

INTRODUCCION GENERAL AL BIODERECHO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. Nociones fundamentales

1. El enorme avance de las posibilidades técnicas relacionadas con la vida producido en las últimas décadas provocó que, en relación con la «**biotecnología**» (1), sobre todo en relación con la biotecnología respecto del hombre, se constituyeran con aportes a menudo interdisciplinarios la ya de cierto modo consolidada Bioética y el **Bioderecho**, que ahora urge desarrollar (2). Además, junto a esas posibilidades biotecnológicas se reubican y replantean en los marcos bioéticos y biojurídicos cuestiones más tradicionales, que se refieren, por ejemplo, a los viejos problemas del aborto, la eugenesia y la eutanasia y otras relativamente intermedias, como la de la condición de los enfermos de SIDA. En última instancia hay una referencia al común denominador del fenómeno integral de la vida humana.

La pregunta acerca de qué es el Bioderecho tiene, como todo interrogante acerca del ser profundo de un sector del universo, carácter **filosófico**. Por eso, corresponde desarrollar una «**Filosofía Biojurídica Menor**» (de alcance menor) o «**Introducción al Bioderecho**» en sentido estricto, que se ocupa del Bioderecho en sí mismo, y una «**Filosofía Biojurídica Mayor**» (de alcance mayor) o «**Filosofía del Bioderecho**», que trata de las relaciones del

(*) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(1) Es posible v. nuestro estudio «¿Ingeniería genética humana?», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 21, págs. 49 y ss.

(2) En el marco de la abundante bibliografía sobre Bioética, v. por ej. las recientes producciones de GRODIN, Michael A. (ed.), «*Meta Medical Ethics. The Philosophical Foundations of Bioethics*», Dordrecht, Kluwer, 1995; DWORAKIN, Ronald R., «*Il dominio della vita*», trad. Carla Bagnoli, Milán, Comunità, 1994 y la colección de estudios de ASNARIZ, T. y otros «*Bioética: cuestiones abiertas*», Bs. As., Eledé, 1996.

Pueden c. v. gr. HOOFSTAD, Pedro F., «*Bioderecho - Estado actual y perspectivas*», en «Boletín ...» cit., Nº 21, págs. 115/116; DABOVE, María Isolina - SOTO, Alfredo M., «*Comprensión jusfilosófica del Bioderecho*», en «Boletín ...» cit., Nº 21, pág. 117; MORELLI, Mariano G., «*Paradigmas jurídicos y Bioética*», en «Boletín ...» cit., Nº 21, pág. 118; asimismo, por ejemplo, BURG, Wibren van der, «*Legislation on Human Embryos: From Status Theories to Value Theories*», en «*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*», vol. 82, 1996; 1, págs. 73 y ss. y la tesis doctoral de NICOLAU, Noemí L., «*Vida humana y Derecho Civil*», Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1990.

Además es posible c. nuestros estudios «*Panorama de los fundamentos de la Bioética*», en «Boletín ...» cit., Nº 18, págs. 33 y ss.; «*Aspectos jusfilosóficos de la procreación asistida*», en «*Ginecología y Reproducción*», Vol. 5, Nº 1, págs. 11 y ss. (y en «*Bioética y Bioderecho*», Nº 1, págs. 11 y ss.); «*Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica*

Bioderecho con el resto del universo (3).

II. Introducción al Bioderecho (en sentido estricto)

2. El Derecho posee siempre una constitución **tridimensional**, formada por una dimensión sociológica, otra normológica y una tercera dikelógica (o sea de ciencia de la justicia). Dentro de esta concepción tridimensional, la teoría trialista del mundo jurídico reconoce en él un conjunto de repartos captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (4).

El Bioderecho es el área jurídica compuesta por los casos y soluciones producidos en el desarrollo de la **técnica** en la vida en general y, particularmente, en la **vida humana**.

Para comprender el Bioderecho es necesario tener constantemente presentes las muy difíciles nociones de **vida** y de **vida humana** y los fenómenos de **crisis** y de «**revolución**», quizás los más grandes de todo el desarrollo humano, que se producen con el asombroso impacto tecnológico actual sobre todo en expresiones extremas, como las de la clonación y el manejo genético.

1. El Bioderecho desde las perspectivas del mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

3. El Derecho se desenvuelve siempre en un núcleo de fenómenos de **conducción**, que producen «repartos» de potencia e impotencia, y de **espontaneidad** de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, que generan «distribuciones». El desarrollo de la biotecnología parece incrementar de manera sorprendente la conducción, que se impone sobre todo a la naturaleza y al azar, pero al propio tiempo esa conducción puede ser en gran medida sólo el resultado de las influencias humanas difusas, principalmente correspondientes al juego de la economía. La casi «**omnipotencia**» de los hombres de los laboratorios, las salas de terapia intensiva, etc. puede ser manejada en mucho por las tendencias económicas.

En un planteo más particular, en los marcos de la Bioética y el Bioderecho hay áreas donde parece que la conducción humana puede tener más éxito, como las de las condiciones

y axiológica de la Bioética», en «Boletín ...» cit., Nº 20, págs. 113 y ss.; «Bases para el Bioderecho de la transmisión genética de deficiencias y enfermedades», en «Bioética ...» cit., Nº 1, págs. 17 y ss.; «Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho», en «Bioética ...» cit., Nº 1, págs. 23 y ss.; «Interrogantes bioéticos básicos respecto de la «reproducción asistida», en «Bioética ...» cit., Nº 1, págs. 29 y ss.; «Notas para una comprensión dikelógica de la discriminación», en «Bioética ...» cit., Nº 1, págs. 35 y ss.; «Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida inútil», en «Bioética ...» cit., Nº 1, págs. 41/42; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en «Bioética ...» cit., Nº 1, págs. 43 y ss.

(3) Acerca de la distinción entre Filosofía Jurídica Mayor y Menor puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 5 y ss.

(4) V. op. id. Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico y los desarrollos posteriores a su formulación originaria pueden v. además CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976, «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84, «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, «Perspectivas Jurídicas», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

de los enfermos de SIDA, de los enfermos específicamente terminales, etc.; pero existen otras áreas, como las de la clonación humana, el manejo del patrimonio genético, etc., en que tal vez la espontaneidad -favorable o contraria- puede tener alcances incontenibles. Quizás pueda decirse, en tales sentidos, que en las cuestiones relativamente «microbiéticas» y «microbiojurídicas» las posibilidades de conducción parecen mayores, en tanto en las cuestiones «macrobiéticas» y «macrobiojurídicas» son menores.

4. Para comprender los **alcances**, de cierta manera enormes, de la biotecnología aplicada a la vida humana, vale tener en cuenta que no sólo pueden superar deficiencias y enfermedades y promover seres con características diversas a las actuales, tal vez superiores o inferiores, sino afectar los grandes soportes de la personalidad, como son los instintos de **amor** y de **muerte**.

5. La conducción puede producirse por el juego de la **autoridad**, realizadora del valor **poder**, o por el despliegue de la **autonomía**, donde se satisface el valor **cooperación**. El desarrollo de la biotecnología incrementa el poder de quienes disponen de ella y la libertad de decisión de los protagonistas, pero en muchos casos ese poder puede ser menor de lo que aparenta, o estar en otros sujetos, y la libertad de decisión puede ser sólo una fachada que responda a imposiciones ajenas. En gran medida el poder y la cooperación pueden responder al fin al sistema económico.

6. La conducción puede ordenarse por la **planificación**, cuya marcha realiza el valor **previsibilidad**, o por **ejemplaridad** que satisface el valor **solidaridad**. Sin embargo, la crisis provocada por la biotecnología se desarrolla también en el ámbito de esta distinción: así, por ejemplo, lo que en la materia se cree planificado por el gobierno o ejemplar puede ser resultado de la planificación que las empresas producen desde la economía, sin perjuicio de que a su vez ésta puede ser producto profundo de la ejemplaridad con frecuencia enraizada en la misma vida económica.

Según ya señalamos, los cambios de los criterios de vida y del protagonismo de los conductores que pueden surgir de las posibilidades biotecnológicas más «avanzadas» están en condiciones de llegar a significar la mayor **revolución jurídica** y de la cultura en general que se haya producido desde la aparición de nuestra especie.

7. La conducción puede tener **límites voluntarios**, surgidos de la decisión de sus autores, y **límites necesarios**, impuestos por la naturaleza de las cosas. La biotecnología crea la imagen de un gran derrumbe de los límites necesarios, al punto que parecería que cada vez más todo depende de los límites voluntarios, aunque tal vez esa apariencia no refleje la realidad.

Cabe preguntarse cuál será, en este campo, la relación entre lo **posible** y el **hacer**, por

ejemplo, si se hará todo lo posible o si habrá limitaciones surgidas de la voluntad humana y si el Derecho podrá regular sucesos, de expansión o retracción de las realizaciones técnicas, que quizás sean en cambio incontenibles.

Aunque con frecuencia todo lo factible termina haciéndose, es importante tener en cuenta que el siglo XX ha presenciado el maravilloso fenómeno de que, pudiendo destruir la vida humana a través de explosiones atómicas, tal suceso no ha acontecido. Sin embargo, también hay que apreciar que la amenaza de muerte generalizada de las explosiones atómicas era mucho más evidente que los peligros que pueden esconderse en el porvenir de la biotecnología.

Para una cultura prometeica, como la de Occidente, la vocación por realizar todo lo posible es muy fuerte, pero a su vez vale tener en cuenta que en el porvenir de la técnica pueden esconderse derivaciones como las que sucedieron al «aprendiz de brujo» inmortalizado por Goethe.

8. Abordando los límites necesarios en particular, cabe señalar que la técnica hace ceder obstáculos **físicos** tradicionales, mas pueden surgir otros fenómenos indeseados incontrolables.

Importantes límites **psíquicos** surgen del enorme temor que suscitan enfermedades muy críticas y contagiosas y en especial la más típica de este tiempo, que es el SIDA. No obstante, sobre todo se destacan por su posible resistencia los límites psíquicos por las nuevas posibilidades biotecnológicas respecto del hombre, en muchos casos por el conflicto con concepciones «re-ligiosas» que no pueden comprender el «estallido» que ellas significan, pero otros límites significativos del mismo carácter surgen de la voluntad, quizás incontrolable, de incrementar el poder, poseer riquezas, prolongar la vida, etc.

No cabe descartar que el temor ante lo desconocido genere grandes **reacciones** que desemboquen en medidas radicales, por lo menos en prohibiciones a la biotecnología humana más o menos prolongadas. Sin embargo, las posibilidades de las nuevas tecnologías en materia de procreación asistida e incluso de clonación humana no significan que necesariamente se han de abandonar las tendencias, de sólidas raíces físicas y psíquicas, que conducen a la procreación por la vía tradicional. ¿Se enfrentarán la casi divina voluntad de la propia reproducción cabal en la clonación con la inclinación reproductiva sexual que lleva a un nuevo patrimonio genético compartido? ¿En caso afirmativo, cuál será el resultado? Es muy posible que por la vocación expansiva del hombre el mundo adquiera, a largo plazo, características hoy inimaginables.

Sean cuales fueren las consecuencias, valiosas o «desvaliosas», del hacer o del no hacer, siempre deberá tenerse en cuenta que existen límites **axiológicos**, que impiden convertir en valioso lo que no lo es o hacer «desvalioso» a lo que posee valor. Es posible que se restrinjan o desenvuelvan las posibilidades biotecnológicas humanas; pero que algo suceda, en uno u otro sentido, no quiere decir que necesariamente sea valioso.

Es fácil que las fuerzas **políticas** tiendan a obstaculizar los despliegues de la técnica, mas también puede ser que los promuevan. A su vez, límites **económicos** pueden servir de barrera para los avances biotecnológicos y para las respuestas biojurídicas permisivas, pero sobre todo pueden hacer que fracasen las soluciones prohibitivas. El afán de lucro es uno de los grandes motores de la biotecnología, hoy de manera muy notoria en las maniobras a menudo excesivas para la prolongación de la vida.

Tratándose de **cuestiones vitales**, se tiende de modo inevitable a replantear todo lo que se establece con anterioridad, para confirmarlo o modificarlo, cuando se presentan los casos. De aquí las grandes dudas que se suscitan, por ejemplo, con las soluciones predispuestas por los enfermos que pierden su estado de conciencia.

9. La realidad social del Derecho se desenvuelve según categorías de **finalidad objetiva** de los acontecimientos y **finalidad subjetiva; posibilidad y realidad**. La finalidad objetiva y la posibilidad son fuertemente «pantónomas» (referidas a la totalidad de sus despliegues), pero las abordamos mediante fraccionamientos que generan **certeza**. Es posible que en concordancia con su carácter revolucionario el desarrollo de la biotecnología produzca cambios quizás fundamentales en la finalidad objetiva, que traerían grandes modificaciones y situaciones críticas en la finalidad subjetiva de los conductores, y que amplíe de modo inimaginable las posibilidades, con la consiguiente alteración de la realidad.

De alguna manera nos «adueñamos» de las posibilidades a través de la imaginación y de la conjetura, pero el cambio biotecnológico es y puede ser tan profundo que, si bien realiza en mucho lo que hace tiempo fue locura y luego «ciencia-ficción», nos coloca en ciertos aspectos ante lo **inimaginable** y **no conjeturable**. Como consecuencia, tiende a resultar conmovida toda nuestra **certeza** y puede generarse cierta situación de desconcierto y de vértigo, promotora de reacciones encontradas.

b) Dimensión normológica

10. Las posibilidades de la biotecnología enfrentan a enormes **carencias** («lagunas») de carácter **«histórico»**, por novedad de los problemas. Asimismo se deben tener en cuenta las grandes **carencias «dikelógicas»** que pueden tener las normas existentes o qué se produzcan. Incluso hay una gran crisis en la capacidad de los **conceptos** existentes, que abarca a algunos tan significativos como los de «vida» y «muerte», «madre», «padre», «hijo», etc., sobre los que en mucho están edificadas la psicología y la cultura.

Ante estas carencias y esta crisis vale preguntarse en qué medida ha de recurrirse a la «autointegración», con elementos normativos y culturales existentes, o se ha de hacer uso de la **«heterointegración»**, elaborando nuevos despliegues normativos y una nueva cultura, como en muchos casos nos parece más fundado. Esto no implica desconocer que la

«heterointegración», que significa preguntarse directamente por lo valioso, es particularmente difícil en cuestiones cuyas consecuencias poseen tantos obstáculos para el conocimiento y la apreciación como los que plantea la biotecnología.

Otro de los interrogantes que presentan las normas del Bioderecho es el de la disponibilidad de fuerzas para hacer que se cumplan, o sea, para que resulten «exactas». Lo expuesto acerca de los límites necesarios de los repartos ilustra al respecto.

c) Dimensión dikelógica

11. Los valores que entran en juego en los desafíos que la biotecnología plantea al Derecho son muchos y altamente significativos. La **justicia**, valor supremo del mundo jurídico, la **salud**, la **utilidad** (que caracteriza a la técnica), la **verdad**, el **amor** y, en caso de existir, la **santidad** resultan hondamente afectados. Corresponde al Bioderecho la perspectiva jurídica, en última instancia de justicia, de la problemática suscitada por la biotecnología, pero ese enfoque ha de enriquecerse por la coadyuvancia con los otros valores. Si siempre es difícil saber qué es justicia, salud, utilidad, verdad, amor, etc., en estos casos lo es con particular intensidad.

Vale interrogarse, por ejemplo, cuál es el grado de «salud» que caracteriza a la vida y cuándo comienza la muerte; cuál es la realidad sobre la que ha de realizarse la verdad e incluso cuándo el conocimiento de los hechos es verdad, es decir, es conocimiento personalizante; cuál será el porvenir del amor, que en mucho es apertura a los demás, si se desarrollan fenómenos de clonación, en que se busca la propia «re-producción», etc. Mucho puede perderse, por ejemplo, por el creciente imperio de la utilidad, que a veces es beneficiosa y otras arrogante y subversiva, en un mundo donde todo se «mediatiza».

Incluso entra en profunda crisis el valor que consideramos supremo para los hombres, que es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser), dado que quizás nos encontremos ante las posibilidades de formación de nuevas especies, «superiores» o «inferiores».

La presencia de un complejo de valores tan rico es una muestra muy esclarecedora de que el Derecho requiere siempre apoyo en la interdisciplinariedad. Urge evitar que, por el contrario, como algunos temen, la constitución del Bioderecho lleve a un aislamiento de los planteos jurídicos, como el que a menudo suele producir la «pureza» normativista.

12. El Bioderecho se desenvuelve con un horizonte de los llamados principios de la Bioética, de autonomía, beneficencia y justicia. El principio de autonomía se concreta con la realización del **consentimiento informado**, y éste es un excelente ejemplo de la búsqueda de la integración de la libertad, que en medida importante es requerida por la justicia, con la **verdad** de la información. Importa saber cuándo esta verdad es valiosa o «desvaliosa» con miras a la justicia y a la plenitud del complejo de valores que en principio ha de culminar en

la humanidad (5). La beneficencia se dirige en primer término a la salud, y su relación con la justicia y la verdad del consentimiento informado tampoco es fácil. No obstante, todo el complejo del Bioderecho debe realizar al fin el valor justicia.

13. Entre las vías para el descubrimiento de la justicia se encuentran la consensual y la extraconsensual, la particular y la general (referida al bien común), etc., pero la crisis de la biotecnología pone en cuestión los alcances del consenso, la particularidad, la generalidad, etc.

Como categoría pantónoma, la justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras**, mas las posibilidades de la biotecnología generan una fuerte tensión en que el porvenir puede resultar sacrificado por consideraciones de pasado y presente o, a la inversa, éstos pueden ser arrollados por el porvenir. Aunque la «futurología» es sumamente difícil, no cabe descartar que es posible que con la biotecnología se produzca cierta «fractura» en la temporalidad que inicie una nueva «*era*» de la historia o, incluso, una nueva historia, la de una nueva especie.

Los despliegues del **complejo personal** de la humanidad pueden ser significativamente reconstituidos, v. gr., de manera destacada, por el cambio fundamental de las relaciones de pareja y familiares. A su vez el **complejo real** resulta afectado, por ejemplo, por la necesidad de recortar nuevamente dónde comienzan y concluyen la persona y la especie misma.

