciones y al final toman una decisión de la que hay que responder: no sólo de las consecuencias que genera, sino de los valores, hábitos, protocolos que ponen en marcha y del *distrés* que pueden llegar a generar cuando hacen más conscientes a los profesionales de los problemas éticos inherentes a los problemas técnicos sin que nada se pueda hacer, al menos a corto plazo. En palabras de la ética dialógica, el comité es un espacio de interlocución válida, que tiene especial pericia en el arte de buscar la verdad, lo correcto y lo bueno en el punto de vista del otro y con los otros.

La duda metódica, inherente al quehacer filosófico, también forma parte de la bioética, pero hijos del existencialismo, ésta se compromete en foros deliberativos donde con independencia (los comités de ética son independientes o no son comités de ética) de la política y la administración van recomendando decisiones, dando razones, intentando mediar en la angustia que la incertidumbre y la complejidad del problema generan. Unas veces, las soluciones pueden estar fundadas en la medicina basada en la evidencia, pero otras también en la prudencia, fruto de la ignorancia basada en la ciencia: lo que obliga a la transdisciplinariedad y la humildad.

De ese modo, el comité actúa como catalizador de la vertiente crítica, pero no tiene el monopolio de la racionalidad ni de la verdad. A veces, no le queda más remedio que el viejo hallazgo de Sócrates, del “no lo sé”, pero se compromete en la búsqueda dialógica de la mejor intervención a hacer dados los contextos, valores de los implicados, acciones que podemos, y previsión de consecuencias que habrá después que evaluar complejamente desde esos valores. Uno se queda con la duda de si no existe mejor argumento o es limitación propia...

Los comités denuncian falacias (como la de la pendiente resbaladiza); inercias (como el paternalismo/despotismo ilustrado de todo para el pueblo, pero sin el pueblo); vocabularios (como usuario o cliente, en vez de paciente o ciudadano); mentalidades (como la de no instalarse en las seguridades del “siempre se ha hecho así”); políticas y protocolos (como desconsiderar la pregunta de qué nivel de riesgo estamos dispuestos a correr y a explicar públicamente). Los comités denuncian

positivismos científicos muy arraigados todavía en algunas disciplinas (psiquiatría y psicología, por poner dos ejemplos claros); denuncian la arbitrariedad a la que se expone al ciudadano, según el profesional o legislador que esté de turno, pero inmediatamente se arremangan con los profesionales para proponer alternativas de intervención.

Esta capacidad de crítica, los comités la ejercen con ánimo de promover que se continúe ejerciendo la profesión en aquella organización como un servicio a la sociedad, fomentando la confianza entre todos. No trabajan con martillos, sino con andamios, no destruyen, sino que van modificando. La bioética institucionaliza el debate, tiene agendas y objetivos concretos y tiene que rendir públicas cuentas de su quehacer: lo suyo es ponerse y exponerse, nunca imponerse por la fuerza (ni que sea jurídica): pensamiento en reacción, en acción, para la acción.

La bioética, sin embargo, también puede generar sus propios monstruos: ¿lo normativo no deviene cinismo, cuando no dogmatismo, o burdo relativismo aliado con el *status quo*? Por eso tenemos que explicitar públicamente las consignas, porque la fundamentación es clave: si la normatividad, al final, no es más que una opción personal o diagnóstico sociológico sobre el nivel de maduración de una sociedad, no hace falta tomarse tantas molestias; consensuemos por mayorías de ciudadanos o de expertos, y punto.

En efecto, la imbricación de teoría y práctica es esencial en bioética, no queremos que ninguna de las dos expresiones falle: la reflexión teórica ni su aterrizaje en la trinchera. La responsabilidad como comité es ir a los cimientos, los fundamentos, no conformarse con los meros consensos, pero ayudar también a reparar el tejido. La bioética empieza por la casa a la que nos han invitado para colaborar en su mantenimiento, para que cobije y no nos deje a la intemperie.

Así, p. ej., la bioética norteamericana tiene bases más utilitaristas que la europea, por eso el concepto mismo de autonomía no es igualmente entendido: según sea a la Mill o a la kantiana, la eutanasia o el suicidio asistido serán o no despenalizados. Pero el liberalismo y la autonomía no son tan aceptados por las sociedades orientales. La cosa no es igual cuando hay sistema público de salud que cuando no lo hay.

Por eso es clave que los comités no pierdan de vista el continuo volver a los cimientos, a las ideas regulativas

y apuesten continuamente por reformular esos fundamentos (últimos o penúltimos, pero por ahora los mejores). Por eso deben seguir pensando en qué es hoy el valor dignidad o respeto y conocer la historia del concepto, su origen y evolución.

Hay una metarresponsabilidad **(7)** en los comités nacionales de bioética, más allá de los impactos de las consecuencias de las acciones: si crean moral, recomiendan, dan el visto bueno a protocolos, guías de actuación, habrá que asumir aciertos, errores y contradicciones. Por poner un ejemplo bioético: seguramente los consentimientos informados en medicina tienen efectos colaterales, y no tanto o no sólo mayor respeto a la autonomía del paciente.

Pensar con y para; deliberar y ponderar las mejores razones de hoy dadas las circunstancias, nos obliga a una humildad en sus aportaciones: el riesgo de tener la última palabra es grande; el de que tengan la razón, pero no les sirva para nada, es peor, dado que el motivo que les hace estar ahí es mejorar las cosas. No nos podemos quedar en una mera crítica negativa, en el mero desenmascarar y explicitar conflictos. Se trata de saber las partes en conflicto y explicitar al servicio de quienes están: explicitar sus causas, que no son otras que la verdad, la justicia, la compasión, la autonomía, la calidad asistencial. Por supuesto, todas ellas categorías puestas entre comillas, pues de lo que se trata es de encontrar hoy aquí cómo se concretan, como diría Kant, esas categorías (no puras, sino históricas), en las intuiciones sensibles.

El diálogo tiene límites: no en cuanto a la materia de la discusión, sino en cuanto a que el mismo diálogo pone límites, lógicos y normativos. Como nos recuerdan los teóricos del diálogo/debate, Habermas, Apel y Cortina, hay límites normativos y lógicos a éste: se cae en contradicción performativa cuando, p. ej., expresándose libremente, se critica la libertad de expresión, sin que eso suponga que sea legal decirlo todo (p. ej., apología del terrorismo). Pero hay límites también orgánicos: no podemos escuchar atentamente mucho tiempo, necesitamos dormir, ir al baño y nos aburrirnos...

“Lo más sospechoso de las soluciones es que se las encuentra siempre que se quiere” **(8)**. Esta advertencia de Rafael Sánchez Ferlosio debe serlo también y especialmente para la bioética: suelen ser problemas concretos de profesionales, usuarios o ciudadanos que

(7) Kettner, M., “Tres dilemas estructurales de la ética aplicada”, en Cortina, A. y García-Marzá, D. (eds.), “Razón pública y éticas aplicadas”, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, ps. 145-158.

(8) Sánchez Ferlosio, R., “Vendrán más años malos y nos harán más ciegos”, Ed. Destino, Barcelona, 1993, p. 9.

precisan de una respuesta o de una intervención sanitaria. ¿Cómo saber que la acertamos? Es que no lo sabemos del todo; es que estamos dispuestos a corregir, pero lo que interesan son las razones argüidas, las primacías concedidas a qué, las mentalidades con las que lidiamos. El establecimiento de límites, de criterios y de pautas, la ineludible necesidad de ponerlos a prueba (que no sean prejuicios históricos) y la responsabilidad de dar respuestas a los problemas de una sociedad se hace mejor desde la transdisciplinariedad, estableciendo los mínimos y discriminando qué máximos sí o no.

Una ética de la finitud, de la cautela, que se hace cargo de la obsolescencia de los abordajes, de la ineludible perspectiva histórica, resulta que sirve para gestionar los riesgos e ir abriendo paso en los retos de la intemperie a la que nos abocó la filosofía contemporánea, que nos dejó sin las seguridades de categorías fuertes. En efecto, hay que gestionar la complejidad: de la interpretación; de la consideración a los contextos; el ponderar las acciones que podemos realizar, no las ideales que nos gustaría; la explicitación de los valores que nos mueven; la gestión de las consecuencias que prevemos se generarán, evaluándolas desde indicadores acordes con la ideología de aquellos valores.

En los tiempos acelerados que nos tocan, las morales necesitan de brújula para ponerse a la altura de las exigencias de la intervención. Nos gustaría tener todo el tiempo del mundo para deliberar, como nos gustaría reparar la nave en dique seco con todas las cautelas y pruebas antes de poner la nave en alta mar. Pero resulta, como insistía Neurath, que hay que arreglar la nave en plena navegación e incluso en plena tormenta. El riesgo de equivocarnos existe; el de contemplar atónitos el naufragio sería más lamentable (9). Claro que los comités se equivocan, claro que están sometidos a las presiones temporales, de ideologías mayoritarias, de marcos jurídicos: estar hasta el cuello y no fuera, tener que enfangarse en los asuntos públicos, implica creer que vale la pena poner pensamiento en la acción.

III. CONTRA LA DOBLE MORAL Y EL DESCRÉDITO: EL FIN DE LA PAX BIOÉTICA

Los comités nacionales de bioética reivindican su independencia por pura coherencia: el pensamiento es libre e independiente o no es pensamiento, será adoc-trinamiento o propaganda. Para que ese diálogo no sea un fraude tiene que pensar plural e independiente: en

sociedades moralmente plurales, cuando todo el mundo piensa igual, es que alguien no piensa. Por eso sus documentos elaborados en equipo son abiertos, revisables, pues son recomendaciones a seguir: luego hay que ver hasta qué punto son seguidas o no.

Los comités nacionales de bioética son conscientes del encargo, por ello son respetuosos con las instituciones que les dan cobijo (Estados, gobiernos). Pero si ellos son respetuosos con las instituciones, también éstas lo deben ser con ellos. Y la falta de respeto radica en no darles trabajo; o en desconsiderarlo cuando lo han hecho; o en dárselo ya hecho haciendo un comité a medida (10) para que sólo lo ratifiquen sin poner muchos reparos; o sencillamente se burlan de ellos cuando les dicen algo así como “piensen todo lo que quieran, entreténganse, que nosotros ya vamos haciendo”.

A pesar de que muchos comités nacionales de bioética han trabajado mucho y muy bien, a veces no nos los hemos tomado en serio. Algo de ineficiencia se ha producido con el abuso que se ha hecho de los comités nacionales de bioética; unas veces han trabajado en vano a la hora de la eficiencia: no se siguieron para nada sus recomendaciones; otras veces, no se los consultó; otras veces, se dio legitimidad a decisiones que no fueron fruto de una profunda deliberación en un comité plural e independiente.

Esta ineficiencia a la que se los condena es un fraude de ley, en tanto que hay una orden legislativa que les da nacimiento y regula su constitución. Pero es un fraude a los propios miembros de los comités y, sobre todo, a los propios ciudadanos. El fraude a los comités está en constituirlos y en no consultarlos nunca, o en no hacer caso a sus recomendaciones, o haciendo incluso lo contrario. Hay fraude también cuando no escogen a sus miembros por su aportación, sino porque se sabe que ratificarán sin más lo que ya les traen pensado y decidido.

Tomarse en serio los comités pasa, pues, por consultarlos a la hora de legislar sobre lo que está en juego: y hay límites al juego. Si la legislación en temas bioéticos no coincide con lo que el comité ha propuesto, ¿para qué los tenemos si, o bien no los consultamos, o bien no les hacen caso en su recomendaciones? Eso también desmoraliza, al tiempo que desprestigia la institución. En absoluto se trata de que el comité siempre lleve razón, pero sí hay que discutirle las razones y argumentar por qué las desconsidera el parlamento o el gobierno.

(9) Cit. por Bayertz, K., “La moral como construcción. Una autorreflexión sobre la ética aplicada”, en Cortina, A. y García-Marzá, D. (eds.), “Razón pública...”, cit., p. 68.

(10) Es el caso del actual Comité de Bioética español. Véase Camps, V., “Un Comité de Bioética hecho a medida”, *Bioética y Debate*, n. 68, 2013, ps. 3-6.

Por poner un ejemplo de esto. Ya ha sucedido que, en España, cuando el Parlamento decidió que determinados colectivos no serán atendidos por profesionales del servicio público de salud si no están al día en sus papeles y permisos, se desconsideró la desobediencia civil por parte de los profesionales, que son quienes tenían que ponerlo en práctica, lo cual estaba en contra no sólo de juramentos hipocráticos propios de la ética médica, sino también de la ética de la hospitalidad y de todas las recomendaciones bioéticas de muchos comités nacionales. Tampoco hay que menoscabar la incoherencia: pagamos a profesionales para hacer lo que no quieren hacer; así como tampoco la pérdida de cohesión social que todo ello genera.

Cabe velar por el mantenimiento y el desarrollo en buena forma, que es plural e independiente, de los comités nacionales de bioética. Dotarlo de recursos (tampoco hacen falta muchos), lo que los dotará a su vez de reputación y efectividad en el cumplimiento de su misión: asesorar, concienciar y crear cultura de respeto por los derechos garantizando la calidad asistencial.

Los comités también deben ser conscientes del activismo bioético que deben a la sociedad: este activismo radica en dos frentes, en dos batallas, por supuesto que dialógicas, pero nada confortables: se acabó la *paix* bioética. La primera batalla es la ya tradicional, ir dando recomendaciones en los distintos temas que consideramos son pertinentes, se las pidan o no. Pero la segunda es la batalla por la evaluación de lo desempeño, es la batalla por averiguar el impacto de sus recomendaciones y por el impulso y fomento que la política les conceda.

Porque sería una tragedia que la bioética sólo fuera una cuestión de distrés, en el sentido de que aquellos profesionales que fueran más conscientes de lo recomendable bioéticamente estuvieran condenados a un malestar en la cultura o en la profesión **(11)**. Pero también sería una calamidad (distinta que la catástrofe que no depende de nosotros) **(12)** convertir a los comités na-

cionales de bioética en quijotes virtuosos que piensan solos y acaban excluidos, aislados, descalabrados: sería ésta una triste figura.

Vale la pena pensar en los riesgos, no sólo de atrofia en el crecimiento de los comités de ética asistenciales (por falta de consulta y por inercias); hace falta pensar en la atrofia de su misión. Porque si no sirven para lo que nacieron, habrá que pensar en por qué mantenerlos “artificialmente en vida”.

Tres propuestas concretas que podrían servir de evaluación de que hay cambios, de que nos estamos tomando en serio los comités nacionales de bioética:

Una sería la apelación, en la exposición de motivos de las leyes, a las recomendaciones de sus documentos, e incluso citar si se los consultó o por qué no se hizo.

Una segunda sería que los propios documentos de los comités quisieran evaluar el seguimiento de sus recomendaciones, proponiendo indicadores que midieran hasta qué punto han incidido en la cultura de la población, en la mejora de la salud, en el profesionalismo y en la hospitalidad de los centros sanitarios.

Una tercera propuesta sería que sus memorias fueran no sólo de lo hecho, las consultas que han recibido o los documentos elaborados, sino de lo que se propusieron hacer y el nivel de su logro.

El activismo reivindicativo del lugar de los comités nacionales de bioética en el espacio público comienza recordando no sólo que tienen voz, es que hablan para que los escuchen quienes se la dieron. Los comités no son figuras decorativas que queda bonito decir que tenemos y ahí están; no son tampoco un grupo de profesionales vocacionados en la calidad asistencial, en la mejora del estado de salud de la nación; ni siquiera son mecanismos intermedios que evitan juridificar conflictos. La bioética de los comités nacionales tiene una pretensión de devenir cultura y política públicas. Y esto dice mucho también de la calidad democrática de un país.

(11) Falcó Pegueroles, A. M., “Análisis de la conflictividad ética en los profesionales de enfermería de las unidades de cuidados paliativos”, tesis doctoral 2012, Universidad de Barcelona.

(12) Garzón Valdés, E., “Calamidades”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004.

Mijn waardigheid of de waardigheid van de menselijke persoon? (¿Mi dignidad o la dignidad de la persona humana?) (*)

Por Paul Schotsmans (**)

SUMARIO:

I. Primera parte. Introducción.– II. Segunda parte. La Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina y el concepto de dignidad humana.– III. Tercera parte. El concepto “dignidad humana” y la interpretación contradictoria al respecto en otros dictámenes consultivos del comité (RCBE).– IV. Cuarta parte. Voces análogas de ex miembros del Comité de Bélgica: Léon Cassiers (+ 2009) y Marie-Luce Delfosse.– V. Quinta parte. A modo de conclusión: ¿Cómo continuar ahora?

I. PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN

Utilizamos el término o el concepto “dignidad humana” o “dignidad de la persona humana” regularmente en el contexto de la bioética; sin embargo, este uso provoca reacciones diversas. Algunos están absolutamente persuadidos de que este concepto expresa un valor intrínseco, mientras que otros lo conciben como “complementario” (*vervullend*) y que en todo caso remite a una imagen del ser humano que absolutamente pretenden excluir (1). Esto se relaciona indudablemente con el contexto en el cual vemos que aparece este concepto: el magisterio de la Iglesia católica-romana se halla plenamente impregnado del valor intrínseco de la dignidad; existe también un fuerte anclaje de este concepto en diversos documentos particularmente importantes, convenios internacionales (ver, entre otros, la *Convention of Human Right and Biomedicine* del Consejo de Europa, 1997), a los cuales luego dedicaremos más atención. Otros, entre los cuales un caracterizado miembro del Comité Consultivo Federal Belga para la Bioética (RCBE, en su sigla de origen), el catedrático Gilbert Hottois, son de la opinión que la dignidad huma-

na únicamente puede remitir al modo de “interpretar” y dar contenido al concepto en el ámbito individual y personal respecto de lo que entendemos por dignidad humana (2). Esto se desprende claramente de la siguiente cita: “El valor básico (*basiswaarde*) de los textos referidos a derechos fundamentales (ver las Declaraciones de 1789 y 1948, art. 1 implica en primer lugar, y prioritariamente, la *libertad del individuo* [el destacado no es de origen]). El valor fundamental de la Convención es la dignidad humana. Si partimos del hecho que cada individuo debe decidir respecto de su propia dignidad, el vínculo entre la filosofía de los derechos humanos y la Convención queda garantizado. Ahora bien, si entendemos que los individuos y comunidades, aun contra su propia voluntad (su concepto sobre dignidad y humanidad) deben ser protegidos contra ataques *inbreuken* a la dignidad humana, todo dogmatismo o toda represión se legítima en nombre de los ‘verdaderos valores’. El peligro consiste en que una parte de la sociedad (o de la humanidad, p. ej., una religión o corriente ideológica) determina su concepto de dignidad humana y la impone a otros. La pregunta que surge así es: ¿quién tendrá el derecho y el poder para *determinar* un cierto

(*) Traducido del neerlandés por Pedro C. F. Hooft. Las citas bibliográficas se han preservado conforme al trabajo original y en los diversos idiomas en que están redactadas.

(**) Catedrático de la Facultad de Medicina, Universidad Católica de Lovaina. Miembro del Comité Consultivo de Bioética de Bélgica desde 2005 y presidente de éste en los periodos 2006-2007, 2010-2011.

(1) Thiel M.-J., “Human Dignity: Intrinsic or Relative Value?”, *Journal International de Bioéthique*, vol. 21, n. 3, première partie, 2010, ps. 51-62.

(2) Hottois G., “A Philosophical and Critical Analysis of the European Convention of Bioethics”, *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 25, n. 2, 2000, ps. 133-146.

concepto de dignidad humana e imponer tal concepto a todos los demás? Esto constituye una pregunta sustancial y actual”.

Algunos considerarán tal vez que una o más de las siguientes actividades se hallan en conflicto con la dignidad: experimentación con seres humanos, generar embriones *in vitro*, consumir alimentos genéticamente modificados, la utilización de xenotrasplantes, la generación de animales transgénicos, el pretender controlar el proceso de envejecimiento, etcétera.

El concepto de dignidad humana, que tiene tanto significación ontológica como axiológica, por cuanto tiende a dar expresión del valor esencial del ser humano, debe ser utilizado con particular cuidado. De no proceder así, se corre el riesgo de que ello pueda conducir a posturas dogmáticas y fundamentalistas. Tales riesgos se presentan en la bioética cuando se intenta derivar todos los valores y normas de un concepto específico de dignidad (de aquello que es sagrado, intangibilidad, absoluto), que es considerado como único concepto básico. La interpretación filosófica de los conceptos dignidad y libertad es absolutamente necesario y delicado. Ha sido Kant quien probablemente ha descrito esto con particular cuidado y esmero al indicar que la dignidad humana se vincula con la autonomía personal y el favorecimiento de la autonomía personal en cada ser humano.

El respeto por la dignidad de la persona es respeto por la autonomía de cada persona (3).

Apasionante y contradictorio es el debate en todo sentido: de este modo, recientemente en los Países Bajos mismos se desarrolló una discusión acerca de la oportunidad de incorporar este concepto a la Constitución (4).

Dar contenido al concepto “dignidad humana” (*human dignity* o *la dignité humaine* o *menschewurde*) se ha convertido en uno de los temas de mayor discusión. Dierickx y Kirchoffer señalan con acierto que recientemente cada vez se formulan más preguntas alrededor del concepto: “Dignidad humana se ha convertido en un concepto ampliamente extendido en la ética actual, que ha encontrado su camino en varios documentos importantes vinculados con la investigación biomédica, tal como la Convención para la Protección de los derechos del ser humano con relación a la aplicación de la biología y la medicina del Consejo de Europa de 1997 (‘Convención de Asturias’) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000”.

No obstante, y tal vez parcialmente como consecuencia de este uso extendido, la relevancia y significación del concepto ha generado interrogantes (5) (6).

Marie Joe Thiel sintetiza este debate del siguiente modo: “¿Se trata de un valor intrínseco? O, más bien, ¿se

(3) Originele citaat: “The basic value of the fundamental rights texts (see the Declarations of 1789 and 1948, Article 1) is, first of all, *the freedom of the individual* (onze italics). The fundamental value of the Convention is human dignity. If one postulates that it is up to each individual to decide about his or her dignity, the link between human rights philosophy and the Convention will be secured. But if one considers that individuals and communities must be protected in regard to attacks or offenses to human dignity even against their will (their conception of dignity and humanity), then any dogmatism or repression becomes possible on behalf of the ‘true values’. The danger is that a part of society (or of humanity, for instance a religion or an ideological trend) defines and imposes on the others its conception of the dignity of the human being. So the question is: Who will have the right and the power to define and to impose a determinate conception of human dignity to all human beings? This is an actual and very concrete question. Some people might consider that one or many of the following activities are in conflict with human dignity: experimenting on humans, producing in vitro embryos, eating genetically modified food, using xenografts, creating transgenic animals, wanting to know and to control the aging process, etc. The notion of ‘human dignity’ –the meaning of which is both ontological and axiological since it is pretending to express the essential value of human being– should be used very cautiously. If it is not, it might lead to dogmatic and fundamentalist positions which are present in bioethics when it tries to deduce all values and norms from one specified concept of dignity (of what is ‘sacred’, ‘untouchable’, ‘absolute’), understood as the sole basic concept. The philosophical articulation of the concept of dignity and freedom is necessary and very delicate. Kant probably expressed it in the most rigorous way by showing that human dignity lies in personal autonomy and in promoting personal autonomy in every human being. Respect for the dignity of the person is respect for the autonomy of the person” (ps. 137-138).

(4) Brems E. y Vrielink J., “*Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet? Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet, 2009*”, Ed. Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010.

(5) Dierickx K. y Kirchoffer D., “New Medical Technologies and the Ethical Challenges for Minors from the Perspective of Human Dignity”, in Joerden J. C., Hilgendorf E., Petrillo N., Thiele F. (Hrsg.), “*Menschenwürde und moderne Medizintechnik*”, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2011, ps. 375-391.

(6) Originele citaat: “Human dignity has become a widespread concept in contemporary ethics and has found its way into several important documents related to biomedical research. For example, the Council of Europe’s 1997 Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of

refiere a una noción muy particularizada acerca de la calidad?”.

“¿Es la dignidad humana un valor intrínseco o un valor relativo, más asociado al concepto de *calidad de vida*? En la bioética actual el término dignidad humana se ha convertido en una especie de eslogan. Todos los grandes debates en la opinión pública remiten a ella, a veces, paradójicamente para sostener y justificar posturas contrapuestas. En Francia, v.gr., la ‘Asociación por el derecho a morir dignamente’ la invoca para exigir la legalización de la eutanasia, mientras que partidarios de cuidados paliativos rechazan específicamente esta práctica sobre la base de este mismo concepto” **(7) (8)**.

Eva Brems y Jogchum Vrieling concurren en nuestro auxilio para clarificar el concepto y colocarlo en su contexto histórico. Describen cómo el concepto se desarrolló originariamente para referirse a personalidades públicas destacadas o merecedoras de alta consideración social. Esto implica algo cautivante: como tal, originariamente el concepto procuraba diferenciar determinadas personas de otras. Esto difiere sustancialmente de la acepción más universalista, en la cual el concepto era utilizado para referirse a las personas con prescindencia de su rango o estatus.

Esto resulta particularmente válido para la aproximación teológica (romano-católica). Cito aquí a Brems y Vrieling: “El Papa León el Grande (400-461) habría contribuido grandemente a la construcción de esta perspectiva. Su idea de era que dado que los seres humanos, según el Cristianismo, son creados a imagen de Dios, y dado que si Dios se hizo hombre, todos los hombres poseen una dignidad derivada de Dios, con lo cual una *dignidad* será así vista como una categoría ontológica. Con Tomás de Aquino el concepto en su perspectiva cristiana, adquiere un contenido más ético. Al igual que Cicerón, Tomás consideraba a la dignidad como un signo diferencial entre el hombre y el animal. La base para tal interpretación era que sólo el hombre fue creado a imagen de Dios. Si bien la dignidad le corresponde al ser humano con su nacimiento, en Tomás es algo que puede perderse o fortalecerse según la conducta de cada uno. Ante una conducta *disvaliosa* o pecami-

nosa (*grave*) el hombre desciende al estatus del animal irracional...”.

El vínculo con una fundamentación divina de la ética es ciertamente abandonada durante la Ilustración. El concepto comenzó así a jugar un rol autónomo para la ética. Sin duda, nadie ha contribuido menos a ello que Kant (1724-1804). Leemos ahora nuevamente a Brems y Vrieling: “Para Kant la base firme de la dignidad humana se hallaba en un principio secular pero a la vez metafísico. Esto último en contraposición con David Hume (1711-1776), en cuyas ideas el aspecto metafísico habría de desaparecer... El fundamento para el principio de dignidad humana en Hume sería empírico y basado en la conducta misma. Kant en contraposición postula en su ‘Grundlegung zur Metaphysik der Sitten’, 1785, la diferenciación entre ‘dignidad’ y ‘precio’. Aquello que tiene precio, es sustituible; aquello que es elevado por encima de todo lo que tiene valor pecuniario, tiene ‘dignidad’. Lo que posee dignidad, es un fin en sí mismo: no posee un valor relativo sino absoluto. Kant entiende que sólo el hombre es un verdadero fin en sí mismo y por ello no es –o no debe ser– un medio para otros. Obrar a partir de estos puntos de partida incluye el respeto al imperativo categórico del cual las dos formulaciones más importantes se expresan así: obra de tal modo que tu conducta pueda convertirse en ley universal; obra de tal manera que la humanidad sea tratada siempre como fin y nunca como medio”.

Resulta obvio que existe una remisión a la significación kantiana cuando se recurre al concepto de dignidad humana en textos jurídicos, constitucionales o del derecho internacional. Quiero ahora realizar un intento de clarificar este concepto en el debate bioético. Brems y Vrieling nos ayudan en esta empresa. Por una parte, apuntan el carácter absoluto con el cual el concepto fue propuesto; por la otra, también sostienen claramente que un concepto general de tal índole –y tal vez sólo un concepto de ese carácter– está en condiciones de sobreponerse a las contraposiciones ideológicas.

“La remisión a la dignidad humana en el Preámbulo y en el art. 1 de la Declaración Universal –D. U., ONU, 1948– donde el concepto funge como un fundamen-

Biology and Medicine, and the 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union. Nonetheless, and in part perhaps due to this widespread usage, the relevance and meaning of the concept has been called into question recently”.

(7) Thiel, M.-J., “Human Dignity...”, cit., ps. 51-62.

(8) Originele citaat: “Is human dignity an intrinsic value, or a relative value particularly associated with the notion of ‘quality of life’? In contemporary bioethics, the term ‘dignity’ has become a kind of slogan. All major trends in public opinion refer to it, sometimes, paradoxically, in order to justify strongly opposed positions. For example, in France, the ‘Association for the Right to Die with Dignity’ uses dignity to demand the legalization of euthanasia, whereas the promoters of palliative care support the concept specifically to reject this legalization”.

to general para los derechos humanos y como principio interpretativo ‘acoplado’ a dichos derechos, indica las razones por las cuales el concepto fue incorporado a diversas constituciones de la posguerra. Esto se desprende ya del texto mismo del Preámbulo, pero también durante la discusión, formulación, de la D. U., siempre con relación a la dignidad humana reiteradamente hubo referencias a la guerra y a la Alemania nazi. Al igual que en muchas Constituciones de aquella época, se optó por una fundamentación metafísica de los derechos humanos –en la forma de dignidad humana– como reacción a la flagrante violación de derechos durante la guerra.

“Paralelamente, el carácter central asignado al concepto en el Preámbulo y en el art. 1, DU, presenta aspectos estratégicos políticos. Durante el proceso de redacción de la D. U. se tropezó con la dificultad (entre otras) con los problemas derivados del pluralismo cultural e ideológico por una parte, y por la otra, en lo que se refiere a la relación entre el individuo y el Estado. El *multi-interpretable* concepto de dignidad humana, que permanece así ‘abierto’ para las más diversas formas de contenidos concretos, fue así uno de los pocos principios generales que pudo contar con general aceptación y que de ese modo hizo posible sobreponerse a los insolubles conflictos culturales e ideológicos”.

De lo expuesto resulta lo que *grasso modo* podemos describir como tres interpretaciones diversas del concepto “dignidad humana”, a saber: 1. la protección de individuos, aunque no adultos son al menos nacidos (“mi dignidad”) (cfr. Gilbert Hottois); 2. una determinación (“llenado”) –*invulling*– antropológica u ontológica del concepto “dignidad humana” en la línea de la tradición kantiana, pero sobre todo tomista; 3. un “llenado” –*invulling*– cultural o relativista de la dignidad humana diferente o diverso según el distinto contexto cultural o histórico en el cual el concepto es utilizado.

Quiero ahora ante todo analizar retrospectivamente de qué modo estas tres distintas aproximaciones han estado presentes en las bases de los dictámenes de

los quince años de vida del Comité Consultivo para la Bioética de Bélgica (Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, RCBE). Dos grandes tendencias se remarcan aquí: la “determinación” individual de lo que cada uno considera “digno” (dignidad humana) *versus* una determinación (“llenado” más universal y antropológico del concepto). Estas dos tendencias caracterizan claramente los dictámenes (consultivos) y sus diferenciaciones internas.

La definición cultural de dignidad humana constituye un concepto que ciertamente tiene ya una larga vida (intentaré poder clarificarlo), pero que sólo recientemente ha tenido una mayor proyección internacional. Su gravitación sobre los distintos puntos de vista dentro del Comité belga (RCBE) es mucho más restringida. No obstante, amerita su análisis, vista dicha proyección. Por lo demás, se apoya más en la interpretación individualista ya mencionada.

La discusión sobre este concepto dentro del Comité (RCBE) surgió en ocasión de la solicitud de un dictamen por parte de los ministros Colla y De Clerc referido a la Convención sobre Bioética del Consejo de Europa. Un análisis de las consecuencias de la firma de Bélgica de esta Convención para la legislación belga hizo surgir también interrogantes.

Comencemos pues un breve análisis de la Convención (9) (10) (11).

II. SEGUNDA PARTE. LA CONVENCION SOBRE DERECHOS HUMANOS Y BIOMEDICINA Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

Dignidad humana es efectivamente un concepto nuclear en la Convención Europea para los Derechos Humanos y la Biomedicina. Esto retrotrae a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (en adelante, D. U.). En la D. U. de 1948, la dignidad fue reconocida como “inherente” a “todos los miembros de la comunidad humana”. “Inherente” significa “indisolublemente” vinculado

(9) De tekst van de adviezen kan men nalezen op de website van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek. De adviezen zijn ook verschenen in boekvorm. Lezers hebben echter gemakkelijk toegang tot de website. Daarom zal ik niet citeren uit de adviezen die in boeken gebundeld werden, maar wel gewoon verwijzen naar de adviezen, die men dus zowel in boekvorm als op de website kan consulteren. Zie: www.health.belgium.be/bioeth (“adviezen”).

(10) Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, ook genoemd: Convention of Oviedo on Human Rights and Biomedicine (4/4/1997). Ik wijs erop dat men “Conventie” of “Verdrag” door elkaar heen gebruikt.

(11) Dans la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948, la dignité a été reconnue comme ‘inhérente’. Le Coz, P., “Dignité et liberté: vers une contradiction insoluble?”, *Journal International de Bioéthique*, vol. 21, n. 3, première partie, 2010, ps. 17-27.

con. De tal modo, en el preámbulo de la D. U. se con-
signa claramente: “Considerando, que el reconocimien-
to de la dignidad inherente y de derechos iguales e in-
alienables de todos los miembros de la *familia* humana,
son el fundamento para la libertad, justicia y paz en el
mundo...” (12). No cabe entonces desconocer que aquí
el concepto “dignidad” es sustentado como un concep-
to “inherente”.

En el art. 1, Convención sobre Derechos Humanos y
Biomedicina, aparece una referencia inmediata al con-
cepto de dignidad humana, al prescribir que las par-
tes (los Estados) protegen la *dignidad e identidad* del
ser humano y tutelan su *integridad* y demás derechos
y *libertades fundamentales* con relación a la aplicación
de la biología y medicina, que serán respetados. Cada
parte adoptará en su legislación nacional las medidas
apropiadas y necesarias para alcanzar la plena efectivi-
dad de la presente Convención (13).