El gran desfraccionamiento de influencias de justicia que abren las nuevas posibilidades biotecnológicas conduce a que en la búsqueda de la **seguridad** que surge de los fraccionamientos a menudo se reclamen prohibiciones generalizadas. Sin embargo, aunque los hombres amamos la seguridad somos también una especie «en aventura».

Las posibilidades biotecnológicas ponen en **crisis** a los criterios generales orientadores que hasta ahora han podido utilizarse para descubrir con relativa facilidad el deber ser y requieren la laboriosa referencia a **valoraciones completas**.

14. El principio supremo de justicia exige que cada individuo reciba la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, o sea para que se convierta en **persona**, pero la biotecnología coloca ante una desafiante pregunta acerca de qué es persona. ¿Lo son el embrión en probeta y quien sólo tiene vida vegetativa? ¿Serán igualmente personas, desde el punto de vista social, quienes se reproduzcan y sean reproducidos por clonación?

15. La biotecnología incrementa hasta niveles asombrosos las posibilidades de legitimación **aristocrática** de los repartidores **técnicos**, con frecuencia al servicio de la a menudo falsa superioridad plutocrática, pero a su vez amenaza el reconocimiento de los títulos tradicionales de la aristocracia por superioridad moral y científica. Además urge reconocer que, tratándose de cuestiones vitales, sobre las que al fin poco se sabe, la aristocracia siempre está en relativa crisis.

(5) Puede v. nuestro estudio «La justice et la vérité dans le monde juridique», en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXIX, fasc. 4, págs. 446 y ss (versión francesa en colaboración).

Como señalamos al referirnos al consentimiento informado, mucho depende de la legitimación por la **autonomía** de los interesados. Es más, se ha difundido, no sin cierto fundamento, la noción de que corresponde al hombre «definirse» a sí mismo. Sin embargo a menudo los interesados todavía no existen o no están en condiciones de tener una verdadera voluntad propia y de expresarla, y al fin la justicia de los repartidores no absorbe la justicia de los otros caracteres de los repartos.

La biotecnología afecta de tal modo a los individuos recipientes que hace muy difícil comparar sus **merecimientos**, sobre todo si al determinarse el patrimonio genético por el obrar humano los méritos del propio obrar resultan cuestionables.

Los objetos (potencias e impotencias) repartibles por la biotecnología se incrementan sorprendentemente, pero al hilo de esto aumentan las cuestiones acerca de su legitimidad, o sea de su carácter **repartidero**.

La crisis de la justicia de los recipientes y de los objetos incrementa de manera relativa la legitimación autónoma, pero ya señalamos que ésta también tiene perspectivas de gran debilidad.

16. La filosofía ha subrayado que para ser justo un régimen debe ser humanista, es decir, ha de tomar a cada hombre como un fin y no como un medio. Sin embargo, el Bioderecho debe hacer frente al gran desafío que para el **humanismo** significan las posibilidades de la biotecnología, en las que incluso cabe la aparición de una nueva especie «sobrehumana». ¿Sigue el hombre siendo un fin en sí cuando la evolución previsible muestra la posibilidad de una especie «superior»? La crisis del pensamiento kantiano del hombre como fin en sí y la concreción de las ideas nietzscheanas del superhombre parecen evidentes. ¿Llegará la hora tan peligrosa y temida de un superhumanismo? Ante estos términos, el conflicto entre humanismo y totalitarismo se hace muy tenso y de solución muy difícil.

17. Para ser humanista el régimen debe respetar la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** de los seres humanos, pero las posibilidades biotecnológicas, sobre todo en cuanto se refieren a la clonación de seres de nuestra especie, significan grandes modificaciones en las tres perspectivas. La biotecnología puede llegar a afectar gravemente las diversidades, la igualdad y la comunidad de todos los hombres, por ejemplo, alterando la actual vía de reproducción mediante la clonación.

18. El régimen de justicia debe construirse mediante la **protección** de cada individuo contra los demás individuos, frente al régimen, respecto de sí mismo y ante todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.), en gran medida combinando todas estas fuerzas, pero las posibilidades de la biotecnología colocan ante conflictos en la protección de los individuos del pasado, el presente y el porvenir y hacen muy difícil combinar las fuerzas para lograr un resguardo justiciero.

2. El Bioderecho desde las perspectivas de las ramas del mundo jurídico

19. El Bioderecho es una de las más importantes nuevas **ramas jurídicas**, que deben enriquecer de manera «transversal», con soluciones prácticas y enfoques **teóricos**, las respuestas de las ramas jurídicas tradicionales, como el Derecho Constitucional, el Derecho Civil, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc. Ayuda así a constituir el «Derecho de la Cultura», que abarca la positividad en general (6), y la «Teoría General del Derecho», como comprensión general del área del sistema jurídico (7).

III. Filosofía del Bioderecho

20. Aunque creemos que el universo todo puede comprenderse desde la profundización en cada una de sus perspectivas, los grandes problemas de la Bioética y el Bioderecho son puntos de vista excepcionalmente relevantes para apreciar la plenitud de la **cultura**, la **vida** y la **realidad**. La procreación, la enfermedad, la muerte, etc. ocurren en estrecha vinculación con la cultura, la vida y el universo en su conjunto.

Al ampliar las perspectivas del Bioderecho más allá de sus fronteras se advierte su gran importancia para la **Historia** y la **Prospectiva Jurídicas** y para el **Derecho Comparado**.

La biotecnología, sobre todo en cuanto se aplica a los seres humanos, es una de las grandes manifestaciones del tiempo actual, denominado de la «postmodernidad» (8). Nuestra época, que de cierto modo comenzó a expresarse con el estallido de la primera bomba atómica en 1945 y hoy es «postmoderna», está signada por el dominio sorprendente en diversas áreas: de la materia, que se evidenció con esa explosión; de la cultura, a través de la televisión y la informática y de nuestra propia condición, mediante la ya perfilada biotecnología humana.

Si se tiene en cuenta que en nuestro tiempo, de la «postmodernidad» y la globalización (9), hay fracturas culturales de superficie, pero un monopolio profundo de la utilidad, de cierto modo semejante al monopolio medieval por la santidad, se advierte que los riesgos de las grandes posibilidades de la biotecnología abarcan también el definitivo cerramiento del mundo en una fórmula utilitaria (10).

Al posibilitarse un cambio tan significativo, quizás un cambio de especie, la Historia como pasado puede perder importancia, asemejándose por lo menos a la actual «prehistoria», y la Prospectiva tiende a absorber el tiempo en el porvenir. Quizás no sea sin «motivo» que en la evolución humana hoy corresponde el predominio a una relativa «ahistoricidad»

(6) Es posible v. nuestras «Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

(7) Puede v. nuestro estudio, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI, «Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho», en «El Derecho», t. 150, págs. 859 y ss.

(8) Es posible v. nuestros estudios «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín ...» cit., N° 19, págs. 9 y ss., «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación y Docencia», N° 25, págs. 25 y ss.

(9) Puede v. nuestro estudio «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27, págs. 9 y ss.

(10) Es posible v. nuestro artículo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas «dialécticas» de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación y Docencia», N° 21, págs. 67 y ss.

dominada por una potencia originada en la vieja Europa, pero con menos raíces históricas que ella.

Si la clonación llegara a homogeneizar la especie según las características de los grupos capitalistas dominantes, se acentuaría la tendencia, ya presente en el proceso de globalización, de absorber el Derecho Comparado en la Historia del Derecho.

Las posibilidades biotecnológicas significan una gran **crisis** para las filosofías ahora más difundidas. Según ya de cierto modo señalamos, el «**lugar** histórico» de la necesidad del Bioderecho está determinado en mucho por la aparición del gran desafío de la biotecnología que promueve un nuevo «núcleo» temático fuerte, en cuyo centro están por ejemplo problemas diversos, como el del empleo de recursos para prolongar una vida significativamente deteriorada y el de la clonación de seres humanos, pero también por su aporte para poner en evidencia que incluso los planteos de temas tradicionales, como los del aborto, la eugenesia, la eutanasia, etc. son insuficientemente resueltos en los marcos del positivismo.

21. El Bioderecho muestra la profunda interrelación del Derecho, o política jurídica, con otras ramas de la **política** (o sea de las posibilidades de la convivencia) como la **política sanitaria, la política económica, la política erológica, la política religiosa, la política educacional, la política de seguridad y la política cultural** en general.

22. El reto de la biotecnología generador de la exigencia del Bioderecho nos requiere apreciar el gran desafío que ella es para la **Biología** en general. Cuando se considera que la **vida** es en mucho **diversidad** y que puede sostenerse en base a la adaptación a los cambios que ésta brinda, se advierte que puede producirse el riesgo de que la maniobra genética origine una especie demasiado homogénea para su supervivencia.

23. El Bioderecho requiere el aporte de la **Filosofía** general, incluyendo de maneras destacadas a la Antropología Filosófica, la Teoría de la Concepción del Mundo, la Etica, etc. Mucho vale comprender, por ejemplo, si sus soluciones han de centrarse en una perspectiva antropocéntrica, cosmocéntrica o quizás teocéntrica. Tal vez sea una «astucia de la Historia» que este tiempo, en que puede requerirse un «despegue» tan grande, haya renunciado a la búsqueda -por lo menos a la búsqueda teórica- de verdades profundas de la Metafísica.

IV. Conclusión

24. Es mucho lo que hay que hacer para estar a la altura de la **pregunta** ética y jurídica provocada por la biotecnología.

En muchos aspectos el Bioderecho tiene una tarea práctica inmediata por cumplir y en otros es poco lo que sabemos con certeza para adoptar soluciones, pero creemos que de todos modos deben quedar en pie las características últimas de nuestra especie, de seres que además

BIOETICA Y BIODERECHO

del **ser** comprendemos el **deber ser**, para ir encontrando las respuestas valiosas.

Tal vez al fin sea a veces muy limitado lo que se puede teorizar correctamente y siempre haya que recurrir al gesto del **amor** franciscano de «dar un beso al leproso». Quizás en definitiva, como al principio de la temporalidad humana, todo dependa de una actitud **optimista o pesimista** ante el mundo, y estimamos que hoy, como entonces, ante la duda vale el optimismo vital.

BIODERECHO: DESAFÍO DE FIN DE SIGLO

Gladys J. MACKINSON (*)

Desde hace siglos la lucha por el derecho signó el desarrollo de las interrelaciones personales. Para proteger la vida, el honor, la libertad, defenderse de las exacciones ilegales o las levas forzadas. Por eso pudo afirmarse sin duda que “el derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino de el de todo el pueblo.”(1)

Toda ciencia tiene diferentes estadios de desarrollo y en ellos, a la par que va concretando su objeto de estudio, también va puliendo un lenguaje que terminará siendo propio y la diferenciará de otras disciplinas científicas (2). La bioética tiene una característica diferencial y hasta ahora única: abreva de muchas disciplinas científicas, va acuñando lentamente un lenguaje diferente a partir del propio, y tiene un objeto de estudio amplísimo, incommensurable y omnicomprensivo: La Humanidad (3).

Este objeto de estudio es el que señala la diferencia socio-jurídica con el derecho, que para tener eficacia deber estar **situado**, sin perjuicio que se reconozcan las individualidades nacionales en derechos comunitarios o tratados y convenciones internacionales. También la diferencia de la sociología, que de una primera etapa en que compartía el objeto de estudio, fue delimitándolo hasta hoy en que el mismo es básicamente las “**sociedades nacionales**”. Tal vez el próximo milenio asista a nuevas formas de agrupamientos sociales, y entonces también cambiará el objeto de estudio. Comparten, bioética y sociología, un área que es la de las relaciones interpersonales, en la cual la teoría de los roles puede ser sumamente importante para entender la relación médico-enfermo (4) (5).

Optamos por esta denominación para quien no se encuentra en estado de salud, por considerar que la denominación de paciencia está vinculada con una virtud y no es necesario ser virtuoso para necesitar, reclamar o merecer el estado de salud, que correspondería, al fin del siglo, por el sólo hecho de ser Hombre (6).

(*) Vicedirectora del Instituto “Ambrosio L. Gioja” de la Universidad de Buenos Aires

(1) IHERING, Rudolph Von, “La Lucha por el Derecho”, Buenos Aires, La Torre de Babel, 1968, pág. 59.

(2) NAGEL, Ernest, “La estructura de la Ciencia”, F.C.E., 1978, pág. 21.

(3) VIDAL, Marcial, “Bioética Estudios de Bioética racional”, Madrid, Tecnos, 1994.

(4) AGULLA, Juan Carlos, “Ideologías políticas y ciencias sociales. La experiencia del pensamiento social argentino (1955-1995)”, Academia Nacional de Ciencias, Buenos Aires, Sigma, 1996.

(5) KOTTOW, Miguel H., “Introducción a la bioética”, Santiago de Chile, Universitaria, 1995.

(6) MACKINSON, Gladys, “El día que el Sida perdió un juicio en Tribunales”, Cuadernos de Bioética Nº 0, Buenos Aires,

Así como no hay duda que la idea platónica de médicos para hombres libres y médicos para esclavos corresponde a otra etapa del desarrollo social, a esta altura de la misma el dilema está dado por el acelerado desarrollo científico-tecnológico en una sociedad que rápidamente evolucionó de una definición clasista a una de status ocupacionales.

Cuando nos referimos a los roles, conjunto de expectativas sociales respecto del ocupante de una determinada posición social, hacemos implícitamente referencia a su equipolencia, y en este sentido vale una disgresión sobre la relación médico-enfermo “situada”(7).

¿Qué tienen en común los modernos hospitales del mundo desarrollado, asépticos, tecnológicamente de avanzada, con los hospitales de campaña que Naciones Unidas debe instalar en zonas devastadas por catástrofes, a veces naturales y a veces consecuencia del accionar del mismo hombre?: Que están dirigidos a proteger la salud de sus usuarios. Sin embargo, mientras la primera puede más o menos responder a la definición actual de la Organización Mundial de la Salud, la segunda es simplemente el modo considerado más idóneo ante la coyuntura para tratar de lograr la ausencia de enfermedad. Las dos opciones están vinculadas con la vida, pero apuntan al mantenimiento de distintas calidades de esa vida: ambas son igualmente valiosas, porque básicamente son simplemente eso, cuidado de la **VIDA** para la **VIDA** (8).

El desarrollo acelerado de la tecnociencia ha traído diferentes consecuencias sociales. En algunos casos la predictibilidad sociológica no aparece claramente posible frente a las probables exteriorizaciones futuras de la misma. Así en 1976 Maxmen estimaba algunas hipótesis sobre la medicina del siglo XXI: gravidez en un “seno artificial” en el año 2015, manipulación genética del embrión en el útero en al año 2020, suspensión de la vida por períodos predeterminados alrededor del año 2040 y control del envejecimiento e iniciación de la «inmortalidad humana» para el año 2050 (9).

El Libro Blanco japonés, elaborado por la Agencia para la Ciencia y la Tecnología, contiene previsiones para la salud con plazo estimado de vencimiento para su concreción. Cito entre otros: fármacos para curar las enfermedades víricas, puesta a punto de una quimioterapia para el cáncer de estómago y de los pulmones, prevención de la propagación del cáncer -a nivel de investigación fundamental-, todas para el año 1999, y a nivel de investigación aplicada, ésta última, para el año 2003; prevención del cáncer gracias a la comprensión de los mecanismos celulares y remedio contra la arteriosclerosis para el año 2001; biología molecular para el tratamiento de las células tumorales en el año 2004 (10).

Entre la futurología de Maxmen y la precisión japonesa, comienza a perfilarse la importancia de la biojurídica y su carácter de desafío para el siglo que viene.

Ad Hoc, 1995.

(7) MACKINSON, Gladys. “Sobre garíteros y corruptos: del pecado al delito”, en “Corrupción una sociedad bajo sospecha”, Buenos Aires, La Ley, 1997.

(8) En el tema Calidad de Vida es importante dejar sentado que la misma incluye a todos los “vivos”, independientemente de su color, religión, etnia, minusvalía, patología congénita, edad, género, entre otras, para no caer en la selectividad funesta de regímenes totalitarios. Ver “El Derecho”, 7/3/97.

(9) Citado por BERLINGUER, Giovanni. “La enfermedad”, Buenos Aires, Lugar Editorial, 1994.

(10) Ob. Cit. nota 9, pág. 137.

Con el desarrollo de la genética, ciertas aseveraciones sociológicas pasan a tener carácter dudoso. Largos años se discutió qué era más importante en el proceso de socialización, si la herencia o el ambiente, desconociendo entonces que el último está mediado genéticamente. Diferentes autores postularon una u otra posición con argumentos más o menos convincentes, pero actualmente hay consenso entre los genetistas que ciertas enfermedades “son alteraciones genéticas producidas por el ambiente” (11).

También hay consenso que ciertas actividades y creaciones intelectuales tienen características mutagénicas: así las bombas, las radiaciones o los problemas ambientales. Nuevamente aparece la necesidad de una biojurídica que tenga en cuenta estos desarrollos.

Ya hay convenciones internacionales como el Código de Nuremberg para proteger a las personas de la experimentación a-ética (12).

Debe señalarse que sin un adecuado tratamiento de la información científica y de la normativa jurídica por parte de los medios de comunicación, se puede inducir, facilitar o incidir sobre conductas potencialmente discriminatorias. Si la anemia falsiforme es recurrente entre poblaciones africanas, la talasemia ha sido detectada preponderantemente entre habitantes del sur de Italia o la enfermedad de Tay Sachs entre judíos de origen europeo: ¿Cómo se erradica la enfermedad?, ¿tratando de desarrollar farmacopea y tratamientos adecuados o erradicando, segregando y/o marginando a los potenciales grupos, etnias o colectividades enfermas? (13).

La consideración que cada sociedad brinda a sus diferentes grupos heterogéneos es un indicador del tipo de organización que tiene. En los agrupamientos sociales menos complejos los ancianos, que constituyan la memoria viva del grupo, gozaban de especial consideración. Llegado el momento de la muerte, partían a encontrarse con los ancestros o bien la esperaban en cumplimiento de pautas rituales. La expectativa de vida es una de las variables que sirven para delimitar el campo del desarrollo de las sociedades. Así, mientras en los países que están en vías de desarrollo económico esa expectativa alcanza a los 60 años, sube en los desarrollados hasta los 75 y desciende en los subdesarrollados hasta los 40/45 años. En todas estas posibilidades sociales hay viejos. En algunas sociedades también son bocas inútiles (14).

¿Cómo se califica una vida útil? Si fuera por la capacidad reproductiva, se ha producido un claro aumento desde la época de las abuelas de principio de siglo y las de los noventa. Qué sucederá en el milenio que viene es problema actual, ya que la consideración de los viejos varía desde que las mujeres comienzan a ser «viejas, feas, gordas y locas» hasta que pueden llegar a convertirse en madres de sus nietos (15).

(11) AGULLA, Juan Carlos, “El hombre y su sociedad”, Buenos Aires, Docencia, 1991.

(12) Sostenemos que la nota diferencial entre un médico y quien, teniendo legitimación social exteriorizada mediante un diploma para actuar como tal, es un asesino está dada por el acatamiento de principios éticos. Ahí radicaría la abismal distancia entre el doctor Menguelle y cualquier Médico éticamente dedicado a su profesión.

(13) PENCHASZADEH, Víctor, Prólogo al libro “Ética de la salud” de Giovanni Berlinguer, Buenos Aires, Lugar Editorial, 1996.

(14) PIRANDELLO, Luigi, “Las bocas inútiles”, Laterza, 1969. Informe sobre desarrollo humano 1996. P.N.U.D. DABOVE, María I, “La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho”, en “Bioética y Bioderecho”, Nº 1, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, 1996.

(15) CIURO CALDANI, Miguel A., “Aspectos jusfilosóficos de la procreación asistida” (pág. 11) e “Interrogantes bioéticos básicos respecto de la reproducción asistida” (pág 29), en “Bioética y Bioderecho”, ob. cit. nota 14. SOROKIN, Patricia, “Viejas, feas, gordas y locas”, en “Drogas mejor hablar de ciertas cosas”, Buenos Aires, Mc Graw-Hill,

En el tema de la fecundación asistida creo que los límites que pueda fijar la ley, en relación con la práctica profesional, condiciones de asepsia o accesibilidad -ya que la igualdad ante la ley pasa en esta década también por el acceso a la salud-, no pueden dejar de lado la consideración social respecto de la maternidad. En tanto exista presión social en tal sentido la pregunta frente a técnicas más o menos invasivas sigue siendo, para mí, la misma ¿Quién pone los límites?.

Una reflexión especial merece el tema de la clonación por los desafíos socio-jurídicos que suscita, no su probabilidad, sino meramente su enunciación. "Pensar desde lo legal sobre clonación es ciencia ficción legal" (16). Con respecto al derecho de familia ¿cuáles serán las relaciones entre el clonado y el sistema familiar, en que por decisión de uno de sus miembros se supone será integrado?, ¿a quién heredará?, ¿serán familias uniparentales?, en el caso que hubiera hijos mayores ¿deberán prestar su consentimiento por escritura pública?, en caso de ser menores ¿lo hará el asesor de menores?...

Para poder captar estas nuevas realidades, que serán a su vez desafíos del milenio por venir, será necesaria una profunda revisión de las categorías jurídicas tradicionales (17).

Sin pretender retacear el desarrollo de la ciencia, estimamos que frente a los dilemas que plantea la tecnociencia vale repetir la cita bíblica: "*no se olviden los hombres que no son dioses*".

1997.

(16) FLAH, Lily, Revista "Tiempos del mundo", 6/36/97.

(17) NICOLAU, Noemí, "La bioética un desafío del tercer milenio. Aspectos jurídicos", Ob. cit nota 15 págs. 55 y ss.

BIOETICA Y BIODERECHO

Convención	Aprobación	Fecha	Ratificación Argentina	Publicación B.O.	Reservas
Para la prevención y la sanción del delito de genocidio	III Asamblea Gral. de las Naciones Unidas	9 de Abril de 1948	Decreto Ley 6.286/56	25 de Abril de 1956	Art. 1º D.L. 6.286/56. Art. IX. Art. XII
Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.	Suscripta en New York	13 de Julio de 1967	Aprobada por ley 17.722 (sancionada y promulgada el 26/4/68)	8 de Mayo de 1968	
Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).	Firmado en la Ciudad de San José de Costa Rica	22 de Noviembre de 1969	Ley 23.054	27 de Marzo de 1984	Ley 23.054 art. 2º. Reserva art. 2º. Declaraciones interpretativas art. 5º inc. 3. Art. 7º inc. 7. Art. 10.
Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Asamblea Gral. de las Naciones Unidas (Res.34/180)	18 de Diciembre de 1979	Ley 23.179	3 de Junio de 1985	Ley 23.179 art. 2º Art. 29 párrafo 1.
Contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	Asamblea Gral de las Naciones Unidas.	10 de Diciembre de 1984	Ley 23.338	26 de Febrero de 1987	Ley 23.338 art. 2º art. 21 y 22: se reconoce competencia del Comité contra la Tortura.
Sobre los Derechos de los niños					Ley 23.849. Art. 21 incs. b,c,d, y e. Art. 1º Art. 24 inc. f. Art. 38.

CUADRO COMPARATIVO (*)

Declaración	Aprobación	Fecha	Ratificación Argentina	Publicación B.O.	Reservas
Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	IX Conferencia Internacional Americana. Res. 217 (III). Asamblea Gral de las Naciones Unidas	10 de Diciembre de 1948			
Universal de Derechos Humanos	Asamblea Gral. de las Naciones Unidas. Res. 217 A (III)	10 de Diciembre de 1948			
Pacto	Aprobación	Fecha	Ratificación Argentina	Publicación B.O.	Reservas
Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Asamblea Gral. de las Naciones Unidas. Res. 2.200 (XXI)	19 de Diciembre de 1966	Aprobado por Ley 23.313 (sancionada el 17/4/86, promulgada el 6/5/86)	13 de Mayo de 1986	Ley 23.313 art. 3º Const. Nac. (reforma 1994 disposiciones transitorias 1º)
Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Asamblea Gral de las Naciones Unidas.	19 de Diciembre de 1966	Aprobado por Ley 23.313 (sancionada el 17/4/86, promulgada el 6/5/86)	13 de Mayo de 1986	Ley 23.313 arts. 3º y 4º

(*) Fuente: Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994. Introducción y comentarios de Néstor Pedro Sagüés. Ed. Astrea. Buenos Aires. 3º Edición. Noviembre de 1994.

LA DEMOCRATIZACIÓN Y JURIDIZACIÓN DE LA SOCIEDAD: LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA Y LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Pedro Federico HOOFT (*)

1- Hoy día, el tema del “**consentimiento informado**” en el ámbito de las prestaciones de salud, ha dejado de ser exclusiva preocupación de los especialistas, y excede en mucho el marco tradicional de la relación **médico–paciente**.

El debate actual alrededor del “**Consentimiento Informado**”, de algún modo es a la vez la resultante tanto de la evolución de la **doctrina jurídica** sobre el tema como de los aportes provenientes del **campo de la bioética**. Por lo tanto, podemos hablar de: a) aspectos jurídicos, y b) aspectos bioéticos del consentimiento informado (“*Informed Consent*” en la terminología anglosajona).

Decimos de aspectos “**jurídicos**” y no **meramente “legales”**. Hablamos así de “**derecho**” como equivalente de “**orden jurídico**”, donde todo fenómeno jurídico comprende **hechos sociales, normas y valores**. Dentro de estos últimos –recordamos con Werner Goldschmidt–, se encuentra a la **justicia** como valor supremo.

A su vez, a los aportes provenientes del campo estrictamente jurídico, la reflexión sobre el **consentimiento informado** se ha visto enriquecida con los desarrollos operados en el ámbito de la bioética, a partir de los años sesenta. Entendemos aquí por **Bioética** –con Francis Abel– al “**estudio interdisciplinario** de los problemas suscitados por el progreso **biológico y médico**, tanto a nivel **microsocial** como el nivel de la **sociedad global**, y sus repercusiones sobre la **sociedad** y su **sistema de valores**, hoy y mañana”.

2- La “**doctrina legal del Consentimiento Informado**”. Si bien su origen se encuentra en la jurisprudencia de los tribunales judiciales norteamericanos, la misma ha adquirido, en

(*) Profesor titular de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Bioética.

particular a partir de los años ochenta, una creciente extensión de los sistemas jurídicos occidentales, de la mano de dos fenómenos: el de la **democratización** de la sociedad y el de la creciente **juridización** de las relaciones sociales (consiste en la regulación jurídica –e incluso reducción a formas jurídicas— de la totalidad de los fenómenos sociales).

Al relacionarlo con la democratización de la sociedad, estamos expresando que de esta manera, asistimos hoy a lo que se ha denominado como una verdadera “**revolución democrática**” de la sociedad, que se ha manifestado a través de los **derechos de los enfermos**, como verdaderos “**meros derechos humanos**”. Aquí el “**Consentimiento Informado**” será la consecuencia obligada como exteriorización de libertades fundamentales del individuo derivadas de su dignidad de persona. De esta manera, el “consentimiento informado” (que será la resultante de reconocer la **dignidad de persona** del paciente), implica un progresivo abandono del modelo “paternalista” y el tránsito hacia otro, donde la libertad y autodeterminación del enfermo adquiere mayor reconocimiento y respeto.

En el derecho comparado, existen sobre el tema precedentes importantes como la jurisprudencia sentada en el caso “Schloendorft V. Society of New York Hospital” de 1914, cuando con el voto del prestigioso juez Benjamín Cardozo el tribunal resolvió que “**cada ser adulto con mente clara tiene el derecho a determinar qué es lo que hará con su cuerpo**”. En 1957 esa doctrina dio un paso más hacia adelante, al referirse a la obligación del médico de suministrar **información apropiada** con un **verdadero deber** jurídico, cuyo no cumplimiento podría por sí generar responsabilidad. Más recientemente, la Suprema Corte federal de los Estados Unidos, al dictar sentencia en el caso de “Nancy Cruzan” (referido al llamado “estado vegetativo persistente” o “permanente”, ratificó las bases constitucionales del “consentimiento informado” como manifestación del principio de libertad.

Para que exista un consentimiento informado válido, tanto para la doctrina jurídica como desde la perspectiva bioética, se requiere que exista: 1) la revelación de una información suficiente; 2) la evaluación y comprensión de esa información; 3) la libertad del sujeto que decide y 4) la competencia (o capacidad) para consentir.

3- En el campo bioético. A partir del informe final de la “National Commission” (EE.UU.; 1978) conocido como “Belmont Report”-por el nombre del presidente de la comisión- quedó consagrado lo que se conocería luego como el “**modelo de los principios**”, luego sistematizado por Beauchamp y Childress. Allí se consagran los tres grandes principios bioéticos (beneficencia, autonomía y justicia). A su vez del principio de autonomía se deriva la regla del consentimiento informado, de particular desarrollo en la bioética posterior. La necesidad de un consentimiento libre para una intervención médica había sido ya establecido en el código de Nuremberg (para la investigación en sujetos humanos) retomado en los

documentos de la Asociación Médica Mundial, conocidos como Helsinki I (1964) y Helsinki II, e instrumentos posteriores.

Mientras la “**beneficencia**” (que deriva del clásico juramento hipocrático), vista de la óptica del profesional de la salud, procura el bien del paciente, y la justicia enfoca la cuestión desde la proyección social (el acceso equitativo de los servicios de salud), la **autonomía** privilegia la libertad del paciente, en quien reconoce un **sujeto moral autónomo**, cuya conciencia e integridad física y psíquica debe ser respetada. Es desde la bioética que se ha realizado un aporte importante a favor del reconocimiento de la autonomía, lo cual implicó un fuerte y renovado impulso al desarrollo y ampliación de la doctrina del consentimiento informado. La “**misión**” peculiar de la reflexión bioética deberá ser aquí la de proteger la **sustancia ética** del consentimiento informado, y evitar de esa manera que el consentimiento quede reducido a una simple fórmula jurídica, que lejos de contribuir a mejorar la calidad humana de la relación asistencial, la reduzca a su sola instrumentación formal, como si se tratara de un contrato más, en desmedro de la relación terapéutica, que ha de fundarse en la confianza. Se torna entonces necesario fortalecer el principio de autonomía en la expresión originaria que adquiriera en la bioética, como equivalente al “**respeto a la dignidad de la persona**”, que implica –en palabras de Dworkin– el reconocimiento de todo paciente a una “**igual consideración y respeto**”.

3- El consentimiento informado en el derecho argentino.

3.1- La ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina en el ámbito local de la Capital Federal –aunque sus disposiciones han sido reconocidas como de aplicación analógica en las jurisdicciones provinciales por parte de la jurisprudencia–, consagra en su artículo 19 el respeto a la autodeterminación del paciente, cuya voluntad en cuanto a la aceptación o no de un tratamiento o intervención, debe ser respetada en principio, amen de requerir la conformidad por escrito para los casos de intervenciones quirúrgicas mutilantes.

Un mayor desarrollo adquirió la doctrina del consentimiento informado en leyes especiales, como por ejemplo la de ablación y transplante de órganos (tanto en su articulado primitivo como en su nuevo ordenamiento, ley 24.193), al igual que en la ley nacional de lucha contra el SIDA (Ley 23.978), y cuyas normas han sido aplicadas por los tribunales a otro tipo de situaciones relacionadas con prestaciones de salud. En la legislación de la provincia de Buenos Aires, tanto la ley 11.044 sobre investigación en salud como la ley 11.028 (1990) que regula el funcionamiento de los centros de procreación humana médica asistida, se otorga relevancia significativa al consentimiento libremente expresado, como requisito sine qua non.

3.2- El consentimiento informado en la jurisprudencia.

Desde comienzos de los años ochenta, se advierte una gradual evolución en los criterios jurisprudenciales que marcan un acompañamiento del ya referido tránsito progresivo desde un modelo médico hegémónico, paternalista, hacia un modelo que admite una mayor participación del paciente en la toma de decisiones, que implica el reconocimiento de la importancia del “Consentimiento Informado”. Sobre este tema, y con referencia a la población Marplatense, he formado parte de un grupo de investigación interdisciplinario (proyecto C.I.R.A. - consentimiento informado en la relación asistencial, U.N.M.D.P., con informe final, Dic. /1996), estudio que ofrece muchos puntos de interés, a partir de la experiencia cotidiana, pero cuyo análisis excede el marco de esta disertación.

En el plano judicial, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Bahamondez” - 1993-, marca un hito importante, y en términos generales un punto de inflexión en cuanto al abandono, al menos de las formas más extremas del paternalismo médico, aún vigente en muchos Códigos Deontológicos.

El caso ofrece muchos aspectos de particular interés, y ha motivado sucesivos comentarios en prestigiosas revistas jurídicas. Recordamos que se trataba de un paciente perteneciente al culto “Testigos de Jehová” —que no admite las transfusiones sanguíneas—, respecto de quien los médicos consideraban necesario efectuarle una transfusión a fin de salvarle la vida. Ante la negativa de Bahamondez por razones religiosas, el Hospital requiere —y obtiene— autorización judicial para llevar adelante la transfusión, en 1^a y 2^a instancia. Consecuente con sus principios Bahamondez interpone recurso extraordinario ante la C.S.N. El máximo tribunal, por mayoría, decide que no correspondía tratar el recurso por cuanto la cuestión se había tornado abstracta (el recurrente en el ínterin había sanado, sin la transfusión). No obstante, dos de los ministros que habían adherido a esta tesis (los Dres. Fayt y Barra), de todos modos emiten su opinión (favorable al respeto de la decisión del paciente), y lo propio hacen, —en votos conjuntos los ministros Boggiano y Cavagna Martínez—, y Petracci y Belluscio. Más allá de enfoques parcialmente divergentes, seis de los nueve miembros del tribunal que emitieron opinión, coinciden que el respeto debido a la dignidad de la persona humana obsta a una eventual intervención médica compulsiva, tratándose de un paciente lúcido, capaz, que libremente expresa su opinión. En otras palabras, aún frente a un peligro para la vida del paciente, en el caso debía privilegiarse el valor “dignidad” y lo que los anglosajones han denominado el “Right to be alone” (el derecho a ser dejado a solas). Se habría dado así un paso importante por el buen camino, acorde con la democratización de las sociedades contemporáneas, acorde con el reconocimiento de la salud como un derecho humano fundamental y con el respeto a la libertad de conciencia y la integridad física, psíquica y espiritual del principal protagonista, el paciente como persona humana, ser libre, único e irrepetible.

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LA RELACION MEDICO - PACIENTE (*)

Noemí L. NICOLAU (**)

1. La compleja relación médico-paciente puede abordarse desde distintos puntos de vista. En esta oportunidad, después de señalar algunas cuestiones generales que resultan relevantes para la comprensión del tema, analizaremos en especial los vicios que pueden afectar la voluntad de un paciente capaz en el momento de perfeccionar el negocio jurídico personalísimo que habilita al médico para ejecutar una práctica médica invadiendo su zona de reserva, es decir, su cuerpo.

2. Para comprender cómo puede originarse y evolucionar un vicio en la voluntad de un paciente es importante tener presente que la relación entre éste y el médico se caracteriza por no ser paritaria y por carecer ambos de suficiente autonomía.

Los sujetos de la relación son precisamente los que determinan esos caracteres. Por un lado está el *médico*, que debe poseer idoneidad suficiente para conducir de manera correcta la relación con su paciente, lo cual exige una formación profesional adecuada, tanto en lo técnico como en lo ético. En nuestro país prevalece todavía en la formación profesional el modelo de autoridad, según el cual el médico es quien decide sin consultar a su paciente; él es «la comadrona de la vida y de la muerte».

Lentamente va introduciéndose el modelo de autonomía, que reconoce el derecho del paciente a decidir sobre su propia vida. Para practicar este modelo, el médico, sin duda, debe haberse ejercitado haciendo esfuerzos por lograr el más amplio respeto a la voluntad de su paciente, evitando la influencia que en su trabajo profesional puedan ejercer sus rasgos psicológicos y sus propias creencias religiosas. Es obvio que en caso de que no haya coincidencia entre su opinión y el querer del paciente tiene el derecho de apartarse del caso, salvo en los supuestos en que pudiera incurrir en abandono de persona.