El segundo dictamen consultivo del Comité (RCBE) y la
clara polarización que exterioriza éste, en cuanto si re-
sultaba deseable que el gobierno belga suscribiera el
Convenio, se determina completamente a partir de opi-
niones encontradas. Nada puede clarificar esto mejor
que los textos mismos del dictamen. La polarización
es extremadamente aguda y las diferencias de opinio-
nes acerca de la eventual suscripción de la Convención
es total; quienes se oponen a ello adoptan tal postura,
principalmente a modo de protesta acerca de la manera
con que el concepto dignidad humana fue incorporada.
Los oponentes a la suscripción de la Convención parten
del hecho de que “dignidad humana” no debe ser visto
como un concepto universal, sino individual cuyo con-
tenido debe determinarse.

Unos hacen hincapié en que el espíritu de la D. U., en
cuyo nombre la Convención fue elaborada, procura la
protección del ser humano como persona. Ello signifi-
ca: como individuos, aun cuando no adultos, al menos,
han de ser nacidos. Proteger los embriones o entidades
aun más “alejados” del individuo como el genoma hu-
mano, nunca fueron temas presentes en los textos bá-
sicos en materia de derechos humanos. El valor funda-
mental de estos textos básicos en materia de derechos

humanos es ante todo la libertad del individuo huma-
no (en particular, las Declaraciones de 1780 y 1948,
art. 1), el valor humano “base” de la Convención es la
dignidad del ser humano. Si se parte de la idea que le
compete al individuo determinar aquello que es propio
de su dignidad, entonces la *continuidad* queda asegu-
rada. Pero se juzga que debemos proteger a individuos y
entidades contra ataques a la dignidad del ser humano
más allá de la postura de éste e, incluso, contra su vo-
luntad, entonces se hacen potencialmente posibles to-
do tipo de intervenciones en nombre de los “verdaderos
valores”. El riesgo existe así para una parte de la socie-
dad, o una parte de la humanidad, de una comunidad
religiosa, o de una corriente ideológica, que de hecho
imponga a los demás su propia visión sobre la dignidad
humana. No es tanto que sólo la libertad y la dignidad
sean importantes, sino su recíproca integración: el ejer-
cicio de la libertad desde el respeto por la dignidad del
otro y la determinación de la dignidad a partir del respec-
to de la autonomía del otro.

Quienes abogan a favor de la adhesión a la Convención
son de la opinión que el modo en que se incorpora este
concepto (dignidad) a la Convención resulta coherente,
con una tendencia progresiva hacia la humanización.

Otros son de la opinión que la apelación al concep-
to “dignidad del ser humano”, dentro del contexto de
la cooperación internacional, concuerda con la fuerte
tendencia de proteger a la persona humana en todas
sus dimensiones y relaciones. Aun cuando la ética de-
fine estas distintas dimensiones de manera divergente,
sin embargo, generalmente, remiten a la fundamenta-
ción de valores básicos tales como *unicidad*, intersub-
jetividad y solidaridad. Estas dimensiones de la perso-
na humana deben ser tenidas en cuenta a la hora de
determinar si la legislación –o una ley en particular– re-
sulta moralmente aceptable, en el sentido de si favo-
rece a la persona en su integridad. El concepto “digni-
dad del ser humano” es por lo tanto un concepto ético
por excelencia. Con ello resulta posible dejar de lado
tendencias excesivas atinentes al derecho a la autode-
terminación del individuo, pueden quedar atenuadas.
La Convención, que reconoce como objetivo el desa-
rrollo de la persona humana, tanto a nivel físico como

(12) Originele citaat: “Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde...”.

(13) Originele citaat: “Art. 1 Objet et finalité: Les Parties à la présente Convention protègent l’être humain dans sa *dignité* (onze onderlijning) et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son *intégrité* et de ses autres droits et libertés fondamentales à l’égard des applications de la biologie et de la médecine. Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention”.

moral, prevé sin embargo las necesarias excepciones cuando tal desarrollo pudiera perjudicar a otros individuos. Estos miembros del Comité señalan que también en los textos básicos referidos a los derechos humanos, más determinado en su exordio de la D. U. de 1948 y en las convenciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (ambas de 1966), el concepto “dignidad de la persona” aparece como principio rector respecto de la “libertad, justicia y paz en el mundo”.

En la doctrina de los derechos humanos, en el concepto mismo de “dignidad” se expresa la unicidad y el carácter inalienable del ser humano. En razón de la unicidad e inalienabilidad de cada ser humano, esta dignidad es también el fundamento de la intangibilidad e inalienabilidad (importante para el concepto de integridad corporal) y del principio que el ser humano en la sociedad debe ser reconocido como fin en sí mismo y nunca como objeto de instrumentalización (y comercialización). Esto no por ello en absoluto una disuasión “vacía” o puramente teórica: conduce también a distintos puntos de vista en lo relativo a una eventual suscripción de la Convención. Unos sostienen que esta suscripción de la Convención podría tener consecuencias negativas para la investigación científica y para el desarrollo de la ciencia y las técnicas biomédicas en Bélgica. Otros son de la opinión que, con la firma de la Convención, el gobierno belga daría muestras –mediante la firma de la Convención–, en el sentido que comprende la importancia respecto de los desarrollos internacionales y humanitarios en materia de bioética. Que los primeros, hasta el momento, alcanzaron sus propósitos, se evidencia teniendo en cuenta que aún Bélgica no ha suscripto la Convención Europea. Comentario: en los párrafos precedentes primero tomaron la palabra los partidarios de la adhesión a la Convención y, luego, los opositores. En este párrafo el orden se ha invertido.

Todo esto tiene también importancia para la aplicación de los principios generales. Quienes se oponen a la adhesión a la Convención hacen hincapié en el carácter “conflictivo” de la bioética. La bioética es un proceso reflexivo con miras a alcanzar soluciones concretas para problemas intrínsecamente conflictivos que provienen de las ciencias biológicas y las técnicas con ellas vinculadas... Puede entonces también sostenerse que esta Convención probablemente no tenga incidencia real alguna sobre ese terreno. “Los partidarios de la firma reconocen que la lógica de la Convención no es siempre igualmente clara”.

No obstante considerar esto aceptable “dentro del contexto de una ética dinámica que quiere contribuir a la

realización de la felicidad (bienestar) humana de la mejor manera posible. Ello por cuanto la ética normativa quiere dedicar su atención al desarrollo de la persona humana, en sus dimensiones y relaciones. Esta dinámica está presente en la Convención, máxime teniendo presente que ella puede ser revisada cada cinco años”.

Los miembros del Comité belga (RCBE) proponen entonces una corta lista de artículos (de la Convención) respecto de los cuales existe consenso (particularmente vinculados con el consentimiento del paciente, acompañada de un listado mucho más extenso acerca de los cuales no existe consenso [cap. sobre investigación científica, art. 10 sobre el derecho a *no saber*, artículos referentes a lo que se entiende como un sobredimensionamiento del derecho a la autodeterminación del paciente –5-10, 16, 17, 19 y 22–, art. 13 sobre prohibición de terapias en células germinales, art. 18 acerca de limitaciones a la investigación con embriones, art. 22 sobre prohibición de utilización retrospectiva de material proveniente de cuerpo humano para la investigación, art. 27, en el que, en opinión de algunos se desconoce “el carácter conflictivo de la bioética” y art. 14 acerca de la selección del sexo]). De este modo parecería casi sobreabundante señalar aquí que las conclusiones del dictamen consultivo 2 han sido redactadas de manera contradictoria.

III. TERCERA PARTE. EL CONCEPTO “DIGNIDAD HUMANA” Y LA INTERPRETACIÓN CONTRADICTORIA AL RESPECTO EN OTROS DICTÁMENES CONSULTIVOS DEL COMITÉ (RCBE)

Esta escisión, en dos interpretaciones radicalmente diversas, la vemos reaparecer en la mayoría de dictámenes contradictorios del Comité (RCBE). Me limito aquí al más significativo relacionado con nuestro tema: los informes consultivos respecto de la eutanasia y los procedimientos que ponen fin a la vida, el dictamen respecto de la selección del sexo por razones no médicas, el referido al interrogante que gira alrededor de la cuestión hasta qué punto o con qué alcance debe ser protegido el embrión humano y, finalmente, el dictamen consultivo que atañe a la clonación reproductiva.

a) Eutanasia y prácticas tendientes a procurar el fin de la vida en personas incompetentes

La interpretación contradictoria del concepto de dignidad humana en las opiniones consultivas del Comité se halla ya presente en el primer dictamen que se ocupa específicamente acerca de la conveniencia –o no– de

una regulación jurídica acerca del accionar “eutanásico”, que se extiende en la novena opinión consultiva posterior acerca de procedimientos que ponen fin a la vida de personas incompetentes (14).

Una de las opiniones consultivas más significativas ha sido sin duda la primera, referida a que si resultaba “deseable” una regulación legal de la eutanasia. Respecto de este tema se plantearon, en el seno del Comité, cuatro propuestas:

- una modificación legislativa para que la eutanasia dejara de ser punible;
- una regulación procedimental *a posteriori* a una eutanasia decidida entre médico y paciente;
- una regulación procedimental *a priori* referente a las decisiones médicas más relevantes atinentes al final de la vida, luego de una “consulta colegial”;
- mantener simplemente la prohibición legal de la eutanasia.

Si observamos las dos posturas más irreconciliables –la primera y la cuarta–, aparece el concepto de dignidad humana –y no sorpresivamente– como un criterio rector. Según quienes sostienen la primera postura, la ley debe “garantizar de manera plena que cada cual tiene el derecho de disposición sobre su propia vida, y vivir de acuerdo con sus propias convicciones, con respeto a las opiniones de otros”. Para quienes proponen preservar la prohibición legal de la eutanasia, “la prohibición de toda forma de actuación eutanásica debe ser mantenida, por respeto al valor inherente de la vida humana, que constituye la base en la cual enraízan los demás derechos de la persona. Las instituciones jurídicas y médicas deben continuar otorgando primacía al derecho a la vida”.

Esto reaparece en la opinión consultiva 9; se presenta nuevamente entre los opositores la postura en el sentido que entre quienes desconocen “el carácter conforme a derecho” de los actos hay un número que remite al carácter y el valor intangible de la vida humana. Los

partidarios de la eutanasia dentro de este grupo consideran que el “poner fin a la vida” en caso de una enfermedad incurable de quien no está en condiciones de exteriorizar, en un número determinado de casos debe ser considerado como “conforme a derecho”. Para ellos sería aquí válida una remisión a voluntades expresadas con anterioridad (directivas anticipadas), o el recurso a una persona de la confianza del paciente, debidamente facultada por éste para tratar y resolver la cuestión en diálogo con el médico. De esta manera, quienes así opinan remiten “el poder de decisión” en forma absoluta al individuo, con lo cual la referencia a la intangibilidad de la vida desaparece totalmente.

Aquí deseo efectuar una consideración personal. El hecho que la polarización sea tan pronunciada también tiene que ver con una manera muy particular en que es concebida la “autonomía personal” en los Países Bajos. En la bioética, este concepto tiene, gracias al “principalismo”, una fuerte impronta (15).

Ha adquirido gran desarrollo. Beauchamp y Childress dieron forma a cuatro principios para la adopción de decisiones éticas y médicamente adecuadas. Proponen que permanentemente estos cuatro principios deban ser sopesados para poder arribar a una decisión médico-ética adecuada. Reinterpretado de esta manera, la autonomía siempre debe ser confrontada frente a la beneficencia (bienestar), no ocasionar daño, y la justicia. En los Países Bajos, “autodeterminación” equivale así a “autodisposición”, un concepto más propio de los derechos patrimoniales. A partir de esto se hace posible describir la “autonomía” como “disponer sobre el cuerpo y la vida”, lo cual ciertamente no era la intención de los autores del principalismo. Explica sí por qué los países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) han sido los primeros en contar con una regulación legal para la eutanasia. Esta radicalización del concepto “autonomía” ha conducido también por cierto a la progresiva polarización de las posiciones dentro del Comité (RCBE) (16). Indudablemente perfila asimismo los debates alrededor de la “determinación” –contenido– del concepto de dignidad humana.

(14) Advies nr. 1 d.d. 12 mei 1997 betreffende de wenselijkheid van een wettelijke regeling van euthanasie; Advies nr. 9 d.d. 22 februari 1999 betreffende het levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen.

(15) Beauchamp T. y Childress J., “*Principles of Biomedical Ethics*”, 6ª ed. rev., Ed. Oxford University Press, New York, 2009, 432 ps.

(16) Schotsmans, P., “*Handboek medische ethiek*”, Ed. Lannoo Campus, Leuven, 2008. Zie ook Leenen, H. J. J., “Rechten van mensen in de gezondheidszorg. Een gezondheidsrechtelijke studie”, Ed. Samsom Uitgeverij, Alphen aan den Rijn, 1978. In deze publicatie uit 1978 vermeldt hij op p. 27: “het zelfbeschikkingsrecht van de mens komt als zodanig niet in officiële documenten voor”! Toch is Leenen later de inspirator geworden van de vermelding van de recht in wetgeving rondom euthanasie in de Lage Landen. Hij noemt het trouwens een “basisrecht dat aan andere, wel opgenomen grondrechten ten grondslag ligt”. Indirect bewijst dit echter mijn (persoonlijke) stelling dat het “zelfbeschikkingsrecht” pas later in de ethische en legale discussies is opgenomen.

b) La clonación humana reproductiva (17)

En esta opinión consultiva se ha dedicado un párrafo completo a la “dignidad” –3.4.3.2.2–.

Los partidarios de una “determinación evolutiva” del concepto “dignidad humana” parten de la idea que “el otorgar sentido”, los valores, la autonomía y la identidad del ser humano “son construidos” “por la interacción concreta de la libertad humana”. Por esa razón abordan el concepto “dignidad humana” desde un punto de vista relacional, como resultante de un proceso interactivo entre individuos. En el lenguaje corriente, la dignidad importa la nota distintiva de la postura de una persona (aquella que es estimada “digna”) y, al mismo tiempo, el reconocimiento y el respeto que le es debido. “La dignidad no depende por cierto únicamente de una capacidad intrínseca o del reconocimiento [a] formar de un estatus, sino que es también una creación colectiva del ser humano. Ella emerge de un proceso concreto en el cual se crea un espacio relacional y social que hace posible una vida digna”.

No ha de sorprender que los oponentes rechacen esta perspectiva. Una prohibición definitiva –y no meramente provisional– de la clonación humana reproductiva “es por ellos justificada desde el simbolismo”, “que se halla presente en la reproducción sexual y que actúa como garante para la libertad del ser así generado”. La radicalidad de la diferencia que encontramos aquí con el grupo anterior surge de la próxima cita, donde esta “simbólica” (simbolismo) se halla clara y explícitamente descripta.

“La procreación no engaña nunca, constituye el hecho que de inmediato hace que nuestro cuerpo forme parte del otorgamiento de sentido que un hombre y una mujer –nuestros padres– han experimentado cuando se han entregado recíprocamente.

”Otorgamiento de sentido que será inagotable, teniendo en cuenta que los cónyuges que actúan autónomamente: se da en la forma de la *donación* del hombre a la mujer y de la mujer al hombre, y de ambos al hijo: esta *donación* es la que ha dado origen a nuestra personalidad en una entrega *simbólica* con la cual la dación de la corporalidad, de la *fusión* de los gametos, de antemano o expresan una relación interpersonal, de la cual cada vez vemos de maravilla en maravilla podrán revelar la riqueza inagotable”.

c) La evidencia más acentuada respecto de una diferencia de concepción en cuanto a la dignidad humana, lo advertimos en la opinión consultiva 22 referido a la selección de sexo por razones no médicas –2003– (18)

Una muy profunda diferencia de opiniones se evidencia entonces en el debate acerca de este tema. El Comité tardó no menos de cinco años en formularlo: la “Comisión reducida” fue creada en 1998 y el Comité pleno recién admitió el dictamen en mayo de 2003. Los profundos desacuerdos se explicitan en el informe que acompaña el dictamen de la Comisión. No obstante, es mi propósito detenerme en el análisis en los aspectos medulares del texto mismo de la opinión consultiva.

Comencemos así con el tema referente a la absoluta autonomía de los progenitores, que casi no puede expresarse en términos nítidos que en estas palabras: “No es ético privar a la gente de técnicas en la medida que éstas puedan contribuir a la mejora del bienestar humano. Habida cuenta que la selección de sexo no afecta al bienestar, y ciertamente no la del hijo, y toda vez que la reproducción es una *cuestión estrictamente privada* [el destacado no es de origen] una restricción o limitación en esta materia se corresponde a un paternalismo superado: la facultad (competencia) para elegir para un niño determino sexo, forma parte del derecho de autodeterminación, que por lo demás se halla reconocido por el derecho objetivo en diversas situaciones...”.

Aquellos que abogan contra la selección de sexo por razones no médicas expresan su punto de vista en una anterior –aunque tampoco sorpresiva– visión filosófica. “Los seres humanos advienen a la vida dentro de una estructura de *generación*: una relación entre quienes engendran (padres e indirectamente abuelos) y los engendrados (hijos, e indirectamente nietos...). Esta relación comprende aspectos biológicos, psicológicos y formativos. De parte de los que engendran presenta un aspecto de ‘planificación’ (generar hijos) y un aspecto de ‘descubrimiento’ o incertidumbre, y de parte al engendrado *un ser hecho (fabricado) y un hacerse a sí mismo (desarrollarse)*”.

Esta ambivalencia no es sólo *fáctica*, sino de algún modo *experimentada, simbolizada*. Dentro de nuestra civilización, el tránsito hacia la propia identidad y autonomía del engendrado ha alcanzado un valor ético elevado. La identidad sexual importa un elemento im-

(17) Advies nr. 10 d.d. 14 juni 1999 i.v.m. het reproductieve menselijk klonen.

(18) Advies nr. 22 d.d. 19 mei 2003 betreffende geslachtskeuze om niet-medische redenen.

portante de la historia de vida de cada ser humano. La predeterminación del sexo –que tiene un carácter irreversible– refuerza así el carácter de “planificación” y “dominio” de quienes engendran y plasman una determinada figura en el futuro hijo (*voor-afbeelding*): esto último va aparejado con una limitación de la autonomía, del ser *diferente* por parte del concebido, y también una afectación al respeto debido a su vulnerabilidad. Estas prácticas pueden así ser entendidas como una instrumentalización de los hijos, por cuanto un aspecto de su identidad estará en fusión de los deseos de los padres: surge la impresión que los así “seleccionados” (generados) no son aceptados por quienes son, sino en razón de determinadas *características*, lo cual nuevamente puede *limitar o restringir su autonomía* (19).

d) ¿Y la determinación histórica al concepto dignidad humana?

Resulta claro que la contraposición entre *intrínseco* y *relativo* ha sido determinante en los dictámenes consultivos del Comité belga. Aquellos que abogan a favor de una determinación prioritariamente individual y, por ende, relativa del concepto de dignidad humana, recurren aquí también como argumento a diferencias culturales. Remiten entonces a evoluciones históricas de principios y conceptos. Un ejemplo, particularmente cautivante respecto de un análisis y aproximación cultural prioritariamente historicista y relativista, lo constituye sin duda la argumentación de Etienne Vermeersch, por varios períodos presidente o vicepresidente del Comité consultivo, desarrollado en la opinión consultiva 18 del 16/9/2002 referente a la investigación con embriones humanos *in vitro*. Cito aquí su postura literalmente, la cual con algunas mitigaciones, sucede con el dictamen del Comité (20).

“Los miembros del Comité Consultivo –expresa el dictamen–, son de la opinión que el estatuto del embrión y del feto está determinado socialmente, y advierten una confirmación histórica y cultural que muestra posturas divergentes en el tema.

“A menudo esas divergencias se expresan respecto del interrogante acerca de en qué medida el embrión o feto humano se corresponde propiamente al estatuto de la persona humana.

“Estos miembros apoyan su convicción sobre la base de un análisis histórico”.

Aun cuando un estudio comparativo de distintas culturas y religiones puede aportar datos interesantes, parece particularmente útil abordar el tema del estatuto del embrión y del feto en aquellas culturas que han ejercido mayor influencia sobre la muestra. Determinadas actitudes espontáneas dentro de nuestra población pueden de hecho estar determinadas por esa “prehistoria”.

Análoga discusión a la que resulta de la evolución histórica que se sintetiza en la nota de pie de página es la que aparece en la opinión del Comité sobre la “persona humana”.

“Algunos miembros del Comité remarcan que de una investigación histórica y de culturas comparadas resulta que todos los entes que desde un punto de vista científico denominados ‘organismos de la especie humana’, nunca han sido considerados en su totalidad (absolutamente, como *seres humanos*). Para ser categorizado (plenamente) como ser humano, aun los recién nacidos debían pasar por un ritual de *incorporación* a la comunidad.

Pero sobre todo en casi todas las culturas, los fetos no eran reconocidos como pertenecientes a la comunidad humana, y nunca ha asistido a una cultura en la cual los embriones hubiesen sido reconocidos como *seres humanos plenos de valor* (*Volwaardige Mensen*). Frente a ello debemos destacar que en algunas culturas, especialmente las cristianas, han establecido desde antiguo normas prohibitivas, especialmente en casos de abortos tardíos (*fetus formatus*)”. Esto a su vez se ve contradicho por algunos miembros en el interior del Comité.

Otros miembros, con relación a lo anterior, son de la opinión que la comunidad humana respeta de manera creciente los derechos del ser humano. Ello se desprende, v.gr., de distintas iniciativas en materia de cooperación para el desarrollo, supresión de la esclavitud, abolición de la pena de muerte, entre muchas otras cuestiones. Este respeto se exterioriza en la postura de respeto por la vida humana más vulnerable, lo cual para muchos lleva a propiciar el respeto del embrión humano como persona. Más adelante sostienen ser de la opinión en el sentido que existen características intrínsecas del embrión y del feto que determinan o limitan las elecciones de la sociedad.

“Según estos miembros una característica importante del embrión humano es su finalidad. Con ello se quiere

(19) Advies nr. 18 d.d. 16 september 2002 betreffende het onderzoek op het menselijk embryo in vitro.

(20) Vermeersch, E., “Legalisering van abortus”, *Mededelingen van het Centrum voor Milieu-ethiek en Bio-ethiek*, RUG, 1998, zoals letterlijk geciteerd en in een kader geplaatst in het Advies nr. 18 d.d. 16 september 2002 betreffende het onderzoek op het menselijk embryo in vitro.

indicar que el embrión humano como organismo de la especie *homo sapiens* contiene los elementos necesarios de un proceso de crecimiento gracias a una dinámica inherente (potencialidad) según un esquema de desarrollo ya determinado que permita convertirse en un individuo humano”.

Todo esto ciertamente tiene sus consecuencias respecto del estatuto ético del embrión humano.

“Se puede efectuar una primera distinción entre: 1) los que podrían denominarse *externalistas* o *internalistas*, que entienden que el estatuto del embrión humano *in vitro* sólo es determinado por las intenciones que otros, *in casu*, los padres mantienen al respecto; 2) los *internalistas* quienes dejan definir su postura sobre el estatuto del embrión, por las características de éste; 3) Pero resulta también factible tener en cuenta ambos aspectos”.

“Dentro del grupo de los *internalistas* pueden a su vez diferenciarse diversos criterios: existen los *esencialistas* que estiman que el estatuto es determinado por características intrínsecas del embrión, y los *convencionalistas* que remarcan que ese estatuto es determinado por convención dentro de una sociedad”.

IV. CUARTA PARTE. VOCES ANÁLOGAS DE EX MIEMBROS DEL COMITÉ DE BÉLGICA: LÉON CASSIERS (+ 2009) Y MARIE-LUCE DELFOSSE

El psiquiatra francoparlante Léon Cassiers (Université Catholique de Louvain, quien también fuera decano de la Facultad de Medicina de aquella) estuvo vinculado al Comité belga desde sus comienzos. Él facilitó a su colega Michel Dupuis (actual vicepresidente del referido Comité) un manuscrito en el cual abordaba diversas cuestiones bioéticas divergentes. Una semana después (11/3/2009) falleció inesperadamente. Sobre su escritorio de trabajo fue hallado su manuscrito aún en desarrollo. Esto fue luego trabajado y concluido por Michel Dupuis en estrecho diálogo con su esposa, su hermana Axelle Cassiers y con Jean Paul Roussaut, catedrático en Psiquiatría (21).

(21) Cassiers, L., “*Ni ange ni bête. Essai sur l'éthique de l'homme ordinaire*”, Ed. Cerf, Paris, 2010.

(22) Originele citaat: “Au terme de ces réflexions, essayons de rassembler l'essentiel de ce qu'apporte l'éthique à justification religieuse lorsqu'on la compare au vécu de l'homme ordinaire. Positivement, elle lui offre une confirmation de la consistance de son esprit, dont il a l'intuition tenace mais qui demande à être soutenue d'un discours pensable. Elle lui offre de même un support pour penser sa dignité. En affirmant cette dignité égale pour tous, elle rejoint une des intuitions humaines profondes, selon laquelle la dignité ne tient pas aux vicissitudes de l'état social, de la santé, ou d'autres circonstances conjoncturelles. Au-delà des explications douteuses que certaines religions tentent de donner de la souffrance et du mal, elles prescrivent une pratique de compassion et de solidarité face à ces maux... Enfin, les religions satisfont le désir de se survivre au-delà de la mort, qui habite tout homme”.

La síntesis elaborada por Cassiers armoniza plenamente con las precisiones que ya efectuáramos acerca de las divergentes interpretaciones del concepto de dignidad humana. Él distingue a aquellos que se basan en la religión, respecto de aquellos otros que lo hacen en la razón (Kant y la autonomía). Un tercer grupo es descrito por él como aquellos que basan la ética en la “experiencia subjetiva” (particularmente en su variante utilitarista). Finalmente, expone su visión ética personal, basada en *le vécu de l'homme ordinaire*. Es también notable de qué manera hace esa tripartición: religión, autonomía y subjetividad. Le cedo aquí la palabra, considerando su enfoque como coincidente y fortaleciente de mi propia visión tripartita.

Acerca de la religión, concluye de la siguiente manera: “Sobre el final de estos ejercicios del pensamiento procuremos captar la esencia de aquello que la ética contribuye a la justificación religiosa si las comparamos con las experiencias del *hombre común*. De modo positivo le ofrece ciertamente una confirmación de la consistencia de su espíritu, que percibe fuertemente de manera intuitiva, pero que requiere ser apoyada mediante un razonamiento sustentable. La religión también le ofrece un sostén para formarse una imagen acerca de su dignidad: esta dignidad, que es igual para todos se ve así confirmada, que se asocia así a las intuiciones humanas más profundas, que indican que la dignidad no depende de las variaciones de las circunstancias sociales, la salud u otras situaciones temporales. Más allá de las dudosas explicaciones que ciertas religiones procuran brindar respecto del sufrimiento y el mal, proponen la práctica de la misericordia, piedad, compasión, solidaridad con relación a ese mal... Finalmente, las religiones responden al anhelo de cada ser humano de poder seguir viviendo, más allá de la muerte física” (22).

Respecto de la razón y la autonomía, llega a las siguientes reflexiones: “Estos ejercicios del pensamiento nos conducen en primer lugar y sobre todo, a remarcar la contribución positiva de la razón autónoma. El hombre occidental se encuentra impregnado por una lógica especulativa, pero sobre todo, científica. Ello le ha otorgado una admirable eficiencia en todos los dominios de

la vida práctica, suaviza sus sufrimientos, le ofrece un confort y una seguridad que nunca antes fuera alcanzada en la historia. Ella le otorga su confianza en la democracia, que surge de la propia razón. El hombre occidental, identifica su espíritu y su dignidad con su capacidad de razonar que caracteriza a su conciencia reflexiva y con el dominio que ello le da sobre su destino y el destino del mundo. El respeto por la razón y la autonomía de cada cual le parece entonces una buena guía para solucionar los problemas éticos” (23).

Por último, existe una ética basada en la subjetividad (ps. 198-199): “La ética, que se halla fundada en la experiencia, tiene la enorme ventaja de hablarle a la sensibilidad del hombre común. Por cuanto apela a su experiencia subjetiva, le resulta sencillo comprenderlo, y sobre todo, lo moviliza de una manera convincente. Hace una apelación a la razón operacional, pero no le pide desarrollar especulaciones complejas. Tampoco le pide aceptar otras convicciones que aquellas que se hallan en la base de nuestra cultura. Ella reconoce fácilmente el pluralismo democrático de las convicciones filosóficas” (24). En su contribución a la publicación del libro “Van Klinische Ethiek Tot Biorecht” (“Desde la ética clínica al bioderecho”), publicado por otro eminente ex miembro del Comité, Fernand Van Neste, Marie-Luce Delfosse describe tres discursos (argumentaciones): “El primer modelo, se basa en el derecho elemental a la autonomía personal, que aquí vale en una perspectiva médica de una situación sin esperanza, y ante padecimientos o sufrimientos intolerables”, se traduce en un primer modelo ético de pensamiento que propone excluir a la eutanasia del derecho penal. El segundo modelo de pensamiento ético parte del valor intangible de otro ser humano. El tercer modelo opera de otro modo: parte de hechos, v.gr., la existencia de situacio-

nes límite y del desarrollo empírico de la ética médica que antes bien prioriza lo concreto de cada caso especial (25). También su análisis transita por la senda de mi visión tripartita ya mencionada. La pregunta que queda aquí formulada es saber qué es lo que aquí pueda acontecer en el futuro.

V. QUINTA PARTE. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CÓMO CONTINUAR AHORA?

Léon Cassiers desarrolla en la amplia segunda parte de su trabajo una ética basada en *le vecu de l’homme ordinaire*: de esta manera procura encontrar una salida respecto de las divergencias ya descriptas. Otros autores efectuaron un intento similar. Me remito aquí a Roberto Andorno, quien sugiere que la “dignidad humana” debe operar como un “concepto ideal”. El principio del respeto a la dignidad humana ocupa un lugar central en las normas internacionales con relación a la bioética. Aun cuando en los instrumentos existentes en este dominio no se define a la dignidad humana, o no la justifican en términos teóricos, la utilización de este concepto no es una simple estrategia retórica, sino que refleja o traduce un cuidado o preocupación real respecto de la necesidad de promover el respeto por el valor intrínseco de cada individuo y, al mismo tiempo, de proteger la integridad de la especie humana. Sin embargo, la *dignidad humana* sólo y por sí no puede brindar solución para múltiples dilemas bioéticos. Pero tampoco es ése su rol, más bien, quiere prioritariamente expresar un ideal, señalar el camino, “dar sentido” al sistema jurídico y, finalmente, a la sociedad en su conjunto. Ella expresa una exigencia en el sentido de la no instrumentalización del ser humano, al recordarnos que cada ser humano debe ser tratado como fin en sí mismo y nunca simplemente como medio, recurriendo aquí a la famosa expresión de Kant (26) (27).

(23) Originele citaat: “Ces réflexions nous conduisent d’abord à souligner l’apport positif de la Raison autonome. L’homme occidental est imprégné de logique spéculative et surtout scientifique. Elle lui a apporté une efficacité admirable dans tous les domaines de sa vie pratique, soulageant ses souffrances, lui offrant un confort et une sécurité jamais atteints dans l’histoire humaine. Il attache sa confiance à la démocratie qui découle de la même Raison. Il identifie son esprit et sa dignité à la capacité de raison qui caractérise sa conscience réflexive et à la maîtrise qu’il en tire sur son destin dans le monde. Le respect de la raison et de l’autonomie de chacun lui semble donc un bon guide pour résoudre les questions éthiques”.

(24) Origineel citaat: “L’éthique fondé sur le vécu présente l’énorme avantage de parler à la sensibilité de l’homme ordinaire. Faisant appel à son expérience subjective, elle lui est facilement intelligible et, surtout, le mobilise de manière convaincante. Si elle en appelle à sa raison opératoire, elle ne lui demande pas de s’engager dans des spéculations complexes. Elle ne demande pas non plus d’adhérer à d’autres croyances que celles qui fondent notre culture. Elle admet facilement le pluralisme démocratique des opinions philosophiques”.

(25) Delfosse, M.-L., “Ethische vertogen in de adviezen van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek”, in Van Neste F., e.a., “Van klinische ethiek tot biorecht”, Ed. Peeters, Leuven, 2001, ps. 139-183.

(26) Andorno, R., “Dignité humaine, droits de l’homme et bioéthique: quel rapport?”, *Journal International de Bioéthique*, vol. 21, n. 3, deuxième partie, 2010, ps. 51-59.

(27) Originele citaat: “Le principe du respect de la dignité humaine occupe une place centrale au sein des normes internationales relatives à la bioéthique. Bien que les instruments adoptés dans ce domaine ne définissent

Personalmente deseo también buscar hacia un marco que permita sobrepasar estas posturas divergentes. No obstante, deberemos admitir que el debate alrededor de “contenido” o “determinación” del concepto dignidad humana seguirá subsistiendo. Todo esto nos hace pensar fuertemente en un debate casi idéntico en la bioética, que gira alrededor de la contraposición entre “santidad” y “calidad” de vida juntamente con un colaborador, Tom Meulen Berghs, hace ya más de diez años buscamos sobreponernos a esta contraposición (28). Entendimos que la única forma de establecer “un puente” en esta dicotomía, podría darse de no interpretarnos la autonomía de manera absoluta, y sin convertir a la autonomía personal en un estricto derecho a la autodisposición, en sentido fuerte (*zelfbeschikingsrecht*).