En cuanto al *paciente*, quizás sea su formación cultural la que tenga mayor incidencia en el correcto manejo de su enfermedad y en su relación con el médico; pero no menos

(*) Reflexiones a partir de la disertación pronunciada por la autora en el curso sobre Bioética y Bioderecho, organizado por el Área de Bioética y Bioderecho del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, U N R.

(**) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

importantes son su propia personalidad, sus creencias religiosas y sus principios éticos.

Acerca de la **autonomía** en la relación médico-paciente, debe reconocerse que es bastante restringida, pues ambos están condicionados por factores externos, además de los internos recién mencionados. En efecto, la práctica privada de la medicina, que permitiría a ambos sujetos elegirse con libertad, es notoriamente infrecuente en la actualidad. La relación médico-paciente se desarrolla hoy en un contexto de obra social, medicina prepaga u hospital público, en el cual generalmente el médico se encuentra en relación de dependencia con el prestador del servicio, sin libertad para elegir qué paciente atender y cuál no, estando obligado a asistir a las personas indicadas por su principal. El paciente, por su lado, tiene relativa posibilidad de elegir a su médico, ya que tanto las obras sociales como las medicinas prepagadas y los servicios públicos le ofrecen un menú muy limitado de opciones.

De modo que a la complejidad interna de la relación médico-paciente se suma que los sujetos de la misma no están solos, sino interferidos por las instituciones de salud y por las políticas de salud del Estado. En cuanto a las instituciones, su interferencia suele ser bastante conflictiva porque, en general, padecen en este momento graves problemas de infraestructura y carencias de distinta índole, que condicionan la prestación médica.

La intervención de los comités hospitalarios y sanatoriales de ética puede constituir otra intromisión en la autonomía de la relación, aunque ella es menos conflictiva porque generalmente tiende a proteger los derechos de las partes, controlando las prácticas que se realizan en esas instituciones.

En el momento concreto de la práctica profesional están solos, frente a frente, dos sujetos igualmente carentes de autonomía; pero aun así su **relación no es paritaria**, porque predomina la superioridad del médico que es técnica, sicológica y en muchas ocasiones también cultural.

En ese contexto es muy posible que la voluntad del paciente resulte viciada, ya que con frecuencia el médico termina asumiendo de manera directa o indirecta una actitud omnipo-tente, y el paciente el rol de niño temeroso y dubitativo, que desea un poco la verdad y otro poco el engaño.

Cuando en una relación jurídica no hay autonomía y paridad la aplicación del principio de protección a la parte más débil es una exigencia. Si esto es así en el derecho privado patrimonial, cuánto más ha de serlo en esta área de los negocios personalísimos en los que no está involucrado sólo el patrimonio sino la persona misma. Es imprescindible, por tanto, que el bioderecho, la bioética y las demás disciplinas relacionadas con la salud asuman la protección del más débil, es decir, del paciente.

3. En el desarrollo de la relación médico-paciente, el primer momento relevante es aquel en que el médico elabora la **historia clínica**. Para ello debe ser experto, pues es imprescindible que vaya obteniendo con preguntas acertadas la información necesaria para efectuar su diagnóstico. En este momento se exige del paciente veracidad e información; pero

dados los condicionantes psicológicos ya señalados, la pericia del médico es la que debe conducir al paciente a prestar su correcta colaboración.

En un segundo momento, el médico debe dar **información al paciente** cuidando de manera especial no inducirlo a error, para lo cual la información ha de ser exhaustiva, correcta, clara y precisa. Quizás lo más difícil para todo profesional de buena fe sea lograr claridad en su información, ya que se entiende que sólo reúne esa cualidad aquella que es adecuada al nivel de comprensión del paciente, lo que le impide en la mayoría de los casos emplear su lenguaje técnico cotidiano. Se admite que utilice un lenguaje técnicamente impropio siempre que sea el adecuado para darle al paciente una idea suficientemente precisa de su mal y del tratamiento apropiado. El principio rector debe ser: verdad y discreción. El paciente tiene derecho a conocer la verdad, con un solo límite, su aptitud para conocerla sin correr un riesgo mayor.

La tercera etapa es la **toma de decisiones**, es decir, la elección del tratamiento, en la que debe aplicarse el principio de la razón proporcionada, según la cual no hay que someter el paciente a riesgos injustificados. Es el momento de preguntarse quién debe decidir, si el médico, el paciente o los dos juntos. El médico debe requerir el denominado **«consentimiento del paciente»**, que es la manifestación de voluntad de una persona capaz, que tiene conocimiento y comprensión de los elementos del problema en juego, suficientes para permitirle tomar una decisión esclarecida. Sin duda, esa manifestación tiene por finalidad principal proteger los derechos del paciente más que reducir la responsabilidad del médico, tal como lo ha ratificado la Organización Mundial de la Salud en un intento de modificar las tendencias habituales en la comunidad médica.

Técnicamente, el denominado **«consentimiento»** del paciente, es un acto jurídico, es decir, en palabras del art. 944 del Código civil, un hecho humano, voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre el paciente y su médico relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Como tal, puede ser impugnado por los vicios que afecten la voluntad del paciente, tema del que nos ocuparemos a continuación.

4. Como es sabido, en el acto humano voluntario la persona actúa con discernimiento, intención y libertad, y estos elementos de la voluntad pueden estar afectados por vicios como el error y el dolo, que afectan la intención, o la violencia y el estado de necesidad, que influyen sobre la libertad.

En lo que refiere al **error**, hay que recordar que, según nuestro Código civil, para producir efectos jurídicos debe ser esencial y excusable (arts. 923 a 930 del C.C.). La esencialidad, debe juzgarse desde un punto de vista objetivo y subjetivo, de modo tal que habrá error no sólo cuando objetivamente haya una falla de conocimiento, sino cuando, además, ella influya de manera directa en el proceso de formación de la intencionalidad respecto de la causa principal del acto. Habrá error esencial, por ejemplo, si un paciente presta su conformidad para un tratamiento que resulta muy invasivo y le reporta mala calidad de vida

posterior, habiendo entendido que era la única alternativa posible para superar su dolor y su enfermedad, cuando en realidad contaba con otras posibilidades.

En cuanto a la excusabilidad, el art. 929 del Código civil exige que haya habido razón para errar y que la ignorancia del verdadero estado de cosas no sea culpable. En los actos personalísimos relativos al cuerpo y la vida de la persona, parece que este requisito es aún menos exigible que en los actos patrimoniales. Dadas las circunstancias emocionales propias en las que se encuentra el paciente, deberá admitirse la invocación del error aunque no haya habido razón suficiente para errar, o haya ignorancia culpable del verdadero estado de cosas.

Por otro lado, cuando la manifestación de voluntad viciada por error es recepticia, para que el vicio invalide el acto hay que considerar si el destinatario de la misma estuvo en condiciones de reconocerlo, en cuyo caso podrá alegarse, inclusive, la nulidad por omisión dolosa. Se trata de una clara aplicación del principio de protección de la confianza que genera la manifestación de una de las partes en la otra: si ésta no pudo reconocer el error y confió en esa manifestación, el acto no puede invalidarse. No obstante, como en principio la protección de la confianza no puede invocarse en los actos personalísimos, la doctrina es conteste en que la recognoscibilidad no es aplicable al testamento ni al matrimonio, y por las mismas razones, aun más atendibles, mucho menos a los actos personalísimos que referimos.

Es conveniente también recordar aquí que deben distinguirse el *error vicio o motivo* (cuando el agente sufre una falla de conocimiento porque se produce una discordancia entre el dato de la realidad y la representación mental que el sujeto tiene de ese dato), del *error en la declaración o error obstativo* (que existe cuando el agente manifiesta una intención distinta de la que efectiva y realmente tiene); y el *error espontáneo*, del *provocado* (según el agente yerre por sí mismo o sea un tercero quien lo induzca a equivocarse).

El error en el negocio jurídico personalísimo, como en los demás actos jurídicos, permite alegar la anulabilidad que es relativa (arts. 1045 y 1048 del C.C.) salvo el caso de error en la declaración, en el que la anulabilidad es absoluta. De modo tal que, en el primer supuesto, sólo pueden alegarla el paciente que ha sufrido el error y sus representantes o sucesores (art. 1048), la acción es prescriptible y el acto confirmable.

Al anularse el denominado «consentimiento» éste queda privado de sus efectos propios, por lo que, si la práctica médica ha sido realizada, el médico ha actuado sobre el cuerpo de su paciente sin su autorización. En tal caso habrá que investigar si el error motivo fue espontáneo o provocado por culpa o dolo del equipo médico en la información al paciente. En este último supuesto podrá demandarse la reparación de los daños sufridos por el paciente.

En relación al **dolo** como vicio de la voluntad causante de la nulidad de un acto jurídico, nuestro ordenamiento exige que sea esencial, es decir, grave y determinante del acto; que haya causado daño importante y que no haya habido dolo recíproco (art. 932 del C.C.). El dolo incidente sólo da derechos a pedir la reparación de los daños causados (art. 934 del C.C.).

Hay que tener en cuenta que la regulación de nuestro Código fue pensada para los actos patrimoniales y que, por tanto, debe ser adecuada cuidadosamente a los actos personalísimos.

A nuestro criterio, en esta materia no puede diferenciarse el dolo esencial del incidente; todo dolo es grave, y por tanto, esencial. Por otro lado, tampoco debe considerarse la importancia del daño; cualquiera es importante, porque vulnera derechos esenciales de la persona humana sobre su propio cuerpo.

Como se sabe, el dolo puede ser positivo o negativo. El dolo negativo es la denominada «omisión dolosa» (art. 933 del C.C.), que consiste en la reticencia engañosa, en la ocultación de lo que es verdadero. Como dijimos, el paciente es dubitativo, quiere la verdad, pero también quiere protección contra la verdad, algo de ocultamiento, por lo que, tanto él como el médico, aun sin proponérselo, están constantemente en el límite de la omisión dolosa. Por esto, cuando se invoque el dolo del equipo médico, habrá que analizar cuidadosamente si sólo consistió en la mera ocultación de lo verdadero para proteger al paciente o si, por el contrario, se trató de una verdadera reticencia engañosa para obtener un «consentimiento» que le permitiera al equipo satisfacer alguna finalidad propia (por ejemplo, experimentar sobre el paciente, obtener información sobre su enfermedad, obtener lucro por la utilización de algún instrumental o equipamiento, etc.).

Con respecto a los efectos del dolo esencial puede señalarse que es un vicio que, igual que el error, determina la anulabilidad relativa del acto.

La **violencia**, por su parte, es coacción que se ejerce sobre el ámbito de libertad de una persona para hacer que realice una conducta (positiva o negativa). No sólo puede ser violencia física, llamada fuerza, sino también violencia moral, técnicamente llamada intimidación o temor.

Cuando el agente realiza un acto sometido a la fuerza, no hay tal acto porque en realidad no hay voluntad del sujeto. Si no se admite la teoría de la inexistencia habrá que decir que el acto es anulable de anulabilidad absoluta. La intimidación, en cambio, priva al sujeto de libertad, siempre que haya circunstancias concretas que a cualquier persona sensata hubieran infundido temor, y convierte al acto en anulable de anulabilidad relativa.

En el ámbito del bioderecho la mayor influencia está dada por la violencia moral, que puede ejercerse por los medios más sutiles, especialmente en lo que hace al asentimiento de la persona para experimentación.

Hemos referido a la anulabilidad relativa como uno de los efectos de algunos de los vicios mencionados (error, dolo esencial, intimidación) en relación al acto jurídico otorgado por el paciente, pero cabe considerar la posibilidad de aplicar también el art. 1056 del Código civil, en cuanto dispone que «Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas».

No hay duda que a la acción de nulidad puede adicionarse la de daños y perjuicios, pero la cuestión más difícil de resolver es el planteo que hace alguna doctrina respecto a la viabilidad de la acción autónoma de daños y perjuicios. En nuestra materia la cuestión es muy significativa por cuanto generalmente no se promueve la acción de nulidad. La diferencia con

los contratos, por ejemplo, es notable, porque casi siempre interesa sobremanera pedir su nulidad para evitar el reclamo de cumplimiento de las obligaciones que la parte hubiera asumido, mientras que, generalmente, el paciente respecto de su asentimiento no tiene prestación que cumplir y, además, ya ha sufrido el daño, con lo que su interés queda reducido a la indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, aunque coincidamos con quienes no admiten la autonomía de la acción resarcitoria en general, por considerar que si no se plantea la acción de nulidad se convalida expresa o implícitamente el acto viciado, creemos que puede proceder en el ámbito específico de los negocios personalísimos, porque la falta de promoción de dicha acción no puede interpretarse en estos casos como convalidación, sino como un reconocimiento de la inutilidad de su planteo.

5. Finalmente es preciso diferenciar la relación médico-paciente que se traba en circunstancias de una *emergencia médica*. En ese caso la probabilidad de viciar la voluntad del paciente es mucho mayor, pero en principio, la responsabilidad de quien provoque el vicio quedará eximida por el estado de necesidad.

En realidad hay que tratar de prevenir más que de reparar los daños ya ocasionados, razón por la que toda emergencia médica debe ser asumida por sus responsables como un grave problema de política sanitaria. Es imprescindible que en ese sector haya médicos especializados, idóneos y entrenados; que sean capaces de atender al paciente con urgencia, respetando todos sus derechos aun los de información y decisión, que cuenten con equipamiento adecuado y se hallen correctamente distribuidos para dar igual chance a todos los que necesiten cubrir sus urgencias en el área del servicio.

6. En conclusión, propiciamos que el bioderecho se esfuerce por asegurar al médico y su paciente un mayor ámbito de autonomía, tratando asimismo de lograr una relación más paritaria, en la que se eviten los vicios en la voluntad del paciente. En los casos en que el acto resulte viciado, puede el paciente alegar su nulidad utilizando las normas respectivas del Código civil, adaptadas según lo hemos señalado más arriba, y, lo más importante, puede también ejercer la acción autónoma de daños y perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Bs.As., 1979, tomo 1.
- CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Bs.As., Astrea, 1986.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El negocio jurídico”, Bs.As., Astrea, 1992.
- CORDOBA, Marcos, en BUERES-HIGTON, “Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Bs.As., Hammurabi, 1995, tomo 1, pág. 865.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Código civil anotado”, Bs.As., Abeledo -Perrot, 1978, tomo 1, Personas-Familia.
- NEIRINCK, Claire, “De la bioéthique au bio-droit”, Paris, L.G.D.J., 1994.
- NICOLAU, Noemí, “Vida humana y derecho civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, tesis doctoral.
- PIETROBON, Vittorino, “El error en la doctrina del negocio jurídico”, trad. anotaciones y concordancias, Mariano Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1971.
- Commission de reforme du droit du Canada, Rapport sur quelques aspects du traitement medical et le droit penal, Ottawa, 1986, Nº 28.
- Rapport au Premier ministre, Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française, París, La documentation française, 1991.

LAS RESPUESTAS LEGALES Y POLÍTICAS AL SIDA EN LA ARGENTINA

Juan Carlos TEALDI (*)

Introducción: el origen y expansión de la epidemia

Estadísticas generales. Aunque se ha dicho que en el análisis de muestras de sangre congeladas en el país pudo detectarse el virus a partir de 1978, los tres primeros casos de Sida en Argentina aparecen en 1982 (1). Tanto los sujetos de las muestras previas como estos enfermos y los que siguieron apareciendo hasta 1985 fueron interpretados como contagios en el exterior de individuos de buena posición económica que al viajar contraían la enfermedad. El primer caso de contagio producido dentro de Argentina suele datarse en el año 1985 pero hasta 1987 no se sistematiza el control de los casos. Desde 1982 hasta el 30 de noviembre de 1996 el total de casos registrados ascendió a 9.189. Sin embargo, los casos estimados basándose en una ponderación del retardo existente en la emisión de la información y sin tener en cuenta el subregistro de casos, ascendían a esa misma fecha a la cifra de 12.275. En el trienio 1982-1984 el número anual de casos informados era de un dígito, en el trienio 85-87 fue de dos dígitos, durante los cuatro años del período 88-91 ascendió a tres dígitos por año, desde 1992 no descendió de los cuatro dígitos, y en 1996 alcanzó los cinco dígitos. La expansión geográfica de la epidemia evidencia claramente una puerta de entrada por el área de mayor densidad demográfica argentina ubicada en el centro del territorio (Capital Federal y provincia de Buenos Aires) y una expansión progresiva hacia los extremos norte y sur del país. El primer caso informado en 1982 se localizó en la provincia de Buenos Aires, la más poblada del país, y los dos casos siguientes se registraron en la Capital Federal en 1983. La última provincia en registrar su primer caso fue la más austral y despoblada del país (Tierra del Fuego) en 1992, y antes de ella la provincia más septentrional y con una población media (Salta) en 1990. El primer caso femenino se registró en 1987 cuando ya se había informado a esa fecha de 169 casos masculinos. Sin embargo, la relación hombre/mujer pasó acelerada-

(*) Director de la Escuela Latinoamericana de Bioética.

(1) El diagnóstico de caso, según el Boletín, se ha hecho hasta 1995 de acuerdo con la Definición de caso de Sida para notificación CDC/OMS (1987). A partir del 1 de enero de 1996, en nuestro país se aplica la definición de caso adoptada por la Unión Europea (1993).

mente de 84:1 en 1987 a 3.5:1 en 1996, siendo esta relación media aún menor a 3 en algunos partidos del Gran Buenos Aires. De todas formas, las estadísticas han sido muy contradictorias. En julio de 1992, por ejemplo, el Secretario de Salud de la Provincia de San Juan declaraba (2) que sumaban 48 los afectados con dos nuevos casos de mujeres embarazadas afectadas y que de ese total habían fallecido cinco personas. Las estadísticas que se obtienen actualmente del Programa Nacional de Lucha contra el Sida indican sin embargo que en el año 1992 la provincia de San Juan registra 9 casos, una cifra muy por debajo de los 48 citados por el funcionario provincial aún considerando que de éstos no todos cumplieran con los requisitos que definen un caso para su notificación. El Ministerio de Salud de la Nación aseguraba en 1993, sin embargo, que San Juan era una provincia que nunca había efectuado notificación al igual que las de Catamarca, Jujuy y San Luis (3).