“Concluimos con este interrogante: ¿qué significan estas dos maneras de concebir la caracterización de lo propiamente humano para los conceptos de ‘calidad’ y ‘santidad’? En nuestra opinión, acentúan la importancia de una interpretación axiológica de los conceptos ‘santidad’ y ‘calidad de vida’. La primera forma de *conceptualización* nos puede llevar a una visión más moderada sobre la autonomía y el derecho a la autodeterminación; una visión que hace honor al hecho ontológico en el sentido que lo humano no es tan transparente y controlable como lo sugieren los partidarios de la autonomía; la segunda razón para no aceptar un rol *todopoderoso* que algunos asignan a la autonomía, la hallamos en la tradición judeo-cristiana. Desde esta perspectiva, la autonomía es una precondition para el ejercicio de la solidaridad entre los seres creados. La autonomía hu-

mana que debemos respetar, no debe pues traducirse en un poder absoluto sobre la propia vida, sino que debe ser visto en un cuadro más amplio que a la vez tome en cuenta tanto los límites intrapersonales como con las fronteras o límites de la *santidad* de la autonomía” (ps. 302-303) (29).

Debo reconocer de inmediato que con esto no podré sobrepasar la *distancia* (o antinomia). Algunos desean ciertamente afianzar una posición absoluta para cada individuo aislado (*Zelf*). No obstante, se advierten movimientos. Llamará la atención del lector que las opiniones consultivas tratadas forman parte de la primera parte de los dictámenes producidos por el Comité. Esto implica por de pronto que los *dictámenes* posteriores muestran una contraposición menos aguda de los puntos de vista divergentes. Esto puede por cierto tener relación con las cuestiones analizadas por el Comité, pero no obstante se advierte una menor tendencia hacia polarizaciones. Por otro lado, en un comentario incluido en el prefacio al libro de Léon Cassiers, hallamos una salida. El remite allí, en la “Ética del cuidado”, como algún modo de encarnación de lo que Cassiers quiso significar con la “*Ethique de l’homme ordinaire*”.

¿Quién es ese *hombre común* (*l’homme ordinaire*) de quien el sentido de la existencia habrá de polarizar todo el trabajo, por puntos de vista éticos, que tradicionalmente imponen su autoridad en los debates éticos? Pero esto sería simplemente causal, si tal vez sin saberlo personalmente, el autor en su ejercicio de razonamiento no había integrado cierta meta ética: la catego-

pas la dignité, ni ne la justifient en termes théoriques, le recours à cette notion n’est pas une stratégie purement rhétorique, mais reflète une réelle préoccupation quant à la nécessité de promouvoir le respect de la valeur intrinsèque de chaque individu et parallèlement, de protéger l’intégrité de l’espèce humaine. Certes, la dignité humaine ne peut à elle seule résoudre les nombreux dilemmes bioéthiques. Mais son rôle ne consiste pas en cela. Elle vise plutôt à exprimer un idéal, à montrer le chemin à suivre, à donner du *sens* à l’ensemble du système juridique et, en fin de compte, à la vie en société. Elle exprime une exigence de non-instrumentalisation de l’être humain, en rappelant que chaque homme doit être traité comme une fin en soi et jamais simplement comme un moyen, pour employer la célèbre expression kantienne”.

(28) Meulenberghs T. y Schotsmans P., “The Sanctity of Autonomy? Transcending the Opposition between a Quality of Life and a Sanctity of Life Ethic?”, *Bijdragen, International Journal in Philosophy and Theology*, n. 62, 2001, ps. 280-303.

(29) Originele citaat: “We conclude with the question: what do these two modes of *decentration* of the human self bring about for the notions of ‘quality’ and ‘sanctity’? In our view, they give emphasis to the importance of an axiological interpretation of the notions ‘sanctity’ and ‘quality’ of life. The first mode of *decentration* can bring us toward a more moderate view of autonomy and self-determination; a view that gives render of the ontological fact that the human self is not as transparent and controllable, as the advocates of autonomy suggest... A second ground to reject the overpowering role some want autonomy to have, has its origin in Judeo-Christianism. From this perspective, autonomy is a necessary condition for the fulfillment of creaturely solidarity. Nevertheless, autonomy may neither have the first nor the last word since it exists thanks to creaturely solidarity. The human autonomy we are required to respect, therefore, cannot result in an absolute dominion over one’s own life but has to be understood in a broader framework that acknowledges both the intrapersonal limits and interpersonal boundaries to the sanctity of autonomy” (ps. 302-303).

ría del *hombre común* que nuevamente fue descubierto por la ética del cuidado (*care*) (30).

Aquí se encuentra una sugerencia para el futuro. La muy fuerte contraposición que pudimos oír aun en Helga Kuhse (colega-colaboradora de Peter Singer) y que también ha sido categorizado por Roger Brownsword como insostenible, podemos considerarlo ahora como superada: “Helga Kuhse dice: ‘El concepto dignidad humana juega un rol muy dudoso en el actual discurso bioético... visto su historia y sus indudables connotaciones pertinentes, sería tal vez mejor si de una vez y para siempre, fuéramos liberados del discurso bioético’ (31). La *dignitarian Alliance* está ciertamente tan arraigada en los modernos debates bioéticos, que un paso así... Por lo tanto, simplemente no ocurriría” (32).

Pues Brownsword tiene razón: no podremos eludir, abandonar –nunca–, este concepto. Podemos sí darle otro contenido, otra connotación y, entonces, posiblemente Léon Cassiers nos indicará el camino, tal como por otra parte esto es hoy llevado a cabo por los partidarios de la denominada ética del cuidado. Éstos en modo alguno se ocupan y preocupan con los debates encontrados ya mencionados. Se dirigen a la praxis clínica cotidiana, a la que le otorgan una particular significación: “La ética del cuidado se transformó durante los dos últimos decenios hacia una forma de aproximación que ofrece un amplio análisis moral y valoración de la conducta de quienes brindan atención de la salud” (33). En lugar de una aproximación en términos de “reglas”, la ética del cuidado prefiere observar la práctica del cuida-

do mismo, hacia lo que allí se juega. De tal modo, la ética del cuidado puede ser vista precisamente como una reacción contra una ética que espera todas las soluciones de las reglas y los principios. Un *buen cuidado* no es tanto el resultado del seguimiento de protocolos, pero antes bien la consecuencia del diálogo y de las *negociaciones*, acuerdos.

Es un proceso de búsqueda que parte del núcleo del cuidado mismo, a saber, la relación entre alguien que en concreto brinda una atención, un cuidado (*hulpverlening*) y una persona concreta que lo recibe, juntamente con todos los demás “círculos de cuidado”, asistencia, que allí resultarán importantes. Por lo demás, el “buen cuidado” requiere en una perspectiva desde la ética del cuidado, que también se reflexiona acerca de los valores y principios. Traducido concretamente: la reflexión ética requiere prioritariamente del diálogo entre todos los involucrados en el cuidado de la salud (p. 132).

También soy de la opinión que la prolongación de la polarización ideológica no nos brindará ayuda. Sí el diálogo, procurar comprendernos recíprocamente, efectuar una búsqueda de líneas de argumentación y de razonamientos convergentes... y tal vez de verdad contactarnos con la praxis, lo cotidiano, el cuidado concreto para las personas en su vulnerabilidad y fragilidad. Estoy convencido al mismo tiempo que este espíritu de diálogo y búsqueda de *mutual understanding* vive dentro del actual Comité, ver, como puede exhibir un cautivante desarrollo de quince años de labor, como signo de crecimiento y dinamismo.

(30) Originele citaat: “Qui donc est cet ‘homme ordinaire’ dont le sens de l’existence va polariser l’ensemble de l’ouvrage en se démarquant des points de vue éthiques qui imposent traditionnellement leur autorité dans les débats éthiques? De nombreux lecteurs reconnaîtront Léon Cassiers lui-même, c’est certain. Mais cela ne serait qu’anecdotique si, peut-être sans le savoir, l’auteur n’avait dans sa propre réflexion intégré une thématique méta-éthique fondamentale aujourd’hui: la catégorie de l’ordinaire notablement redécouvert par les éthiques du ‘care’” (p. 8).

(31) Kuhse H., “Is there a Tension between Autonomy and Dignity?”, in Kemp, P., Rendtorff, J. y Mattson Johansen, N. (eds.), “*Bioethics and Biolaw*”, vol. II: “Four Ethical Principles”, Ed. Rhodos International Science and Art Publishers and Centre for Ethics and Law, Copenhagen, 2000.

(32) Brownsword, R., “Human Dignity, Biolaw, and the Basis of Moral Community”, *Journal International de Bioéthique*, vol. 21, deuxième partie, 2010, ps. 21-40.

(33) Vanlaere, L. y Gastmans, Ch., “*Zorg aan zet. Ethisch omgaan met ouderen*”, Ed. Davidsfonds, Leuven, 2010.

Francesc Abel y la bioética... un legado para la vida

Por Núria Terribas Sala (*)

SUMARIO:

I. Introducción.– II. Un catalán universal, pionero de la bioética.– III. Vocación internacional.– IV. La labor de Francesc Abel en Cataluña.– V. Un talante discreto.– VI. De la bioética clínica a la bioética global.– VII. Su gran obra: el Institut Borja de Bioètica.– VIII. La joya de la corona: “Su Biblioteca”.– IX. Vislumbrando el futuro, siguiendo las enseñanzas de Francesc Abel.– X. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí especialmente emotivo escribir estas páginas dedicadas a la figura del Dr. Francesc Abel Fabre, s. j., pionero e impulsor de la bioética en Europa y en España, hace ya más de 35 años, y quien fue también mi maestro y mentor en esta apasionante disciplina.

Persona de una amplia formación y cultura, médico especialista en Obstetricia y Ginecología, teólogo, sociólogo y especialista en Bioética, a quien su condición de sacerdote y jesuita le daban un carisma especial. Hombre de gran personalidad, inteligente, gran conversador y, ante todo, maestro de muchos y amigo de sus amigos.

Tal como a él le gustaba mencionar, tres hechos orientaron la vida del Dr. Abel: su opción profesional por la medicina, cuyo contacto siempre mantuvo desde el contexto clínico; la necesidad de establecer puentes entre las ciencias y las humanidades, concretándose en el estudio y la práctica de la bioética, y una vocación especial por los problemas universales que lo llevó a participar en diversas iniciativas internacionales.

II. UN CATALÁN UNIVERSAL, PIONERO DE LA BIOÉTICA

Fue en los años 70 cuando un entusiasta y joven Dr. Francesc Abel, habiendo finalizado sus estudios de Medicina y siendo ya miembro de la Compañía de Jesús, viajó a los Estados Unidos para realizar su tesis doctoral en Medicina sobre Fisiología Fetal. Allí, de la

mano de su buen amigo y su director de tesis, el Prof. André Hellegers, pudo vivir en primera persona el nacimiento de uno de los centros de bioética de más prestigio mundial, como es el Kennedy Institute of Ethics (KIE), en la Georgetown University, Washington DC. Este surgimiento de la bioética y el intento de hacer una disciplina basada en el diálogo y la mutua interpelación entre ciencias y humanidades dejó huella en su persona y decidió seguir por este camino. A su regreso a su tierra natal, Cataluña, con su doctorado finalizado, se propuso completar su actividad médica con la creación de un centro de estudio y análisis de características similares al KIE, a pesar de las dificultades por falta de recursos.

Fue la Compañía de Jesús, con el apoyo explícito del entonces general P. Arrupe y del cardenal Carlo M. Martini, la que le dio el visto bueno en 1976 para iniciar la labor del Institut Borja de Bioètica, en el Centre Borja de Sant Cugat del Vallès (de aquí toma el nombre). El Instituto empezó adscripto como seminario de la Facultat de Teologia de Catalunya y, pocos años después –1984–, siguiendo el sabio consejo del cardenal Narcís Jubany, se constituyó con personalidad jurídica propia como fundación civil privada, sin ánimo de lucro. Tal era el apoyo del cardenal a la labor del Dr. Abel y del Instituto que ostentó la presidencia de su patronato durante más de diez años.

En aquellos tiempos, en Europa ni en España existía un centro dedicado a la bioética y ni siquiera el término como tal era conocido. El anglicismo acuñado por V.

(*) Jurista y abogada en ejercicio. Directora del Institut Borja de Bioètica, Universitat Ramon Llull, Barcelona, España. Coordinadora y docente del máster universitario en Bioética de la URL (máster oficial europeo). Miembro del Comité de Bioética de Cataluña.

R. Potter llegó a Europa de la mano de Francesc Abel. Discretamente y sin grandes pretensiones, comenzó su tarea con la ayuda de otros jesuitas, teólogos y médicos cercanos de su entorno profesional, organizando ya, en aquellos primeros años, reuniones de trabajo, grupos de estudio y cursos de formación para profesionales sanitarios. En el ámbito médico fue el Hospital Materno-Infantil San Juan de Dios de Barcelona donde el Dr. Abel ejerció como médico ginecólogo a su regreso de Estados Unidos, creando y presidiendo la Unidad de Orientación y Planificación Familiar e impulsando el primer Comité de Ética Asistencial de España desde 1976, que presidiría durante más de veinte años.

La bioética en España se ha caracterizado, desde los años 80-90, por aportaciones de grandes personalidades académicas y de pensamiento, como el Prof. Diego Gracia o el jesuita Javier Gafo, entre otros. No obstante, estas aportaciones han ido siempre acompañadas de una huella individual muy fuerte, casi unipersonal, que ha dificultado consolidar una institución o entidad más allá de la persona. En el caso del Institut Borja de Bioètica, la figura central de Francesc Abel fue también indiscutible, si bien al mismo tiempo trabajó creando equipo y colaboradores estables, que le dieron una estructura sólida y continuidad. Ésta era una de las grandes satisfacciones del mismo Dr. Abel, viendo que la institución que él creó y sacó adelante durante tantos años se había consolidado como instituto universitario, con un prestigio y credibilidad en los entornos bioéticos, más allá de su propia persona. A menudo, haciendo gala de su sentido del humor, decía refiriéndose al Instituto: “Ya puedo irme cuando me llegue la hora y lo haré tranquilo, con la satisfacción de que la institución funciona por sí sola y además lleva una marcha que yo ya no puedo seguir...”. Aun así, su específico perfil, con una formación tan amplia en diversas disciplinas, le daba una visión poliédrica de los temas a la que ninguno de sus colaboradores podíamos aspirar. Sin embar-

go, este aspecto era para él una riqueza, ya que ponía de manifiesto lo más interesante del diálogo bioético, la transdisciplinariedad a partir de las distintas aportaciones. El ser capaces de alcanzar un consenso en una cuestión, saliendo cada uno de su propia disciplina y yendo más allá de ella a través el diálogo y la escucha mutua. Así, buscó siempre la colaboración de profesionales de la medicina, pero también de la filosofía, la ética y el derecho.

III. VOCACIÓN INTERNACIONAL

Ya como joven médico, y antes de su experiencia en los Estados Unidos, su extraordinaria personalidad y su profundo humanismo cristiano lo llevaron a emprender iniciativas de alcance internacional, como la colaboración en la creación de Medicus Mundi Internacional –1962– y sus estancias en Argelia durante los veranos, prestando sus servicios de forma altruista como ginecólogo en hospitales locales.

Completada su formación académica e inmerso ya en la bioética como ámbito de trabajo, la vocación del Dr. Abel fue también extender al contexto internacional las posibilidades que ofrecía el diálogo bioético, partiendo de una implicación transdisciplinar con figuras del campo médico y científico y, también, del campo filosófico y teológico. Esta iniciativa se concretó en dos grandes hitos más allá de nuestras fronteras, como fue la creación del International Study Group on Bioethics (ISGB), con el apoyo de la Federación Internacional de Universidades Católicas **(1)**, grupo que durante más de diez años trabajó celebrando más de veinte reuniones internacionales y publicando diversas monografías **(2)**. La segunda iniciativa fue la creación de la European Association of Centres of Medical Ethics (Eacme/Aecem), con el fin de establecer el intercambio de experiencias y un punto de encuentro entre los diferentes centros que iniciaban la bioética por toda Europa. Hoy, esta asociación, en la que el IBB ha estado presente desde sus inicios

(1) Harvey, J. C., “The Movement Expands: Francesc Abel and the European Connection”, en Garrett, J. R., Jotterand, F. y Ralston D. C. (eds.), *“The Development of Bioethics in the United States”*, Ed. Springer, Dordrecht, 2013, ps. 44-54.

(2) Presentamos aquí algunas de las obras del International Study Group on Bioethics:

– Abel, F., Boné E. y Harvey, J. C. (eds.), “La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas”, Ed. Pontificia Universidad de Comillas - Institut Borja de Bioètica, Madrid - Barcelona, 1989.

– Abel, F., Harvey, J. C. y Wildes, K. W. (eds.), *“Birth, Suffering, and Death: Catholic Perspectives at the Edges of Life”*, Ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

– Abel, F. y Cañón, C. (eds.), “La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética”, Ed. Federación Internacional de Universidades Católicas/Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1993.

– Wildes, K. W., *“Critical Choices and Critical Care: Catholic Perspectives on Allocating Resources in Intensive Care Medicine”*, Ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1995.

– Wildes, K. W. (ed.), *“Infertility: A Crossroad of Faith, Medicine and Technology”*, Ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.

en 1986, habiendo organizado dos de sus encuentros anuales (1995 y 2005), cuenta con más de 80 centros asociados y se mantiene plenamente activa.

Años más tarde, también el Dr. Abel se vincula con la bioética incipiente en América Latina y entra en contacto y colaboración con figuras tan relevantes como el P. Alfonso Llano, Alberto Mainetti o Jaime Escobar, participando en distintas actividades y en los encuentros de la Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de Bioética (Felaibe). En este nuevo entorno, comparte distintos espacios de diálogo y debate en los que la bioética toma un cariz distinto por las diferencias de contexto social y sanitario en el que debe aplicarse, algo distantes del entorno europeo.

IV. LA LABOR DE FRANCESC ABEL EN CATALUÑA

En el ámbito de Cataluña, su tierra natal y en la que desarrolló ampliamente su tarea, el Dr. Abel fue pionero en la creación de los comités de ética asistencial (en adelante, CEA). Como se ha mencionado, el primero de todo el territorio español fue creado por iniciativa suya en 1976 en el seno del Hospital Materno-Infantil San Juan de Dios de Barcelona, suponiendo una experiencia única durante muchos años y convirtiéndose en un auténtico instrumento de ayuda y apoyo a los profesionales en la toma de decisiones ante los conflictos éticos en el campo de la ginecología y obstetricia, neonatología y pediatría. En los años 90 también fue impulsor de la normativa de la Generalitat de Catalunya de acreditación de los CEA en el territorio catalán (3), camino que siguieron también, posteriormente, otros territorios en España. Hoy, en Cataluña, territorio de 7.500.000 habitantes, contamos con más de 50 comités en hospitales, atención primaria y centros asistenciales y sociosanitarios, y fue una satisfacción para él ver como aquella semilla fructificó mejorando la calidad de la atención a las personas, respetando su dignidad y sus derechos y ofreciendo a los profesionales un entorno de reflexión y análisis de los conflictos de valores.

El Institut Borja de Bioètica ha estado presente en la creación y puesta en marcha de una parte de estos comités y, a la fecha de hoy, sus colaboradores están presentes en varios de ellos. En la misma línea de apoyo y ayuda institucional hay que mencionar la especial implicación del Dr. Francesc Abel en la creación del Comitè

de Bioètica de Catalunya (CBC) como órgano asesor del gobierno del nuestro país en temas de bioética, propuesta que finalmente se concretó en 1991; formó parte de él desde sus inicios y hasta su fallecimiento. Otros miembros del IBB forman parte hoy de este comité, en tanto que representan perfiles de formación y académicos que el CBC tiene en su seno. Del trabajo del comité durante estos más de veinte años, en los que Francesc Abel participó activamente, quedan sus documentos, que pueden consultarse en su página web (4).

También en 1990 impulsó la creación de la Societat Catalana de Bioètica, en el marco de la Acadèmia de Ciències Mèdiques de Catalunya i Balears, como ámbito de reflexión y debate de los médicos en temas de bioética, muy necesario y novedoso en aquel momento, sociedad que hoy continúa su labor, organizando anualmente distintas actividades.

Finalmente, cabe mencionar como característica destacada del Dr. Abel el haber sido “maestro” de muchísimos profesionales que se han formado en bioética a través de sus enseñanzas, en sus clases, cursos y conferencias.

Desde 1995, el IBB ofrece un máster universitario en Bioética, del que Francesc Abel fue el director y coordinador académico, además de docente en buena parte de sus contenidos. Pero mucho antes de la aparición del máster como título formal, el Dr. Abel ya impartía docencia sobre esta disciplina en distintos foros, formatos y actividades.

Buena parte de los que han sido sus alumnos podríamos decir que han sido antorcha de difusión de la bioética en sus ámbitos de trabajo y entornos profesionales, pues sus enseñanzas calaban hondo y suponían abrir un nuevo horizonte de valores esenciales a incorporar en el quehacer profesional, aportando criterios para la resolución de conflictos y mejorando la calidad de la asistencia a las personas en el contexto clínico.

Su perfil docente y de perfecto conocedor de la bioética en el contexto nacional e internacional lo llevó a ser altamente considerado también como asesor de comisiones gubernamentales en España y en Cataluña, a fin de aportar criterio y elementos a la hora de elaborar nuevas normativas o regular determinados procesos relacionados con avances biomédicos, nuevos tratamientos, decisiones al final de la vida, derechos del paciente, etcétera.

(3) Orden de 14/12/1993 de acreditación de los Comités de Ética Asistencial, Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, n. 1836, del 24/12/1993.

(4) Comitè de Bioètica de Catalunya [web], Barcelona, 2012 [actualizada 2013]. Disponible en www.comite-bioetica.cat.

V. UN TALANTE DISCRETO

A pesar de esa ingente tarea, hay que decir que el Dr. Abel nunca tuvo afán de protagonismo ni quiso destacar a título personal. Su voluntad era poder ayudar a los otros y aportar conocimiento y reflexión desde su bagaje y extraordinaria formación, en temas muy desconocidos y que generaban angustia a los profesionales y a las personas en general (reproducción humana, final de la vida, etc.). Su labor silenciosa e incansable como médico humanista y científico, fiel siempre a su profunda fe cristiana y a su condición de jesuita y sacerdote, supuso que no se le hiciese un reconocimiento merecido a su valiosa aportación y que, más bien, para algunos sectores especialmente beligerantes, procurasen deslegitimarlo, diciendo que él hacía “bioética religiosa” y no servía para una sociedad laica como la española de finales del siglo XX. Paradójicamente, desde otros sectores más cercanos a los estamentos eclesiales, tampoco se reconocía su labor “de frontera” y se criticaba su espíritu innovador y valiente en el planteamiento de los nuevos retos desde la moral cristiana.

Ciertamente, el estilo del Dr. Francesc Abel no encajaba en ciertos estereotipos, pues era genuino y único y, a menudo, un comentario suyo o una reflexión en un momento dado de la discusión en un comité o en una reunión era suficiente para cerrar una polémica inacabable, con la autoridad moral que le daba su profundo conocimiento de las cosas y su ponderado criterio.

Siguiendo a J. Masià (5), Francesc Abel estaba preparado para estar en las fronteras como espacios de diálogo interactivo de transformación mutua: entre ciencia y ética, entre curar y cuidar, entre fidelidad a la Iglesia y creatividad, entre laicidad y espiritualidad, siempre en el contexto de una sociedad moralmente plural. Había aprendido a “no sentir de la Iglesia”, sino a “sentir en la Iglesia” y “sentirse Iglesia”, y lo hacía así, con tranquilidad, al cuestionar aspectos de documentos eclesiales tan fundamentales como la *Donum vitae* (1987), la encíclica *Evangelium vitae* (1995) o la instrucción *Dignitas personae* (2008), que afectan a temas de tanta relevancia para los creyentes como la anticoncepción, la reproducción asistida o el aborto. No dudaba en situar tales textos fuera de la realidad de nuestros días, ya que desatendían los argumentos que

desde el conocimiento científico aportaban nuevos datos que recomendaban reconsiderar, también desde la Iglesia, el estatuto del embrión humano y la consideración moral de la intervención del hombre en el proceso reproductivo humano.

Sobre la frontera entre laicidad y religiosidad, en el foro de debate que propiciaba Francesc Abel y el IBB, cabían creyentes y no creyentes, un terreno común en el que debatir, compartir y discrepar de forma razonada y razonablemente sobre los problemas éticos de la biomedicina, haciendo posible converger en una ética de mínimos, que no excluye aportaciones desde las éticas de máximos, aunque sin dejarse condicionar por ellas. Aprendimos con el Dr. Abel que la participación de la religiosidad en el diálogo bioético debería compaginar el respeto a la autonomía ética con la aportación de las tradiciones religiosas y de espiritualidad.

Con esta visión, Francesc Abel fue artífice y coordinador de los documentos más relevantes elaborados desde el Institut Borja de Bioètica en los últimos años, como los que tocan el inicio y el final de la vida, dos de los temas más candentes de la bioética y que tras 35 años no han conseguido conciliar posiciones: “Hacia una posible despenalización de la eutanasia” (2005) y “Consideraciones sobre el embrión humano”, 2009 (6). Ambos textos son una muestra de cómo una ética de mínimos, abierta y dialogante, en contexto de pluralismo y laicidad, puede ser compatible con la participación de las perspectivas religiosas en el diálogo, desde sus éticas de máximos, que deben pretender ser oídas y respetadas, pero no imponerse en un espacio público y plural.

No siempre le fue fácil a Francesc Abel mantenerse en esa posición y no fueron pocas las críticas recibidas desde los estamentos oficiales de la Iglesia católica, que condenaron sus textos. Aun así, se mantuvo firme en su cometido, convencido de que su visión daba respuesta a muchos creyentes que cada vez se sienten menos identificados con determinados planteamientos dogmáticos de la Iglesia, que no dan respuesta a sus necesidades. Hay que agradecer al Dr. Abel, al P. Abel, que se arriesgase y nos enseñase a arriesgarnos a la hora de pensar, dialogar y elegir, tres claves de la delimitación bioética.

(5) Masià J., Abel, F., “Jesuita en la frontera”, *Bioètica & Debat*, vol. 18, n. 65, 2012, ps. 6-10.

(6) Grup Interdisciplinari de Bioètica; Institut Borja de Bioètica; Abel i Fabre, F.; Busquets i Alibés, E.; Camacho i Díaz, J. A.; Cambra i Lasaosa, F. J.; Cardona i Iguacén X., et al., “Hacia una posible despenalización de la eutanasia. Declaración del Institut Borja de Bioètica (URL)”, *Bioètica & Debat*, vol. 11, n. 39, 2005, ps. 1-16. Grup Interdisciplinari de Bioètica; Institut Borja de Bioètica; Abel i Fabre, F.; Busquets i Alibés, E.; Camacho Díaz, J. A.; Cambra i Lasaosa, F. J.; Cusí i Sánchez, V., et al. “Consideraciones sobre el embrión humano”, *Bioètica & Debat*, vol. 15, n. 57, 2009, ps. 1-12.

Quisiera destacar también otra de las características de su personalidad, como era su proximidad y sintonía con los profesionales de todos los niveles asistenciales y, especialmente, con aquellos más cercanos al sufrimiento humano y a la atención directa de los enfermos. Eso le generó siempre un amplio reconocimiento y estima por su profunda comprensión de la labor de enfermería, de las trabajadoras sociales, del voluntariado, ponderando siempre la importancia esencial de su tarea con los pacientes y sus familias, a pie de cama. El Dr. Abel procuraba siempre que en un comité o en una reunión para el debate de un conflicto no quedasen sin escucharse las opiniones o parecer de estos profesionales, que sin aportar quizá el dato científico o médico podían y debían añadir el dato humano, tanto o más esencial en la reflexión. Esta manera de hacer la acompañaba de una fina ironía y sentido del humor muy personal, que aparecía tanto en los momentos de cierta pausa en el trabajo como en momentos de tensión o dificultad, haciendo surgir una carcajada o una sonrisa.

Tal como expresé en el prólogo de su libro "Francesc Abel y la bioética... un legado para la vida" (7), título escogido también para este artículo, paradójicamente el Dr. Abel no dedicó su tiempo a escribir libros, como sería propio de un estudioso de la disciplina, sino que prefirió emplearse a fondo en poner en práctica aquello en lo que tanto creía, el diálogo bioético a través de las distintas disciplinas que deben entenderse y respetarse en la bioética, con especial interés por las ciencias, en diálogo con la filosofía, la ética, la teología y el derecho.

Así, en su larga carrera de fondo por la bioética, el Dr. Abel invirtió muchísimas horas en enseñar a dialogar y compartir ese diálogo, en el ámbito de sus clases, reuniones de trabajo, ponencias en congresos y jornadas nacionales e internacionales, debates en los medios de comunicación, etc. Aun así, intentaba sacar tiempo para poner por escrito sus ideas, en forma de artículos, capítulos de libro o entrevistas. Muchos de esos materiales, dispersos en publicaciones de distinta naturaleza, han pasado inadvertidos o han quedado más en el anonimato que si se hubiesen concretado en monografías de su autoría. Tanto es así, que el único libro que publicó en solitario fue fruto de la insistencia de Fundación Mapfre para plasmar en un texto de referencia todo su amplio conocimiento de la bioética, desde su visión privilegiada como pionero. Así, en 2001 salió a la luz "Bioética: orígenes, presente y futuro" (8).

Por todas estas razones, tras su pérdida en diciembre de 2011, el Institut Borja de Bioètica consideró una deuda, en reconocimiento a su persona, recoger en el libro "Francesc Abel y la Bioética... un legado para la vida" una selección de textos de los que ha sido autor único o coautor. La pretensión de esta obra era dejar constancia de su trabajo y de su importante aportación en la reflexión y el análisis en el terreno de la bioética, trabajando a fondo determinados temas que constituyeron desde un primer momento su fuente de inspiración, como el inicio de la vida humana, sobre el que desarrolló su tesis doctoral, y otros muchos que le interesaron a la vista del desarrollo de los avances biomédicos y de la evolución de la sociedad. Una visión cronológica de sus trabajos permite al lector del libro captar, por un lado, la visión avanzada del Dr. Francesc Abel en muchos temas de bioética sobre los que todavía no se ha alcanzado un consenso, viéndose incluso hoy una radicalización de las posturas mayor que hace veinte años. Por otro lado, permite también visualizar la evolución de su pensamiento en algunas cuestiones, poniendo en práctica una de las características básicas de la bioética, como es la capacidad de replantear posicionamientos cuando nuevos datos o elementos nos arrojan nueva luz a los temas o cuando el dinamismo social exige revisar de forma autocrítica la propia visión sobre un conflicto ético, huyendo del inmovilismo y de las posturas dogmáticas. En algunos de los temas que recoge su libro, especialmente en relación con el inicio y el final de la vida, esa evolución en el pensamiento del Dr. Abel es interesante de apreciar, siempre fiel a su profunda fe cristiana como buen jesuita y sacerdote, en diálogo abierto y sincero con el magisterio de la Iglesia católica, pero sin dejar de moverse en los límites de sus ideas, firmemente sustentadas en el conocimiento científico, en la experiencia práctica y en sintonía con el sufrimiento de las personas, a pesar de que pudieran comprometerlo.

VI. DE LA BIOÉTICA CLÍNICA A LA BIOÉTICA GLOBAL

El itinerario interior de Francesc Abel, en sus preocupaciones científicas y filosóficas-teológicas, iba más allá de la ética médica y se abría a una concepción amplia de la bioética, al modo como la pensó V. R. Potter, como "ciencia de la supervivencia". La bioética, según Abel, necesitaba contemplar la ética general de la vida.

(7) Institut Borja de Bioètica, "Francesc Abel i la bioètica, un llegat per a la vida" ("Francesc Abel y la bioética, un legado para la vida"), Ed. Proteus, Cànoves i Salamús, 2012.

(8) Abel, F., "Bioética, orígenes, presente y futuro", Ed. Sant Cugat del Vallès: Mapfre; Institut Borja de Bioètica, Madrid, 2001.

Así, podríamos señalar tres niveles en los que el Dr. Abel trabajó la bioética como disciplina. El primero de ellos, y el más conocido, que Adela Cortina caracteriza como “microbioética” (9), aquella más cercana al campo estrictamente clínico, a la distancia corta médico-enfermo. En esta área, compleja, rica y conflictiva, donde se plantean las cuestiones más vivas y desgarradoras de la decisión médica por su inmediatez, Francesc Abel se sitúa con gran profundidad, riguroso conocimiento médico científico, a la vez que riguroso análisis filosófico teológico, en las situaciones éticas derivadas de la aplicación de los progresos de la medicina. Es aquí donde proclama la autonomía de la reflexión ética y su independencia de tuteladas de otra índole (10). Este terreno era ampliamente dominado por el Dr. Abel, fruto de su extensa y complementaria formación en el campo médico y también ético filosófico.

Sin embargo, también trabajó la bioética a un segundo nivel, planteando el análisis ético en el campo de la salud pública, la epidemiología, el uso y la gestión de recursos naturales limitados, la demografía o la eugenesia médico terapéutica. Su formación en los Estados Unidos, en colaboración en la sección de demografía del Kennedy Institute (Center for Population Research), le propiciaron una visión privilegiada en estas cuestiones, preocupándose también por las “tres P”, como él decía, *population, pollution and production*, más propias de la bioética global. El punto de partida fue, sin duda, los temas poblacionales, directamente relacionados con la evolución de la reproducción humana, la modificación de las técnicas asociadas y el control de la natalidad, en países desarrollados pero también subdesarrollados. Francesc Abel concretó sus intervenciones en este ámbito en diversos escritos, conferencias y sesiones referentes a la relación entre población y recursos disponibles, demografía y pobreza y políticas demográficas en relación con la justicia internacional. De su análisis derivaron también críticas fundamentadas a las conferencias mundiales sobre población y sus programas de acción, como la Conferencia de El Cairo, 1994, o la Conferencia sobre la Mujer en Beijing, 1995.