En cuanto a la *distribución geográfica*, el 89 % de los 9.189 casos informados al 30 de noviembre de 1996 se localizaba en Capital Federal y tres de las veintitrés provincias argentinas (Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe) y dentro de estas últimas la provincia de Buenos Aires con 3.550 casos superó este año por primera vez a la Capital Federal que registró 3.443 casos en el mismo informe. Estos cuatro distritos, aún siendo los más poblados, poseen sin embargo el 64% del total de la población del país pero su concentración urbana es más alta lo cual justificaría la diferencia entre porcentaje de casos y porcentaje de población ya que se sabe que la epidemia es preferentemente urbana. La *edad media de los casos* es de 30 años aunque la distribución es diferente en hombres y mujeres mostrando que las últimas son afectadas más tempranamente ya que su edad media es de 24 años frente a la de 31 años en los hombres. Las enfermedades que aparecen más frecuentemente como *primer evento marcador* de los casos son la neumonía por *Pneumocystis carinii* (34.6 %), la tuberculosis extrapulmonar (10.6 %), el adelgazamiento (8.9 %), la candidiasis esofágica (7.5 %), la toxoplasmosis cerebral (7.0 %) y el sarcoma de Kaposi (5.6 %). El 38.6 % de los casos informados hasta abril de 1994 había fallecido.

Poblaciones afectadas y riesgo. El 88.6 % de los casos registrados en Argentina pertenecen a los grupos de transmisión por vía sexual o de transmisión sanguínea por adicción intravenosa. La *transmisión por vía sexual* ocurre en el 47 % del total de los casos. La evolución del número de casos analizados según la conducta sexual de los mismos muestra una clara tendencia a la disminución progresiva de la diferencia entre heterosexuales y homo-bisexuales. Si en el período 1982-1987 la relación entre ambos grupos era de un 6 % de los primeros frente a un 94 % de los últimos, en el trienio 1993-95 alcanzó a una proporción del 40 % de heterosexuales frente a un 60 % de homosexuales y bisexuales. Durante 1996 la proporción fue de 51% de heterosexuales y 49% de homo-bisexuales. De este modo el grupo de transmisión que más velocidad de crecimiento tiene después del grupo de adicción intravenosa es el de los heterosexuales. La *transmisión sanguínea en hemofilia y por transfusiones* que ocurría en el 6.5 % de los casos en el período 1982-87 bajó al 1 % en 1994. En la actualidad hay 81 casos de hemofílicos registrados y 153 de transfusiones que

(2) Dr. CORIA, Humberto Benito, a "Diario de Cuyo", San Juan, 28 de julio de 1992.

(3) Dr. MIROLI, Alfredo, Director del Programa Nacional de Lucha contra el Sida, en conferencia de prensa del 1 de julio de 1993.

representan un 2.6 % del total de 9.189 casos. El 41 % (3.777 casos) de los 9.189 casos registrados a noviembre de 1996 pertenecía al *grupo de adicción intravenosa*. Fue el grupo poblacional que más creció pasando de un porcentaje del 17.1 % del total de los casos anuales en 1987 al 44.1 % de los mismos en 1994 y el 42.7 % en 1995. El 65 % de los casos corresponde a personas con menos de 30 años y no llegan al 1 % los casos en personas mayores de 45 años. La relación hombre-mujer en este grupo es de 5 a 1. La *transmisión vertical* por participación del grupo de los hijos de madres HIV+ tuvo también un notable crecimiento en el porcentaje sobre el total de casos pasando de 1.7 % en 1987 al 6 % en la actualidad al registrarse 554 casos sobre el total de 9.189.

A. 1982-1989: el enfoque legal restrictivo, las políticas de bioseguridad y las primeras discriminaciones.

La ley 23.798 y su decreto reglamentario, que ocho años después de la aparición de los primeros casos declaró de interés nacional a la lucha contra el Sida, marca la fecha más relevante en orden a la respuesta legal a la epidemia en la Argentina(4). Antes de ella, sin embargo, las provincias de Catamarca (5), Santiago del Estero (6), Córdoba (7), La Pampa (8), Santa Fe (9), Jujuy (10) y Chaco (11), habían aprobado diversas leyes sobre Sida. En términos generales puede decirse que estas leyes provinciales que anteceden a la ley nacional, bajo la pretensión de contener la expansión de la epidemia con medidas legales estrictas en realidad establecieron fuertes discriminaciones. El control de prostitutas, homosexuales, bisexuales, travestis, presos y drogadictos se encuentra como obligatorio o queda reservado a criterio del Gobierno en las leyes de Santiago del Estero (Art.2), La Pampa (Art.2), Santa Fe (Arts. 1 y 2) y Jujuy (Art.10). La ley de Santiago del Estero, acaso la más restrictiva, extiende la obligación de controles a las parejas que van a contraer matrimonio, los enfermos mentales internados, los internados -púberes y adultos- en centros privados de salud, las embarazadas y hasta los estudiantes que deseen ingresar al ciclo terciario. La ley de Jujuy hace obligatoria la realización del análisis para determinación de portadores al solicitarse carnet sanitario, certificado de radicación para extranjeros, control materno-infantil y exámenes médicos de ingreso a la administración pública. En las leyes de Catamarca (Arts. 13, 14 y 15) y Córdoba

-
- (4) Argentina. Ley 23.798, Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)-Declaración de interés nacional. Promulgada el 14 de septiembre de 1990. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1244 del 1 de julio de 1991. Aprueba la Reglamentación de la Ley 23.798 sobre Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).
- (5) Provincia de Catamarca, Ley 4.502, Prevención y control de infección por HIV. Promulgada el 8 de enero de 1988.
- (6) Provincia de Santiago del Estero, Ley 5.666, Se declara de interés provincial la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida . Promulgada el 6 de junio de 1988.
- (7) Provincia de Córdoba, Ley 7.714, Prevención, control y asistencia de las enfermedades de transmisión sexual. Promulgada el 3 de noviembre de 1988.
- (8) Provincia de La Pampa, Ley 1.112, Declara de interés público la prevención y lucha contra el Sida en la provincia. Establece medidas tendientes a ese objetivo. Promulgada el 5 de diciembre de 1988.
- (9) Provincia de Santa Fe, Ley 10.339, SIDA: Obligatoriedad de la investigación serológica en grupos de alto riesgo en determinadas circunstancias. Promulgada el 25 de septiembre de 1989.
- (10) Provincia de Jujuy, Ley 4.451, Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. Sancionada el 20 de septiembre de 1989.
- (11) Provincia del Chaco, Ley 3.510, Normas para la prevención, control y asistencia integral de las enfermedades de transmisión sexual. Promulgada el 27 de noviembre de 1989.

(Art.5), en cambio, se recomienda “invitar a que voluntariamente consientan” y “Se estimulará la concurrencia para la detección serológica” a aquellas personas comprendidas en grupos de riesgo. Por otro lado, desde 1982 en que aparecen los primeros casos hasta la sanción en 1990 de la Ley Nacional de Lucha contra el Sida nos encontramos en Argentina con un período de baja intervención política contra la epidemia caracterizado por un enfoque que privilegió la atención sobre las cuestiones de bioseguridad y controles en la detección de casos. Ya hemos visto cómo las primeras iniciativas legales provinciales adoptaron en esta etapa un criterio más coercitivo y discriminatorio. Aproximadamente coincidente en el tiempo con el primer gobierno democrático de Raúl Alfonsín (1983-1989) que siguió a la dictadura militar (1976-1983), es posible pensar que la inacción de esos años se debió más al número todavía bajo de casos y al desconocimiento general de las nuevas características que ofrecía el Sida, que a razones de corte ideológico. Sin embargo, no faltaron entonces algunas voces de alerta sobre temas que estallarían políticamente años después. En octubre de 1987 el camarista Eugenio Zaffaroni elevó un informe a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional acerca de las condiciones en la cárcel de portadores de VIH, donde denunciaba las condiciones infráhumanas de los mismos. La falta de respuesta política a demandas de ese tipo tendría después serias repercusiones. De todos modos, durante esos años se adoptan diversas medidas dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (12). Por la Resolución 731 (1985) la Secretaría de Salud de la Nación incorporó el control del Sida a la Comisión Nacional de Enfermedades de Transmisión Sexual y con dos modificaciones de la misma terminó creando el Comité Ejecutivo del Programa Nacional de Sida. La Resolución 874 (1987) de la Secretaría de Salud creó a su vez un Centro Nacional de Referencia para que colaborara con el Programa Nacional de Sida. Las resoluciones 509 (1988) del Ministerio de Salud y Acción Social, y las 447 y 569 (1988) de la Secretaría de Salud, respectivamente, normativizaron la competencia diagnóstica del HIV por el Laboratorio del Departamento de Microbiología de la Universidad de Buenos Aires; designaron al Laboratorio del Instituto Nacional de Microbiología “Dr. Carlos G. Malbrán” como Centro Nacional de Referencia en Enfermedades de Transmisión Sexual; y establecieron diversos convenios académicos y asistenciales de la Secretaría de Salud para la prevención y control del Sida. El Decreto 385 (1989) del Poder Ejecutivo, finalmente, constituyó la Comisión Nacional de Lucha contra el Sida dentro de la Secretaría de Salud dándole facultades para proyectar diversas políticas de prevención y control del Sida. Puede decirse entonces que esta primera etapa de respuestas políticas al Sida en Argentina se orientó más a garantizar técnicas de detección y bioseguridad que a responder a los problemas sociales, éticos y de fundamentación legal frente a la epidemia.

B. 1990: el enfoque tolerante de la Ley Nacional de Sida

La aparición de la ley 23.798 estableció un marco legal más respetuoso de la autonomía de las personas y de la no discriminación de las mismas pese a algunas contradicciones que luego señalaremos. El respeto a la autonomía de las personas se hace evidente a través de la ley.

(12) Ver PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Derechos Humanos y SIDA”, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp.129-130.

incursionar en el ámbito de la privacidad (Art.2) y al especificar las condiciones de confidencialidad, veracidad y consentimiento en el manejo de la información. En cuanto a la confidencialidad la ley no permite (Art.2) “exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva” y prohíbe a los médicos y otras personas que por su ocupación se enteren de que alguien es portador o padece Sida, revelar dicha información salvo a la persona afectada o enferma o a su representante si se trata de un incapaz; a otro médico cuando sea necesario para el tratamiento; a los entes del Sistema Nacional de Sangre; al Director del Hospital o Director del Servicio de Hemoterapia cuando sea necesario; a los jueces; a establecimientos de adopción y padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes, y a quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor bajo responsabilidad del médico tratante. Tampoco permite individualizar a las personas a través de fichas o registros. La veracidad queda asegurada al establecer que “Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada (Art.8). Y el consentimiento del paciente deberá obtenerse previamente cuando el médico tratante determine las medidas de diagnóstico a que deba someterse el mismo (Art.6). El principio de no discriminación de las personas, a su vez, se aplica al sostener que la interpretación de la ley así como las normas complementarias que pudieran establecerse no podrán en ningún caso afectar a la dignidad de la persona; ni producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación. Por otro lado, la ley obliga a respetar la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y la Ley Antidiscriminatoria No.23.592. Un mes antes de que se reglamentara la ley 23.798, sin embargo, la provincia de Corrientes insistía con una legislación coercitiva (13). En ella se establece tanto la obligatoriedad del examen serológico en grupos de “alto riesgo” como la obligatoriedad de su tratamiento (Art.1). Grupo de “alto riesgo” se considera a quienes estén involucrados en procedimientos policiales y/o judiciales (Art.2) o hayan pasado a integrar las comunidades carcelarias (Art.3). La provincia de Buenos Aires en cambio, siendo la que suma con la Capital Federal el 75 % de los casos de Sida en Argentina, legisló basándose en la ley nacional y sólo agregó algunos aportes en la orientación preventiva y educativa de las acciones (14).

C. 1991: la toma de posición por la Iglesia, el encadenamiento de los enfermos y la inseguridad jurídica.

Las gestiones de los ministros de Salud y Acción Social de la Nación Julio César Corzo, Eduardo Bauzá y Alberto Antonio Kohan (1989-1990) no estuvieron marcadas por cuestiones políticas de especial repercusión en relación al Sida con excepción de la ya señalada sanción de la Ley Nacional. En cambio, con la gestión del ministro Avelino Porto (1991) puede decirse

(13) Provincia de Corrientes, Ley 4.519, Obligatoriedad de practicar un examen para la detección del Sida en grupos humanos de alto riesgo. Promulgada el 20 de junio de 1991.

(14) Provincia de Buenos Aires, Ley 11.506, Sobre acciones dirigidas a la prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA). Promulgada el 4 de marzo de 1994.

que comienzan las implicancias políticas importantes del Sida en Argentina visibles sobre todo en dos grandes cuestiones: el papel de la Iglesia y el lugar de la Justicia. Cabe destacar en primer lugar el papel que jugará la Iglesia Católica en las políticas gubernamentales frente al Sida. El 18 de septiembre de 1991 la Comisión Permanente del Episcopado Católico en Argentina fijó la posición de la Iglesia con respecto al Sida. Postuló entonces el acompañamiento de los enfermos pero reafirmó la posición tradicional de oponerse al uso de preservativos entendiendo que “el apremio por evitar la epidemia no justifica cualquier campaña de prevención” y que “una prevención que naciese, con inspiración egoísta, de consideraciones incompatibles con los valores prioritarios de la vida y el amor, acabaría por ser, además de ilícita, contradictoria, rodeando sólo el problema sin resolverlo de raíz” (15). Esta posición de la Iglesia frente al Sida tendría un peso trascendente en las respuestas políticas a la epidemia. Por otro lado, y también durante la gestión del ministro Porto, estalla el tema del Sida en los presos. El 6 de octubre de 1991 el diario *Clarín*, el periódico de mayor tirada en el país, denunció la situación de doce presos enfermos de Sida internados en el Hospital Muñiz de Capital Federal que se encontraban atados con cadenas a sus camas. El ministro Porto manifestó que de esa noticia se había enterado por los diarios. Diversas organizaciones no gubernamentales salieron a desmentirlo asegurando que en una reunión previa mantenida el mes anterior habían reclamado que se pusiera fin a un trato tan inhumano. La Coordinadora del Programa Nacional de Sida admitió haber sido notificada pero se excusó diciendo que cuando había querido influir en la decisión del Servicio Penitenciario Nacional no había logrado resultados. El director del hospital donde se encontraban los enfermos encadenados narró el procedimiento habitual utilizado en estos casos diciendo que en primer lugar al hospital le llegaba un exhorto judicial firmado por el secretario de un juzgado en el cual se les decía que debían internar para su tratamiento a un preso determinado, indicación que no podían desobedecer, seguido de lo cual se implementaba por el Servicio Penitenciario el sistema de seguridad a emplear con ese detenido enviado por el juez. También sostuvo que la única forma de tener a la vez seguridad con los presos y adecuada atención médica era construir un hospital penitenciario suficientemente equipado lo cual resultaba una quimera para su institución en la situación económica de entonces. Varias enfermeras aseguraron que el encadenamiento de los presos con Sida era anterior a estos casos y al autor de este capítulo le consta que esta situación era previa por haberle sido expuesta varios meses antes por profesionales de un hospital de enfermedades infecciosas de la ciudad de La Plata en el cual ya se había comprobado esa práctica. El doctor Emilio García Méndez, juez interviniente en la causa, la caratuló de “apremios ilegales” y dispuso el “cese inmediato del estado de sujeción”. Por su lado el ministro de Justicia sostuvo que era necesario determinar las responsabilidades del Servicio Penitenciario Nacional y acordó con los legisladores el enviar un proyecto para la creación de una unidad asistencial para detenidos con Sida. El ministro dijo que el encadenamiento era una violación de las normas carcelarias pero el Servicio Penitenciario aseguró que fuera de la cárcel a los detenidos se los encadenaba. Un ex juez y

(15) “Iglesia: anillos contra el Sida”. Buenos Aires, Diario “Página 12”, 19 de septiembre de 1991.

ex director del Servicio Penitenciario Nacional presentó una denuncia penal contra el Ministerio de Justicia por los vejámenes y tormentos de los presos con Sida y dicha denuncia sorteada al azar fue a parar al juzgado de una jueza envuelta en uno de los mayores escándalos de la justicia argentina por presunto encubrimiento de una operación de lavado de dólares (16). A esa jueza el Ministro de Justicia le había solicitado la renuncia tres semanas antes y en ese antecedente encontraría la magistrada una razón suficiente para excusarse de aceptar entender en la causa de los presos con Sida. Este caso revela elementos fundamentales sobre diversas críticas al abordaje político de la epidemia en Argentina que fueron creciendo en los años siguientes y muy especialmente las referidas a la inseguridad jurídica y la falta de independencia del Poder Judicial.

D. 1992-1993: la prohibición de la Iglesia al enfoque tolerante y el giro político neoconservador.

En diciembre de 1991 el nuevo ministro de Salud y Acción Social Julio César Aráoz afirmaba con la pretensión de diferenciarse de su antecesor en el cargo: «Llegó el momento de tomar muy en serio el tema del SIDA, de tomar el toro por las astas y hablar de educación sexual en la casa pero también en la escuela», «hay que empezar a referirse al sexo con mucha claridad», «la única vacuna segura la tenemos en nuestras manos, y es la educación sexual sin tabúes ni falsos pudores», «hay que hablar de los preservativos muy claramente, para decirle a la gente qué debe hacer con ellos una vez que los utilizó». También entonces el ministro anunciaba que iniciaría «la campaña anti SIDA que nunca se hizo en el país» (17). Dicha campaña se pensaba realizar en base a análisis masivos y gratuitos de detección junto a una intensa educación de la población. Por ese entonces el gobierno había evaluado la alternativa de distribución masiva y gratuita de preservativos pero el director ejecutivo del programa contra el Sida Dr. Alfredo Miroli desestimó en esos mismos días esa posibilidad argumentando que el valor de los mismos no justificaba ese gasto por el Estado y porque “no se está en condiciones de garantizar que cada producto cumpla su función con absoluta seguridad en el resultado”(18). El 2 de abril de 1992 el ministro de salud lanzó la anunciada campaña de prevención en presencia de Luc Montagnier. Los ejes de la campaña iban a ser la condena de la promiscuidad, la educación sexual a través de videos para padres en la escuela primaria y videos para alumnos en la escuela secundaria, el uso de preservativos, el análisis gratuito para la detección del virus y la entrega gratuita de AZT. A poco de lanzado el Plan diversas Organizaciones No Gubernamentales lanzaron serias críticas contra el mismo. El director del

(16) La jueza María Romilda Servini de Cubría tuvo varios pedidos de juicio político en el Congreso de la Nación por supuesta violación de los deberes de funcionario público y su caso llegó a generar un pedido de juicio político a la misma Corte Suprema. Se la vinculó a la causa que protagonizó una cuñada y secretaria del Presidente Menem acusada de haber transportado valijas conteniendo dólares procedentes del narcotráfico y fue sancionada en marzo de 1992 por la Corte Suprema con una multa de 60 \$ por las irregularidades administrativas cometidas en la misma. La jueza terminó de caer en gran descrédito cuando llegó a censurar el programa cómico de mayor prestigio en la televisión argentina impidiendo que el actor que lo conducía pudiera pronunciar su nombre en el programa.

(17) Buenos Aires, Agencia *Interdiarios*, 4 y 12 de diciembre de 1991.

(18) Declaraciones del Dr. Alfredo Miroli, Buenos Aires, Agencia *Interdiarios*, 13 de diciembre de 1991.

Plan Nacional ratificó entonces que no se iba a decirle a la gente que usara preservativos ya que los mismos no ofrecían una garantía absoluta y un par de meses después sostenía una fuerte polémica con el anterior ministro de salud Avelino Porto al decir -y luego retractarse- que había tirado un millón de preservativos comprados durante la gestión de éste asegurando que habían sido comprados sin someterlos al control de calidad. La polémica por los preservativos mostró que las disputas entre distintos sectores políticos del oficialismo habían encontrado en el tema un importante factor de choque y adelantaron acontecimientos posteriores. En la VIII Cumbre Mundial sobre Sida celebrada en Amsterdam en julio de 1992 la actriz Elizabeth Taylor sostuvo que Argentina estaba al borde del abismo en cuestión de Sida debido a la falta de una adecuada prevención. El Secretario de Salud de entonces y luego Ministro de Salud Dr. Alberto Mazza salió a desmentir tal afirmación. El ministro Aráoz respondió en cambio felicitándose por la polémica establecida y aconsejando el uso de preservativos adelantando que si los canales de televisión no difundían un video en el cual una enfermera mostraba un preservativo habría una violación de la Ley de Radiodifusión ya que el condón había sido declarado de uso médico. En septiembre de 1992 Aráoz crea el Consejo Federal del Sida integrado por autoridades sanitarias nacionales y provinciales para coordinar la lucha contra la epidemia. En octubre de ese año, el Ministerio de Salud firma un convenio con el Ministerio de Educación para la difusión en todas las escuelas de un video sobre el Sida titulado "Un camino para dos" acompañado de un manual con opiniones de la Organización Mundial de la Salud, el Papa Juan Pablo II, el Consejo Mundial de Iglesias y la Conferencia Episcopal Argentina. El titular de Educación aseguró entonces que el video era pluralista frente a las críticas que se le hacían por su sesgo religioso. A finales de enero de 1993 el vicario episcopal de Educación de la arquidiócesis de Paraná, Luis González Guerrico, prohíbe a los establecimientos educativos católicos de su provincia -Entre Ríos- la difusión del video "Un camino para dos" considerando al mismo en grave contradicción con la moral cristiana al hacer entender a la juventud que las relaciones afectivas culminan ordinariamente en el acto sexual. El ministro de Salud salió a defender la realización del video pero diversas versiones comenzaron a sostener entonces que el ministro sería reemplazado en su cargo. La polémica se agudizó en el mes de marzo. Después de una reunión con el Presidente de la Nación el ministro minimizó las informaciones que hablaban de su alejamiento y sostuvo haber discutido con el Presidente los detalles de una próxima reunión sobre Sida a realizarse en Buenos Aires. Efectivamente, del 18 al 20 de marzo de ese año se realizó en Argentina el Primer Congreso Latinoamericano de Retrovirus del Humano y Sida con la presencia de trece ministros de salud de América Latina. Finalmente, un mes después de ese encuentro que aparentemente demoró la decisión, el 22 de abril de 1993 Julio César Aráoz era reemplazado por Alberto José Mazza en el cargo de ministro de Salud y Acción Social, confirmando los rumores que se habían desatado después de la polémica con el religioso de Entre Ríos. La posición de la Iglesia frente al Sida había llegado a hacer caer un ministro de Salud y marcaría

en adelante el sesgo de los enfoques políticos oficiales alineados con las posiciones de la Iglesia católica frente a la epidemia en Argentina. El nuevo ministro fue cuestionado desde el comienzo por su estrecha vinculación con la Asociación de Entidades de Medicina Prepaga de la Argentina a la cual había presidido, lo cual hacía sospechar que en su gestión no defendería suficientemente el subsector público de la Salud.

E. 1993-1996: el pragmatismo instrumental de las privatizaciones y la moral religiosa como respuesta política.

Al asumir el ministro Mazza confirmó en sus funciones al director del Programa Nacional de Lucha contra el Sida Dr. Alfredo Miroli. Sin embargo, el 1 de mayo de 1993 a los diez días de la asunción del nuevo ministro, en una jornada de análisis del Sida organizada por el Arzobispado de Paraná, el presbítero Domingo Basso especialista católico en bioética y vocero autorizado del Episcopado, condenaba la campaña de lucha y prevención contra el Sida del Dr. Miroli a quien no descartaba realizarle una denuncia penal por la “incitación a la corrupción de menores” provocada por el video “Un camino para dos”. Unos meses más tarde, en agosto de 1993, Miroli amenaza con renunciar debido a no contar con los recursos necesarios para la compra de medicamentos esenciales para los enfermos de Sida. El funcionario sostuvo que aunque había disponibilidad de medicamentos para tratar el virus no disponía en cambio de los medicamentos necesarios para tratar las enfermedades emergentes oportunistas, que había informado de ello al ministro y que esperaba tener una respuesta positiva. Aunque este tipo de fármacos resultaba de fácil adquisición en los laboratorios, lo que sucedía era que los proveedores del Ministerio de Salud habían dejado de entregárselos debido a la falta de pago que éste tenía con ellos desde hacía tres meses. Miroli afirmó además que el presupuesto anual necesario para reactivos de laboratorio, medicamentos y elementos de bioseguridad era de 23 millones de dólares. El 1 de septiembre Mazza relevó de su cargo a Miroli y nombró en su reemplazo a Laura Astarloa que ya había ocupado ese lugar durante la gestión del ministro Porto. Pese a la descalificación hecha por el Ministerio de Salud de lo dicho por Miroli, nunca se desmintió la afirmación de que no existía presupuesto para tratar a 1.200 enfermos de Sida y tampoco pudo explicarse cómo el ministro no sabía de la inexistencia de recursos para el Programa de Lucha contra el Sida siendo que era él quien firmaba las partidas. El 8 de septiembre la Fundación Argentina del Mañana de orientación católica entregó al ministro Mazza un petitorio con 7.500 firmas para evitar la difusión del video de origen francés “Las cosas buenas de la vida” referido a educación sexual que había sido importado por el ex director del Programa Nacional Alfredo Miroli de cuyo alejamiento se mostraron conformes. La Fundación reclamó que las campañas de prevención del Sida se orientaran hacia la práctica del amor responsable entre hombre y mujer según lo prevee la naturaleza. El ministro entendió conveniente que las instituciones vinculadas a la Iglesia promocionaran sus opiniones y participaran en el diseño de la campaña contra el Sida. Se anunció luego que el Ministerio de Salud y la Iglesia trabajarían juntos a través de la Comisión

Arquidiocesana para la Defensa de la Vida. La gestión del nuevo ministro fue criticada en sus lineamientos generales por impulsar el desarrollo de los sistemas de medicina prepaga, y desfinanciar al hospital público al que se buscó convertirlo en hospital de autogestión con capacidad de generar recursos propios. Estas críticas en lo referente al Sida fueron creciendo y el 24 de octubre de 1995 (19), dos años después del relevamiento de Miroli, cuando en ese lapso se habían informado casi tres mil nuevos casos, el ministro de Salud admitía que el presupuesto de 1996 para el Programa de Lucha contra el Sida sería un treinta por ciento menor que en 1995 que había sido de 21 millones de dólares. Si se comparan los 14 millones de dólares previstos para 1996 con el presupuesto de 23 millones de dólares que Miroli manejaba como básico en 1993, y vemos el incremento en miles de enfermos de Sida durante esos años, podemos visualizar el tremendo deterioro en la asignación de recursos para la epidemia en Argentina. Ni siquiera el argumento dado por el ministro de que las Obras Sociales estarían obligadas a pagar las enfermedades de transmisión sexual logró empañar la realidad de que habitualmente los enfermos de Sida no tienen cobertura social alguna por estar en su mayoría desempleados. En cuanto a la falta de campañas de prevención el ministro respondió en diversas ocasiones que la población argentina estaba muy bien informada sobre la enfermedad y que por ello era relativa la necesidad de las mismas, sin considerar si esa información había logrado modificar las conductas frente al Sida. En junio de 1996 un periódico nacional publica que la Argentina estaba a punto de perder un crédito de 20 millones de dólares para la prevención del Sida por parte del Banco Mundial ante la negativa del Ministerio de Salud a incluir preservativos y jeringuillas en sus campañas tal como lo exigía el Banco (20). El ministro de Salud consideró que las condiciones del Banco Mundial afectaban "políticas de Estado" en una actitud coherente con la posición extremadamente conservadora que Argentina sostuvo en las cumbres mundiales sobre población, la mujer, y el hábitat en El Cairo (1994), Beijing (1995) y Estambul (1996) respectivamente. El mismo día, sin embargo, luego de conocerse la noticia el ministro se apresuró a firmar una carta de intención con el Banco Mundial. Por otro lado, Luc Montagnier el descubridor del virus del Sida cuya renombrada figura se había manejado como respaldo de anteriores convocatorias políticas contra la enfermedad, declaraba entonces que Argentina tenía una ausencia total de políticas de prevención del Sida. Pero junto a las consecuencias de la privatización y alineación religiosa en este período pudieron observarse dos hechos igualmente alarmantes en torno a las políticas frente al Sida en Argentina por su relación con nuevas formas de discriminación: uno de ellos fue la exigencia por la Embajada argentina en Cuba de un test de HIV para otorgar la visa respectiva a los cubanos que quisieran viajar a Argentina y el segundo fue el decreto presidencial que impuso un test obligatorio de HIV para todos los ingresantes a las Fuerzas Armadas y de seguridad (21). Ambos hechos ocurrieron en diciembre de 1995. En cualquier caso, conviene señalar que diversas organizaciones no gubernamentales dedicadas a la prevención y lucha contra el Sida que fueron convocadas por el Programa de

(19) "Menos presupuesto para lucha contra el Sida". Buenos Aires, Diario "Página 12", 25 de octubre de 1995.

(20) "Un crédito para la prevención del Sida se perderá porque Mazza rechaza el preservativo. Argentina no quiere forros". Buenos Aires, Diario "Página 12", 6 de junio de 1996.

(21) Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 906/95. "Fuerzas Armadas y de seguridad. Pruebas de diagnóstico para la detección de portadores de HIV". Publicado en B.O.: 19 de diciembre de 1995.

Naciones Unidas para el Desarrollo a unas jornadas realizadas en Buenos Aires, emitieron importantes conclusiones frente a esta situación legal y política en nuestro país (22).

A finales de 1996, con la asunción de Estanislao Karlic en la presidencia de la Conferencia Episcopal Argentina, la posición de la Iglesia frente al gobierno comenzó a cambiar y se produjo un distanciamiento creciente que culminaría con la declaración “Reflexiones sobre la justicia” producida por la asamblea plenaria de obispos y dada a conocer el 26 de abril de 1997. En ese documento se postulaba un mayor compromiso religioso con la cuestión social y se acentuaba la perspectiva de trabajo comunitario de la Iglesia. Esto ya prefiguraba la disociación entre gobierno y moral religiosa al menos en el ámbito que sirve de síntesis a las políticas frente al Sida, como es el papel de la justicia en el Estado que analizaremos en el siguiente apartado.

F. 1989-1996: la comprensión bioética de las respuestas legales y políticas al Sida en Argentina desde el significado del papel de la Justicia en el Estado.

La evolución de las políticas gubernamentales que entre 1989 y 1996 terminaron consolidando a escala nacional un modelo neoconservador de privatizaciones, alineación con las posiciones de la Iglesia, nuevas discriminaciones e inseguridad jurídica ante un Poder Judicial cada vez más dependiente del Poder Ejecutivo; con sus extensas repercusiones en el tipo de respuestas dadas a la epidemia; habría de tener un serio cuestionamiento a mediados de 1996 forzando la renuncia del ministro de Justicia Rodolfo Barra en una situación que puede servir como síntesis histórica de todo ello. Analizar este período de siete años es importante no sólo porque está ligado a una nueva gestión política nacional sino también porque la atención política y jurídica que se le da al Sida es ahora verdaderamente relevante a diferencia del período 1982-1989 que como ya hemos dicho fue de menor protagonismo. Y analizar a lo largo de todo este período el papel paradigmático cumplido por un funcionario como el cuestionado ministro de Justicia que antes fuera juez de la Suprema Corte, es igualmente importante ya que ligado al gobierno a través de distintos cargos durante estos años protagonizó varias de sus iniciativas y fue uno de sus miembros más cuestionados. Es así que comprender la evolución del papel de la Justicia en el Estado nos permite comprender mejor el marco general de la política argentina durante este período y entender las cuestionadas y de otro modo inexplicables respuestas legales y políticas instrumentadas en un tema tan puntual como el del Sida. Cuando el primer gobierno del Presidente Menem elegido para un período de seis años (1989-1995) en reemplazo de Raúl Alfonsín (1983-1989) asume en julio de 1989 se enfrenta a dos grandes problemas: la hiperinflación económica con los estallidos sociales a que había llevado la misma y la cuestión de los militares de la dictadura que se habían alzado en armas contra Alfonsín exigiendo amnistía para todos ellos. Barra es designado entonces como secretario de Obras Públicas e inmediatamente participa en la elaboración de las leyes de emergencia administrativa y reestructuración de obras públicas que conducirían a la privatización de las empresas del Estado, muchas de ellas con el único requerimiento de

(22) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Primeras Jornadas Nacionales de Promoción de Derechos Humanos y VIH/SIDA. Conclusiones generales”, Buenos Aires, 28-29 de septiembre de 1995. Participaron 58 organizaciones no gubernamentales, 10 universidades y 18 organismos públicos.

un decreto del Poder Ejecutivo y mínimo control del Poder Legislativo (23) en lo que marca un primer movimiento de subordinación política de este último al primero. Esta política general de privatizaciones tendría su corolario en la privatización en salud que será impulsada básicamente desde 1993 durante la gestión del ministro Mazza con las implicancias que ya hemos visto para las respuestas al Sida. Asimismo, en enero de 1990 Barra es designado secretario del Interior e interviene en el diseño de respuestas militares ante eventuales desbordes sociales por la crisis económico-social. Por otro lado, en diciembre de 1989 se firma el decreto de indulto presidencial a los comandantes de la dictadura condenados por crímenes contra la humanidad y en abril del año siguiente Barra deja su cargo en Interior para pasar a integrar la nueva Corte Suprema de Justicia de la Nación cuya modificación se convierte en uno de los puntos más críticos de todo el modelo político del nuevo gobierno ya que en este segundo movimiento se busca la subordinación del Poder Judicial y su instrumentación por el Ejecutivo. Para entender el significado de esta modificación de la Corte hay que ver que además del grave problema económico de la hiperinflación que el nuevo gobierno buscaba responder por vía de las privatizaciones y la reforma del Estado, el gobierno de Alfonsín había estado asediado como hemos dicho por los levantamientos de los militares que buscaban la revisión de sus condenas por los crímenes cometidos durante la dictadura militar (1976-1983) y la prescripción de todas esas causas. Alfonsín había intentado remitir todas ellas a la Suprema Corte de Justicia para desprocesar a los oficiales en actividad y al no tener éxito por las resistencias de ese Tribunal, después del alzamiento militar de Semana Santa promulga en junio de 1987 la ley de Obediencia Debida. Después el gobierno intenta elevar el número de miembros de la Corte de cinco a siete dándole la facultad de tomar directamente las causas de tribunales inferiores cuando la gravedad así lo aconsejara en lo que se conoció como el “per saltum”. El Partido Justicialista, principal opositor del Partido Radical en el gobierno, propone que sean nueve los miembros y que cada partido propusiera dos nuevos jueces al Ejecutivo. Augusto Belluscio, uno de los miembros de la Corte, dice en enero de 1988: “No cuesta mucho imaginar los excesos de un tribunal genuflexo” (24). Ya entonces se ve la posibilidad de que el “per saltum” sea utilizado según las circunstanciales necesidades políticas. La imposibilidad de lograr un acuerdo dentro de la Corte para esta operación política dilató la situación hasta la asunción del nuevo gobierno. Sin embargo, haciendo suya la iniciativa de su antecesor, el 15 de septiembre de 1989 Menem envía al Congreso el proyecto de ampliación de la Corte Suprema de cinco a nueve miembros. Inmediatamente estallan fuertes críticas desde la misma Corte y desde diferentes instituciones nacionales. En abril de 1990 no obstante, otorgado ya el indulto presidencial a los militares, en una sesión de dudosa formalidad la Cámara de Diputados sanciona la ampliación de la Corte entre cuyos nuevos miembros es designado Rodolfo Barra (25). En agosto de ese mismo año, cuando el nuevo modelo de Justicia estaba todavía atento a las cuestiones fundamentales de su diseño y aún no se había expandido sobre otras esferas de la vida pública, luego de cumplir los tiempos necesarios de su trámite legislativo es sancionada la ley nacional de Sida. Pero 1991 será el

(23) VERBITSKY, Horacio, “Robo para la Corona”, Buenos Aires, Editorial Planeta, 1991, págs.43-53.

(24) *Id.*, pág. 67.