Finalmente, y como tercer ámbito de ampliación de la bioética, menos desarrollado en Europa, el Dr. Abel centró su atención también en los temas de bioética global o “macrobioética”. La urgencia en reflexionar sobre la sostenibilidad del planeta, los recursos disponibles para atender el crecimiento inédito de la especie

humana y la bondad o maldad de la acción del hombre sobre la tierra lo llevaron a tratar desde el IBB cuestiones como “¿Tiene que existir una ética del desarrollo sostenible?”, “¿Estamos obligados a responder moralmente a la Tierra?”, “Política demográfica y justicia internacional” o “Más allá de los límites del crecimiento”. Todos estos temas siguen siendo objeto de análisis desde una ética de la responsabilidad y, tratando de objetivarlas con datos, son materia de tratamiento periódico de los informes anuales del Worldwatch Institute, hacia una sociedad sostenible (11).

Podríamos hacer la síntesis de estos tres grandes ámbitos de trabajo del Dr. Abel diciendo que nos ha acercado de forma científica, responsable, lúcida y desde los valores cristianos a la vida y la muerte individualmente analizadas, a la gestión de la salud aplicada a la promoción de la vida y a una sensibilidad ética para ejercer responsablemente la vida humana sobre la tierra.

VII. SU GRAN OBRA: EL INSTITUT BORJA DE BIOÈTICA

Tal como ha ido apareciendo a lo largo del texto, el gran legado del Dr. Abel es el Institut Borja de Bioètica, que él tenazmente quiso impulsar y del que fue director y posterior presidente hasta casi su final. Alma de la institución, en pensamiento y acción, trabajó durante los primeros años en colaboración con otros jesuitas, como el P. Cuyás, el P. Escudé, el P. Juncosa o el P. Filella, entre otros. Desde sus inicios, consideró imprescindible que en la reflexión teórica que aportaba la filosofía y la teología confluyesen también la ciencia y el conocimiento médico, parte muy importante de su formación. Por eso contó con la colaboración y el apoyo de profesionales del campo de la salud, médicos de diferentes especialidades e investigadores, incorporándolos en los debates, las reuniones de trabajo y las actividades docentes.

Poco a poco, el Instituto fue configurándose como una entidad académica, con una estructura sólida de colaboradores, con carácter multidisciplinario y con posibilidad de aportar mucho a nuestra sociedad y a nuestros profesionales. Así, el Instituto quiso entrar en un entorno académico y universitario que legitimase la calidad y el rigor de sus actividades docentes y de investigación, vinculación que inicialmente se estableció a través de un convenio de colaboración con la Universitat

(9) Cortina, A., “Neuroética y neuropolítica”, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, ps. 40-41.

(10) Nogués, R. M., “De la clínica a la biosfera pasando por la demografía”, *Bioètica & Debat*, vol. 18, n. 65, 2012, ps. 11-13.

(11) World Watch [web]. [s.l.], 2013 [actualizada 2013]. Disponible en www.worldwatch.com.

Autònoma de Barcelona. Posteriormente, en 2000, el Institut Borja de Bioètica se integra en la Universitat Ramon Llull (URL) como centro federado de pleno derecho. La URL suponía el contexto ideal para la entidad, dado que es una universidad de inspiración cristiana y con un modelo federal que dota de plena autonomía a sus centros, haciendo posible que el Instituto mantuviera toda su especificidad, asumiendo el compromiso que implica formar parte del entorno universitario y responder a una vocación pública de servicio.

Desde 2000, el Institut Borja de Bioètica oficializó sus estudios de posgrado con el máster de Bioética y el posgrado en Bioética, que en 2006 acredita en el marco europeo de enseñanza superior y oficializa el título de máster universitario en Bioética con los parámetros de Bolonia.

De igual forma, y con el fin de poder dar respuesta a la necesidad de los nuevos tiempos y trascender más allá de las fronteras de nuestro territorio, el Institut ve la necesidad de ofrecer la formación en formato virtual y puso en marcha su campus (www.campus.ib-bioetica.org), complementando la formación presencial con un formato a distancia para todos los profesionales que no pueden tener acceso a los estudios de forma presencial.

Hoy se está desarrollando ya la décima promoción del máster en Bioética, la cuarta como máster oficial y se ha facilitado el acceso a la formación a muchos profesionales también de otros puntos de la geografía mundial, especialmente de América Latina.

En la misma línea, el Institut quería ofrecer a la comunidad universitaria y profesional un instrumento de apoyo con contenidos específicos de bioética y, por eso, en 2005 pone en marcha un portal gratuito en Internet que ofrece materiales diversos (artículos, difusión de libros, agenda de actividades, libros y documentos de consulta electrónicos, etc.) a todos los interesados en la bioética (www.bioetica-debat.org).

En los últimos años, la actividad docente del IBB se ha abierto también a otras temáticas, con cursos monográficos en ámbitos como la ética de la investigación en sujetos humanos o la ética de la intervención social, campos bastante necesitados de actividades formativas específicas y con contenidos que respondan a las necesidades de los colectivos implicados.

Podemos afirmar, pues, que la labor iniciada por el Dr. Abel en los últimos quince años se ha consolidado plenamente y ha alcanzado un nivel notable en el entorno bioético de nuestro país y también internacionalmente.

VIII. LA JOYA DE LA CORONA: “SU BIBLIOTECA”

No puedo dejar de mencionar la importancia de la Biblioteca del Institut Borja de Bioètica como “pequeña joya”, que el Dr. Abel preservaba y mimaba... la Biblioteca y el Centro de Documentación especializada en bioética que hoy tenemos, los inició él mismo trayendo algunos libros, revistas y documentos en inglés cuando regresó de los Estados Unidos en 1975. Su intención era alcanzar algún día algo hecho a imagen y semejanza de la biblioteca del Kennedy Institute, y de allí mismo importó el modelo de catalogación de libros y revistas que hemos seguido hasta hace unos años. Nuestra biblioteca, única en el Estado español por su contenido y especificidad y una de las mejores en el ámbito europeo, se ha ido nutriendo año tras año como un pozo sin fondo, con nuevas compras y adquisiciones, seleccionando bien los materiales, hasta el punto que hoy cuenta con más de 14.000 monografías y una colección de más de 200 revistas de todo el mundo, con 60.000 registros de artículos, separatas, etc. Hay material en catalán, castellano, inglés, francés, alemán, italiano, entre otros, y cuenta con colecciones completas de revistas científicas de gran prestigio como Science o Nature, además de otras específicas de bioética como la Encyclopedia of Bioethics o el Hasting Center Report.

Hoy, la biblioteca del Institut se puede consultar a través de nuestra web (www.ibbioetica.org/cat/modules/tinycontent/index.php?id=24 y catalog.url.edu/ibb) y forma parte del catálogo de Bibliotecas Universitarias de Cataluña (CBUC), accesible desde cualquier universidad catalana, y del catálogo de la Red Española de Bibliotecas Universitarias (Rebiun), como única biblioteca universitaria especializada en bioética en España.

Tampoco podemos dejar de mencionar otro de los elementos esenciales que Francesc Abel cuidaba, como son las publicaciones propias del Institut. No se trataba de editar textos trabajados o elaborados por otros, sino de publicar aquello que fuese genuinamente pensamiento del Instituto, producto de la labor de grupos de trabajo, colaboradores o investigadores. Con esta intención empezó publicando materiales preparados para los seminarios o actividades de docencia que se impartían en sus aulas, posteriormente ya algunas monografías en colaboración con diferentes autores y, más adelante, también la selección de los mejores trabajos de investigación del máster, como forma de hacer extensivo el esfuerzo valioso de algunos alumnos. Poco a poco se ha ido configurando un pequeño catálogo de publica-

ciones, que quizá no es muy extenso, pero pensamos que sí bastante selecto.

Con todo, el Dr. Abel tenía voluntad de disponer de una publicación modesta pero específicamente nuestra que fuese capaz de presentar en un lenguaje sencillo los temas de la bioética que más interesaban al público en general. Así, en 1995 nace la revista *Bioètica & Debat*, como decía su subtítulo con pretensión de ser una tribuna abierta del IBB, y que pretendidamente incorporaba los dos conceptos: la bioética como disciplina y el debate como esencia de aquélla. Desde esta revista podemos mirar satisfechos los dieciocho años de trayectoria que ya llevamos y de los que él estaba especialmente orgulloso.

IX. VISLUMBRANDO EL FUTURO, SIGUIENDO LAS ENSEÑANZAS DE FRANCESC ABEL

Francesc ya no está con nosotros y nos dejó demasiado pronto, pues todavía tenía mucho que decir y enseñar... Desde esta institución que él creó e hizo crecer con su trabajo tenaz e incansable 35 años, todos los que formamos parte de ella nos sentimos deudores de sus enseñanzas. Hemos aprendido con él, hemos disfrutado de su compañía y estímulo perenne, de su bondad y de su ejemplo de vida y hemos crecido como personas y como profesionales. A pesar de los tiempos difíciles que ahora nos toca vivir, somos optimistas pensando que todo su legado tendrá necesariamente una continuidad.

La bioética, si la sabemos trabajar y aprovechar, es una disciplina inagotable desde su vocación más amplia de velar por el bienestar común, buscando vías de diálogo para encaminar la ciencia y el nuevo conocimiento al bien de las personas. En definitiva, promoviendo un ejercicio responsable del poder del hombre sobre el hombre y sobre la tierra. Debemos hacerlo desde aquel espíritu de diálogo abierto y franco que él siempre nos enseñó, huyendo de los dogmatismos de todo tipo –científicos y religiosos–, siendo capaces de escuchar lo que el otro nos puede decir de interés, aportando el dato técnico o científico irrefutable como buena base para el debate, aunque no única, huyendo del conflicto de intereses y con voluntad de buscar el consenso, a pesar de aceptar el disenso.

Francesc Abel nos dio muchas herramientas para hacerlo y es nuestro deber seguir adelante aportando lo que modestamente podamos hacia este objetivo, sin perder de vista aquellos valores más genuinamente cristianos que han sido siempre el substrato y razón de

ser del Institut Borja de Bioètica y a los que nunca hemos renunciado. Como escribió el P. Alfonso Llano (12) en homenaje a la figura del Dr. Abel, “se fue un grande de la bioética”, pero su legado perdurará siempre como ejemplo de vida para todos nosotros.

X. BIBLIOGRAFÍA

Abel, F., “Bioética, orígenes, presente y futuro”, Ed. Sant Cugat del Vallès: Mapfre; Institut Borja de Bioètica, Madrid, 2001.

Abel, F., Boné E. y Harvey, J. C. (eds.), “La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas”, Ed. Pontificia Universidad de Comillas - Institut Borja de Bioètica, Madrid - Barcelona, 1989.

Abel, F. y Cañón, C. (eds.), “La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética”, Ed. Federación Internacional de Universidades Católicas/Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1993.

Abel, F., Harvey, J. C. y Wildes, K. W. (eds.), “*Birth, Suffering, and Death: Catholic Perspectives at the Edges of Life*”, Ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

Comitè de Bioètica de Catalunya [web], Barcelona, 2012 [actualizada 2013]. Disponible en www.comite-bioetica.cat.

Cortina, A., “Neuroética y neuropolítica”, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

Grup Interdisciplinari de Bioètica; Institut Borja de Bioètica; Abel i Fabre, F.; Busquets i Alibés, E.; Camacho i Díaz, J. A.; Cambra i Lasaosa, F. J.; Cardona i Iguaçen X., et al., “Hacia una posible despenalización de la eutanasia. Declaración del Institut Borja de Bioètica (URL)”, *Bioètica & Debat*, vol. 11, n. 39, 2005.

Grup Interdisciplinari de Bioètica; Institut Borja de Bioètica; Abel i Fabre, F.; Busquets i Alibés, E.; Camacho Díaz, J. A.; Cambra i Lasaosa, F. J.; Cusí i Sánchez, V., et al. “Consideraciones sobre el embrión humano”, *Bioètica & Debat*, vol. 15, n. 57, 2009.

Harvey, J. C., “The Movement Expands: Francesc Abel and the European Connection”, en Garrett, J. R., Jotterand, F. y Ralston D. C. (eds.), “*The Development of Bioethics in the United States*”, Ed. Springer, Dordrecht, 2013.

Institut Borja de Bioètica, “Francesc Abel i la bioètica, un llegat per a la vida” (“Francesc Abel y la bioética, un legado para la vida”), Ed. Proteus, Cànoves i Salamús, 2012.

(12) Llano Escobar, A., “Se fue un grande de la bioética”, *Selecciones de Bioética*, vol. 19, 2012, ps. 18-19.

Llano Escobar, A., "Se fue un grande de la bioética", *Selecciones de Bioética*, vol. 19, 2012.

Masià J., Abel, F., "Jesuita en la frontera", *Bioètica & Debat*, vol. 18, n. 65, 2012.

Nogués, R. M., "De la clínica a la biosfera pasando por la demografía", *Bioètica & Debat*, vol. 18, n. 65, 2012.

Orden de 14/12/1993 de acreditación de los Comités de Ética Asistencial, *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n. 1836, del 24/12/1993.

Wildes, K. W., "*Critical Choices and Critical Care: Catholic Perspectives on Allocating Resources in Intensive Care Medicine*", Ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1995.

Wildes, K. W. (ed.), "*Infertility: A Crossroad of Faith, Medicine and Technology*", Ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.

World Watch [web]. [s.l], 2013 [actualizada 2013]. Disponible en www.worldwatch.com.

Jurisprudencia

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la intimidad – Derechos del paciente – Paciente en estado vegetativo – Retiro de soportes vitales – Legitimación – Consentimiento informado

1 – La petición formulada por los hermanos y curadores de una persona que se encuentra en estado vegetativo, tendiente a que se le quiten todas las medidas de soporte vital que lo mantienen con vida artificialmente, no requiere decisión judicial alguna, sino que debe tramitarse conforme a las prescripciones de la ley 26.529 de Derechos del Paciente, pues una decisión contraria implicaría desvirtuar la clara intención del legislador, en cuanto a que estas situaciones no deben desbordar el ámbito íntimo del paciente y/o de su familia y el médico tratante.

2 – La posibilidad del paciente de tomar decisiones en el final de la vida por sí mismo o mediante sus representantes, contemplada por la ley 26.529 de Derechos del Paciente y su dec. regl. 1089/2012, es una facultad reconocida por los derechos humanos constitucionales y convencionales en su más profunda significación, que es la de respeto a la persona en sus íntimas convicciones y plan de vida en condiciones de igualdad con sus semejantes, desde el principio hasta el final de su existencia.

3 – Los hermanos de una persona que se encuentra en estado vegetativo están legitimados para otorgar el consentimiento informado en representación del paciente, en los términos del derecho previsto en los arts. 2, inc. 3; 4; 5, inc. g; 6 y concs., ley 26.529 de Derechos del Paciente, modificada por la ley 26.745, sin que se requiera para ello intervención judicial alguna.

4 – Las decisiones al final de la vida, como ejercicio último de la libertad autorreferente de la persona, se encuentran protegidas por el art. 19 de la Constitución Nacional, y, por ende, exentas de la autoridad de los magistrados, en tanto no ofendan el orden y la moral públicos, ni perjudiquen a terceros.

SUP. TRIB. JUST. NEUQUÉN, 19/4/2013 - D. M. A. (*)

Neuquén, abril 19 de 2013.

1ª.– ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado?

2ª.– En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

3ª.– Costas.

1ª cuestión.– El Dr. Massei dijo:

I. En primer término, considero pertinente efectuar una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida.

(*) Para una visión amplia de las situaciones complejas que se debaten hoy en la Bioética del final de la vida, que incluye muy particularmente la cuestión central abordada en la sentencia puede consultarse: Hooft, Pedro F. y Hooft, Lynette, "Bioética en el final de la vida. El derecho a morir en paz. La autonomía personal y las directivas anticipadas. Reflexiones en torno a la Ley de Muerte Digna", en JA 2012-IV-8.

1. Que a fs.9/10 y 13 (febrero de 1995), se presentan A. D. y G. W. y solicitan se declare la incapacidad de su hijo M. A. D., quien se encuentra en estado de coma a raíz de un accidente de tránsito. Asimismo, piden que se designe curadora a su hermana A. I. D.

A fs.53/vta. se declara incapaz por demencia a M. A. D. y se nombra curadora a A. I. D.

A fs.355 se designa curadora en forma conjunta y/o alternativa a A. S. D., también hermana de M. A. D.

A fs.418/426vta. las curadoras A. I. D. y A. S. D. solicitan se ordene el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de M. A. D. Refieren que habiéndolo solicitado a la institución LUNCEC, donde se encuentra internado su hermano, ésta requirió a la Auditora Médica Dra. A. M. I. un diagnóstico y evaluación de la situación del paciente.

Señalan que a instancias de la facultativa se expide el Comité de Bioética de la Subsecretaría de Salud a través de su coordinadora la Dra. A. M.; el jefe del Servicio de Terapia Intensiva del Hospital Castro Rendón, Dr. V. S. y el Dr. C. G., Consultor Honorario del Hospital de Clínicas y miembro del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva.

Consignan que el Dr. V. S. informa: “[...] el estado actual, sin cambios clínicos significativos desde su última valoración neurológica en el año 2006, es compatible con estado vegetativo, y que ello supone que `no hay evidencia de conciencia de sí mismo o del medio que lo rodea; no hay movimientos intencionados, sugestivos de conducta aprendida, con algún propósito, reproducibles y/o sostenidos; no hay evidencia de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y que no hay evidencia de actividad cognitiva residual´” (cfr. fs. 418vta./419).

Siguen diciendo que el especialista destaca:

“La permanencia del cuadro clínico, habiéndose descartado toda otra causa eventualmente reversible de estado vegetativo permite definirlo como `permanente´, indicando luego que `esta situación debe ser comunicada de manera fehaciente a sus familiares directos de tal manera que sepan que el paciente..., no tiene posibilidad alguna de recuperación neurológica que permita calidad de vida mínima´. Concluye el experto indicando que: `Toda la bibliografía médica y precedentes ético-legales recomiendan en el EVP limitar el esfuerzo terapéutico, lo cual incluye no tratar complicaciones infecciosas y/o cualquier tipo de disfunción orgánica. Sostener la nutrición enteral y/o la hidratación es una decisión médica posible con amplia referencia bibliográ-

fica, [...] especialmente facilitada por un acuerdo explícito con los familiares directos y/o referencias por parte de los mismos acerca de la voluntad anticipada del paciente en cuestión. Sin lugar a ninguna duda, y esto no está en discusión, al paciente lo asiste el derecho a una muerte digna´” (sic. fs. 419).

Refieren que la situación jurídica por la que atraviesa su hermano es similar a la que transitan las denominadas personas por nacer, ya que son absolutamente incapaces de hecho y capaces de derecho relativo, que actúan a través de sus representantes, resultando una “persona por morir”, ya que no existe ninguna posibilidad de recuperación de su situación clínica, y si no fuera por la implementación de medidas de sostén vital, la abreviación del ciclo vital ya se hubiera producido.

Invocan la Nota N. 31/2009 de la Subsecretaría de Salud en cuanto refiere: “no existe conflicto ético por coincidir la indicación médica con la voluntad expresada por escrito del familiar a cargo del paciente, ambas en todo de acuerdo con las recomendaciones de las sociedades científicas correspondientes”.

Expresan que finalmente LUNCEC a través de su representante legal, no hace lugar a la petición familiar –sosteniendo el carácter no vinculante de los referidos dictámenes– y sugiere el traslado hacia otra institución que acuerde con el deseo familiar.

Aseveran que LUNCEC ha relativizado la opinión de expertos en bioética y desconocido la jurisprudencia local y nacional sobre el tema.

En ese sentido, expresan que M. A. D. está siendo sometido a encarnizamiento terapéutico y práctica distanásica, lo que consideran prácticas crueles, aberrantes y degradantes, y citan jurisprudencia del Juzgado interviniente que ha señalado que el reconocimiento de la dignidad de las personas impide que las prácticas médicas sean desarrolladas sin satisfacer ningún interés del paciente o lo que resulta equivalente, asegurando su sobrevivencia en detrimento de todo sentido de la dignidad humana.

Expresan que ello resiente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y además viola la Constitución Nacional a partir de la incorporación de sendos instrumentos del sistema universal de Derechos Humanos, tal como lo indica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Manifiestan que la negativa de la institución a suspender y retirar el soporte vital en M. A. D. es una suerte de apropiación indebida de su agonía, que constituye encarnizamiento terapéutico a través de la negación de la

muerte como desenlace del proceso vital a través del establecimiento de medidas extraordinarias y desproporcionadas que prolongan la vida en forma artificial, penosa y gravosa.

Afirman que la ley 17.132 de ejercicio de la medicina establece el respeto a la negativa al tratamiento, que la normativa local Nro. 2611/2008 consagra además el derecho que le asiste a las representantes del paciente en cuanto a la solicitud de suspender los tratamientos descriptos.

Asimismo, expresan bajo declaración jurada que cuando eran chicos, en una oportunidad, junto a su hermano M. A. D. se encontraban leyendo una revista Selecciones en la que se comentaba el caso de la estadounidense "Karen Ann Quinlan", que se encontraba en coma por consumo de alcohol y drogas, el penoso camino que emprendieron los padres solicitando el retiro del soporte vital y que su hermano M. A. D. la miró y le dijo "si alguna vez a mí me pasa algo, a mí me dejas morir".

2. A fs.532/535vta. se presenta Lucha Neuquina contra El Cáncer (LUNCEC), mediante apoderado, manifiesta que las hermanas de M. A. D. afrontan el costo del servicio de internación y cuidadora, que recientemente han solicitado se retire la asistencia kinesioterapia motora y respiratoria, como axial y que no se suministre tratamientos antibióticos, ante lo cual manifiesta la objeción de conciencia de la institución y la necesidad de intervención judicial.

A fs.564/590 obra informe pericial a cargo del Dr. D. Z. y la Dra. H. F., profesionales del Cuerpo Médico Forense, quienes sostienen:

"De la evaluación realizada se constata que presenta: persona en decúbito sin lesiones por el mismo (escaras), vigíl, sin respuesta al entorno, sin ninguna comunicación verbal al interrogatorio, alimentado por yeyunostomía por imposibilidad de deglutir, sin respuesta a órdenes verbales, con sonda vesical permanente y con pañales por incontinencia vesical y rectal, sin signos de descompensación cardíaca aguda, moderada secreción bronquial, normohidratado, ligeramente hipotrófico, espasticidad marcada en cuatro miembros, movimientos incoordinados en miembros superiores.

"Por evaluación realizada y los informes obrantes en autos se puede considerar que el Sr. presenta un Estado Vegetativo Permanente [...].

"Surge de la revisión del expediente que todos los profesionales, Área y Comités de Bioética Provincial y de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, consultados

se orientan a definir la limitación del soporte terapéutico [...]" (fs. 589/590).

3. A fs.712/721 obra informe pericial realizado por el Dr. C. L., jefe del Cuerpo Médico Forense, quien concluye:

"El paciente es un paciente desahuciado en estado terminal, por lo tanto: tiene derecho a morir. No es ético dar ningún tipo de tratamiento: kinesiología, medicinas, antibióticos, tratarlo de cualquier manera, intentar recuperarlo si se agrava, menos aun internar en Terapia Intensiva, etc. Si se infecta no es lícito tratarlo. Su asistencia debe limitarse a hidratarlo y alimentarlo y darles los cuidados llamados de confort, cambio de ropas de cama, rotarle para que no se escare, etc. Todo lo demás está fuera de la ética y no lícito, por lo tanto no está dentro de la cobertura de ningún sistema sanitario, sea cual fuere"(cfr. fs. 721 el resaltado pertenece al original).

A fs.757/769 obra informe del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva certificado.

A fs.770/792 obra informe del Comité de Bioética del INCUCAI certificado.

A fs.797/799 obra informe de la Dra. A. M. Coordinadora del Área de Bioética Dirección Provincial de Gestión de la Subsecretaría de Salud de la Provincia.

4. A fs.808/vta. el Ministerio de Incapaces se opone a lo peticionado por las curadoras y a fs. 810 el Curador Especial se expide en el mismo sentido.

5. A fs. 819/825vta. se dicta sentencia rechazando el pedido de autorización judicial formulado por las curadoras y se hace saber a los médicos tratantes que deberán realizar la totalidad de las acciones que el arte de curar indique como cuidados paliativos en pos de la vida del causante procurando las medidas necesarias para atender a su confort psíquico, físico y espiritual, mejorando en la medida de lo posible su calidad de vida.

La sentenciante sostiene que en autos no se cuenta con la manifestación de voluntad expresa del paciente en cuanto a las medidas a tomar, por lo que resulta necesario evaluar si dicha voluntad puede ser sustituida por la de sus hermanas en carácter de curadoras y en su caso si las condiciones de salud de M. A. D., lo justifican.

Reseña las diversas posturas que se sostienen sobre la sustitución de la voluntad en casos como el presente. Señala que aún con pensamientos que sostienen una posición u otra, que defienden la vida o aceptan el pedido de morir dignamente por sí o por terceras personas, no se ha dictado legislación de fondo al respecto.

Analiza el caso concreto, destaca que las curadoras han arbitrado los medios para un adecuado cuidado de su hermano, que no se trata de una persona con capacidades disminuidas, sino de una persona que carece de capacidades y que hasta ahora no tiene posibilidad de revertir ello.

Afirma que de los informes obrantes en autos surge que M. A. D. no tiene factibilidad alguna de recuperación neurológica que permita calidad de vida mínima. Ante tal situación no es posible para nadie, menos aún para el curador, arbitrar ya más medidas tendientes a que el insano recobre su capacidad.

Luego la sentenciante se interroga sobre si el diagnóstico justifica el proceder pretendido, destacando la sobriedad de M. A. D., la inexistencia de padecimientos extremos y la circunstancia de que no se encuentre en etapa terminal.

Sostiene que estas consideraciones toman fuerza luego de haber tomado contacto con el enfermo.

Refiere que ninguno de los informes médicos pone énfasis en que un estado terminal aqueje al paciente, pese a que el estado vegetativo sea considerado permanente e irreversible.

Argumenta que la hidratación y alimentación no son tratamientos médicos y que el suministro de antibióticos constituye una asistencia básica de todo ser humano que no constituye método extraordinario para prolongar la vida.

Afirma que la solución que propicia procura evitar que se acelere su muerte porque ésta no resulta inminente o inevitable.

Se aparta de las recomendaciones dadas por los organismos médicos y señala que estas discusiones deberán ser zanjadas en la sociedad argentina con el dictado de leyes fundadas que indiquen cómo debe procederse en estas situaciones.

Resuelve rechazar el pedido de autorización judicial realizado por las curadoras de M. A. D. e indica a los médicos la conducta a seguir.

6. Disconformes con el decisorio, apelan las curadoras y expresan agravios a fs. 840/849vta., los que son replicados por el Ministerio de Incapaces y el Curador Especial, a fs. 851/859 y fs. 860 respectivamente.

7. Elevados los autos a la Cámara de Apelaciones, ésta dicta sentencia a fs. 877/891vta. y confirma lo resuelto por la *a quo*.

Afirma que el fallo de Primera Instancia realiza una correcta y equilibrada ponderación de la situación vital del interdictado, como de las diversas opiniones que se vierten en el proceso.

Refiere que por más que las peticionantes estén habilitadas para formular la solicitud, ello no equivale a la fundabilidad del pedido, en tanto la situación fáctica que se plantea no encuentra respaldo en nuestro derecho por ausencia de una norma jurídica que valide el proceder que se impetra.

En ese sentido sostiene que la falta de dicha legislación no puede ser suplida por una provincial en virtud del derecho o valor humano en juego. Agrega que la cuestión se encuentra legislada en el Código Civil bajo las rúbricas del comienzo y fin de las personas de existencia visible y que el juzgador ha de negarse a aplicar normativa provincial manifiestamente repugnante al sistema constitucional de la atribución de las competencias nacional y provincial.

Analiza instrumentos internacionales de derechos humanos, en lo que respecta a los derechos a la vida y la dignidad, reafirmando su carácter sagrado e inamovible.

Señala que no existe el supuesto desplazamiento de la opinión del peritaje médico por parte de la sentenciante de grado, y que la judicatura puede tener válidamente su propio punto de vista, desde un enfoque específicamente jurídico que sin desatender los de otras ciencias y en sentido diferente al del perito no signifique fatalmente arbitrariedad.

Para ello, alega que la opinión divergente cuenta con sólido arraigo, no solo en la apreciación personal y subjetiva del paciente por parte de la decisora, sino también del derecho comparado, opinión del Papa Juan Pablo II y de la Sup. Corte Bs. As.

Señala, que la discrepancia de la sentenciante con la pericia médica es parcial, en tanto media acuerdo en cuanto a la hidratación, alimentación y demás medidas de confort y la diferencia consistiría en la medicación anticonvulsionante y antiinfecciosa, respecto de lo cual entiende que los procedimientos mencionados se llevan a cabo por medio de sonda, que a su vez favorece las infecciones, por lo que el no combatir las dejaría sin sentido la indicación de hidratación y alimentación.

Concluye, que el decisorio de Primera Instancia se funda en la ausencia de manifestación de voluntad del paciente para suprimir el soporte vital, que la medicación que se le brinda no comporta un medio extraordinario de sostén vital, ni supone encarnizamiento terapéutico y que no brindar medicación antiinfecciosa impediría

continuar con la hidratación y alimentación, lo que provocaría el deceso aunque fuera indirectamente, irrumpiéndose en el campo eutanásico.

Agrega el juez Federico Gigena Basombrío que la ausencia de voluntad cierta del paciente no puede ser suplida por la de sus curadores y que ante la duda acerca de cuál sería el sentido real de aquella voluntad, debería estarse hacia el lado de la prosecución vital o sea mantener el actual marco asistencial.

A su turno, la jueza Patricia Clerici adhiere al voto del magistrado preopinante y agrega que así como no tenemos derecho a quitar la vida a una persona, tampoco tenemos derecho a prolongar innecesariamente sus sufrimientos y mantenerla con vida biológica exclusivamente con soportes externos. Invoca en apoyo palabras de Juan Pablo II, citadas también en el precedente "E. C." del Juzgado de Familia Nro. 2 de esta ciudad.

Sostiene que la muerte es parte de la vida y la dignidad de la vida debe extenderse y efectivizarse también en el momento último de la existencia y en el proceso inmediatamente anterior.

A su vez señala, que en esta sociedad tecno-capitalista en la que nos encontramos inmersos es muy difuso el límite entre el humanitarismo y el negocio económico y reflexiona que si la familia de M. no hubiera tenido los recursos necesarios para asistirlo en su larga agonía, quizás no nos encontraríamos discutiendo sobre su condición de vida.

Luego, respecto del caso concreto dice que si M. A. D. hubiera decidido en forma consciente que ante una situación como la que está atravesando no quiere ser asistido vitalmente mediante soportes externos, no dudaría en autorizar la supresión de tales soportes, incluidas alimentación e hidratación, con fundamento en el art.19, Constitución Nacional, que ampara a disponer del propio cuerpo, incluso la aceptación o no de un determinado tratamiento sanitario y cita el precedente "Bahamondez" de la Corte Sup. (LA LEY, 1993-D, 130).

Señala que en el presente se encuentra ausente la voluntad de M. A. D., ya que su situación vital nos impide conocerla y que respecto de cuestiones vinculadas a los derechos personalísimos la decisión del curador debe ser evaluada con reservas, más allá de la conducta irreprochable que han tenido las hermanas de M. A. D en relación a éste.

Afirma que la desconexión de las vías de alimentación y de hidratación es una condena de muerte cierta, ya que el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado de proveer dichas funciones por medios propios o con

la ayuda no mecánica de terceros, y ello torna difuso el límite entre la eutanasia activa y la eutanasia pasiva.

Respecto del tratamiento con antibióticos interpreta que no puede entenderse que signifique una práctica invasiva o un soporte vital externo, sino que se encuentra dentro de los procedimientos ordinarios de la medicina e incluso podría ser considerado una práctica paliativa, por lo que no puede ser autorizado su uso en el supuesto de ser necesario.

Por los argumentos señalados, resuelve la Cámara confirmar el fallo dictado en la Primera Instancia.

8. La curadora A. I. D. interpone recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley por la causal del art.15, inc. c, imputando al decisorio dictado por la Alzada: arbitrariedad, apartamiento del derecho vigente y de las constancias de la causa.

Denuncia violación a los arts. 14, 19 y 28, Constitución Nacional. Desconocimiento de las prescripciones de la Ley provincial 2611/08 –Art. 4, incs. i, n, o y p, y art. 11–; y de la normativa del bloque de constitucionalidad federal en lo atinente al derecho a una muerte digna; como también interpretación restrictiva del art. 481, Cód. Civil.

Se agravia por considerar que se han soslayado gravemente las constancias de la causa, con respecto a la totalidad de las pericias e informes de comités de ética obrantes en autos.

Asimismo, señala que se incurre en contradicción al fundamentar el desconocimiento de la legitimación activa de las pretensoras.

Finalmente afirma que el poder legislativo provincial al dictar la ley 2611, reglamenta derechos ya consagrados en el bloque de constitucionalidad federal, por lo que no invade materia federal como se afirma en la sentencia.

En síntesis, sostiene que en el decisorio recurrido hubo un grave apartamiento de las constancias de la causa, que se falló sobre dogmatismos no probados, sin tener en cuenta la plataforma fáctica, jurídica ni las pruebas rendidas en autos.

9. A fs.923/928vta. y fs.929/931vta. obra la réplica del recurso deducido por parte de la Defensora de Incapaces y el Curador *ad hoc*, con el pedido de confirmación de la sentencia recurrida y consecuente rechazo de la petición formulada por las recurrentes.

Solicitan que en caso de declararse admisible, previo a resolver se constituyan los magistrados en LUNCEC a

fin de constatar las condiciones en las que vive M. A. D. y su estado.

10. A fs.935 el defensor subrogante ante el cuerpo ratifica lo actuado por la Defensora de Incapaces.

11. A fs. 937 toma intervención el fiscal ante el cuerpo.

12. A fs.943/945 mediante R.I. 83/12, se declara admisible el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por A. I. D., curadora y hermana de M. A. D.

13. A fs.952/955vta. el fiscal ante el Cuerpo emite dictamen. Afirma que los informes médicos y bioéticos obrantes en autos denotan que M. A. D. se encuentra en la situación prevista en el art. 4, inc. g, ley 6529 modificada por ley 26.742, en atención a que, padece un estado vegetativo permanente irreversible y que se encuentra desahuciado en situación terminal, alimentado e hidratado artificialmente.

Concluye que el caso judicializado tiene hoy contenido normativo, en la ley recientemente sancionada, que las representantes de M. A. D. se encuentran habilitadas para actuar en ese marco y cumpliendo con las pautas allí establecidas.

Dictamina que la situación de M. A. D. queda encuadrada dentro del nuevo marco normativo de la ley 26.529 modificada por ley 26.742 y propone que el debate puntual se declare abstracto, toda vez que en atención al principio constitucional de reserva, quienes se encuentren en la situación descrita por la ley no pueden ni deben ser obligadas a solicitar una autorización judicial, dado que la ley no lo manda.

14. A fs. 957 se llama autos para sentencia, el que es suspendido y reanudado a fs. 966.

15. A fs. 971 se pasan a conocimiento de los vocales las presentaciones efectuadas por la Asociación por los Derechos Civiles (A.D.C.) e integrantes del Comité de Bioética de C.E.M.I.C. S.A., más las adhesiones a esta última efectuadas por Institut Borja de Bioética Universitat Ramón Llul (Barcelona); Dra. N. T. sala (presidente del Instituto y jurista especialista en bioética); Dr. I. M., especialista en bioética, Convocatoria Neuquina por la Justicia y la Libertad de Prensa y Dra. D. M., magíster en bioética.

A fs. 972 se pasa a conocimiento el escrito de la defensora oficial que solicita el desglose de las presentaciones mencionadas precedentemente y reitera pedido para que el cuerpo en pleno mantenga contacto personal con M. A. D.

A fs. 973 se pasa a conocimiento la presentación efectuada por el Dr. J. L. M. (coordinador y en representa-

ción del Comité de Ética del CE.LA.BE mediante la cual adhiere a la del Comité de Bioética del CEMIC S.A. y de la Dra. M. Cristina Ambort.

Posteriormente se pasa a conocimiento el escrito presentado por el apoderado de la recurrente que solicita se resuelva con pronto despacho.

Por último, se hace lo propio respecto de la presentación efectuada por la Sra. M. P. C., docente investigadora, Dra. en Sacra Theología, licenciada en Teología Moral con orientación en bioética, bachiller y profesora en Teología.

II. Que en los presentes el debate gira en torno a derechos personalísimos de rango constitucional, tales como la vida, la libertad, la dignidad y las formas concretas en que estos, pueden ser ejercidos por personas que atraviesan estados de salud complejos como el de M. A. D. Y ello, con más la naturaleza de la normativa puesta en crisis –arts. 14, 17, 18, 19, 75, inc. 22, Carta Magna– determinó la apertura de la etapa casatoria.

Sin embargo, es preciso señalar la ocurrencia de un hecho sobreviniente y relevante, que habrá de variar el curso del presente análisis recursivo.

Es que el 09/05/2012, con posterioridad al dictado de la sentencia recurrida (de fecha 06/11/2011), el Congreso de la Nación sanciona la ley 26.742 –que modifica la ley 26.529 de Derechos del Paciente– y el Poder Ejecutivo Nacional la reglamenta mediante el dec. 1089/2012 del 06/07/2012.

Es oportuno mencionar que el decisorio dictado por la Alzada, confirmatorio del de Primera Instancia, funda principalmente el rechazo a la petición de retiro de soporte vital a M. A. D. efectuada por sus hermanas, en la ausencia de una Ley que sustentara la autorización pretendida.

Sabido es, que las sentencias de este tribunal deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso, conforme criterio sostenido reiteradamente por la Corte Nacional (Fallos: 316:479 –Bahamondez–). Ello, sumado a la regla del *iura novit curia* –de amplia vigencia en esta etapa–, me lleva a considerar que corresponde el análisis del presente caso a la luz de la normativa específica, de reciente sanción y vigente al tiempo de resolver el recurso.

En lo que aquí interesa, el nuevo dispositivo incorpora de manera explícita el derecho del paciente, en determinadas situaciones, a manifestar su voluntad respecto del rechazo o retiro de procedimientos de hidratación

o alimentación, y establece el deber en tales casos, de mantener los cuidados paliativos a fin de garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

Dispone también que en el supuesto de incapacidad del paciente, el consentimiento informado podrá ser dado por las personas que en orden de prelación, menciona la Ley de Trasplantes de Órganos 24.193 en su art. 21.

Asimismo, que en tales casos se dejará constancia explícita en la historia clínica, del diagnóstico y del ejercicio de la autonomía de la voluntad, con las firmas del médico y del paciente o su representante.

La ley, recientemente sancionada, se asienta sobre la plataforma constitucional del art. 19, Carta Magna, precepto que pone límite al Estado, reservando de su injerencia el ámbito de la autodeterminación individual.

Se trata, en la especie, del derecho a ejercer la autonomía de la voluntad, el derecho de la persona a elegir el propio plan de vida y esto hasta sus etapas finales, es decir las que preceden a la muerte.

En ese sentido es que, la Ley de Derechos del Paciente 26.529 modificada por la ley 26.742, viene a reglamentar el mencionado precepto constitucional en lo que respecta al paciente como sujeto de derecho, estableciendo además el modo en que el mencionado sujeto ejerce tales derechos cuando se encuentra en estado de inconciencia, tal el caso que nos ocupa.

El nuevo dispositivo legal y su reglamentación vienen a subsanar la situación de desigualdad (art. 16, Constitución Nacional) en que se encontraban las personas incapaces en estado de inconciencia, en razón de que si bien la ley 26.529 contenía previsiones respecto del consentimiento informado por medio de sus representantes o familiares, algunas interpretaciones restrictivas seguían dejándolos al margen del ejercicio efectivo de sus derechos como pacientes.

La cuestión que se trae a debate, por la jerarquía de los derechos en juego y la trascendencia de las decisiones que se adopten, así como las diversas y fundadas posturas que se han expresado en la comunidad, requiere de un análisis que pondere debidamente el ordenamiento jurídico constitucional, convencional y normativo en el orden nacional y local. Y ello, en el marco de la realidad del ser humano actual, profundamente impactada por los avances científicos sobre la biología humana, que conlleva la resignificación de conceptos relativos al comienzo y al fin de la vida, cuestiones

dilemáticas que son abordadas desde la óptica de la bioética.

En esa labor, habré de seguir el siguiente orden metodológico, comenzando por el análisis de los derechos constitucionales y convencionales en ciernes, para luego abocarme a la legislación específica nacional y provincial y su aplicación a la situación de M. A. D.

En primer lugar, cabe precisar que la vida es el valor fundamental para el ejercicio de la autonomía personal, ya que no hay elección de ideales y planes personales si no hay vida. (conf. NINO, C. Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Astrea 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2000, p. 221).

Así, se ha dicho que el derecho a la vida es el *sustratum* indispensable para el ejercicio de otros derechos, es una precondition para la realización de valores en el proyecto personal de todo ser humano (conf. Medina, Graciela, Famá, M. V. y Revsin, Moira, "Responsabilidad de los profesionales médicos ante el incumplimiento del deber de informar". Revista de derechos de daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Nro. 2003-3, p. 41).

En ese sentido el derecho a vivir, si bien no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Carta Magna, surge implícito en tanto resulta presupuesto necesario para el goce y ejercicio de los demás derechos fundamentales: al desarrollo humano, la salud, igualdad, etc. (arts. 33, 40, 41, 75, incs. 19 y 23, Constitución Nacional).

Coincidentemente debe afirmarse que todo el ordenamiento jurídico de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental) se asienta sobre el derecho a la vida (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –art. 1–, Convención Americana de Derechos Humanos –art. 4, inc. 1–, Declaración Universal de Derechos Humanos –Art. 3–, Convención sobre los Derechos del Niño –art. 6, inc. 1– y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 6, inc. 1–).

Si bien este derecho no es absoluto, como ningún otro lo es, (por caso, cede ante el interés general, en tanto desde el propio texto constitucional se impone el deber de armarse en defensa de la Patria y la Constitución –art. 21, CN–), es primordial el interés del Estado por proteger ese valor, interés que se exterioriza en la penalización de la conducta de instigación o ayuda al suicidio (art. 83, Cód. Penal) y en la existencia de servicios de asistencia al suicida.

Sentado lo precedente, y partiendo de la base que la situación que nos convoca es la de un ser humano que se

encuentra con vida –valga la obviedad–, habré de abordar el otro derecho constitucional en juego y éste es el derecho a la autonomía individual que emana del Art.19 de la Carta Magna, que reza:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La norma se erige como un basamento nodal del sistema político-jurídico de nuestra Nación.

Interpreta la doctrina:

“El artículo contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran...La trascendencia de la primera parte de la norma es tal que solo con ella es posible diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos.

“El punto focal de la primera parte del art. 19, CN, es, en consecuencia, el principio de autonomía de la persona humana, tomada ésta como centro del sistema político que debe servir al desarrollo de la libertad y que no debe utilizar a las personas para sus propios objetivos. Este principio y su aplicación práctica diferencian los sistemas políticos entre sí, más allá de la declaración sobre la forma de gobierno que formulen expresamente en sus respectivas constituciones.” (GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, T. I. ps. 328/329).

Cabe señalar que esta cláusula constitucional argentina no reconoce fuente en el derecho comparado, fue incorporada por primera vez en el Estatuto Provisional de 1815, luego incluida, con una modificación, en la Constitución de 1853 y aprobada sin debate y por unanimidad, lo que refleja la legitimidad valorativa del precepto y la concordancia axiológica de los constituyentes respecto del reconocimiento de este ámbito de libertad individual. (conf. Gelli, obra mencionada p. 328, con cita de CHACÓN, Federico, “El Principio de intimidad en la historia constitucional argentina”, *El Derecho*, Buenos Aires 20/02/2004).

El principio constitucional de intimidad establecido en el art. 19, Carta Magna, no adscribe al llamado principio paternalista, que justifica la prohibición de ciertas con-

ductas por parte del Estado con el objeto de proteger a quien las realiza. Empero, si bien consagra el derecho a la autonomía personal, lo hace, salvaguardando el orden, la moral pública y la afectación de derechos de terceras personas.

La norma se inserta en un plexo de principios rectores y valoraciones éticas enunciadas en la Constitución Nacional desde su Preámbulo, que hace centro en la libertad y que reconoce la existencia de un ámbito reservado de la intromisión del Estado y de terceros.

En ese sentido, el liberalismo que inspira el texto constitucional, está comprometido con el principio de autonomía de la persona que valora la libre elección de los planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable, y ello así siempre y en tanto no dañe a otros. (conf. NINO, cit., p. 304, C. Santiago).

Los alcances del principio rector del art. 19, Carta Magna, han ido perfilándose a partir de la labor interpretativa del Máximo Tribunal.

Así, debe considerarse que cuando la Corte interpreta la Constitución, lo que ella dice integra a la misma Constitución con igual jerarquía suprema que sus normas escritas. (conf. BIDART CAMPOS, Germán, “La Corte Suprema - El Tribunal de las garantías constitucionales”, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 27).

La propia Corte ha sostenido que el primero y el más elemental de sus deberes es el de ser custodio e intérprete supremo de la Constitución y los derechos y garantías en ella consagrados, conforme lo ha asumido desde los inicios de la organización nacional (Fallos: 1:340).

Es que, en cada tiempo histórico y a través de sus sentencias, nuestro Máximo Tribunal va fijando linealmente el sentido, contenido, alcance y efectividad del derecho, contribuyendo de tal modo a dotar el perfil de las instituciones. (conf. Morello, Augusto M., “La dinámica de la Constitución. La interpretación no paralizante, en Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su 150º aniversario”, ED, 06/06/2003 p. 1).

Respecto de la dinámica interpretación del texto constitucional, sostiene el maestro Morello:

“Pensamos que, con original y expresiva fórmula, la Corte empuja a los jueces a que –respetuosamente– no queden amarrados a técnicas y métodos de hermenéutica, que inmovilizan, se aferran a lo establecido y mantienen una lectura anclada en el ayer incompatible y frenadora de la posibilidades actuales de los princi-

pios, normas y estándares, que indican acordar una solución nueva, pero no sólo porque es madura, sino porque es mejor. Más justa y superadora de la que gozaba de adhesión, la cual ya no es equitativa en el contexto de este tiempo.”(MORELLO, Augusto M., “La dinámica de la Constitución...”, cit., p. 2).

La propia Corte ha señalado:

“Las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, porque por naturaleza tienen una visión de futuro, y están predestinadas a recoger y regir hechos posteriores a su sanción.

La Constitución Nacional tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en los tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la constitución; entre ellos está primero de todos, el de asegurar los beneficios de la libertad” (“Samuel Kot S. R. L.” 1958 - 241:291) (LA LEY, 92-632).

En ese sentido, se destaca que la Corte Nacional ha realizado una vasta labor interpretativa en torno al principio de autonomía individual que emana del mentado art. 19.

La delimitación de esta zona de reserva fue definida por el Máximo Tribunal Nacional en el señero caso “Ponzetti de Balbín” (LA LEY, 1986-C, 411), cuando sostuvo al respecto:

“[...] es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan...” (voto concurrente del Dr. Enrique Santiago Petracchi, consid. 19, p. 1941).

Posteriormente, se expidió el Máximo Tribunal en el precedente “Bahamondez” (Fallos: 316:479), en el cual se discutía si debía respetarse la voluntad de una persona que se negaba a recibir una transfusión de sangre por razones religiosas.

Se sostuvo entonces:

“El art.19, CN, otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”.

Y también:

“[...] la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del derecho a la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional.” (disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi).

En el mismo fallo se expresó:

“El art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio, ordenando la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por curvar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19, Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19, Constitución Nacional” (voto de los Dres. Rodolfo C. Barra y C. S. Fayt).

Recientemente, el Máximo Tribunal se expidió sobre el caso de un hombre que ingresó en estado de inconciencia a un hospital, luego de haber sido baleado en un intento de robo y a quien los médicos prescribieron una transfusión de sangre para su restablecimiento. El paciente había efectuado con anterioridad a la internación una declaración de voluntad, mediante instrumento público, rechazando la transfusión de sangre en razón del culto que profesaba. Su progenitor solicitó judicialmente se autorizara a los médicos la realización de la práctica, mientras que la cónyuge se opuso.

La Corte Nacional rechazó el pedido y sostuvo:

“[...] el respeto a la voluntad personal como fuente de la dignidad permite al hombre elegir su propio plan de vida no solo frente al estado sino también ante las preferencias y pese a las reacciones de terceras personas.

“Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público re-

levante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso” (“Albarracini Nieves, Jorge” del 01/06/2012 - A.523 XLVIII).

En el mismo sentido, en el precedente “Arriola” (Fallos: 332:1963), la Corte Nacional, al declarar la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupeficientes para uso personal, también abordó la cuestión del ámbito de reserva personal, al señalar:

“El art. 19, Constitución Nacional, constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.” (voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti).

En aquella oportunidad, también se dijo:

“Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En efecto, además del señorío del hombre sobre las cosas, está el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir, los aspectos que configuran su realidad integral y su personalidad y todo ello se proyecta al plano jurídico como transferencia del individuo. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc.” (voto del Dr. C. Santiago Fayt).

También, los tratados que conforme nuestro ordenamiento jurídico revisten jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) reconocen en sus textos, el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (Convención Americana sobre Derechos Humanos –Art. 11, inc. 2–, Declaración Universal de Derechos Humanos –Art. 12–, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Art. 17.1–, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –Art. 5–, Convención Internacional de Derechos del Niño –Art. 16–).

Ha dicho la Corte Suprema:

“Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvolvimiento del ser huma-

no no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” (C.I.D.H. en el caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, del 04/07/2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez)- (“Arriola” Fallos: 332:1963).

Establecido, como ha quedado, que la vida es la condición necesaria para constituirse como sujeto de derecho, cabe preguntarse si en ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad individual, ¿puede el sujeto –ante determinadas situaciones– adoptar decisiones que tengan como consecuencia previsible la extinción de aquel primer derecho fundamental y en definitiva, de todos los demás?

La respuesta afirmativa se impone, por cuanto el sujeto de derecho en el marco de nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una zona de reserva, dentro de la cual es dueño de adoptar decisiones sobre su propia vida, sin que estas se encuentren sujetas a intromisión del estado, en tanto no afecten a la moral y al orden público ni perjudiquen a terceros. Estas conductas autónomas hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Al respecto, se ha dicho en doctrina:

“Así, hemos tenido oportunidad de sostener que el derecho de toda persona a decidir sobre su propia vida es superior al deber del Estado de conservar la vida y que, por ende el Estado no podrá obligar a nadie a someterse a una terapia o a una intervención quirúrgica”. (MEDINA, Graciela y LEAL DE IBARRA, Javier “El derecho a una muerte digna”, en JA, 1997-I-925 y ss., citado en MEDINA, Graciela y GOGGI, C., “Muerte Digna”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2010-3, Derechos del Paciente, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 220).

En sentido coincidente:

“[...] El ser dueño de los propios actos, del propio cuerpo, en fin, de la propia vida, hace de la dignidad humana el elemento axiológico que impone condiciones no sólo al orden jurídico normativo infraconstitucional, si-

no también a las demás personas, atravesando, asimismo las decisiones judiciales. La Constitución Argentina nos considera seres capaces y libres para que podamos efectivamente decidir acerca de los asuntos que nos conciernen y, si esa decisión repercute proyectándose en el modo en que concebimos nuestra muerte –contradicción humana mediante–, a raíz de las propias convicciones, ni el Estado ni las otras personas pueden forzarnos a continuar subsistiendo privándonos de nuestra dignidad en nombre de creencias, ideas o valores que nos resultan ajenos.” (IENTILE, Verónica M., “La autonomía personal y la Constitución Nacional”, LA LEY, 2012-D, 245).

Y es que nuestro ordenamiento jurídico otorga carácter preeminente al señorío de la persona siempre que se descarte un peligro cierto para terceros, sin desentenderse, a su vez, de la compleja situación por la que transita el sujeto-paciente, enfrentado a tan difícil y penosa decisión, cual es la que compromete su propia existencia.

En esa senda es que la Ley de Derechos del Paciente pone énfasis en reglamentar el derecho de la persona enferma a recibir información sanitaria, como base fundamental para arribar a una decisión, que se exterioriza en el consentimiento informado, debidamente instrumentado y de carácter revocable.

Por otra parte, consagra el derecho del paciente a recibir cuidados paliativos integrales tendientes a evitar el sufrimiento en la etapa final de su vida, cuidados que no se interrumpirán en caso de negativa o rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o de soporte vital –art. 2, inc. e y 5, inc. h, reglamentación del art. 11–.

Cabe destacar que las personas en estado de inconciencia se encontraban, hasta la sanción de la legislación de derechos del paciente, limitadas en sus posibilidades de ejercer tales derechos, y por tanto, en situación de desigualdad en relación con los demás pacientes, lo que no puede ser admitido en el marco del respeto a las garantías constitucionales (Art. 16) y los derechos humanos expresados en los tratados con rango constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

Con la sanción de la ley 26.742, el Estado reglamenta el derecho constitucional a la autodeterminación individual, ínsitamente vinculado a la dignidad y la libertad, a fin de precisar sus alcances interpretativos, y establecer mecanismos adecuados para su goce hasta las etapas finales de la vida, incluyendo los casos de personas incapaces o inconcientes.

Se hace cargo, de este modo, del deber de garantizar a nivel infraconstitucional, dispositivos que permitan el efectivo ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad (Preámbulo, arts. 16, 19 y 33, Constitución Nacional).

III. Ingresando al análisis de la legislación nacional específica, cabe considerar que ya la Ley de Ejercicio de la Medicina 17.132, en su art. 19, inc. 3, establecía la obligación de los médicos de: “Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse [...] En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”. (...).

Sin embargo, es la “Ley sobre derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud” 26.529, la que sin dudas, abandona la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico-paciente, y reconoce derechos fundamentales de las personas con relación a su salud a partir del respeto a sus decisiones autónomas autorreferenciales (conf. CARNOTA, Walter F., “Las directivas anticipadas del Art. 11 de la ley 26.529: su constitucionalidad”, LA LEY, 2012-C, 373).

Ello así, por cuanto consagra la obligatoriedad del consentimiento informado emitido por el paciente o por sus representantes legales, una vez recibida la información sanitaria de parte del médico, y el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos con o sin expresión de causa.

La tendencia hacia el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente y en particular en las decisiones al final de la vida, se profundiza con la sustancial modificación operada mediante la ley 26.742, en tanto viene a ampliar el desarrollo de aquellos conceptos y a aclararlos en cuanto a sus alcances, a fin de que en tan penosas circunstancias no se susciten dudas respecto del proceder legal, las que devienen en conflictos que desplazan la relación médico-paciente al ámbito judicial, lo cual necesariamente rompe ese vínculo esencial.

En particular, y en lo que aquí interesa, la reciente reforma cierra la discusión que se había abierto en torno a la posibilidad de retiro del soporte vital, alimentación e hidratación, en los casos de pacientes en estados de inconciencia, por cuanto contempla expresamente la referida alternativa.

Adviértase, que ya desde el título se anuncia que se trata de un cuerpo de normas referidas al paciente como sujeto de derecho y no ya de una regulación sobre el ejercicio de la medicina.

En el análisis de la normativa nacional de derechos del paciente, se evidencia el lugar relevante que el legislador ha dado a la autonomía de la voluntad, eje sobre el cual gira todo el articulado.

Así se establece:

“Artículo 1: El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.”

En el Artículo 2º se enumeran los derechos esenciales en la relación entre el o la paciente y el de quienes son profesionales de la salud, o agentes del seguro de salud y cualquier efector: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica.

A los efectos de la causa cabe detenernos en la norma del inciso e), que dice:

“Autonomía de la voluntad, el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”.

“En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

“En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.”

Surge del texto normativo bajo análisis, la regla principal que establece que el o la paciente tiene el derecho de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, sin necesidad de expresar la causa, y el de revocar posteriormente esa decisión. (...).

Este principio rector se consolida en la reglamentación, en tanto enfatiza:

“[...] el paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona” –dec. 1089/2012 reglamentación del art. 2, inc. e–.

En el marco de la potestad señalada precedentemente, se establece que cuando el paciente presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, y haya sido informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de: 1) procedimientos quirúrgicos, 2) de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, y ello así en los siguientes supuestos: -a) cuando sean extraordinarias o -b) desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o c) produzcan un sufrimiento desmesurado.

Asimismo se incluye el derecho del paciente a rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando ellos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

Se dispone, también, que en los casos mencionados no se interrumpirán los cuidados paliativos.

En su Art. 5 la normativa define al consentimiento informado como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados, los riesgos previsibles, los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

En lo que hace al tema que nos convoca se consagra en el inc. g que el paciente debe recibir información respecto del derecho al rechazo de procedimientos quirúrgicos, hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de soporte vital establecido en el art. 2, inc. e, de la ley, al que me he referido *supra*.

La norma prevé –y ello resulta central para el correcto encuadre del caso bajo análisis– el consentimiento por representación, al señalar expresamente que en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, aquel podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21, ley 24.193 (Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos) con

los requisitos y en el orden de prelación allí establecido (art. 6).

El dispositivo legal al que se remite, enumera

- a) el cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma continua e ininterrumpida;
- b) cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años;
- c) cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años;
- d) cualquiera de los abuelos;
- e) cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- f) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- g) el representante legal, tutor o curador.

Se legisla también sobre la instrumentación del consentimiento informado, y se expresa que para el caso del supuesto del inc. g del art. 5 –derecho a rechazo a procedimientos quirúrgicos, hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de soporte vital– deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto (art. 7, inc. f).

Asimismo se establece la obligatoriedad del consentimiento informado del paciente para toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario sea público o privado y dispone que ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas de su cumplimiento (arts. 6 y 11 respectivamente).

Considero relevante señalar que la ley 26.742 fue sancionada el 09/05/2012 por unanimidad de la Cámara de Senadores (52 votos a favor, una abstención y ningún voto en contra) y amplia mayoría de la Cámara de Diputados (142 votos positivos y 6 votos negativos), lo que destaco tanto en virtud del reciente debate que la sociedad se ha dado sobre esta sensible cuestión, como en cuanto a la legitimidad que el dispositivo ha recogido institucionalmente.

Cabe señalar, que la plena y efectiva vigencia del derecho a la autonomía de la voluntad del paciente ha sido también receptada en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que introduce la figura del consentimiento informado (art. 59) en una norma idéntica a la del art. 5, Ley de Derechos del Paciente, y tam-

bién contempla a las directivas médicas anticipadas (art. 60) (conf. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, redactado por la Comisión de Reformas designada por dec. 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional, integrada por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti y las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci - Abeledo Perrot, p. 11.).

En nuestro ámbito, con sustento en los arts. 22 y 23, Constitución Provincial, la ley 2611 de Derechos del Paciente, sancionada el 25/09/2008, se inscribe también en el principio del respeto de la autonomía del paciente (capítulo IV). Establece que éste tiene derecho a decidir libremente, luego de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, que tiene derecho a negarse al tratamiento y que su negativa debe constar por escrito –art. 4, incs. d y e–.

Asimismo, dispone que se otorgará consentimiento informado por representación cuando el paciente no tenga la capacidad necesaria para tomar decisiones y establece que dicho consentimiento será siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal (art.11).

El desarrollo precedente permite afirmar que, a nivel del ordenamiento jurídico, existe una tendencia a dar preponderante valor a la autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos personalísimos.

A ello se suma, la inclusión de personas que se encontraban al margen de su efectivo goce, a quienes se garantiza ahora, condiciones de igualdad para su ejercicio. Todo ello con base constitucional, convencional, y a la luz de las interpretaciones realizadas por la Corte en sus señeros fallos.

Cabe concluir que la nueva normativa de derechos del paciente, con sustento en la autonomía y la igualdad (arts. 19 y 16, Constitución Nacional), consagra expresamente el derecho personalísimo del ser humano a adoptar decisiones en el final de la vida y contempla el modo en que este derecho personalísimo será ejercido por el paciente incapaz o en estado de inconsciencia, a través de sus representantes.

No se trata de un derecho prescindente, afincado en un liberalismo individualista que se desentiende de la suerte de los sujetos que conforman la comunidad jurídica. Por el contrario, es un derecho comprometido en el respeto de los derechos humanos constitucionales y convencionales, en su más profunda significación, cual es la del respeto a la persona en sus íntimas convicciones y plan de vida, concebida como ser único e irrepetible, en condiciones de igualdad con sus semejantes y ello, desde el principio y hasta el fin de su existencia.

IV.- Realizado que ha sido de manera pormenorizada el nuevo ordenamiento jurídico de derechos del paciente, surge sin lugar a dudas, coincidiendo con la opinión sustentada por el fiscal ante el Cuerpo, que la petición expresada por las hermanas de M. A. D. se encuentra contemplada en la referida normativa.

El caso que nos convoca, es el un hombre que actualmente cuenta con 48 años de edad, quien como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido el 23/10/1994 sufre graves lesiones y finalmente queda en estado de inconsciencia, diagnosticado como estado vegetativo persistente irreversible (conforme Pericia del Dr. C. L.- por entonces jefe del Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 712/721), encontrándose asistido con soporte vital artificial consistente en nutrición e hidratación enteral.

Sus hermanas y curadoras A. S. D. y A. I. D. (conforme partidas de nacimiento y designaciones obrantes a fs.5, 53/vta., 348/vta., 355/vta.), solicitan el retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital que mantienen a M. A. D. con vida en forma artificial (fs.418/426vta).

Conforme el orden de prelación establecido en el art. 21, ley 24.193, inc. d, por remisión del art. 6, Ley de Derechos del Paciente, las hermanas se encuentran legitimadas para otorgar consentimiento informado en representación de M. A. D. en los términos del derecho previsto en los arts. 2, inc. e; 4; 5, inc. g; 6 y concs., Ley Nacional 26.529, modificada por similar 26.742) y dec. 1089/2012.

Por cuanto, la nueva normativa de Derechos del Paciente, establece un procedimiento que no requiere intervención judicial para la petición efectuada por las hermanas de M. A. D., no corresponde que este tribunal se expida sobre la cuestión.

Un temperamento contrario importaría desvirtuar la clara intención del legislador, en cuanto a que estas penosas situaciones no deben desbordar el ámbito íntimo del paciente y/o de su familia y el médico tratante.

Y es que la nueva normativa, al hacer explícita la inclusión de las decisiones al final de la vida, vino a brindar seguridad jurídica y aventar interpretaciones equívocas, a fin de evitar prácticas tales como la exigencia de una autorización judicial ante casos en que ello no es requerido por la Ley.

Recientemente el Máximo Tribunal Nacional, respecto de la juridización del acto médico, sostuvo en relación al aborto no punible previsto en el art. 86, inc. 2, Cód. Penal:

“[...] se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo, allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización [...] este tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida”(“F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, sent. del 13/03/2012).

Necesario es destacar que esta inteligencia se compeadece más con el respeto del derecho a la autonomía individual, por cuanto imponer el requerimiento de autorización judicial (es decir, del estado a través de uno de sus órganos: el Poder Judicial), resulta violatorio del principio establecido en el art. 19, Carta Magna, que excluye de la intervención estatal el ámbito de reserva del individuo.

También resulta una solución más respetuosa del principio de legalidad contenido en la misma norma, que sostiene que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe, por lo que no cabe obligar a las peticionantes a solicitar una autorización que hoy, la ley no requiere.

Concluyo entonces, que la petición formulada por A. S. D. y A. I. D., para el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano M. A. D., a la luz de la normativa sobre derechos del paciente vigente, no requiere decisión jurisdiccional alguna.

Ello así, en tanto la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, (arts. 2, inc. e; 4; 5, inc. g; 6 y concs.), reemplazada por dec. 1089/2012, vigente en la actualidad –repite– establece un procedimiento no judicial, a través del consentimiento informado por representación (art. 5), en el ámbito íntimo del paciente, su familia y el médico.

Por todo lo expuesto, en virtud de la función de control de constitucionalidad que a este Cuerpo atañe, conforme las proyecciones de la doctrina sentada por la Corte Sup. en los precedentes “Strada” y “Di Mascio” (LA LEY, 1986-B, 476; 1989-B, 417), y la nueva normativa específica vigente al tiempo de resolver el recurso, propicio al Acuerdo dejar sin efecto las sentencias dictadas en las instancias anteriores a fs. 819/825vta. y 877/891vta. Ello con fundamento en el art. 19, Constitución Nacional y art. 23, Constitución Provincial,

en relación con los arts. 2, inc. e; 5, inc. g y 6, parte 2ª, ley 26.529 modificada por ley 26.742.

V. A la segunda cuestión planteada: como consecuencia de lo expuesto precedentemente se impone declarar que no corresponde que este tribunal se expida sobre la petición efectuada por A. S. D. y A. I. D., a fs. 418/428vta. para el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano M. A. D.

Ello por cuanto tal solicitud no requiere de autorización judicial y deberá tramitar conforme las prescripciones de la nueva Ley de Derechos del Paciente 26.529 modificada por la ley 26.742, reglamentada por dec. 1089/2012.

VI. A la tercera cuestión propuesta, atento la complejidad inicial de la cuestión planteada, la sobreviniente sanción de la legislación aplicable y la forma en que se resuelve, estimo justo y razonable imponer las costas de todo lo actuado, por su orden (arts. 68, *in fine*, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Y con base en idénticos fundamentos, disponer la devolución del depósito efectuado por la recurrente. Así voto.

El Dr. Moya dijo:

Comparto tanto la solución propiciada como los fundamentos del voto del doctor Oscar E. Massei. Empero, dada la complejidad inicial y trascendencia de la cuestión, estimo necesario realizar unas breves consideraciones.

En la actualidad, los avances de la ciencia médica y de la tecnología aplicada en ese ámbito hacen posible la prolongación de la vida humana hasta límites que antes resultaban impensados. Trasplantes de órganos y sofisticada tecnología permiten la superación de enfermedades que se consideraban incurables y la suplantación de casi todas las funciones biológicas vitales.

Ello ha generado situaciones dilemáticas que son abordadas desde el campo de la bioética, en las que se ven involucradas la medicina y el derecho, tales como las referidas a las decisiones tomadas al final de la vida.

Advierto, por ser integrante de esta comunidad, que existen diversas y bien fundadas posturas respecto del tema que aquí se aborda. Respeto tanto unas como otras.

Sin embargo, y más allá de mi opinión personal, en el ejercicio de la judicatura y por imperativo constitucional, debo observar la Ley, en tanto ésta resulte formal y sustancialmente válida.

Tal es el caso de la ley 26.742 (modificatoria de la ley 26.529), que consagra el derecho del paciente y en caso de incapacidad de éste, el de sus familiares, de aceptar o rechazar determinados tratamientos, decisión que se exterioriza a través del consentimiento informado, en el marco de la relación con los médicos.

No puedo –ni debo– dejar de destacar el reciente e importante debate parlamentario que precedió a la sanción de la referida Ley. Así como el hecho de que fue aprobada por unanimidad, y con la participación no solo de expertos en bioética, sino también de familiares y personas directamente involucradas en la problemática.

Con la reciente sanción de esta norma, queda superado el principal valladar que los judicantes de primera y segunda instancia señalaron al resolver sobre el presente, esto es, la falta de un dispositivo legal que contemple la supuesta fáctica.

Y es que ahora, la norma contempla expresamente la posibilidad de que en determinadas situaciones y ante el estado de inconsciencia del paciente, sean las hermanas quienes se encuentren legitimadas para manifestar el rechazo a procedimientos de alimentación e hidratación. Para tales supuestos, establece las formalidades que habrán de rodear al consentimiento informado y no prevé que se requiera autorización judicial.