(25) *Ibid.*, págs. 65-89.

año en que podrán escucharse varias críticas desde diversos sectores políticos y sociales al papel de la Corte como instrumento de las políticas del Poder Ejecutivo y entre ellas la del diputado Raúl Romero Feris que afirma: "Los fallos de la Corte Suprema se han vuelto políticos y no jurídicos. (...) El doctor Barra se ha convertido en operador político dentro de la Corte y esto ya es vergonzoso" (26). A Barra se le atribuye entonces, asimismo, el impulsar una nueva jurisprudencia que cambia la interpretación liberal de la Constitución por otra más conservadora. En septiembre de ese año la Iglesia sienta su primera posición ante la epidemia y en diciembre asume el nuevo ministro de Salud Julio César Aráoz que intentará hacer una campaña preventiva acorde con la ley nacional en un espacio político que todavía le permitía esa iniciativa. Entretanto, el 14 de octubre la Corte había ratificado los indultos presidenciales a los jefes militares de la dictadura. En 1992 estalla el problema de los presos enfermos de Sida y encadenados a las camas del hospital que va a parar al juzgado de Servini de Cubría la jueza que recibe una sanción leve de la Corte por sus irregularidades administrativas en el manejo de la causa del lavado de narcodólares. Esta respuesta débil de la Corte ante el escándalo hace que el diputado Juan Pablo Baylac atribuyendo responsabilidades afirme: "Barra...no tiene moral medianamente pública como para poder ser el vocero, el conductor y casi diría el ideólogo de la nueva dirección de esta Corte" (27). En enero de 1993 se prohíbe en Paraná por considerarlo contrario a la moral cristiana el video educativo para la prevención del Sida que terminará costando el reemplazo del ministro de Salud Julio César Aráoz por Alberto José Mazza el 22 de abril de 1993. Al día siguiente de este relevo Barra asume como vicepresidente de la Corte e inmediatamente se critica públicamente su pertenencia y la del presidente del Tribunal Antonio Boggiano a la organización católica de ideario extremo Opus Dei. En septiembre es destituido el director del Programa Nacional de Sida por sus críticas al bajo presupuesto para la epidemia y a finales de ese mes se origina una denuncia de desaparición de una sentencia de la Corte en custodia de Boggiano que obligaba al Estado a un importante resarcimiento. En octubre, en medio de una sucesión interminable de críticas, la Comisión de Juicio Político del Poder Legislativo en una actitud excepcional abre a prueba uno de los pedidos de enjuiciamiento de la Corte. Augusto Belluscio, uno de los miembros de ésta, afirma que el cuerpo "comenzó a descomponerse a partir de la ley que aumentó sus miembros de cinco a nueve" (28). El 14 de noviembre se encuentran en Olivos el ex presidente Raúl Alfonsín y el presidente Menem que quería ser reelecto para otro mandato aunque la Constitución no lo permitía. Ambos acuerdan una reforma constitucional que permita la reelección presidencial pero Alfonsín pone como condición que haya cambios en la Corte. El 1 de diciembre, a pocas horas de la Convención del Partido Radical que debía convalidar el Pacto de Olivos y sin que se hubiera producido cambio alguno en la Corte, Rodolfo Barra renuncia a la misma para que el Pacto no naufragara. A los dos días también renuncia el juez Cavagna Martínez para posibilitar el acuerdo. En relación a la crisis en la Corte Barra afirma

(26) "ROMERO Feris: Fallos de la Corte son más políticos que jurídicos". Buenos Aires, Agencia *Interdiarios*, 27 de diciembre de 1991.

(27) "Diputados radicales pedirán juicio político a jueces de la Corte". Buenos Aires, Agencia *Interdiarios*, 9 de marzo de 1992.

(28) "BELLUSCIO: La Corte se descompuso cuando aumentaron los miembros". Buenos Aires, Agencia *Interdiarios*, 4 de octubre de 1993.

entonces que la misma comenzó en 1989 cuando Menem empezó “una reforma en la vida argentina de 180 grados (...) una obra de ingeniería política (...) y todos comprendieron que el centro de ese proyecto de Gobierno estaba en la Corte” (29). El juez de la Corte Carlos Fayt sostiene pocos días después que el estado de la Justicia en Argentina es “patético” y que “pasa por un estado de coma cuatro”. El 16 de junio de 1994 Barra asume como ministro de Justicia en medio de las discusiones por la Asamblea que habría de redactar la nueva Constitución Argentina. El 8 de julio Menem instruye a los representantes de su partido para que en la futura constitución se eviten mencionar el aborto y la eutanasia y se garantice el derecho a la vida desde la concepción. El 14 de julio Barra sostiene que se debe prohibir el aborto aún en caso de violación y permitirlo sólo ante peligro de la vida de la madre. A lo largo de sus gestiones tanto en la Corte como en el Ministerio de Justicia Barra defiende la penalización de la tenencia de drogas aunque fuera para consumo personal; se opone a otorgar personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina; hace una fuerte campaña en contra del aborto considerando que el aborto es “un arma política demográfica de otros países hacia nuestros países” que puede utilizarse como “una técnica industrial para la utilización de tejido fetal en la producción de medicamentos”; se opone a las nuevas tecnologías reproductivas así como a un proyecto de ley sobre planificación familiar diciendo que está en contra de los anticonceptivos porque así lo enseña la Iglesia y sosteniendo que la legislación argentina habla de “persona” desde “el momento de la concepción en el seno materno”; y entre otras iniciativas intenta sacar adelante una severa ley para controlar a los medios de información que se conoció como “ley mordaza”. Este marco general en lo jurídico afecta también como hemos dicho a las políticas de salud y en particular las referidas al Sida. A finales de junio de 1996, sin embargo, en Argentina se difunde la noticia de que el ministro de Justicia de la Nación Rodolfo Barra había pertenecido durante su juventud a una organización paramilitar de extrema derecha que en los años '60 cometiera diversos atentados antisemitas y se publica una fotografía del mismo en la cual se lo ve haciendo el saludo nazi (30). La nota revelaba el contenido de una carta del ex embajador argentino en Chile Oscar Spinoza Melo datada en agosto de 1995 y dirigida al ministro del Interior argentino, en la cual el ex embajador afirmaba “Pocas cosas me sorprenden del actual Gobierno cuando veo que el ministro de Justicia es el Dr. Barra, la misma persona que (...) fue conspicuo miembro de la organización nazi Tacuara (...). Es fácil comprender por qué los atentados de la Embajada de Israel y de la AMIA son tan difíciles de investigar y sobre todo de encontrar a los culpables”. A través de su vocera, Barra había afirmado a una periodista que investigaba para esa misma nota: “Si fui nazi, me arrepiento”. Pocos días después dirá que “sólo fueron pecados de juventud” y que no había sido antisemita sino anticomunista y que le habían hecho creer que Lenin y Trotsky eran judíos. Pero el escándalo de la noticia pone en discusión la gestión que desde el 16 de junio de 1994 venía realizando el ministro y se cuestionan una vez más varias de sus posiciones así como el papel de la Justicia en la Argentina. Durante los días siguientes, el ministro acusado de discriminatorio intenta hacer un descargo público ante la colectividad judía argentina

(29) “Barra dijo que se siente protagonista del modelo político y económico”. Buenos Aires, Agencia *Interdiarios*, 3 de diciembre de 1993.

(30) “BARRA, Rodolfo. Historia prohibida”, Revista *Noticias de la Semana*, Buenos Aires, Editorial Perfil, 22 de junio de 1996, págs. 28-33.

especialmente sensible por la falta de progreso en las investigaciones sobre los brutales atentados de repercusión internacional contra la Embajada de Israel (1992) y la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (1994) que habían costado más de un centenar de muertos y que de un modo u otro estaban en buena medida bajo la órbita de su ministerio. El 7 de julio, sin embargo, un periódico publica que el ministro además de haber militado en la organización Tacuara había sido detenido en su juventud por atentar contra una sinagoga y que en 1978 había adquirido parte de la sociedad que explotaba un hotel alojamiento en franca contradicción con su predica religiosa (31). El 10 de julio el presidente Menem, pendiente de la repercusión internacional del hecho por el impacto en la comunidad judía, acepta la renuncia de Barra que desde el comienzo mismo de su gobierno en 1989 había protagonizado las líneas esenciales de su política. Pero más allá de la discusiones sobre los motivos de la renuncia conviene no perder de vista el significado que sobre el papel de la Justicia en el Estado puede verse a través de la figura de Barra. Y fundamentalmente tratar de entender cómo un país que entre 1976 y 1983 fue sometido a la mayor aberración moral de toda su historia como nación, paralelamente a la emergencia y crecimiento de una epidemia cuyas respuestas políticas y legales tienen mucho que ver con la ética, recorre un itinerario que va desde el juicio y condena a la dictadura hasta el indulto y sujeción de la Justicia. Un itinerario que de no haberse nublado con la injustificable ambigüedad de una teoría de "los dos demonios" (terrorismo subversivo/terrorismo de estado) podría haber visto la necesidad para esos tiempos de una moral más cercana a la tradición judía del holocausto que a una moral naturalista de la santidad de la vida en el aborto y la eutanasia. No es casual que en este itinerario la Argentina no haya podido articular una adecuada campaña preventiva contra la epidemia y que los preservativos y las agujas del Sida se hayan convertido por "renegación" (32) en símbolos más importantes de una política de Estado que las capuchas y picanas de los desaparecidos. No es casual, tampoco, que el ministro de Justicia que reemplazó a Barra haya debido igualmente renunciar aunque el trasfondo de su caída haya estado ligado en su caso a una mentira no sobre conductas pasadas sino sobre relaciones presentes.

A modo de conclusión

La epidemia de Sida ha problematizado a lo largo de quince años (1982-1997) la vida tradicional de las instituciones médicas, jurídicas y políticas en Argentina. Es así que estas instituciones se encontraron con problemas que excedían su marco habitual de respuestas a otras epidemias. Los médicos, jueces y políticos han visto que las respuestas al Sida deben darse simultáneamente y de forma interrelacionada entre los diversos sectores de la

(31) "Todo pasado tiene su precio". Diario *Página 12*, Buenos Aires, 7 de julio de 1996.

(32) El concepto psicoanalítico *renegación* es muy útil para describir el modo en que políticamente se ha rehusado el reconocer la realidad de esta etapa histórica traumatizante para nuestra sociedad. Habría en este mecanismo varios movimientos: en un primer momento se niega la realidad -la tortura y desaparición de personas- y se cree ver que nada ha sucedido (1976-1983), luego se explica la maldad del Estado que se supone ha de encarnar el bien común mediante la escisión neutralizante de la maldad en una ontología de "los dos demonios"-Subversión agresiva/ Estado represivo- en la que el segundo deriva del primero (1983-1989); para finalmente fetichizar la realidad de la represión estatal en objetos aparentemente distantes de la realidad primera (1989 en adelante). La *renegación* es en el psicoanálisis el primer tiempo de la psicosis y la dictadura militar que tratamos puede ser llamada el mayor brote psicótico de la conciencia nacional argentina.

comunidad si esas respuestas quieren ser efectivas, verdaderas y correctas.

En primer lugar *el Sida ha problematizado nuestra visión acerca de los valores fundamentales que son propios de las personas*. Todos los aspectos referidos a la discriminación en diversos contextos tienen que ver con esa discusión: así los conceptos de dignidad, igualdad de oportunidades y daño moral. También la obligación de confidencialidad apunta a una defensa del carácter propio y personal de esos valores. Igualmente ocurre con algunos aspectos del derecho de familia cuando se han discutido aquellas situaciones que pueden afectar vínculos familiares como los del derecho al matrimonio y a la tutela de los hijos. Especialmente relevante ha sido la problematización en el campo jurídico de las relaciones entre libertad y dignidad frente a los casos de enfermos terminales presos. La jurisprudencia ha ido modificando progresivamente el criterio tradicional donde el cumplimiento de la pena o privación de la libertad estaba por encima de cualquier consideración acerca de los valores propios de la condición humana de los presos. En general, el tema del derecho a la salud ha estado presente en todas estas situaciones.

En segundo lugar *el Sida ha problematizado nuestra interpretación acerca del estado de salud y enfermedad*. El abandono del concepto de “grupos de riesgo” y su reemplazo por el de “conductas de riesgo” y “factores de riesgo” es un ejemplo de ello. La importancia de considerar el nivel de instrucción en relación a los factores de riesgo y la distribución geográfica de los casos es otro ejemplo. Pero igualmente importante ha sido la insistencia de la legislación en resguardar el derecho de los pacientes a estar informados acerca de su estado de salud. Esto ha modificado asimismo las conductas tradicionales en el campo clínico de la salud donde el juicio de salud-enfermedad era patrimonio exclusivo de los médicos. La participación de los pacientes en las decisiones acerca de su salud comienzan por la plena información a los mismos para que ellos puedan hacer su propia interpretación de la realidad. En varios casos se ha visto que los jueces han condenado a aquellas instituciones o personas que no le han dado toda la información a los pacientes acerca de su estado de salud incluido el pronóstico. Pero también ha sido reformulada en el ámbito social de la salud, la tradicional facultad de juzgar sobre las epidemias por parte de las instituciones de gobierno. Desde las organizaciones no gubernamentales se han defendido los puntos de vista de los grupos de afectados por el Sida para que sean tenidos en cuenta en el momento de formular políticas.

Finalmente, *el Sida ha problematizado nuestras prescripciones para responder a los problemas de salud-enfermedad*. La exigencia del consentimiento informado para realizar desde un test de detección hasta una intervención terapéutica de cualquier tipo supone que las decisiones ya no son una potestad exclusiva del médico o los profesionales de salud. Y los comités de ética han surgido como instancia de evaluación para cuando esas decisiones encierran alternativas difíciles. El tradicional deber médico de tratar para salvar la vida a toda

BIOETICA Y BIODERECHO

costa ha sido discutido en varios casos. Se ha insistido así en respetar la voluntad de los pacientes en cuanto a tratarse o internarse. Y en el ámbito social se han cuestionado las políticas llevadas a cabo para enfrentar la epidemia. Hemos visto cómo, desde la aparición de los primeros casos, Argentina no elaboró una política fuertemente preventiva y centrada en la consideración del Sida como un problema de salud pública, sino que desarrolló una línea de acción muy marcada por posiciones conservadoras en lo político y cultural. Esto le ha supuesto no conseguir buenos resultados en la contención de la epidemia, no haber podido dar razones científicamente fundamentadas acerca de la política nacional implementada, y por sobre todas las cosas tener un alto grado de conflictividad con amplios y diversos sectores sociales que consideran éticamente incorrectas las acciones políticas realizadas con los afectados por el Sida en Argentina.

LA CLONACIÓN HUMANA: EL DESAFÍO ÉTICO DEL HOMBRE

Daniel Ricardo COHEN (*)

El año 1997 despertó sobresaltado. Las primeras planas de la prensa oral y escrita del mundo publican un hecho científico sin precedentes. En Escocia, un grupo de investigadores logra clonar un mamífero superior, contradiciendo las leyes naturales y amenazando el sentido común de la especie. Simultáneamente, «Science», la revista científica de mayor prestigio, explica minuciosamente los pormenores de la técnica llevada a cabo, y en virtud de la cual, nace «Dolly», una oveja idéntica a su «madre», y huérfana de «padre»; técnicamente, un clon.

En la terminología genética, la clonación implica un conjunto de métodos y técnicas de laboratorio que producen réplicas idénticas del material «clonado». Estas réplicas se refieren a la misma constitución genética, es decir los mismos genes, y por añadidura, el mismo o muy semejante aspecto físico (fenotipo).

La clonación celular no es novedosa; los primeros intentos datan de 1951. En el Johns Hopkins Hospital de los Estados Unidos. George O. Gey (1899-1970), establece la primera línea celular logrando cultivar células de un cáncer de cuello de útero de su paciente, Henrietta Lacks. Estas células, clonadas a partir de su original, se mantienen idénticas desde entonces; y en memoria de su dadora, se conocen en el mundo como células HeLa.

Estas técnicas, luego perfeccionadas, han permitido desarrollar otras más complejas; como los cultivos de tejidos, es decir de poblaciones celulares especializadas en una determinada función. El ejemplo más elocuente de ello, lo ha representado la clonación de piel humana.

Una célula «madre» de la epidermis, es clonada, es decir es inducida a procrear clones idénticos a ella in vitro, de manera tal que reproduce el órgano; la piel, en el laboratorio. Ello deriva en múltiples aplicaciones médicas, especialmente en el tratamiento de los grandes quemados, en los cuales no existe o es muy escasa, la epidermis sana para ser injertada en las zonas injuriadas.

Ahora, ¿es posible clonar un individuo? Históricamente no, pero el desafío surge

porque la respuesta correcta es, obviamente afirmativa.

«La vida proviene de la vida misma». Este dogma, hoy tan poco atractivo, implicó una revolución científica sin precedentes hace no tanto tiempo atrás. A fines del siglo pasado, Pasteur demuestra que la generación espontánea, la posibilidad de surgir de «la nada» es absurda e inexistente. Un error que acompañó la historia de la Humanidad desde la Grecia antigua hasta nuestros días.

Provenimos de nuestros antecesores, y en el antro materno dividimos trillones de veces y durante 39 semanas nuestra célula primordial, para finalmente, ser dados a luz, y mostrar a nuestros padres, el extraordinario producto de la acción de sus genes.

No somos clones de nuestros padres porque los genes aportados a través del óvulo y el espermatozoide se han «mezclado», es decir han sufrido recombinación genética. Si bien resultamos parecidos a ellos porque la «materia prima» es idéntica, las diferencias se sustentan en el fenómeno recombinante de sus gametos.

La naturaleza sólo ha permitido la clonación espontánea de los hermanos. Estos, conocidos como gemelos idénticos o monocigotas, resultan de la división medial del huevo fertilizado o cigoto, en virtud del cual, resultan dos individuos con el mismo genoma, el mismo sexo e idéntico fenotipo.

Nuestra oveja «Dolly» contradice dos veces un dogma biológico tan sólido e indestructible como la muerte de todo ser vivo. Primero, Dolly surge a la vida, sin recombinación genética, es decir obviando la participación de los gametos y tornando innecesaria la interacción de los sexos. Segundo, Dolly resulta de una célula «diferenciada», envejecida.

¿Qué es la diferenciación ? ¿En qué resulta ?

No existe fenómeno genético más espectacular que la concepción y el embarazo.