Así, surge indubitable la intención del legislador, expresada coincidentemente en el debate parlamentario, de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes o de sus familiares en el marco de su relación con los médicos.

En ese sentido, comprendiendo a las decisiones al final de la vida como el ejercicio último de la libertad autorreferente de la persona, entiendo que aquéllas se encuentran protegidas por el art. 19, Constitución Nacional, y por ende exentas de la autoridad de los magistrados en tanto no ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a terceros.

Cabe aclarar, que la nueva Ley no impone una decisión, sino que faculta –tal como acertadamente señala el fiscal en su dictamen–. Brinda un marco bioético y legal, pero no da respuestas, pues cada caso es diferente. Consagra, sí, el respeto a la decisión autónoma del paciente y sus familiares en el marco de la relación con los médicos y resguarda, por otro lado, la actividad de estos últimos.

Antes de finalizar debo destacar la encomiable labor de las juezas y los jueces que intervinieron en primera y segunda instancia en tan compleja y trascendente cuestión.

Por todo lo expuesto, y no obstante que el caso se encuentra judicializado –valga la obviedad–, se impone a este tribunal una actuación acorde a la nueva legislación, vigente al tiempo del presente tratamiento recursivo.

En ese sentido, reitero que coincido con el colega preopinante, en cuanto propicia dejar sin efecto los pronunciamientos dictados en las instancias anteriores a fs. 819/825vta. y 877/891vta.

Asimismo, y por cuanto la normativa en rigor no requiere la intervención judicial sobre el tema, acuerdo en que no corresponde a este tribunal expedirse respecto de la petición efectuada por A. S. D. y A. I. D., para el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano M. A. D., debiendo tramitar tal solicitud conforme las prescripciones de la ley 26.529 modificada por ley 26.742 y reglamentada por dec. 1089/2012.

Respecto a la última cuestión planteada, también acompaño al magistrado preopinante en su propuesta. Mi voto.

Sobre la base de todo lo expuesto, por unanimidad y de conformidad Fiscal, en lo principal, se resuelve:

I. Dejar sin efecto las sentencias dictadas en las instancias anteriores a fs. 819/825vta. y 877/891vta., con sustento en el art. 19, Constitución Nacional; art. 23, Constitución Provincial y arts. 2, inc. e; 5, inc. g; y 6, parte 2ª, ley 26.529 modificada por ley 26.742.

II. En virtud del control de constitucionalidad que a este Cuerpo atañe y demás fundamentos vertidos en los considerandos del presente, declarar que no corresponde que este Tribunal se expida respecto de la petición expresada por A. I. D. y A. S. D. a fs.418/426, ya que tal cuestión no requiere de autorización judicial y, consecuentemente, deberá tramitar dicha petición conforme las prescripciones de la nueva Ley de Derechos del Paciente 26.529 modificada por la ley 26.742, reglamentada por dec. 1089/2012.

III. Imponer las costas de todas las instancias por su orden (arts. 68, *in fine*, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y disponer la devolución a la recurrente del depósito efectuado a fs. 898, en virtud de lo expuesto en el considerando respectivo.

IV. Regular los honorarios (...).

V. Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos.– Oscar E. Massei.– Evaldo D. Moya.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud y a la integridad personal – Alimentación y vivienda – Obligación de la Provincia de Buenos Aires de proveer vivienda y un subsidio para alcanzar la satisfacción de sus necesidades fundamentales – Acción de amparo – Facultades del Poder Judicial – Ausencia de vulneración del principio de división de poderes

1 – La Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata deben proveer, coordinada y solidariamente, en un plazo que no exceda de los 60 días, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda, una vivienda adecuada a la familia constituida por la amparista y sus cinco hijos menores de edad; en su caso, y hasta tanto se dé cumplimiento a aquello, deberán cubrir a su exclusivo costo el alojamiento de ellos en un hotel o complejo habitacional similar, pues la gravedad de la situación de indigencia de la amparista exige la adopción de medidas urgentes.

2 – Atento a la situación de extrema indigencia en la que vive la amparista y su grupo familiar, compuesto por cinco niños, la Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de La Plata deben incluirla en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia, el cual deberá hacerse efectivo a nombre de aquélla mientras no varíen las circunstancias fácticas del caso.

3 – El debate acerca de la necesidad del tránsito de la amparista por la instancia administrativa en forma previa, pierde esencialidad debido a la índole de los derechos a una sana y debida alimentación, a la salud, a la educación y a tener una vivienda digna, controvertidos en el caso.

4 – Es absurda la sentencia que hizo mérito de la situación de extrema necesidad en que se encuentra la familia de quien reclama una vivienda digna y un subsidio económico, y aún reconoce que la amparista carece de “los recursos elementales” y que tal situación “vulnera los derechos elementales”, refiriéndose así a los derechos derivados de la Constitución Nacional y tratados internacionales, que considera son “plenamente operativos” y, concluye que no se ha acreditado la existencia de una conducta estatal arbitraria o ilegítima que pueda hacer procedente la acción de amparo, pues carece de correspondencia entre las premisas de las que parte el razonamiento jurídico (del voto del Dr. Negri).

5 – El derecho a una tutela judicial efectiva exige que ninguna argumentación relacionada con las específicas competencias de los distintos departamentos del Estado pueda ser oponible al particular como forma de evitar o retrasar el ejercicio de un derecho –en el caso, la vivienda digna, la salud y educación de un grupo familiar– (del voto del Dr. Negri).

6 – Acreditada la gravedad de la situación de indigencia de los amparistas y que las Administraciones provincial y municipal persistieron en una actitud negativa ante el pedido de una vivienda y un subsidio que permita satisfacer las necesidades básicas del grupo familiar, sin explicitar motivos valederos, corresponde hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y a la acción de amparo, condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, provean una vivienda adecuada a los reclamantes y la incluyan en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia (del voto del Dr. Soria).

7 – El agravio del Estado provincial demandado, referido a que la materia en juzgamiento no es susceptible de ser canalizada por la vía judicial, por referirse a los derechos a la vivienda digna, educación, salud, de un grupo familiar en extrema indigencia, con base en que se afectaría así la separación estricta de poderes, debe ser rechazado, pues, si bien al Poder Judicial no le corresponde, dentro de su órbita de actuación, diseñar políticas públicas, sí es garante de aquéllos, ante el incumplimiento de los programas de inclusión (del voto del Dr. de Lázari).

8 – Si el Estado provincial pretende evitar una condena en su contra –local y/o internacional– por insatisfacción de los derechos a la vivienda, salud y educación de la familia de la amparista, que vive en extrema indigencia, debe exponer: i) el diagnóstico de situación de cada uno de los derechos objeto de reclamo; ii) una descripción concreta y precisa de las políticas públicas vigentes en materia de vivienda, así como de asistencia social, detallando los requisitos para su goce, los estándares establecidos para definir las prioridades y el grado de satisfacción alcanzado y iii) en tanto el goce del derecho no sea pleno, acreditar que ha invertido hasta el máximo de los recursos disponibles, asegurando un mínimo de su disfrute (del voto del Dr. Hitters).

9 – Si bien la obligación de respetar, proteger y llevar a la práctica los derechos fundamentales –en el caso vivienda, educación y salud– concierne originariamente a las autoridades legislativas y administrativas, por involucrar la adopción de decisiones sobre la asigna-

ción de bienes escasos y la determinación de prioridades a tal fin, ello no implica negar la tutela judicial cuando se soslaya el contenido esencial de esos derechos, cuya protección es impostergable máxime si sus titulares se encuentran en condiciones de profunda y notoria debilidad que requiere de una atención y protección preferente por parte del Estado que obste la consolidación de desigualdades y la profundización de la exclusión (del voto del Dr. Pettigiani).

SUP. CORTE BS. AS., 3/7/2013 - B. A. F. v. Provincia de Buenos Aires

La Plata, 3 de julio de 2013.

Antecedentes

I. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de amparo interpuesta por A.F.B., por sí y en representación de sus cinco hijos menores de edad, mediante la cual pretendía la provisión de una vivienda digna para su grupo familiar y una renta básica por cada hijo (v. fs. 187/198 del sub lite).

II. Contra tal pronunciamiento, la actora -con patrocinio letrado- interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal (fs. 207/214) el que fue concedido a fs.220/220 vta.

III. Oída la señora Procuradora General de esta Suprema Corte de Justicia, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en condiciones de pronunciar sentencia, corresponde plantear y votar la siguiente cuestión ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

Votación

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Negri* dijo:

I.1. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de La Plata, por mayoría, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la señora A.F.B., confirmando de esa manera, y en cuanto interesa para resolver el recurso en tratamiento, la decisión del titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial La Plata, de fecha 02/11/2007 (v. fs. 160/162), por la que se declaró improcedente la acción de amparo promovida con fundamento en el carácter excepcional y subsidiario de la vía procesal referida, así como en la ausencia de una arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta en el obrar de la Administración por no encontrarse acreditado en autos que la interesada hubiese efectuado reclamos fe-

hacientes ante la autoridad administrativa competente con antelación al inicio de la presente acción judicial.

2. Para así decidir, el magistrado que inició el Acuerdo sostuvo que, si bien se encontraba acreditada una situación de extrema vulnerabilidad, con “patentización de necesidades básicas insatisfechas representadas a través de dificultades materiales, económicas, alimentarias, laborales, sanitarias, educacionales y de vivienda... sin recursos elementales para subsistir” de la señora B. y su núcleo familiar -compuesto por cinco hijos menores de edad- y que tal estado de necesidad y la vigencia de cláusulas constitucionales y de instrumentos internacionales de Derechos Humanos, imponían al Estado conductas positivas en resguardo de los derechos invocados, en el caso no se verificaba una conducta ilegítima o arbitraria de la autoridad demandada en los términos estrictos que son de aplicación para la viabilidad de la acción de amparo.

En ese sentido, destacó la falta de demostración por parte de la actora del ejercicio activo de los derechos que alegaba como conculcados en sede administrativa, en tanto no había acreditado la realización de gestiones o reclamos ante las autoridades provinciales o comunales que hubieran sido expresamente denegadas por el poder público. El voto del siguiente magistrado que conformó la mayoría advirtió “... la ausencia de conducta arbitraria o ilegal manifiesta imputable a las autoridades demandadas” (v. fs. 198).

II. La impugnante denuncia en su recurso extraordinario de fs. 207/214 que la sentencia atacada vulnera normas constitucionales y legales: la Declaración Americana de Derechos Humanos (arts. I, II, VI, VII, XI, XII, XVI, XVIII, XXIII); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2.1, 3, 7, 8, 10, 17.1, 22 y 25); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (preámbulo y arts. 1, 4, 5, 11.1, 17.1, 19, 24, 25.1, 26 y 29.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 1.2.3., 11 y 12); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3. a.b.c., 6, 23.1, 24.1 y 26); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1, 2, 3 y concs.); la Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo y todo su articulado) y el Protocolo de San Salvador (arts. 1, 3, 4, 5, 10.1, 2.f, 11.1, 12, 15 y 16); 14 bis, 19, 43 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional y 20 y 36 incs. 1, 2, 4, 7 y 8 de la Constitución provincial; y finalmente los dispositivos legales de protección de menores en el ámbito provincial, tal la ley 13.298 y sus decretos reglamentarios 300/2005, 1558/2005 y 642/2003. Asimismo, denuncia violación de lo dispues-

to en el art. 384 del Cód. Procesal Civil y Comercial, en tanto entiende que el primer voto de la mayoría concreta un “razonamiento absurdo”, contrario a las leyes de la lógica, “al presentarse inconcebibles sus premisas -que reivindicán la magnitud de las normas en juego y la extrema gravedad del caso- con la conclusión que desestima la vía del amparo”.

Reputa inaplicada la doctrina legal de esta Suprema Corte sentada en la causa Ac. 98.260, sentencia del 12/07/2006, en materia de protección “especial y preferente” de menores y de derechos sociales.

En concreto, el escrito recursivo presenta a continuación, los siguientes agravios:

a. El amparo como proceso constitucional y como derecho a la justicia: en este acápite se ocupa el recurrente de resaltar el rol de la acción de amparo en nuestro derecho vigente, destacando que a partir de la reforma del art. 43 de la Constitución nacional y asimismo en el actual art. 20 de la Constitución provincial, el “reclamo administrativo previo” no forma parte ya de las condiciones de admisibilidad de aquella vía, sino que más bien ésta se ha configurado como “una verdadera garantía de tutela efectiva de los derechos fundamentales” (v. punto III.6, del citado escrito).

Por lo demás, señala que -tal como lo reconoció el voto en minoría en la sentencia que cuestiona- existió efectivamente un reclamo administrativo dirigido al Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires, que no mereció respuesta alguna y se celebraron audiencias ante el juez de la instancia donde se requirieron de la demandada respuestas concretas.

b. Reparación urgente de los derechos vulnerados: aquí el impugnante pondera -con cita de doctrina de los autores y dictámenes de organismos técnicos internacionales- la obligación positiva del Estado de responder ante la acuciante violación del derecho a una alimentación adecuada y a una vivienda digna, para lo cual se apoya en el art. 36 de la Constitución de la Provincia y en lo expresado en el precedente Ac. 98.260 de esta Suprema Corte.

En ese orden, alega que la sentencia en crisis vulnera numerosas normas constitucionales y de instrumentos internacionales de igual jerarquía, particularmente aquéllas relacionadas con la protección de derechos económicos, sociales y culturales tales como el derecho a una vida digna, a la alimentación, a la vivienda digna, a la protección de la familia y, en especial, con los derechos del niño. Ello, en tanto habría significado un error palmario, grave y manifiesto que llevó al dictado de una sentencia dogmática, prescindente de pue-

bas esenciales y decisivas obrantes en autos, en los aspectos vinculados con la situación de pobreza extrema en la cual conviven los actores.

Sostiene, a su vez, que el pronunciamiento atacado ha incurrido en absurdo material, en la aprehensión intelectual e interpretación del contenido de la pretensión en juzgamiento, así como del recurso de apelación oportunamente deducido por la parte actora. Asimismo, denuncia un desvío lógico en la conclusión a la que arriba el tribunal actuante respecto de las premisas que dan basamento al pronunciamiento.

III. La Procuración General de esta Suprema Corte, al contestar la vista que le fuera conferida, consideró que debía hacerse lugar a la pretensión actora, atento la comprobada gravedad de su situación económico-social y la de su grupo familiar y la falta de respuesta jurídica que -en tal sentido- brinda la sentencia atacada (v. fs. 228/235).

IV. Adelanto mi opinión en sentido favorable a la procedencia del recurso extraordinario deducido.

1. En primer lugar, corresponde abordar la cuestión vinculada con el carácter definitivo de la sentencia impugnada, circunstancia que adquiere relevancia a la luz del planteo efectuado por la demandada en su memorial de fs. 240/244. Cabe destacar que esta Suprema Corte ha puntualizado que, en materia de amparo, ciertas decisiones pueden resultar definitivas y susceptibles de los recursos extraordinarios, debiendo estarse a las circunstancias de cada caso en particular, no siendo posible decidir lo contrario a priori (conf. doct. causas Ac. 73.411, 29/02/2000; Ac. 75.066, 30/08/2000; Ac. 92.383, 22/09/2004; Ac. 94.303, 08/06/2005).

También se ha resuelto que es principio de aplicación genérica que los pronunciamientos pueden ser definitivos cuando se demuestra que lo decidido genera un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior y que lo que interesa saber es si al recurrente le queda o no una vía jurídica para solucionar su agravio (conf. doct. causas Ac. 73.411, "Unión Tranviarios Automotor", res. del 29/02/2000; Ac. 79.766, "Combustibles Vázquez Hermanos S.R.L.", sent. del 17/10/2001; Ac. 75.817, "Fentanes", sent. del 11/09/2002; Ac. 95.178, "Leiva", res. del 08/02/2006; entre otras).

En particular, se ha dicho que resulta definitiva la sentencia que cierra de modo total y por un camino indirecto la solución del caso. La vía del amparo, más allá de las limitaciones que impone su propia naturaleza, tiene gravitación procesal autónoma y por eso mismo resguardable por esta Suprema Corte (arts. 15, 20 inc. 2, 160, 161 inc. 3 "b" y concs., Constitución

provincial; conf. causa Ac. 78.529, "Spolita", sent. del 19/02/2002). De acuerdo a lo antedicho, considero que no existe óbice alguno en cuanto a la admisibilidad del recurso, razón por la cual corresponde analizar su procedencia.

2. En tal tarea, entiendo que asiste razón al impugnante en cuanto aduce, como primer agravio, la violación de los arts. 20 de la Constitución provincial y 43 de la Constitución nacional. Este Tribunal ha sostenido que el agotamiento de la instancia administrativa no constituye un recaudo de admisibilidad del proceso de amparo (conf. doct. causa B. 64.119, "Asociación de Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón, Hurlingham e Ituzaingó", sent. del 05/05/2010).

Cuando el art. 20 de la Constitución de la Provincia dispone que la garantía del amparo procederá siempre que no pudieren utilizarse, por la entidad del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable, se está refiriendo a remedios judiciales ordinarios y no a remedios de otra índole, como son los recursos administrativos. Esto es así por la naturaleza de la garantía fundamental que reviste el amparo y porque ni la Constitución nacional ni los tratados internacionales por ella receptados -que conforman el piso de regulación de la garantía- establecen una restricción como la que implicaría una interpretación contraria (conf. doct. causa B. 64.119, cit.).

La Constitución nacional en su art. 43 expresamente establece que el amparo podrá interponerse siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. El art. 8.I. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...".

Por su parte, el art. 25.I de la citada Convención consagra el derecho de toda persona "... a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...".

En sintonía con tales postulados, este Tribunal ha considerado a la vía del amparo como instrumento eficaz para concretar la protección frente a situaciones en las que se encuentran en juego derechos como los de autos (conf. doct. causa C. 109.950, "Richter", sent. del 09/09/2009).

Y si bien lo expuesto resulta suficiente para sustentar la solución que propicio respecto del agravio en tratamiento, advierto que al momento de dictarse la senten-

cia de primera instancia, tanto el juez que previno como la demandada y la citada en calidad de tercero, se hallaban en conocimiento de la existencia de una solicitud de subsidio presentada con fecha 08/06/2007 (v. fs. 135 y ss.) sobre la cual no hubo respuesta alguna.

Por otra parte, las audiencias de conciliación celebradas en la causa debieron considerarse como una concreta puesta en conocimiento efectivo de las accionadas de la situación particular de la señora B. (fs. 84 y 133).

Nada de ello sirvió, sin embargo, para que las aquí demandadas efectuaran algún tipo de propuesta de satisfacción de los derechos vulnerados. Tampoco alcanzó para que la Cámara hiciera mérito de tal circunstancia al concluir que no existió “ejercicio activo de los derechos” por parte de la demandante.

A tenor de lo expuesto, juzgo que la sentencia impugnada incurre en absurdo y vulnera además, en este punto, lo normado en los preceptos constitucionales precedentemente aludidos.

3. En lo que hace a los restantes agravios, considero necesario resaltar ciertas circunstancias presentes en el caso bajo análisis:

a) Del examen de las actuaciones se advierte que la actora es desocupada, con formación escolar de nivel primario. Asegura haber percibido un “plan asistencial” de \$ 150 desde el año 2002, siendo que por el mismo cesó en el año 2006.

Vive en pareja con el señor Agustín Toledo, albañil, sin trabajo estable. Sus únicos ingresos derivan de “changas” que realiza el hombre con frecuencia de 2 ó 3 días a la semana, por sumas aproximadas a los \$ 20 ó \$ 30 diarios.

Conviven -junto con sus cinco hijos menores de edad- en una minúscula vivienda prefabricada de madera, levantada sobre un terreno cedido a préstamo, sin provisión de agua ni gas. El baño se halla en el exterior, sin instalar. Posee únicamente un dormitorio con dos camas, en las que duermen los siete integrantes, donde afirman que se sientan “para comer en las camas” (v. informe socio-ambiental obrante a fs. 41/43). En su escrito de demanda, la actora denuncia que el dueño del predio -señor Jorge Sosa- quien gentilmente les habría prestado el terreno para vivir provisoriamente, les pide que se retiren (v. fs. 7 vta.).

La perito asistente social que intervino en autos, concluyó que el núcleo familiar se ubica en “un estrato social bajo inferior y de acuerdo al nivel de ingresos debajo de la línea de indigencia, no cubriendo la C.B.A.

(Canasta Básica Alimentaria) según datos del INDEC, es decir que no cuentan con los requerimientos normativos kilocalóricos y proteicos diarios imprescindibles de los integrantes, a cubrir estas necesidades durante un mes” (v. fs. 43).

b) Se desprende asimismo que el juez de grado -pese a rechazar la medida cautelar solicitada desde el inicio por la accionante, v. res. de fs. 52/54- pidió formalmente informe al Ministerio de Desarrollo Humano acerca de la existencia, alcances y condiciones de acceso a planes sociales que pudieran contemplar la situación de la señora B. y convocó también a las partes a una audiencia conciliatoria tendiente a la obtención de una solución para el litigio.

Las medidas aludidas no tuvieron resultados positivos para la satisfacción de la situación particular de la reclamante.

Según surge del informe presentado a fs. 76/80 por el indicado Ministerio y la “planilla adjunta”, el programa implementado por el “Área de Emergencia Habitacional” sólo brinda materiales para la construcción de viviendas o casillas prefabricadas, a quienes posean titularidad de un lote por compra, cesión, donación o adjudicación municipal. Destacándose que “no resulta este Organismo competente para la adjudicación de terrenos”. La demandada no informó sobre la existencia de ningún otro plan social.

Tampoco arrojaron soluciones las audiencias celebradas a fs. 84 y 133, más allá del acuerdo entre las partes respecto de la necesidad de citar a los presentes actuados a la Municipalidad de La Plata (la cual fue incorporada como parte en el proceso según consta a fs 127). Ninguna de las demandadas efectuó entonces una propuesta sustentable tendiente al reconocimiento de los derechos que se denunciaron como lesionados.

A fs. 135 y siguientes, consta una “solicitud de subsidio” por \$ 5.000, en los términos del decreto 467/2003 “para ser destinado a gastos de alimentación y vivienda”, presentada por la señora B. con fecha 8-VI-2007 ante el Ministerio de Desarrollo Humano, sin que surja del expediente que se haya dado respuesta por parte de la autoridad pública al citado reclamo. Posteriormente, la Municipalidad de La Plata informa que “el único plan vigente se encuentra ubicado en la Bajada de la Autopista perteneciente al Barrio de Tolosa, proveniente de la ejecución realizada en el Programa Federal de Construcción de Viviendas, Sub Programa de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios... Las personas que acceden a dicha pre-adjudicación están inscriptas en el Censo realizado por

la Provincia de Buenos Aires en el año 2004, ejecutado por este municipio, y con una adjudicación definitiva por parte del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires” (v. informe de fs. 152).

4. Frente a tal plataforma fáctica tiene razón el impugnante en cuanto afirma que la Cámara, al fallar como lo hizo, se apartó de las constancias objetivas de la causa, soslayando, de ese modo, la aplicación de las normas nacionales e internacionales que se citan en el escrito recursivo.

Su sentencia, obrante a fs. 187/198, omitió una consideración razonada de las constancias de la causa, en tanto ellas -como quedó evidenciado- trasuntaban un hecho sumamente grave que no podía permitir ningún tipo de demora en la reversión de sus rasgos indignos. A partir de allí, juzgo que configura la existencia de absurdo la conclusión elaborada por los integrantes de la mayoría del tribunal de apelación.

Concretamente el *a quo* por una parte hace mérito de la situación de extrema necesidad en que se encuentra la familia de la señora B. (la que considera probada), y aún reconoce que la accionante carece de “los recursos elementales para subsistir” y que tal situación “vulnera los derechos elementales del grupo familiar afectado”, refiriéndose así a los derechos derivados de la Constitución nacional y tratados internacionales a los cuales considera “plenamente operativos” y, de otra, concluye -en definitiva- que no se ha acreditado la existencia de una conducta estatal arbitraria o ilegítima que pueda hacer procedente la acción de amparo. Tal falta de correspondencia entre las premisas de las que parte el razonamiento jurídico de quienes conforman el voto mayoritario y la conclusión a la que arriban, resulta de una notoriedad manifiesta.

Dicha circunstancia queda todavía remarcada en autos por cuanto la alzada, pese a contar con numerosos informes de asistentes sociales y dependencias administrativas, que daban cuenta de la necesidad urgente de que la actora y su grupo familiar contara rápidamente con un lugar habitable, sumado a ello su ostensible y manifiesta carencia de recursos económicos autónomos o derivados, dispuso el rechazo de la acción sobre la base de no encontrar incumplidas las mismas obligaciones estatales que en su propia consideración se imponen en el Estado de Derecho.

Por lo demás, la referencia a la “falta de demostración del ejercicio activo de los derechos que luego alega como conculcados en sede administrativa” es insostenible.

El derecho a una tutela judicial efectiva exige que ninguna argumentación relacionada con las específicas competencias de los distintos departamentos del Estado pueda ser oponible al particular como forma de evitar o retrasar el ejercicio de un derecho.

V. En vista a los hechos enunciados y a la revocación del pronunciamiento de grado que por los motivos expuestos entiendo se impone -en ejercicio de la competencia que atribuye a esta Suprema Corte el inc. 2 del art. 289 del Cód. Procesal Civil y Comercial-, la resolución del litigio con arreglo a la ley aplicable.

1. Tal como lo expresara precedentemente, la señora B. y sus hijos conforman un grupo en situación de vulnerabilidad social por varios motivos: su condición de mujer desempleada, sin presencia permanente del cónyuge en el hogar; la ausencia de familia ampliada a quien recurrir; la necesidad de cuidar, alimentar, educar y ayudar a crecer a 5 niños menores de edad, sin trabajo ni bienes de propiedad y la carencia de una vivienda digna (con inminente fin del comodato hasta ahora vigente).

El estado de los causantes presenta un cuadro en el que la madre no puede proveer, en forma autónoma para sí ni para sus hijos, los medios ordinarios de subsistencia; ni cuenta con la apoyatura del otro progenitor, quien, a su vez, se encuentra en idénticas circunstancias, sin ingresos fijos ni previsibles.

A ello debe adunarse que han recurrido ante el poder público (directamente, y a través de su intervención en el presente pleito) sin que se les brindara ningún tipo de resolución a su problemática.

En las condiciones expuestas, se aprecia que no existe otra vía para que la actora obtenga satisfacción actual y efectiva a sus derechos y los de sus hijos menores, que las prestaciones a las que pueda acceder a través de la sentencia que aquí se dicta. Ello, atendiendo particularmente a la impostergable necesidad de acudir en respuesta de sus reclamos urgentes, a más de seis años de iniciada esta acción.

2. La gravedad del caso exige la adopción de medidas positivas para superar las dificultades antes referidas.

3. En ese orden, destaco que la Constitución nacional, la provincial y los tratados internacionales aplicables contienen cláusulas específicas que resguardan un nivel adecuado de vida, tendiente a asegurar la salud, la alimentación, la vivienda y el cuidado de los niños, ello según surge de los arts. VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 4 inc. 1 y 19 de la Convención Americana so-

bre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 24 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño. 4. Por lo demás, corresponde al juez por su especial situación dentro del orden jurídico como guardián y curador del derecho velar activa y eficazmente por la aplicación de los mismos. El contenido de estos tratados expresa principios que deben ser actuados concretamente so pena de quedar convertidos en una mera expresión declamatoria, que más que afirmar, herirían la conciencia y el valor intrínsecamente humano del derecho.

5. Una alimentación adecuada y una vivienda digna están inseparablemente vinculadas a la vida como sustrato ontológico de la personalidad y son indispensables para el disfrute de otros derechos humanos.

6. Una y otra se encuentran reconocidas como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, base común de la armonía social. 7. En autos la peticionaria está ejerciendo la representación de sus cinco hijos menores, lo que lleva a la aplicación de las normas que resguardan a la niñez.

La infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

El menor requiere crecer en el seno de la familia, en un ambiente propicio para la formación y expresión de su libertad.

Se le debe garantizar una situación que asegure su educación y desde ella el pleno desarrollo de su personalidad.

En ese sentido, la ley 26.061 menciona en forma reiterada a los "organismos del Estado" como los encargados de controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas orientadas a fortalecer la familia y proteger el interés superior del niño (arts. 5, 11, 14 y 15) y, en particular, incorpora el estándar legal de protección prioritaria a ciertos grupos (arts. 5, 28, 33 y 35), incluso con una asignación privilegiada y de intangibilidad de los recursos públicos que los garantice (art. 5 inc. 4). Dichas prescripciones normativas se ven incluidas, además, en los arts. 5, 6, 7, 14, 18 y concordantes de la ley 13.298 y 4º, 6º, 7º, 8º y concordantes de la ley 10.592. 8. En tales condiciones, ante el pedido concreto de la provisión de una vivienda digna donde constituir un vínculo familiar autónomo y de cobertura de las necesidades básicas insatisfechas, y por entrar en juego los derechos vinculados con la protección de la familia (arts. 14 bis, 16, 19, 28, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; VI de la Declaración Americana

de los Derechos y Deberes del Hombre; 16 párr. 3, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.2, 3, 6, 12, 18 y 27.2 de la Convención de los Derechos del Niño; 17, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.2, 10 párr. 1, parte 1 y 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 36.1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires); y la realización de los derechos de los niños integrantes de la misma (art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.2, 3, 6, 12, 18, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2, 10.3 y 11.1 y 12 inc. a del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 24.1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; 36. 2 y 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), juzgo necesario determinar una específica conducta a desarrollar en lo inmediato por el Poder Administrador, a fin de revertir cuanto antes la insostenible situación descripta, concretar la consecución de la igualdad y el cumplimiento del mandato ético ínsito en todo derecho de asegurar y promover el respeto a la persona humana.

VI. Por lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto, y condenar a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, provean en un plazo que no exceda de los 60 días a partir de notificada la presente, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda, una vivienda adecuada a la familia constituida por A.F.B. y sus cinco hijos menores de edad. En su caso, y hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir a su exclusivo costo y dentro de las siguientes 48 horas el alojamiento de los nombrados en una casa de alquiler, hotel o complejo habitacional similar que reúna las condiciones arriba explicitadas.

Corresponde asimismo ordenar a las accionadas, Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de La Plata que incluyan a la señora B. y su grupo familiar, en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia, el cual deberá hacerse efectivo a nombre de la señora A.F.B., mientras no varíen las circunstancias fácticas del caso (conf. arts. 12 incs. 1º y 3º, 15, 20 inc. 2º, 26, 28, 36 y 39 inc. 3 de la Constitución provincial; 14 bis, 19, 33, 75 incs. 22º y 23º, Const. nac.; 2º, 11º y concs., Pl.D.E.S.C.; 3º, 4º y concs., C.D.N.; 4º, 5º y

26°, C.A.D.H.; 8°, 22° y 25°, D.U.D.H.; leyes 10.592 y 13.298; doct. causa A. 70.717, "Portillo", sent. del 14-VI-2010).

Voto así, por la afirmativa.

Costas a la vencida (arts. 289, Código Procesal Civil y Comercial, y 19, ley 13.928).

Adde:

Al emitir opinión en una causa que guarda sustancial similitud con la de autos, expresé que no sería posible evaluar el impacto que tendría dicho fallo como precedente judicial, entre los particulares y en los tribunales provinciales (conf. causa A. 70.717, cit.).

Y consideré también que la gravedad del caso no impedía una reflexión sobre la realidad circundante: la que advierte un número importante de situaciones que se podrían considerar análogas y a las que por un principio de igualdad tendría que proporcionárseles, en su momento, un tratamiento similar.

La reflexión sigue siendo válida. Acaso estos hechos sirvan como advertencia al poder político: la justicia social debe llegar antes y no después de la justicia judicial.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Genoud* dijo:

I. 1. Entiendo que en los presentes actuados el debate acerca de la necesidad del tránsito previo de la actora por la instancia de la demandada pierde esencialidad debido a la índole de los derechos controvertidos a la luz de las constancias de autos.

La señora B. acudió a la jurisdicción a fin de que se respeten sus derechos y los de sus hijos a una sana y debida alimentación, a la salud, a la educación y a tener una vivienda digna, derechos que deben ser atendidos -a su entender- por las autoridades provinciales y municipales.

De los elementos relevantes que informan el caso, se destaca que la amparista no es beneficiaria de ningún plan social instrumentado por el municipio como también el dictamen de la Asistente Social en el que se indica al núcleo familiar en un estado social bajo inferior y debajo de la línea de indigencia, no cubriendo la canasta básica alimentaria.

Asimismo se encuentra acreditado que la accionante es desocupada, con formación escolar de nivel primario y que convive junto a sus cinco hijos menores de edad en una minúscula vivienda prefabricada de madera que se erige sobre un terreno cedido a préstamo.

Sin provisión de agua como tampoco de gas. Tiene una habitación con dos camas en las que duermen los siete integrantes.

Debe añadirse que los únicos ingresos con los que cuentan son los provenientes de su pareja quien realiza trabajos ocasionales.

2. Atento a la breve descripción del marco social que rodea a la señora B. y su núcleo familiar, es válido traducir una situación de desamparo que impone su urgente tratamiento y de allí ingresar directamente en el asunto a fin de no demorar la protección de las necesidades vitales de la amparista.

II. En razón de los hechos expuestos, he de recordar que este Tribunal ha sostenido en la causa A. 69.733, "Pueblas", sent. del 04/11/2009, que existen especiales situaciones, como la que se tuvo por acreditada en autos, frente a las cuales las normas constitucionales exigen que se articulen decisiones de acompañamiento que atiendan aquéllas (Preámbulo de la Const. nacional; arts. 75 incs. 22 y 23 de dicha norma fundamental; 11 y 15 de su par provincial), sin que ello implique desborde de la competencia funcional del Poder Judicial (arts. 160 y 161 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.). Asimismo, es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "no compete a la Corte Suprema valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado. Pero como intérprete final de principios de rango constitucional, le incumbe velar, en los casos sometidos a su conocimiento, por la vigencia real de esos principios y el logro de la plenitud del estado de derecho" (Fallos 301:771; en similar sentido, Fallos 300:1282 y disidencia de las señoras Juezas E. I. Highton de Nolasco y C. Argibay in re "Rodríguez K. V. c. Estado Nacional y ot. s/amparo", sent. del 07/03/2006), situaciones en las que se impone adoptar una posición equilibrada que armonice el ejercicio de la función jurisdiccional útil con la correlativa limitación institucional de igual jerarquía jurídica.

III. En virtud de todo ello corresponde ordenar a las demandadas a proveer a la peticionaria y a sus hijos menores de edad -de manera coordinada y a través de sus dependencias pertinentes- la cobertura básica de necesidades en las áreas de alimentación y salud, dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes; a otorgar a la señora B. la ayuda económica prevista en el decreto 467/2007 en caso de corresponder y se cumplieren los requisitos preestablecidos, incorporándola de conformidad con las normas que lo establezcan -sujeto a los requisitos y prioridades reglamentarias- en los programas de vivienda implementa-

dos actualmente. Con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

Costas a la vencida (arts. 289, C.P.C.; 19, ley 13.928).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Soria* dijo:

Por los motivos que habré de exponer adhiero a la solución propuesta por el ponente (punto VI).

1. En situaciones conflictivas como la tramitada en autos, el reconocimiento práctico de los derechos sociales comprometidos o afectados exige una adecuada interpretación de las normas que los consagran, previstas en textos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, ya destacadas en los votos que anteceden. De ellas se desprenden mandatos genéricos, básicamente dirigidos al Estado, por lo que se le asigna el cometido de brindar cobertura adecuada a necesidades primordiales de la sociedad.

Cierto es que la satisfacción de estos derechos demanda una intermediación institucional indispensable, la adopción de programas y órganos destinados a su implementación, así como la vigencia de esquemas objetivos para relevar las necesidades y discernir el otorgamiento de las prestaciones. Sin duda, una labor asaz compleja. Ello explica que sea preciso ocurrir inicialmente ante las autoridades administrativas. El fallo de la Cámara de Apelación sólo repara en éste punto; se ha ceñido a este aspecto de la cuestión.

Sin embargo, como surge del voto que abre el acuerdo, al así actuar, descuidó valorar otras circunstancias relevantes del proceso, cuya ponderación, frente al muy severo y ostensible compromiso a los derechos invocados, acreditado en la causa, era primordial, y determinaba la adopción de ciertas medidas positivas, inherentes a la vigencia de una tutela efectiva (art. 15, Const. prov., doct. causa C. 96.280, sent. de 03/03/2010 y mi voto en A. 70.717, “Portillo”, sent. de 14/06/2010).

2. Desde luego, las prestaciones estatales correspondientes a la realización del derecho a la vivienda, a la salud y a la alimentación, no se traducen en contenidos fijos ni unívocos, en tanto dependen del grado de desarrollo de la sociedad, del diseño de políticas públicas y de las propias circunstancias personales de quienes los demandan, extremos que no pueden obviarse a la hora de encuadrar esta problemática en el acotado marco de un proceso judicial.

Con todo, la senda por la que ha de transitar el reconocimiento de tales derechos ha sido delineada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al superar la idea que les asignaba un mero carácter programático, el Alto Tribunal ha dicho que los preceptos que consa-

gran esta clase de derechos sociales poseen una “operatividad derivada”, en el sentido de que si bien por su solo enunciado no confieren a los ciudadanos una acción judicial para solicitar su satisfacción (v. Q.64.XLVI., “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sent. de 24/04/2012, Cons. 11), vinculan y obligan al Estado, al tiempo que permiten a los jueces un escrutinio de razonabilidad y los habilitan para disponer medidas en casos extremos, en cuanto se verifique la afectación de un núcleo esencial que atañe al reconocimiento mínimo e impostergable de tales bienes jurídicos.

Por tanto, que los poderes políticos estén investidos de la atribución e iniciativa para definir el contenido, modo y alcance de las prestaciones sociales básicas, no enerva la facultad de reclamo judicial de quien en las mismas circunstancias apremiantes fuere privado sin razón plausible del acceso a bienes indispensables otorgados a otros. La omisión estatal en tal sentido (como también la ausencia de políticas públicas formalizadas, evaluables y sustentables, para reducir los niveles de exclusión social), desconoce el contenido normativo mínimo de aquellos mandatos o estándares constitucionales, autoimpuestos por el Estado. En ese plano -diverso entonces al de la estricta ponderación del mérito de las políticas sociales- cabe situar la intervención judicial en procura de soluciones razonables, a discernirse en el contexto de las circunstancias objetivas de cada causa (arg. arts. 18 Const. nac. y 15, Const. prov.), a favor de aquellas personas que, por su grado de vulnerabilidad, requieren una atención prioritaria o impostergable.

3. Precisamente, las preferencias en cuanto al goce efectivo de derechos como los comprometidos en autos han sido establecidas por el propio legislador.

Por ejemplo, los arts. 5, 33 y 35 de la ley 26.061 proveen concretas reglas de prevalencia en la protección de niños y adolescentes. En igual sentido se expresa el legislador local (arts. 4, 6 y 7 de la ley 13.298, como también la ley 10.592 que establece el régimen para la tutela integral de la discapacidad; v. causa A. 70.717, “Portillo”, sent. de 14/04/2010) En lo referente al acceso a la vivienda digna, la ley 24.464, a cuyas reglas adhirió la Provincia de Buenos Aires mediante la ley 11.663, impone a las autoridades observar determinadas prioridades en la selección de los adjudicatarios (art. 12 inc. e), sin perjuicio de las demás disposiciones que éstas puedan establecer en el marco de sus respectivas jurisdicciones y competencias (art. 16).

Estos sistemas de protección, claramente orientados para atender a las personas en situación crítica, encuentran sus bases constitucionales en un conjunto

de preceptos (arts. 14 bis, 16, 28, 75 inc. 22 y 23, Const. nac.; 12 inc. 3º y 36, Const. prov.; 2.1, 10, 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros), consagradorios de derechos básicos, como se destaca en este acuerdo. El cuadro se complementa con otras normas de rango inferior cuyo objeto es hacer factible esa ejecución de los programas sociales y que han de interpretarse en congruencia con el sentido de las señaladas disposiciones de rango constitucional y legal (v.gr., decreto 467/2007, que aprueba el Reglamento para el otorgamiento de subsidios por parte del Gobierno provincial).

4. En esta litis está acreditada la gravedad de la situación individual de los reclamantes (v. informe de investigación social obrante a fs. 41/44 y 47/48 del incidente de beneficio de litigar sin gastos; y demás circunstancias reseñadas en el punto IV.3 ap. a] y b] del voto del doctor Negri). También lo está que las administraciones demandadas persistieron en una actitud negativa. Ellas se opusieron a la pretensión articulada (v. fs. 20/29 y 122/126, 179/181 y 240/244), sin explicitar motivos valederos para denegar el acceso de las reclamantes a los programas y recursos disponibles.

5. Ante las circunstancias referidas, los elementos puestos de relieve en la causa bastan para revisar lo decidido en la sentencia recurrida, acoger el recurso interpuesto y hacer lugar a la acción de amparo, condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, adopten las medidas establecidas en el voto del ponente. Con ese alcance, y por los restantes fundamentos concordantes expuestos en este acuerdo, voto por la afirmativa. Costas a la vencida (arts. 289, C.P.C.; 19, ley 13.928).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *de Lázari* dijo:

I. Adhiero al voto del doctor Negri y a la solución del caso que dicho colega propone, agregando las siguientes consideraciones.

II. No comparto la conclusión a la que arriba por mayoría el *a quo* ya que después de precisar la viabilidad de aceptar el control jurisdiccional de los derechos sociales en materia de alimentación y vivienda, frente a la situación de debilidad manifiesta que revela un riesgo previsible para las condiciones de existencia digna de los integrantes del grupo familiar y contar con prueba suficiente en el expediente sobre los programas existen-

tes en esa área, rechaza la acción a partir de no haber acreditado un reclamo previo administrativo.

El Fisco y la Municipalidad de La Plata tuvieron conocimiento de la situación de extrema vulnerabilidad del grupo familiar, así como de la eventual incapacidad de la reclamante de solucionar de modo autónomo la concreción de los derechos de los niños a alcanzar un nivel de vida adecuado.

En este sentido, el proceso estuvo dirigido a requerir de las agencias estatales planes de ayuda social y programas de vivienda; la propia Fiscalía solicita como prueba informativa conocer estos datos y el municipio también menciona los planes que son de su órbita de actuación tanto en ayuda social como vivienda (conf. fs. 75 a 78 y 152/155). A esos fines, se convoca una audiencia en el marco previsto en el art. 36 inc. 4 del Cód. Procesal Civil y Comercial (fs. 84, 133) para arribar a una solución conciliatoria. Al rechazar el reclamo, la alzada controvierte su propia base de intervención: ¿qué sentido tuvo la consecución de estos actos si no fuera para concretar medidas relacionadas con la satisfacción de los derechos en juego? Más aún: a partir de la aplicación directa de las normas constitucionales al caso en tratamiento y de los condicionamientos del grupo familiar que responden a la categoría de colectivo que merece protección preferente (arts. 14 bis, 75 incs. 19, 22 y 23, Const. nac.; 2, 10 a 12 del P.I.D.E.S.C.; 27.3 de la Convención de los Derechos del Niño), el debido proceso sustantivo exigía que se adecuaran los mecanismos procesales para asegurar la tutela judicial continua y efectiva (arts. 15 de la Const. de la Pcia.; 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

III. Precisada así la cuestión, veamos si las condiciones de acceso a la vivienda previstas en los programas existentes contemplan este trato preferencial en perspectiva de derechos que la manda constitucional de la Nación en los arts. 14 bis, 16 y 75 incs. 19, 22, y 23 disponen, con apoyo en los distintos tratados de rango constitucional (arts. 2, 10 a 12 del P.I.D.E.S.C.; Observaciones Generales 4 (1991) y 7 (1997) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); en particular si son instrumentos adecuados para conseguir una vivienda y cumplir con la condición de ser asequibles para el grupo reclamante desfavorecido de la sociedad. En mérito a los sucesivos actos procesales recaídos en autos y a fin de remarcar las circunstancias acaecidas en el mismo, liminarmente estimo pertinente recorrer sus aspectos más relevantes.

i. El Estado provincial demandado sostuvo que la materia en juzgamiento no es susceptible de ser canalizada por la vía judicial, pues el reclamo exige siempre una

controversia de contornos jurídicos que la presente no los tiene. En este orden, la argumentación se asienta sobre la idea de la separación estricta de poderes y como corolario de ello que el Poder Judicial no puede arrogarse facultades propias de los otros poderes políticos, con el grave peligro de desequilibrar el sistema financiero al alterar la asignación prevista en las partidas presupuestarias (fs. 21 vta. y sigtes.).

ii. A fs. 75/76 luce la respuesta del Ministerio de Desarrollo Humano donde se informa que en la Dirección de Políticas Sectoriales no se registran antecedentes con referencia a la inscripción de la señora A. F. B. al programa existente de Vivienda y que a los fines de peticionar apoyo económico para solucionar el problema habitacional, deberá cumplimentar los requisitos que se mencionan en planilla adjunta: en particular, la acreditación de la titularidad del lote de terreno, y que además cabe mencionar que no resulta este organismo competente para la adjudicación de terrenos.

iii. A fs. 152 el municipio individualiza el plan Sub Programa de Urbanización de Villas a la bajada de la autopista La Plata y la participación que le cabe a la comuna conforme el Convenio Particular suscripto con el Gobierno nacional y el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, informando que las personas acceden a dicha preadjudicación estando inscriptas en el Censo realizado por la Provincia de Buenos Aires en el año 2004 ejecutado por este municipio y con una adjudicación definitiva por el Instituto de la Vivienda de la Provincia.

IV. Posicionados en que el reclamo es de un grupo con necesidades específicas que requiere de la intervención del Estado, a través de medidas de política pública, para acceder a una solución de vivienda, los requisitos dispuestos son de imposible realización; se necesita la tenencia de un lote con alguna de las siguientes variables de documentación:

a) fotocopia de escritura o boleto de compraventa, adjuntando comprobante de pago total del terreno. El boleto de compraventa debe ser del año 1996 en adelante, con las firmas certificadas del comprador y vendedor, ante escribano público o juez de paz; b) donación o cesión de una fracción de terreno (deberá realizarse ante escribano público o juez de paz -se adjunta modelo de cesión de derechos-). En este caso deberá adjuntarse la documentación antecedente (escritura o boleto de compraventa); c) adjudicación de lote fiscal municipal (refrendada por el señor Intendente -fs. 77-). En la recepción de tal programa, la señora A.B. está excluida: no es libre de adquirir un terreno porque no puede hacerlo y tampoco tiene posibilidad de conseguirlo por do-

nación o cesión. En consecuencia, nula efectividad tiene este instrumento para que aquélla participe en él, ya que no es adecuado al tipo de ayuda que requiere el grupo, demostrando de este modo que no se ha cumplido con el estándar internacional de vivienda asequible, ni se ha garantizado la prioridad de trato en función de los condicionamientos que presenta.

En lo que respecta al segundo Plan -Urbanización de Villas-, la poca información brindada -las personas acceden a una preadjudicación en el ámbito del municipio estando inscriptas en el Censo realizado en el año 2004- se corresponde a quienes ya están anotados en el Censo del referido año, mas no permite conocer si existe algún otro mecanismo que habilite a quienes no están inscriptos en el referido Censo. Incluso, aunque el sistema lo permitiera por estar abierto el Registro en forma permanente, no se da a publicidad cómo es el mecanismo de selección para lograr estar incluido en la preadjudicación, ya que no hay normativa que prevea de antemano en forma integral el seguimiento de un orden que respete las prioridades en función de los distintos factores que ponen en situación desigual a sectores de la población por demás desfavorecidos, con excepción al art. 12 incs. d y e de la ley 24.464 y art. 1 y 4 de la ley 11.215. En este sentido es de vital importancia que los ciudadanos conozcan de los derechos y de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos a partir de reglas básicas de procedimiento previamente establecidas y que en ese cometido el accionar positivo del Estado tome en cuenta las necesidades jurídicas de especial consideración del grupo vulnerable.

En este sentido, sostiene Víctor Abramovich que “en algunas materias -como el derecho a la vivienda adecuada- se reconoce expresamente la obligación del estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz de la situación de la vivienda en su jurisdicción para lo cual debe realizar un relevamiento del problema y de los grupos que se encuentran en situación vulnerable o desventajosa, personas sin hogar y sus familias, individuos alojados inadecuadamente, personas que no tienen acceso a instalaciones básicas, que viven en asentamientos ilegales, sujetas a desahucios forzados y grupos de bajos ingresos (Observación General N 4 del DESC, punto 13; nota 26, del artículo ‘Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política’, p. 80, en el libro compilado por BERGIN, H. y KOHEN, B., ‘Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencia comparada’, Biblos, 2006). Es que como señala Ricardo Lorenzetti ‘no se trata de un derecho a obtener una vivienda, ya que no es de goce directo, sino indirecto, pero la situación argentina ha llegado a límites intolerables de

descuido, de los que ha dado cuenta la jurisprudencia” (“Derechos humanos y derecho privado, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local”. “La experiencia de una década”, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores), ed. del Puerto, 2007, p. 108), realidad que está presente en este supuesto.

He sostenido en Ac. 98.260 del 12/07/2006 (“Lan”) que participo de la idea de que el Poder Judicial no tenga a su cargo funciones que son más apropiadas de las políticas sociales, quedando reservado como garante ante el incumplimiento de los referidos programas de inclusión (conf. BELLOF, Mary, “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el ámbito interno”); en otras palabras, no corresponde dentro de su órbita de actuación diseñar políticas públicas. Sin embargo, y en vistas de las razones expuestas, estos programas no contemplan este trato preferencial en perspectiva de derechos que la manda constitucional en los arts. 14 bis, 16, 75 incs. 19, 22 y 23 disponen, ni se corresponde con el contenido mínimo que marca este derecho a la vivienda adecuada de ser asequible para el grupo (art. 11.1 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

En sentido concordante, la ley 26.061, que aborda los derechos y garantías del niño menciona en forma reiterada a los organismos del Estado como los encargados de controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas orientadas a fortalecer la familia (arts. 5, 11, 14 y 15).

En nuestro caso, las circunstancias extensamente detalladas por el doctor Negri en su voto, habilitan que el Poder Judicial, como garante de la efectividad de los derechos, conceda este deber de prestación a cargo del Estado.

V. Por último, en referencia a la argumentación del Fisco sobre el grave peligro de desequilibrar el sistema financiero al alterar lo previsto en las asignaciones presupuestarias, estimo que no es de recibo.

Los arts. 6 y 7 de la ley 13.298 determinan prioridad presupuestaria con asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con el auxilio a la familia (arts. 2.1. del P.I.D.E.S.C.; 3, 4 y 27.1 de la Convención de los Derechos del Niño): este principio de prioridad “debe tenerse presente en cada una de las intervenciones, entendidas como el conjunto de acciones estatales destinadas a producir una mejora en la calidad de vida de un niño ya sea protegiendo o promoviendo sus derechos” (GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; VITALE, Gabriel, “Infancia y Democracia en la

Provincia de Buenos Aires. Comentario crítico sobre las leyes 13.298 y 13.634”, ed. Editores del Puerto, 2009, p. 20).

Incluso aunque no estuviera afirmado en la ley la asignación privilegiada de recursos, estando presente las obligaciones asumidas por el Estado de protección a grupos vulnerables “la actividad presupuestaria no debe alterar el ejercicio de los derechos humanos” (arts. 28 y 75 inc. 8 de la Constitución nacional; ver CORTI, Horacio, “El régimen jurídico constitucional de la ley de presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos humanos”, Rev. Derecho de Familia N° 22, Crisis Socioeconómica y Familia, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, p. 21). Este autor explica que se produce la mentada alteración en ejercicio de un derecho “si la reglamentación, la actividad financiera y la actividad presupuestaria no son adecuadas para asegurar el ejercicio del derecho. En otros términos, la actividad presupuestaria irregular, desde el punto de vista constitucional, es aquélla que altera el ejercicio de los derechos humanos” (ob. cit., p. 21).

Asimismo, cabe resaltar que “el máximo de recursos disponibles” previsto en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se interpreta como referencia al presupuesto completo. En caso de auténtica escasez, el Estado debe emplear incluso los fondos para gastos con mejor jerarquía constitucional (subsidios a multinacionales, compra de armamentos; cfr. ETCHICHURRY, Horacio Javier, “Los derechos sociales”, en “La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria”, Roberto Gargarella coordinador, Siglo XXI editores, Colección Derecho y Política, 2011, p. 99).

VI. Traigo a colación conceptos expresados por la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T N 533/92: “Ricardo Rivera c. Estado Colombiano”, 23 de septiembre de 1992, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-533-92.htm>), que hace casi veinte años había tenido oportunidad de señalar: “La Constitución consagra diversos mecanismos tendientes a garantizar a las personas en situación de indigencia los servicios públicos básicos de salud, seguridad social integral y el subsidio alimentario. En principio, el legislador es la autoridad pública llamada a determinar la forma y la cobertura de su prestación.

En casos excepcionales, no obstante, puede haber lugar a la aplicación inmediata de la protección especial a la persona, en particular cuando la marginalidad social y económica la coloca en circunstancias de debilidad manifiesta. Acreditado el carácter de indigente absoluto, cabe reconocer en cabeza del sujeto y a cargo

de la entidad pública respectiva, el derecho a recibir la prestación correspondiente, estableciendo -a la luz de las circunstancias- las cargas retributivas a su cargo, las cuales pueden consistir en trabajo social”.

“La individualización de la asistencia y protección según las características de los diferentes grupos de la población y la ampliación del concepto y cubrimiento de la seguridad social a todos los habitantes, son las notas distintivas del nuevo marco constitucional de la seguridad social. Mientras el legislador amplía progresivamente la cobertura de la seguridad social, ‘la familia, la sociedad y el Estado’ deben contribuir solidariamente a dar respuesta oportuna y efectiva a las personas colocadas en situación de indigencia que ven amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales como consecuencia exclusiva de su condición económica”.

“El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales”.

VII. Por lo expuesto, así como también con base en el meduloso dictamen de la señora Procuradora General de fs. 228/235 vta., voto por la afirmativa. Costas a la vencida (arts. 289, C.P.C.; 19, ley 13.928).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Hitters* dijo:

I- Antecedentes.

1. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, por mayoría, rechazó los recursos de apelación interpuestos por la señora A.F.B. y por la Asesora de Incapaces n° 1 del Departamento Judicial La Plata, contra la sentencia de primera instancia que desestimara la acción de amparo.

Por esta vía la accionante pretendió se condenara a la Provincia de Buenos Aires y/o autoridad competente, a proveer al grupo familiar que conforma con sus cinco hijos menores de edad, en forma definitiva, una vivienda digna, así como a una renta básica por hijo (contribución, aporte o subsidio) [Objeto y Petitorio del escrito de demanda - fs. 7 y 10 vta., respectivamente].

El juez de primera instancia, siguiendo una de las líneas defensivas opuestas por Fiscalía de Estado (fs. 21 y 25 vta./26 vta.) y la representación municipal (fs. 123/124), reparó en la falta de reclamos fehacientes ante la autoridad administrativa competente tendientes a cubrir o satisfacer las diversas prestaciones pretendidas, lo que dejaba al desnudo la ausencia de tránsito por los procedimientos ordinarios -en el caso, administrativos- para obtener el efecto buscado a través de la vía judicial. En consecuencia, ante la falta de acreditación de que la Provincia o Municipalidad demandadas hubiesen incurrido en un obrar censurable en los términos del art. 20.2 de la Constitución provincial, rechazó la acción (fs. 162). Llevado el caso a conocimiento del *a quo*, éste, por mayoría, adujo -reiterando la esencia argumental desarrollada por el órgano jurisdiccional de origen y no obstante tener por probada la situación de vulnerabilidad que atraviesa la familia B.-, que no se encontraba acreditada la promoción de gestiones o reclamos ante las autoridades administrativas (provinciales o municipales), ni, obviamente, su resultado adverso; lo cual impedía verificar si existió una conducta “ilegítima” o “arbitraria” de la autoridad demandada (voto del doctor Spacarotel - punto 15, ap. c], fs. 192); aspecto al que prestara adhesión su colega, doctor De Santis (fs. 198).

2. Contra dicho decisorio, la amparista interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, fundándolo en la violación: 1) del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional y por su intermedio los arts. I, II, VI, VII, XI, XII, XVI, XVIII y XXIII de la Declaración Americana; arts. 1, 2.1, 3, 7, 8, 10, 17.1, 22 y 25 de la Declaración Universal; cuarto párrafo del preámbulo y arts. 1, 4, 5, 11.1, 17.1, 19, 24, 25.1, 26 y 29.1 Convención Americana; arts. 10 -1., 2., 3.-, 11 y 12 del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales; arts. 3 a. b. c., 6, 23.1, 24.1 y 26 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos; arts. 1, 2, 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; preámbulo y todo el articulado de la Convención sobre los Derechos de los niños y arts. 1, 3, 4, 5, 10.1, 2. f., 11.1, 12, 15 y 16 del Protocolo de San Salvador; 2) de los arts. 14 bis, 19, 43 y 75 inc. 23 de la Constitución nacional; de los arts. 20, 36 incs. 1, 2, 4, 7 y 8 de la Constitución provincial y 3) de los arts. 6, 35 y 36 de la ley 13.298 y sus decretos reglamentarios 300/05, 1558/05 y 642/03. Denuncia, además, la existencia de absurdo, así como violación de la doctrina legal del Tribunal (causa Ac. 98.260, sent. del 12-VII-2006).

En esencia, la crítica ensayada se apoya, a partir del dramático cuadro familiar y social que padece la accio-

nante y su grupo familiar, en que no es posible oponer reparos formales (reclamo administrativo previo, agotamiento de la vía, prueba de la inexistencia de procedimientos ordinarios), pues la tutela de los derechos fundamentales exige remedios sencillos, rápidos y efectivos (art. 25.1, C.A.D.H.).

Considera que el pronunciamiento puesto en crisis adolece de una contradicción esencial e inexcusable, un sin sentido jurídico, puesto que tras tener por probada la situación de vulnerabilidad y pasar revista a normativa supranacional, nacional y a diversos precedentes de la Corte Interamericana y de tribunales argentinos que reconocen el derecho a la protección de los niños, concluye negando la tutela judicial por no haberse promovido anteriormente gestiones por ante las autoridades administrativas. Señala, en adición, que ha habido un reclamo administrativo dirigido al Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia, sin respuesta, y que en las dos audiencias celebradas en las que se requirió a las accionadas respuestas concretas, no las hubo.

3. a) Al presentar el memorial, Fiscalía de Estado plantea que el recurso extraordinario deducido es inadmisibles porque: 1) la sentencia impugnada no es definitiva; 2) es palmariamente insuficiente. A todo evento, en virtud del postulado de adhesión a la apelación, solicita sean valoradas la totalidad de las defensas que opusiera al contestar el informe circunstanciado, destacando: a) la improcedencia formal del amparo, dado el carácter excepcional de tal cauce procesal; b) la esencia operativa impropia de las normas constitucionales invocadas; negándoles exigibilidad hasta tanto se dicte una norma que las reglamente, considerando que la cuestión es propia de las funciones políticas, e impropia de la judicial, en atención a su falta de contornos jurídicos precisos; c) la imposibilidad del contralor judicial de los actos de gobierno, señalando en este aspecto que éste sólo puede alcanzar un control jurídico y no uno de bondad o idoneidad política, técnica o económica, dado que -de lo contrario- el juez estaría sustituyendo a la Administración; d) La relatividad de los derechos, a cuyo fin, de un lado señala que el interés que invoca la accionante no la coloca en situación de exclusividad, sino en el ámbito general hacia el que se dirigen las acciones positivas del Estado que informan al petitorio de inicio; del otro, que el derecho a la vivienda digna es un derecho reglamentado por lo que debe respetarse el procedimiento administrativo existente para que el Estado arbitre los medios a ese fin.

b) Por su parte, la accionante reitera la situación de indigencia y absoluta desprotección que padece su gru-

po familiar, poniendo de manifiesto que desde la promoción del proceso (26-IX-2006) nada ha cambiado.

II- El Juicio Rescisorio.

Las objeciones formales opuestas por la representación fiscal no son de recibo.

1. En cuanto al carácter definitivo o no de las sentencias en materia de amparo cabe recordar que este Tribunal ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que las providencias de este tipo no hacen siempre cosa juzgada formal (art. 17, ley 7166 y modificatorias), en tanto, conforme las circunstancias particulares de cada causa, es posible que el pronunciamiento pueda asimilarse a sentencia definitiva (art. 278 ap. 3º, C.P.C.C.) cuando se demuestra que lo decidido genera un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior o cuando al recurrente no le queda otra vía jurídica para solucionar su agravio.

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que produce agravios de imposible o dificultosa reparación ulterior, por la presencia de arbitrariedad manifiesta al incurrir en un injustificado rigor formal; o no se exhibiese como derivación razonable del derecho aplicable, dado que, entonces, resultan vulneradas las garantías de defensa en juicio y debido proceso (v. Fallos: 310:576, entre otros), concluyendo que siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo (v. Fallos: 299:358; 305:307 y 327:2413), ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende -en cada caso- de la situación concreta a examinar (v. Fallos 330:4647).

A más de seis años de promovida la acción (ver cargo de fs. 10 vta. -26-IX-2006-),

encontrándose acreditada la situación de grave riesgo social que padece el núcleo familiar de la accionante -que ya ha sido descrita en los votos que me preceden y a los que me remito en honor a la brevedad-, que según ésta aún subsiste (ver escrito de fs. 245/246) y en conocimiento de las autoridades administrativas competentes desde el año 2007 (ver audiencias de fs. 84 y 133; copia del reclamo administrativo obrante a fs. 136), la sentencia que en 2009 rechaza la acción al no verificar una conducta ilegítima o arbitraria de la autoridad demandada, produce a la accionante un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior (mi voto en causa A. 70.667, "Grattone", sent. del

30/11/2011), lo que permite extender a su respecto la nota de definitividad y de tal modo abrir las puertas de esta jurisdicción casatoria.

2. Se ha denunciado absurdo, por lo que cabe verificar si el decisorio puesto en crisis padece tan grave anomalía.

a) En el reparto de las funciones estatales establecido a partir de la adopción de la forma republicana de gobierno y de acuerdo a nuestro diseño institucional, de base constitucional, corresponde a las Administraciones públicas gestionar la satisfacción del interés general, esto es, ejercer la función administrativa.

Tal como fue considerado por el *a quo* y como lo señala el recurrente en el líbello impugnatorio, el Estado Argentino y la Provincia de Buenos Aires han consagrado expresamente -y reafirmado en las reformas constitucionales de 1994-, entre los nuevos derechos, algunos de naturaleza social.

Cierto es que a diferencia de los derechos civiles y políticos, que resultan enteramente operativos; la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales está llamada -en algunas circunstancias- a ser progresiva, habiéndose comprometido los Estados a adoptar las medidas apropiadas (inclusive legislativas o de cualquier otro carácter) hasta el máximo de los recursos disponibles (art. 2.1 del P.I.D.E.S.C.) y a garantizar que en su ejercicio o goce no habrá discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 2.2 del P.I.D.E.S.C.).

En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante D.E.S.C.): “La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2° es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no

se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se disponga.”

Con todo, las insuficiencias económicas no dispensan al Estado de su obligación de adoptar programas de relativo bajo costo que protejan a los miembros vulnerables de la sociedad, así como tampoco del deber de desarrollar un adecuado diagnóstico y evolución de la situación en relación a cada uno de los derechos comprometidos.

En este último sentido el Comité ha indicado que “Un segundo objetivo es garantizar que el Estado Parte vigile de manera constante la situación real con respecto a cada uno de los derechos y, por consiguiente, se mantenga al corriente de la medida en que todos los individuos que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción disfrutan, o no disfrutan, de los diversos derechos. De la experiencia adquirida hasta ahora por el Comité se deduce claramente que este objetivo no puede alcanzarse limitándose a preparar estadísticas o estimaciones nacionales de carácter general, sino que exige también prestar especial atención a las regiones o zonas menos favorecidas, así como a determinados grupos o subgrupos que parezcan hallarse en situación particularmente vulnerable o desventajosa. Por eso, el primer paso indispensable para promover la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es el diagnóstico y conocimiento de la situación existente.

El Comité tiene presente que este proceso de vigilancia y de reunión de información puede requerir mucho tiempo y resultar muy costoso, y que tal vez sea necesario disponer de asistencia y cooperación internacionales, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 2 y en los artículos 22 y 23 del Pacto, a fin de que algunos Estados Partes puedan cumplir con las obliga-

ciones pertinentes. En tal caso, si el Estado Parte llega a la conclusión de que no cuenta con la capacidad necesaria para llevar a cabo el proceso de vigilancia, que es parte integrante del esfuerzo destinado a promover las metas aceptadas de política y resulta indispensable para una aplicación efectiva del Pacto, podrá señalar este hecho en su informe al Comité e indicar la naturaleza y el alcance de cualquier asistencia internacional que pueda necesitar. 4. La vigilancia tiene por objeto proporcionar una visión general y detallada de la situación existente, y esta visión resulta importante sobre todo porque proporciona una base para elaborar políticas claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas a la situación, entre ellas el establecimiento de prioridades que reflejen las disposiciones del Pacto. En consecuencia, un tercer objetivo del proceso de presentación de informes es permitir al gobierno que demuestre que se ha iniciado esta adopción de políticas en función de los principios. Si bien el Pacto enuncia de manera explícita esta obligación sólo en el artículo 14, cuando no se haya podido instituir “la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria” para todos, existe una obligación comparable de “elaborar y adoptar... un plan detallado de acción para la aplicación progresiva” de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto, según se deduce claramente de la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados...”.

Si bien es cierto que el diseño de las políticas públicas tendientes a garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales compete, en primer lugar, a las funciones administrativa y legislativa de gobierno, no puede desconocerse que potencialmente, ante supuestos de graves lesiones a derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, pueda configurarse un caso que habilite la intervención de los órganos jurisdiccionales.

De allí que, tal como lo advierte con agudeza mi distinguido colega, doctor Soria, en el punto 1 de su voto, en principio, supuestos como el aquí analizado justifican la acción inmediata y coordinada de las autoridades administrativas de la provincia y del municipio respectivo, en procura de articular medidas idóneas para revertir con celeridad el disvalioso cuadro de indigencia, razón por la cual el pedimento primigenio -por regla, añadido- debe realizarse ante los órganos competentes de las administraciones involucradas. De otro modo, podrían generarse disfunciones e interferencias en el accionar estatal conspirando, en definitiva, contra la efectividad del requerimiento de asistencia.

Mas tal esquema -como ya lo adelantara- no inhibe la actuación del Estado Juez ante supuestos excepciona-

les, en los que se advierta, de un modo evidente, gravemente vulnerados derechos fundamentales y la necesidad de brindar una respuesta urgente. En tal contexto y en ejercicio de la jurisdicción, compete al Poder Judicial adoptar las decisiones más idóneas para asegurar la efectividad de tales derechos.

De ningún modo puede verse en ello un propósito de sustituir a los otros departamentos del Estado en la definición, programación y ejecución de las políticas públicas, ni tomarse su decisión como una valoración o emisión de juicio general respecto de situaciones cuyo gobierno le son ajenas. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General n° 4, ha considerado que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada resultan acordes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a “... d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda... En algunos sistemas jurídicos, podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar”.

Por otra parte, dicho órgano supranacional ha sostenido que “Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables.

El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados partes que son asimismo partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 [párrafos 1 y 3], 3 y 26 de este Pacto), a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados ‘podrá interponer un recurso efectivo’ (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a), 8, 10 (parr. 3°), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables”.

Como señalara en votos anteriores "... el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos edicta que los países se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a garantizar su libre y pleno ejercicio; y el art. 2 completa el concepto proclamando que si los derechos y libertades mencionadas en el art. 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter "... los Estados parte [sus tres poderes] se comprometen a adoptar ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Estos dos preceptos perfectamente alineados e imbricados marcan las reglas generales que operan como el árbol de levas de todo el sistema. El Estado debe 'respetar' y 'garantizar' el cumplimiento de sus obligaciones y si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2).

No debemos olvidar que, según ese Tribunal Regional, para cumplir con el mandato del mencionado artículo 2, es necesario: 1) 'el dictado de normas'; y 2) el 'desarrollo de prácticas' conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en el pacto aludido... "Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser -como se dijo- efectivas (principio del *effet utile*), para el cual el Estado debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención". A la par, el principio aludido importa que el derecho en cuestión sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas. En definitiva, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos los arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, obligan a los países no sólo a respetar los derechos y libertades reconocidos por ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio.

b) Ciertamente, aún luego de las reformas constitucionales de 1994, el amparo continúa siendo una vía procesal excepcional que, en principio, no sustituye las instancias ordinarias para llevar cualquier cuestión litigiosa al conocimiento de la judicatura, sino que su procedencia requiere que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que causaría remitir el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales.

Con todo, dicha premisa no constituye un regla pétrea, sino que varía de conformidad con la calidad de los derechos en juego, razón por la cual el análisis respectivo no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencia.

Así, por ejemplo, en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física y frente a un grave problema -circunstancia análoga al presente- ha dicho el Alto Tribunal federal que no cabe extremar la aplicación del principio según el cual la misma es impropia cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la urgencia normalmente presente en estos casos, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole. Como ya dejara expuesto en el acápite precedente, a más de seis años de promovida la presente acción (ver cargo de fs. 10 vta. -26-IX-2006-), encontrándose acreditada la situación de grave riesgo social que padece el núcleo familiar de la accionante -que ya ha sido descrita en los votos que me preceden y a los que me permito remitir en honor a la brevedad-, que según ésta subsiste (ver escrito de fs. 245/246) y que se encuentra en conocimiento de las autoridades administrativas competentes desde el año 2007 (ver audiencias de fs. 84 y 133; copia del reclamo administrativo obrante a fs. 136), la sentencia que en 2009 decide rechazar la acción al no verificar una conducta ilegítima o arbitraria de la autoridad demandada, deviene absurda en tanto no resulta aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa, habilitando a este Cuerpo jurisdiccional a entrar en el fondo de la cuestión.

III- La composición de la litis.

1. Entrando en la fase de composición positiva y en virtud de las especiales circunstancias del caso, cabe de rechamente ingresar en la sustancia del conflicto.

2. Como quedara esbozado en el relato de antecedentes la representación fiscal provincial funda la desestimación del amparo en los siguientes tópicos: a) el carácter operativo impropio de las normas constitucionales invocadas; negándoles exigibilidad hasta tanto se dicte una norma que las reglamente, considerando que la cuestión es propia de las funciones políticas, e impropia de la judicial, en atención a su falta de contornos jurídicos precisos; b) la imposibilidad del contralor judicial de los actos de gobierno: señalando que éste sólo puede alcanzar un control jurídico y no uno de bondad o idoneidad política, técnica o económica, dado que -de lo contrario- el juez estaría sustituyendo a la Administración; c) La relatividad de los derechos: a cuyo fin, de un lado, señala que el interés que invoca la accionante no la coloca en situación de exclusividad, sino en el ámbito general hacia el que se dirigen las acciones positivas del Estado que informan al petitorio de inicio; y del otro, que el derecho a la vivienda digna es un derecho reglamentado por lo que debe respetarse

el procedimiento administrativo existente para que el Estado arbitre los medios a ese fin.

3. No obstante la tripartición formulada, la argumentación podría simplificarse señalando que a juicio de la representación fiscal los derechos económicos, sociales y culturales son “programáticos” -tal como lo enseñaban antiguamente cultores del derecho constitucional-, por lo que, por una parte, como condición ineludible para su concreción, es necesario el dictado de la reglamentación pertinente; y, por la otra, hasta tanto ésta no sea dictada, no pueden ser pretendidos y -consecuentemente- ser objeto de un pronunciamiento judicial.

4. A mi criterio tal argumentación no es acertada.

a) Lo expuesto en el capítulo antecedente, punto 2, es de por sí suficiente para justificar la operatividad de un mínimo de estos derechos. Ha sostenido el Comité de D.E.S.C.: “... corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2° obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.

No es predicando su relatividad o el carácter programático de los derechos fundamentales (operativo impropio en terminología de la representación fiscal), el modo mediante el cual Estado satisfará el interés general y las obligaciones asumidas internacionalmente. Si este pretende evitar la condena en su contra -local y/o internacional- debe exponer: i) el diagnóstico de situación de cada uno de los derechos fundamentales objeto del presente amparo; ii) una descripción concreta y precisa de las políticas públicas vigentes en materia de vivienda, así como de asistencia social, detallando

los requisitos para su goce, los estándares establecidos para definir las prioridades y el grado de satisfacción alcanzado y

iii) en tanto el goce del derecho no sea pleno, acreditar circunstanciadamente que ha invertido hasta el máximo de los recursos disponibles, asegurando un mínimo de su disfrute. En este último sentido cabe resaltar que la efectividad de un piso mínimo de derechos fundamentales, no puede depender de voluntades políticas, disponibilidades presupuestarias, necesidades de ajuste del gasto público o de la cantidad de personas carecientes.

En palabras del Comité D.E.S.C.: “... el hecho de que, aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causados sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo...”.

Las defensas fiscales han omitido brindar toda precisión sobre la sustancia del conflicto, pese a la existencia: i) del Sistema Federal de Viviendas establecido mediante ley 24.464 -al que la Provincia adhiriera mediante ley 11.663-; ii) de los consecuentes programas federales y provinciales ejecutados y en ejecución y iii) del registro de demanda único y permanente de vivienda y mejoramiento habitacional, creado mediante Resolución 1577/98. Ello no obstante que los elementos emergentes de los diversos informes producidos por dependencias oficiales dejan al desnudo la insuficiencia y desajuste de las respuestas a la realidad de la accionante:

i) fs. 35 (20/12/2006): Informe de la agencia de empleo e ingreso social de la Municipalidad de La Plata: la señora A.F.B., D.N.I. 28.762.925 no es beneficiaria de algún plan social administrado por este municipio. ii) fs. 76: Informe de la Dirección de Políticas Sectoriales del Ministerio de Desarrollo Humano: no se registran antecedentes con referencia a la señora A.F.B., D.N.I. A los fines de peticionar apoyo económico para solucionar el problema habitacional deberá cumplimentar los requisitos que se mencionan en planilla adjunta (entre otros, fotocopia de escritura o boleto de compraventa [año 1996 en adelante], adjuntando comprobante de pago total del terreno, donación o cesión de una fracción de terreno o adjudicación de lote fiscal municipal). Las urgencias que se priorizan son: incendios, desalojos, graves de salud y judiciales.

iii) fs. 152: Informe de la Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de La Plata: “... el único plan vigen-

te se encuentra ubicado en la bajada de la autopista perteneciente al barrio Tolosa, proveniente de la ejecución realizada en el Programa Federal de Construcción de Viviendas ‘Subprograma de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios’ del cual participa este municipio según convenio particular suscripto con el Gobierno Nacional y el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires. Las personas que acceden a dicha preadjudicación están inscriptas en el Censo realizado por la Provincia de Buenos Aires en el año 2004, ejecutado por este Municipio y con una adjudicación definitiva por parte del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires”.

5. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al dictar sentencia en la causa Q. 64. XLVI “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sent. del 24-IV-2012, fijó algunos lineamientos en torno a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, consistentes con lo hasta aquí expuesto.

El caso fue promovido por la accionante, por sí y en representación de su hijo menor de edad -quien padecía una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva-, a fin que el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires cesara en su conducta ilegítima al no proporcionarle alternativas para salir de la situación de calle en la que se encontraban, requiriendo el acceso a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservando la integridad familiar.

Al decidir, el máximo Tribunal federal sostuvo:

i) que los derechos económicos, sociales y culturales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, ii) que la mencionada operatividad tiene un carácter ‘derivado’ en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, cuya implementación, en principio, requiere una ley o una decisión del Poder Ejecutivo, por resultar necesaria una valoración general de otros derechos y de los recursos necesarios; iii) que por tal razón no es predecible una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial; iv) que, ello no obstante, los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, toda vez que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos cuando se acredita una amenaza grave para la existencia misma de la persona (considerandos 10, 11, 12 del voto de la mayoría).

Concluyó sosteniendo que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (considerando 17 del voto de la mayoría).

6. Por lo hasta aquí expuesto, acreditada la situación de grave riesgo social que padece el grupo familiar de la reclamante, atendiendo al plexo normativo nacional y supranacional reseñado y, en especial a las pautas fijadas por la Corte Interamericana y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ante la ausencia de defensas que abordando la sustancia del caso pusieran de manifiesto las políticas públicas fijadas por el legislador y/o administrador para dar satisfacción a las carencias puestas al desnudo, refiriendo concreta y precisamente cuáles son los programas, planes o acciones previstos y en ejecución y el modo en que ellos podrían alcanzar a la accionante; no cabe sino el acogimiento de la pretensión deducida, lo que importa condenar a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, provean en un plazo que no exceda los sesenta (60) días a partir de notificada la presente, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda y en tanto subsistan las circunstancias fácticas que al presente configuran el caso, una vivienda adecuada a la familia constituida por A.F.B. y sus cinco hijos menores de edad.

En su caso y hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir a su exclusivo costo y dentro de las siguientes 48 horas el alojamiento de los nombrados en una casa de alquiler, hotel o complejo habitacional similar que reúna las condiciones arriba explicitadas.

En cuanto al subsidio mensual requerido, corresponde ordenar a las accionadas, Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de La Plata, que incluyan a la señora B. y su grupo familiar en un régimen de subsidio mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia, el cual deberá hacerse efectivo a nombre de la señora A.F.B., en tanto subsistan las circunstancias fácticas que al presente configuran el caso (conf. arts. 12 incs. 1 y 3, 15, 20 inc. 2, 26, 28 y 39 inc. 3 de la Constitución provincial; 14 bis, 19, 33, 75 incs. 22 y 23, Const. nacional; 2, 11 y concs. P.I.D.E.S.C., 3, 4 y concs. C.D.N.; 4, 5 y 26 C.A.D.H.; 8,

22 y 25 D.U.D.H.; leyes 10.592 y 13.928; doct. causa A. 70.717, "Portillo", sent. del 14-VI-2010).

Por los fundamentos expuestos y conforme lo que antecede, adhiero a la solución propuesta por el colega que inicia el presente Acuerdo y con tal alcance, voto por la afirmativa. Con costas a la vencida (arts. 289, C.P.C.; 60.1, C.P.C.A., ley 12.008 -texto según ley 13.101-).

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor *Genoud*, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Pettigiani* dijo:

I. Adhiero a la solución propiciada por el distinguido colega doctor *Hitters* en su voto. Y ello por los fundamentos allí brindados -con la salvedad de lo señalado en el ap. II.2.b. (párrafos primero y segundo)- en tanto resulten concordantes con las consideraciones que formulo a continuación.

II. Comparto, en primer lugar, lo expresado por el citado ministro en el sentido de que supuestos como el verificado en la especie justifican la acción inmediata y coordinada de las autoridades administrativas competentes, a fin de procurar la articulación de medidas idóneas que revertan con celeridad el disvalioso cuadro de indigencia verificado en la especie. Razón por la cual, por regla, corresponde que el pedimento primigenio sea realizado ante los órganos competentes de las administraciones involucradas, a fin de obviar las disfunciones e interferencias que podrían generarse en el accionar estatal en desmedro de la efectividad del requerimiento originario.

Y ello a la par que la situación de desamparo expuesta por la accionante, y en la que funda su presentación, si bien resulta reveladora de un dramático cuadro social, no podría, en principio, ser considerada ni resuelta en su real dimensión por los órganos del Poder Judicial, toda vez que no compete a estos valorar o emitir juicios generales sobre cuestiones cuyo gobierno no le está encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles (conf. C.S.J.N., Fallos 300:1282, 301:771 y 325-I:396). Exceden a aquellos órganos, pues, las atribuciones y posibilidades concernientes a la visión global de las necesidades públicas, a la planificación y adopción de políticas que las aborden y a las elecciones de carácter operativo que deben tomarse en función de las prioridades fijadas y los recursos disponibles. Empero, la suscripción de tal temperamento no importa rechazar la posibilidad de solicitar judicialmente, frente a un caso como el aquí suscitado, el reconocimiento de los derechos primarios en

cuestión, como un modo de garantizar la tutela efectiva de bienes jurídicos fundamentales contemplados en la Constitución y en los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla. El cierto grado de indeterminación que puedan presentar los derechos involucrados en la especie en cuanto a las prestaciones que su satisfacción requiere, que debe ser precisado primariamente por las instancias de los Poderes Legislativo y administrador, no puede conducir a la negación de su carácter fundamental, ni a descartar su protección judicial cuando se advierta su violación.

A diferencia de la evaluación de idoneidad o conveniencia de las políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde al Poder Judicial garantizar la efectividad de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector al momento de administrar justicia y decidir las controversias (conf. C.S.J.N., Fallos 328-II:1146).

Pues si bien la obligación de respetar, proteger y llevar a la práctica los derechos de la índole de los reclamados en autos concierne originariamente a la actividad de las autoridades legislativas y administrativas -en tanto involucra la adopción de trascendentes decisiones sobre la asignación de bienes escasos y la determinación de prioridades a tal fin-, ello de modo alguno implica negar la tutela judicial cuando se soslaya el contenido esencial de los derechos fundamentales en juego, a la par que su protección resulta impostergable en orden a las condiciones de profunda y notoria debilidad en que se encuentran sus titulares. Cuya particular situación requiere, por tanto, de una atención y protección preferente por parte del Estado que obste la consolidación de desigualdades y la profundización de la exclusión. En ese orden, la Corte Suprema federal se pronunció recientemente en la causa Q. 64. XLVI, "Q. S., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", sent. del 24/04/2012, ya citada por mis colegas preopinantes, al señalar que los derechos de la naturaleza de los controvertidos en la especie están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo cual significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (cons. 12 y 17).

III.i. De acuerdo a las constancias de la causa, resulta debidamente acreditado, de un lado, el estado de extrema de necesidad y urgencia en que se encuentra la accionante y su grupo familiar producto de las caren-

cias económicas, habitacionales, alimentarias y sanitarias que padecen. Así, la amparista, quien no realiza actividades laborales y no es beneficiaria de ningún plan social administrado por el municipio demandado (conf. fs. 35), convive con sus cinco hijos menores de edad y el progenitor de éstos, quien realiza tareas de albañilería con una frecuencia de dos o tres días a la semana por las que recibe, aproximadamente, sumas de \$ 20 ó \$ 30 diarios. Los menores concurren a establecimientos escolares y “concurren al comedor institucional” (informe socio ambiental de fs. 41/43).

Todos habitan en una pequeña casilla de madera, instalada en la parte posterior de un terreno cuya titularidad corresponde a un tercero, y que consta de un dormitorio, “lugar usado también para cocinar”, en el que hay dos camas “donde pernocta todo el núcleo familiar”. El baño se encuentra afuera de la casilla y el agua es provista por un vecino, debiendo acarrearla diariamente (conf. informe cit.). Conforme la conclusión a la que arriba la perito asistente social que suscribe el mencionado informe, el núcleo familiar se ubica “en un estrato social bajo inferior y de acuerdo al nivel de ingresos debajo de la línea de indigencia, no cubriendo la C.B.A. (Canasta Básica Alimentaria) según datos del INDEC es decir que no cuentan con los requerimientos normativos kilocalóricos y proteicos imprescindibles de los integrantes a cubrir esas necesidades durante un mes”.

ii. De otro lado, también surge de los antecedentes del caso que, anunciadas las autoridades administrativas provinciales y locales del reclamo formulado por la aquí actora, con el objeto de conjurar, de algún modo, tan apremiante y desesperante condición, aquéllas no brindaron ninguna respuesta útil que posibilitara, siquiera de manera provisional, paliar mínimamente esa situación (conf. audiencias del 14/06/2007 y del 13/09/2007 -fs. 84 y 133, respectivamente- y reclamo administrativo presentado el día 08/06/2007 -fs. 113-). Manteniendo a lo largo de este proceso, iniciado el día 26/09/2006, su oposición al progreso de la pretensión aquí deducida (fs. 20/29, 179/181, y 240/244). Temperamento que no resulta sustentado en razones o defensas concernientes a la cuestión substancial que atañe al caso, puesto que, según lo puntualiza el ministro a cuyo voto presto mi adhesión, los representantes estatales omitieron toda referencia a ese respecto. Y así soslayaron, por ejemplo, la mención a las políticas públicas fijadas por el legislador y/o administrador para dar satisfacción a las carencias puestas al desnudo, refiriendo concreta y precisamente cuáles son los programas, planes o acciones previstos y en ejecución y el modo en que ellos podrían alcanzar a la accionante. Tampoco alegaron que todos los recursos asignados

a la satisfacción de los derechos sobre los que versa el presente ya fueron empleados o que aquéllos se destinaron a otros beneficiarios, teniendo en cuenta, a esos fines, las capacidades que sus posibilidades le permiten conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.

De manera que las autoridades estatales no alegaron, ni mucho menos probaron, la imposibilidad de garantizar, utilizando el máximo de los recursos disponibles, un umbral mínimo o esencial de los derechos reclamados que procure, progresivamente, su satisfacción en forma más completa (art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Toda vez que lo informado a fs. 76 por la Dirección de Políticas Sociales del Ministerio de Desarrollo Humano (en cuanto a los recaudos que deberán cumplirse para solicitar apoyo económico para solucionar el problema habitacional), y a fs. 152 por la Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de La Plata (en orden al único plan de viviendas vigente en el Municipio proveniente de la ejecución realizada en el Programa Federal de Construcción de Viviendas “Sub Programa de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios) resultan notoriamente insuficientes a tales fines.

En suma, no obstante que las demandadas tenían conocimiento, desde hace más de cinco años, de las precarias condiciones sociales en que se encontraban la accionante y su grupo familiar -las cuales persisten en la actualidad-, no sólo omitieron tomar alguna medida, en el marco de sus atribuciones, que razonablemente pudiera resultar eficaz para solucionar o mejorar aquella situación, sino que tampoco brindaron razones plausibles para intentar excusar, de alguna manera, su conducta prescindente.

Por el contrario, no se observa, aún en un hipotético contexto de posibilidades presupuestarias acotadas, un esfuerzo estatal adecuado y compatible con el resguardo mínimo de los derechos fundamentales involucrados en el sub lite.

Siendo que, además, el estado de extrema vulnerabilidad de los reclamantes, dada su situación de pobreza y, fundamentalmente, la condición de menores de edad que revisten los hijos de la actora, impone su protección prioritaria y la adopción de acciones concretas en tal sentido (art. 75 inc. 23, Constitución nacional).

IV. En el contexto sucintamente descrito se inscribe la puntual demanda, objeto de esta litis, de acceso a condiciones de vida adecuadas y a ciertos bienes materiales que posibiliten la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos y de su familia en condicio-

nes de dignidad. Una alimentación adecuada, una vivienda adecuada, entre otras urgencias humanas primarias, resultan fundamentales para su supervivencia y para llevar adelante una existencia decorosa; permitiéndoles alcanzar un nivel básico de vida que asegure su reconocimiento como personas dignas de igual consideración y respeto que el dispensado a sus semejantes.

Y es también en ese marco en el cual se encuentra la especial protección que la Constitución nacional (arts. 14 bis y 33) y de la Provincia (arts. 12 incs. 1° y 3° y 36 incs. 2° y 7°), así como los tratados internacionales con rango constitucional (arts. 75 inc. 22, Const. nac. y 11, Const. prov.) prevén para los derechos cuya concreción aquí se reclama (arts. 1°, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2, 11 y concs. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 4, 5, 11 y 26 de Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 14, párr. 2°, ap. h) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 16 párr. 1° y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 5 inc. e), apart. iii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial).

La que, ciertamente, adquiere una relevancia determinante en la especie en función de la mencionada condición de menores de edad de los hijos de la amparista, cuyo superior interés, que ha de ser primordialmente considerado (art. 3. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; conf. doct. causas Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; Ac. 85.958, res. del 12/02/2003; C. 106.966, sent. del 09/12/2009; C. 108.474, sent. del 06/10/2010; C. 109.139, sent. del 16/03/2011; entre muchas), orienta y condiciona toda decisión de los tribunales en los asuntos llamados a juzgamiento que a ellos conciernen (doct. C.S.J.N., Fallos 318:1269, 322:2791, 323:2388, 324:122, entre otras).

De allí que el punto de partida debe situarse en el interés superior del niño, verdadera regla de oro a la que no resulta posible sustraerse por mandato constitucional y por respeto a los principios más elementales del derecho minoril (arts. 3 párr. 1°, Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional). El cual, en una definición aproximativa, puede caracterizarse como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y en ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analiza-

do en concreto (conf. causa Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003; mi voto en C. 99.273, sent. del 21-V-2008; causa C. 99.748, sent. del 09/12/2010; mi voto en C. 101.708, sent. del 11/08/2010 y sus citas; causas C. 108.474, sent. del 06/10/2010; C. 109.139, sent. del 16/03/2011; C. 104.730, sent. del 13/07/2011; C. 112.656, sent. del 28/11/2011; entre otras).

En el caso, frente a las carencias básicas de alimentación, habitación y de salud que padecen los menores aquí involucrados, además de otras afectaciones concretas que se derivan o irradian de ellas y que también impactan negativamente en sus condiciones de vida al impedirle acceder a un nivel adecuado para su desarrollo -así, por ejemplo, el deterioro en la vida familiar, cuyo fortalecimiento y protección moral y material se encuentra amparado por la Constitución provincial (art. 36 inc. 1°), o en la participación de aquélla en la educación de los hijos (art. 75 inc. 19, Const. nac.), aspectos que ciertamente no podrán cumplirse en plenitud en un entorno como el verificado en la especie- resulta necesaria una intervención correctiva de los derechos comprometidos de manera relevante.

En ese orden, resulta útil recordar que los cinco menores habitan en una pequeña casilla de madera con sus padres, la cual carece de instalación de agua potable y su baño se encuentra en el exterior. Todo el grupo familiar duerme en dos camas que también son utilizadas como asiento para comer.

La madre no trabaja y el padre realiza periódicas changas de albañilería. Y los menores completan su alimentación concurriendo a un comedor escolar y con lo que les pueda proveer Cáritas City Bell, institución que también les suministra ropa.

La situación de desamparo es clara, al igual que la obligación de prestar especial atención a las necesidades y derechos de los menores involucrados, quienes, además de los que les corresponden a todas las personas, poseen otros derivados de su especial condición de vulnerabilidad.

En ese entendimiento, siendo que la satisfacción de los derechos aquí reclamados constituyen pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños (arts. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.2, 10.3, 11.1 y 12 inc. a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3, 6, 18, 19, 23, 24, 27 y concs. de la Convención

Bibliografía

sobre los Derechos del Niño; 36 incs. 2º y 3º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2, 3, 5, 8, 14, 26, 28, 29 y concs., ley 26.061; 1, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12 y concs., ley 13.298), presto mi adhesión al parecer del doctor Hitters, con las salvedades y alcances aquí indicados.

V. Voto, en consecuencia, por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente *Sentencia*.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oída la señora Procuradora General, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto. Por mayoría de fundamentos concordantes, se condena a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, provean en un plazo que no exceda de los 60 días a partir de notificada la presente, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda, una vivienda adecuada a la familia constituida por A.F.B. y sus cinco hijos menores de edad. En su caso, y hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir a su exclusivo costo -y dentro de las siguientes 48 horas- el alojamiento de los

nombrados en un hotel o complejo habitacional similar que reúna las condiciones arriba explicitadas.

Asimismo, se ordena a las accionadas, Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de La Plata, que incluyan a la señora B. y su grupo familiar en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia, el cual deberá hacerse efectivo a nombre de la señora A.F.B., mientras no varíen las circunstancias fácticas del caso (conf. arts. 12 incs. 1º y 3º, 15, 20 inc. 2º, 26, 28, 36 y 39 inc. 3 de la Constitución provincial; 14 bis, 19, 33, 75 incs. 22º y 23º, Const. nac.; 2º, 11º y concs., P.I.D.E.S.C.; 3º, 4º y concs., C.D.N.; 4º, 5º y 26º, C.A.D.H.; 8º, 22º y 25º, D.U.D.H.; leyes 10.592 y 13.298).

Las costas de todas las instancias se imponen a las demandadas vencidas (arts. 279, 289 y concs. del C.P.C.; 19, ley 13.928).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – Héctor Negri.– Daniel Fernando Soria.– Juan Carlos Hitters.– Luis Esteban Genoud.– Hilda Kogan.– Eduardo Julio Pettigiani. Eduardo Néstor de Lazzari.

Bibliografía

Diálogos y contrapuntos bioéticos. 18 prestigiosos bioeticistas debaten sobre temas clave de actualidad

De Lynette Hooft

–Un volumen de 294 ps., Ed. Biblos/Fundación OSDE, Buenos Aires–

Los libros pueden ser muy importantes para algunos o para otros, un arte pobre; pueden ser importantes para quien los escribe o, en este caso, para aquellos que han participado en su factura; seguramente lo tendrán en sus bibliotecas o los agregarán a sus *curriculum vitae*; sin embargo, a mi modesto juicio, los libros les pertenecen a los lectores, puesto que son los que usufructúan de la lectura y la hacen propia de distintas maneras.

“Diálogos y contrapuntos bioéticos”, de Lynette Hooft, me ha gustado, puesto que me ha sido útil; “utilitarista” al decir de los eticistas. A través de sus preguntas he repasado el *core* de los distintos temas bioéticos; mediante las distintas respuestas de los destacados entrevistados he podido reafirmar la creencia que no hay una bioética única, que no siempre es mera reflexión académica, que no siempre se pueden evadir las emociones, y que como sociedad estamos dominados por la ciencia y por el bioderecho. Los entrevistados reúnen las cualidades para haber sido invitados; a su manera, cada uno, muestra un relato que tiene que ver con lo formal, lo académico y lo aprendido, y con las circunstancias propias de su formación, de su nacionalidad, de su país y de sus leyes.

Lo fascinante de la bioética, como disciplina crítica, no es la respuesta adecuada y formal frente a los dilemas, sino la artesanía de ver cómo el hombre, que está siempre por detrás, se adapta de mejores y peores maneras

a los desafíos que imprime la modernidad, la ciencia, los nuevos escenarios sociales. La bioética no siempre resuelve los conflictos, pero lo ubica al hombre en una situación más crítica y menos emocional.

Lynette Hooft le agrega al puente interdisciplinario un nuevo durmiente donde pararse, donde mirarse, donde compararse, donde buscar respuestas. Sus invitados la han ayudado con creces. No es un libro para académicos. Como dice su autora, es un libro de divulgación. Todos pueden leerlo y así mejorarán su capacidad de opinar, que normalmente suele estar regida sólo por las emociones o por los comentarios de los demás. Los temas que se tratan son los de la vida cotidiana.

Latinoamérica necesita de este tipo de publicaciones. Carecemos de espacios inter y multidisciplinarios y la filosofía es para unos pocos que logran acceder y vedada para quienes se autoexcluyen de bucearla o no encuentran fáciles accesos.

– El primer capítulo es el del inicio de la vida. Independientemente de las posturas expuestas, todas muy fundamentadas, me ha resultado muy interesante, una vez más, corroborar el dilema sobre si lo importante es cuando comienza la vida o las consecuencias sociales que implica la definición del inicio de la vida. Y aquí es donde la bioética debe, a mi juicio, persistir en su tarea crítica y no convertirse en guardabarrera de las nuevas opciones, la mayoría de ellas tecnológicas. Para la falta de “naturalidad” de los métodos de fertilización asistida, tan sólo me gustaría mencionar las palabras de John Stuart Mill (1806-1873) quien, en su ensayo “Naturaleza”, comenzó diciendo que aunque las palabras como “naturaleza” y “natural” han, en todo momento, ocupado un gran lugar en los pensamientos y se han arraigado fuertemente a los sentimientos de la humanidad, se han vuelto intrincados en muchas asociaciones, la mayoría de las veces con un carácter poderoso y tenaz, que son ahora una de las fuentes más copiosas de saber falso, filosofía falsa, moralidad falsa, y aun de mala ley”. De ahí en más comienzan los dilemas sobre el derecho a la procreación, hoy legislado con ciertas dificultades en la Argentina, la conveniencia o no del diagnóstico preconcepcional o si la filiación y engendramiento no son dos conceptos sinérgicos en los casos de subrogación del útero; se opina sobre la genética reproductiva, que no es ni más ni menos que una ayuda a tener hijos más sanos sin dañar a otras personas, o es una extensión del deseo de los padres de dar lo mejor a sus hijos. En efecto, si lo hacemos una vez que nacen, ¿por qué no hacerlo antes del nacimiento?, si se puede comprar un entorno ventajoso, ¿cómo prohibir la compra de ventajas genéticas?; las preocupaciones por

el hermano salvador también tienen su espacio; qué curioso que ninguno de nosotros haya tenido un motivo real o por lo menos cuestionable al llegar a este mundo; venimos más por el deseo de nuestros padres que por una verdadera necesidad, sin embargo, estamos muy preocupados por aquel que viene con una misión y preocupados por convertirlo en un medio y no en un fin. Al decir del prof. Diego Gracia Guillén, Kant debe leerse bien, dado que lo que dijo es que el ser humano es “fin y no sólo medio”. Y, por último, *last but not least*, los nuevos modelos familiares y las dificultades que se presentan en una sociedad que es esquiva a este tipo de cambios. Nos definimos una sociedad plural, pero de las palabras a los hechos hay mucha distancia.

– El segundo capítulo es de la salud pública y la justicia social. Muy interesante cómo las distintas opiniones muestran cómo el Estado o se encuentra ausente o invade, nuevamente, la privacidad de las personas. Dicho de otra manera, cuánto ha costado que la Organización Mundial de la Salud definiera a la salud como un bien biopsicosocial hace 60 años atrás y cuán poco se ha hecho al respecto. De la misma manera, son muy ilustradoras todas las opiniones y las preguntas de Lynette Hooft, profesora en Filosofía y magíster en Bioética, en cuanto a ver cómo el Estado nuevamente carece de herramientas eficientes para la prevención, para el tratamiento o la miopía frente a las enfermedades prevalentes en contraste de la algarabía política frente a las novedades tecnológicas que puedan traer poca salud pero muchos votos para los políticos. La inequidad se vive por doquier y las políticas públicas no forman parte de la agenda administrativa, así como la distribución de los recursos tiene caminos muy curvos y con pocas rectas.

– El tercer capítulo sobre autonomía y voluntad del paciente también nos ilumina y nos muestra las dificultades típicas de este tópico. Reconocemos a la autonomía como un nuevo valor en nuestra sociedad, pero cada uno de los interpelados muestra lo difícil que resulta articular en salud la beneficencia y la autonomía. Cómo aún nos enoja que un paciente pueda rechazar un tratamiento, cómo aún vemos escenarios de futilidad y de tormentos terapéuticos en casos desproporcionados a los ojos del *common sense*, que jamás debiéramos perder; qué dificultosa es la puesta en práctica, sobre todo para los latinos, de las directivas anticipadas. Cierzo este meollo de los dilemas bioéticos y ésta es nuestra responsabilidad. Responsabilidad que, una vez más, debe ser asumida en nuestra capacidad de desatar los nudos, clarificar los pensamientos, alejarnos de las emociones y proponer un orden y una sistemática a las distintas salidas.

Bibliografía

– Por último, aparece en escena la muerte, que no es ni más ni menos que el final de la vida. Útil, además, para relacionarla con el inicio de la vida y buscar analogías en sus aspectos periféricos. Me atrevo a decir que el inicio de la vida ya ha sido suficientemente analizado, no se ha llegado a conclusiones taxativas y existe una cierta liberalización de los temas en los cuales cabe este análisis. Pero el nuevo escenario bioético está ocupado por la muerte y la forma de morir. Si hay derecho a vivir... ¿por qué no hay derecho a morir? Esta frase suena y resuena frente al dogma de la protección y la santidad de la vida. La eutanasia avanza en las encuestas de los médicos y en ciertos países. La comunidad médica se muestra cada día más permeable a partici-

par de ella. En Bélgica, en la actualidad, no son pocos los que se solicitan la eutanasia y, además, en el mismo acto ofrecen la donación de sus órganos. La futilidad o el ensañamiento terapéutico cada día tiene más cuestionamientos, menos adeptos y hoy sólo requiere de la creación de un discurso en la relación médico-paciente que favorezca el convencimiento que iniciar un sostén vital tiene el mismo valor moral que suspenderlo.

Lynette Hooft y sus invitados nos ilustran, nos hacen reflexionar, a veces, nos provocan, pero por cierto nos enseñan y nos mejoran. Un libro bien logrado.

Mario Sebastiani

Una publicación de ©**AbeledoPerrot S.A.**
Tucumán 1471 (C1050AAC),
Cdad. de Buenos Aires, Argentina
Te.: (54-11) 4378-4733 - Fax: 4378-4723
Mail: tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de diciembre de 2013 en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. Bernardino Rivadavia 130 - Avellaneda Pcia. de Buenos Aires, Argentina RNPI 5074812