Cien mil genes, ordenados linealmente a lo largo del ADN, regularán la embriogénesis, produciendo un ser tridimensional con funciones celulares especializadas, y una capacidad distintiva: el raciocinio. En la primer semana de vida intrauterina, el huevo fecundado se restringe a un «racimo» de células indiferenciadas, es decir, pluripotentes. Sus genes aún no han sufrido «represión selectiva» y todo su genoma funciona «a full». De manera tal, que si se procediese a separar unitariamente este conglomerado celular, cada una de ellas, podría, generar por sí mismas, todo un individuo.

A partir de la segunda semana, los genes de diferentes células, comienzan a «reprimirse» en zonas selectivas y predeterminadas del genoma, de manera tal, que una célula se diferenciará en «corazón», otra en «páncreas», otra en «hígado», etc, etc.

Este proceso de diferenciación es, o lo era al menos, irreversible. Una vez que una célula «define» su función, no puede renunciar a ella. Madura como tal, envejece y muere como tal.

Este es el segundo Dogma Biológico violado.

¿Cómo surge, entonces, Dolly?

A partir de una célula de la glándula mamaria de una oveja adulta. Esta célula, ya

diferenciada y con la función específica de producir leche, es desprovista de su núcleo, es decir de su ADN; y éste es transplantado a un óvulo al cual, previamente se le extrajo el material nuclear, dejando sólo su cobertura externa. Por lo tanto, este óvulo no es más que el vehículo, la cáscara, que contiene los genes de la célula mamaria.

Esta nueva célula es cultivada en el laboratorio, en un medio pobre o carente de nutrientes, con lo cual se logra la «desrepresión del genoma», es decir la vuelta a cero.

En estas condiciones es implantada en un vientre receptivo, del cual resulta, obviamente, la réplica genética de la dadora original.

Este logro científico debería ser evaluado desde dos ópticas diferentes, si bien interrelacionadas. Por un lado, el hecho real y por otro, el potencial que de él se deriva.

El hecho real es plausible; el potencial, inquietante.

Todo hallazgo o descubrimiento debe ser acogido con beneplácito, porque simplemente acrecienta el conocimiento acerca de la naturaleza de nosotros mismos. Pero surge inevitablemente una pregunta. ¿Cuál es el riesgo que involucra este nuevo status del saber?

Toda la práctica médica está moldeada en la ética; la ética de la moral, según una concepción aristotélica. Pero cuando de genética humana se trata, esta interrelación ciencia-ética adquiere ribetes sumamente delicados, y por qué no, espectaculares.

Cuando William Bateson (1861-1926), denomina por primera vez, «genética» a los fenómenos que tenían que ver con la herencia, no se percató seguramente, que el presagio de futuros conflictos, estaba impreso en el mismo término: gen-ética; o ética del gen.

La clonación humana ha sido prohibida en la inmensa mayoría de los países del primer mundo. Esta prohibición apresurada, y por cierto conveniente, es en esencia «preventiva», porque el avance científico no conoce de las pausas que nos impone la prudencia.

La clonación encontrará a corto plazo su perfil útil, y seguramente aportará enormes ventajas a favor de una mayor longevidad del hombre. Posiblemente el tratamiento del cáncer y el transplante de órganos sean los primeros beneficiados. Sólo requiere tiempo.

Descartes menciona en sus Reglas para la dirección de la mente «.... los mortales están dominados por una curiosidad tan ciega, que con frecuencia comprometen su espíritu por caminos desconocidos, sin ninguna esperanza razonable, solamente para correr el riesgo de encontrar allí lo que buscan....». Ese es el riesgo. La ética obliga a no justificar indiscriminadamente los medios, y que la «esperanza sea siempre razonable».

El afán de buscar el por qué de las cosas es inherente a la naturaleza humana, pero debemos legislar el proceder para no desencauzarnos.

Si el objetivo sublime es la vida, el futuro será promisorio.

EL BODERECHO ANTE LAS POSIBILIDADES EN EL CAMPO DE LA GENETICA HUMANA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Cada comprensión y cada realidad del Derecho están en relaciones profundas con concepciones y realidades respecto de la **persona**. Es en base a la noción de persona que se construyen los **merecimientos** de los recipientes de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser y, específicamente en los seres humanos, a la persona (1). Todas las relaciones jurídicas se construyen sobre la perspectiva normativa de persona. Es ella la que posee derechos y deberes, la que se vincula con las cosas y la que se manifiesta sobre todo en los actos y los negocios jurídicos. El mundo de las obligaciones y su gran ámbito contractual, el de la familia, el de los delitos y las penas, etc. son ejemplos destacados de la importancia fundamental de la noción de persona.

Las posibilidades abiertas en estos días en el campo de la **genética humana** (de que da cuenta v. gr. la exposición del doctor Daniel Ricardo Cohen publicada en este mismo número de «Bioética y Bioderecho») ponen en honda **crisis** no sólo la concepción de persona sino su realidad, lo que significa también un profundo cuestionamiento de los merecimientos y del resto del Derecho en su conjunto.

2. Aprovechando enseñanzas de la **teoría trialista del mundo jurídico** relativas a las clases de adjudicaciones, cabe reconocer que siempre la persona puede constituirse por distribuciones de la **naturaleza**, de **influencias humanas difusas** o el **azar** o por repartos originados en la **conducción** de seres humanos determinables (2).

Luego de largo tiempo signado por la comprensión de la persona como un producto «natural» o incluso «sobrenatural», la modernidad fue pasando desde una decisiva referencia

(*) Bases de una exposición del autor en el Área de Bioética y Bioderecho del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(**) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. nuestros «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 133 y ss.

(2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios ...» cits., «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84. En cuanto a las clases de adjudicaciones c. v. gr. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 47 y ss.

a la conducción del propio sujeto (hacerse a uno mismo) a una predominante consideración de las influencias humanas difusas (el sujeto como producto social). De cierto modo, este proceso correspondió a los tiempos de formación de las ciencias naturales, que colocaban al sujeto fuerte como dominador de la naturaleza, o de desarrollo de las ciencias sociales y «humanas», que señalaron con amplitud, sobre todo en las postrimerías de la Edad Contemporánea, condicionantes e incluso determinantes sociales (3).

Sin embargo, los sorprendentes avances de estos días en el conocimiento del **patrimonio genético** de los seres humanos y de sus enormes influencias y las posibilidades prácticas respecto del mismo promueven un replanteo de la comprensión y la realidad de la persona, con todas las consecuencias jurídicas que esto significa. Ahora vamos sabiendo que las personas no éramos como se nos pensaba y que no seremos como somos.

Es cierto que permanecerán abiertas las cuatro vías constitutivas de adjudicación de la naturaleza, las influencias humanas difusas, el azar y la conducción humana, pero su participación en la formación de la persona se moverá en un nivel muy diferente.

El contratante, el padre, el hijo, el delincuente, etc., la persona en general y sus respectivos merecimientos deberán ser comprendidos en mucho como productos genéticos **«naturales»**, que a su vez sin embargo pueden ser modificados por la conducta, condicionados por influencias humanas difusas y por realidades naturales preeexistentes, etc.

¿Cómo se concebirán la **libertad contractual**, la **vinculación familiar**, la **culpabilidad del delincuente**, etc. a la luz del conocimiento y de las posibilidades de transformación del patrimonio genético?

3. Creemos que se puede estar produciendo a partir de ahora la más importante **revolución** de toda la historia humana. Si no ocurre ninguna catástrofe, el porvenir de la vida, liberada de enfermedades hoy mortales y prolongada con alcances insospechados, tal vez diversificada e incluso extendida a otros cuerpos celestes, será maravilloso. Es posible que, a semejanza de Moisés, nuestra generación esté condenada a percibir la «tierra prometida» sin poder penetrar en ella.

La ciencia y la filosofía en general y la ciencia y la filosofía del **Derecho** en especial deberán adaptarse para asumir el reto de la enorme transformación en la noción de persona. El pensamiento sobre lo humano y lo social, que ha criticado duramente a las ciencias naturales, a menudo de modo destructor, deberá readjustarse ante el inmenso cambio provocado por el conocimiento genético, aunque en una nueva «vuelta» histórica, a su vez éste sea comprendido como un despliegue social (4).

El **Bioderecho** ha de afrontar el desafío de la genética humana. Desde su enfoque debe iluminarse todo el panorama jurídico, al punto que el Derecho en su conjunto ha de ser

(3) En la profunda «sabiduría» de la historia, el nacimiento del liberalismo fue más posible en tiempos de las ciencias naturales (Locke y Newton fueron contemporáneos -1632/1704 y 1642/1727-). El socialismo ha sido coetáneo del desarrollo de las ciencias sociales (Marx y Comte pertenecen, desde la izquierda y la derecha, al clima sansimoniano) (pueden v. nuestras «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94).

(4) En relación con lo expuesto en la nota anterior, vale preguntarse: ¿Se extenderá el «neoliberalismo» actual? ¿Cuáles serán el saber y las ideas que le corresponderán? ¿Qué relación tendrán con el mundo de la genética?

BIOETICA Y BIODERECHO

comprendido en cierta perspectiva de Bioderecho (5). La **Bioética** y en general la **Biofilosofía** no deben estar ausentes de esa nueva comprensión.

Nada de lo expuesto excluye que, según hasta ahora parece de gran claridad, siempre será la **persona**, aunque conocida y generada de maneras diversas a las actuales, el último bastión de toda nuestra referencia, sea de manera consciente o inconsciente. Pese a ser cada vez más cuestionado y penetrado, el **hombre** -con sus posibilidades geniales y heroicas- es el cimiento de todo lo que podemos ser, saber y construir.

(5) Incluso resultarán afectados y replanteados, por ejemplo, los modos constitutivos del orden de los repartos, plan de gobierno y ejemplaridad (v. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 83 y ss.).

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL LIBRO “ANTROPOBIOÉTICA” DE JOSÉ ALBERTO MAINETTI(*)

Juan José BENTOLILA (**)

En el año 1995, el Dr. José A. Mainetti publica la obra que nos ocupa y que constituye el noveno título de la serie bioética del autor. Comienza éste tratando la cuestión nominal de la bioética -resultan del mayor interés las disquisiciones etimológicas que despejan cualquier clase de duda en torno al vocablo en cuestión- y sus antecedentes históricos, que se remontan hasta el nacimiento de la bioética -el cual fue bilocal, ya que surge de manera más o menos simultánea en Madison, Universidad de Wisconsin, con Van Ressenlaer Potter, y en Washington D.C., Georgetown University, con André Hellegers (1).

Continúa el libro con un panorama de la situación de la medicina en la actualidad -que se describe como de desmoralización-, haciendo un análisis verdaderamente significativo sobre la reforma y contrarreforma moral de la profesión desde el campo de la bioética médica, con lo cual se ha generado un cambio tal -mayor que todos los sufridos en veinticinco siglos- que se puede anunciar acaso una “*nueva era de la medicina*” (2). Son sumamente esclarecedoras las descripciones de los diversos paradigmas médicos, que van desde la tradición moral hipocrática hasta la condición posbioética, sin obviar el paso por la revolución bioética.

El Dr. Mainetti es sumamente gráfico en cuanto a la descripción del impacto generado por la revolución bioética en el campo de la profesión médica, y es novedoso el planteo acerca de un intento de reconciliación de los términos dilemáticos presentes (3), en una posible Teoría General de la Medicina, cuya creación constituiría un hito de gran importancia en el aspecto bioético.

El autor realiza una constante búsqueda cuyo objeto es descubrir cuál es el papel de la medicina y del profesional de la salud en la sociedad posmoderna, qué función deben ejercer. Las respuestas a estos interrogantes, siguiendo los lineamientos del Dr. Mainetti, nos

(*) MAINETTI, José Alberto: “Antropobioética”, La Plata, Quirón, 1995.

(**) Docente de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Sobre el *Kennedy Institute of Ethics* de la Universidad de Georgetown, p.v. nuestra reseña del artículo “**Revisiting the Launching of the Kennedy Institute: Re-visioning the Origins of Bioethics**” de Warren Thomas Reich, que está publicada en este ejemplar de “Bioética y Bioderecho”, pág. 63.

(2) MAINETTI, op. cit., Capítulo II, “Reforma y Contrarreforma moral de la Medicina”, pág. 25.

(3) V. gr. las diferentes posiciones en torno a la cuestión de la exclusividad y autenticidad de la ética médica (entre las extremas: afirmativa y negatoria); relación médico-paciente (contractual o fiduciaria); sobre el fin de la medicina (conveniencia o necesidad); sobre la atención de la salud (racionada o irrestricta).

permitirán reformular en un futuro no muy lejano, las características actuales de la relación médico-paciente y nos acercan de manera novedosa a perfilar una condición posbioética generada por la revolución somatoplástica (4) -antropoplástica- que pretende recrear al cuerpo humano -al hombre- según como éste debe ser y no sólo repararlo y restituirlo a como actualmente es. Se abre una nueva dimensión fenomenológica del cuerpo, que el libro denomina *intercorporeidad*. Es en este punto que se menciona también al debate bioético sobre la propiedad del cuerpo, buceando el autor en las profundas raíces de las distintas posiciones, mismas que discrimina en tres corrientes, a saber:

a) doctrina clásica occidental o personalista (resultado de la filosofía griega, el derecho romano y la religión cristiana, y que perdura hasta el siglo XVII) para la cual el hombre no es el propietario sino el mero administrador de su cuerpo, en principio inviolable e indisponible;

b) doctrina moderna liberal (según sus teóricos anglosajones como J. Locke y D. Hume), el individuo es el propietario de su cuerpo, propiedad natural del hombre y por tanto inviolable y enajenable, vendible;

c) doctrina socialista de los siglos XVIII y XIX (romanticismo, socialismo utópico y positivo), la sociedad es propietaria del cuerpo que es violable pero no alienable, no vendible en cuanto bien público o común.

Al reflexionar sobre el dolor, la vejez y la muerte desde un triple enfoque -historia, teoría, práctica- descubre al lector un universo inimaginable en el ámbito de esas realidades humanas, y queda instalada la pregunta por el sentido de ellas. Es aquí que la medicina debe decidir cuál será su posicionamiento y qué actitud se debe tomar frente al dolor, la vejez y la muerte, habiendo ya escrutado su significación para el ser humano (5).

La obra también propone la construcción de una teoría integral del cuerpo humano para la fundamentación de la bioética, lo que constituiría un aporte incommensurable en orden a enriquecer el vasto campo teórico de la especialidad.

“Antropobioética” no busca responder sino generar algunos interrogantes precisos, planteos que permitan repensar la medicina en los umbrales del siglo XXI (6). Asimismo permite al lector una erudita introducción al mundo de la bioética merced a la riqueza histórica y conceptual que su autor ha volcado. En esta época tan laxa de la posmodernidad, insta a posicionarse y a enfrentar, a buscar las respuestas correctas. Si se nos permite, es nuestra humilde convicción que la obra ha cumplido con la finalidad que el autor buscó para ella; y con creces, por cierto.

(4) El autor cita el término *somatología* (*Somatologie*) en el sentido conceptual introducido por HUSSERL como ciencia del cuerpo viviente (*Wissenschaft des Leibes*) en Ideas III, cap. N° 1, “Las diferentes regiones de la realidad”. Cit. por MAINETTI, op. cit., pág. 55, nota N° 9.

(5) Cf. MOODY, H.R.; “The meaning of Life in Old Age”, en N.S. Jecker (ed.), Aging and Ethics; cit. por MAINETTI, op. cit., pág. 91, nota N° 32.

(6) Y es para ello que el Dr. Mainetti investiga profundamente en las raíces de la medicina e introduce al lector en la interpretación bioética de diferentes relatos, en su mayoría relativos a la mitología griega.

LA BIOETICA Y LA NECESIDAD DE GENIALIDAD Y HEROISMO EN EL HOMBRE DEL PORVENIR (Insuficiencia de la conciencia de la postmodernidad)

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. Las posibilidades abiertas por la ciencia y la tecnología abren en nuestro tiempo enormes desafíos que requieren del hombre del porvenir una **actitud genial y heroica** muy diversa de la del «antigenio» y el «antihéroe» de la postmodernidad.

Superando lo que pudo considerarse una de las grandes humillaciones del narcisismo humano, emergente de la falsedad de la concepción astronómicamente geocéntrica, la ciencia y la tecnología han mostrado, hasta ahora, que la vida, por lo menos en el alto nivel de la condición humana, sólo existe en nuestro planeta, o sea, que si bien la concepción astronómicamente geocéntrica es falsa no parece serlo la perspectiva **biológicamente geocéntrica**. El hombre se encuentra ante un espacio de cierto modo infinito abierto a sus posibilidades de reproducción vital. A la par de este desafío se presentan las inmensas posibilidades de la **biotecnología**, que permiten **modificar la vida**, quizás ateniéndose a nuevos requerimientos de la población del espacio exterior y del enorme **desarrollo económico**.

Tal vez en la profunda «sabiduría» vital las tres conquistas, del acceso a otros cuerpos celestes, de las posibilidades genéticas y de la gran disponibilidad de recursos, tengan una honda interrelación de **complementariedad**.

2. La **postmodernidad**, signada por diversidades de superficie y un profundo monopolio de la utilidad, con una crisis del sujeto fuerte de la modernidad (1), puede significar una **«astucia»** de la vida para permitirse superar los cauces ideológicos heredados, quizás demasiado estrechos para la enormidad del desafío actual. Es posible que el hombre rutinario, que repite sin generar nada original ni ejemplar (2) y el hombre «vulgar», que tiene como pauta la medida en que se beneficia (3), sean instrumentos para superar las falsas «iluminaciones»

(*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Puede v. nuestro estudio «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 19, págs. 9 y ss.

(2) Acerca del hombre genial, opuesto al rutinario, v. por ej. KANT, Immanuel, «Kritik der Urteilskraft», publicación de Karl Vorländer, Leipzig, Meiner, 1948, págs. 160 y ss. (del original, 182 y ss., párrafos 46 y ss.); SCHELER, Max, «El santo, el genio, el héroe», trad. Elsa Tabernig, Bs. As., Nova, 1961, pág. 56.

(3) id., pág. 133.

ideológicas que llevaron a grandes dictaduras y los modelos que tal vez fueron valiosos en otras circunstancias. Sin embargo, aunque reconocemos que los riesgos de las desviaciones y las limitaciones ideológicas pueden ser muy grandes, como lo evidencian incluso las posiciones radicalmente prohibicionistas de las posibilidades genéticas que suelen sostenerse en nuestros días, creemos valioso y quizás imprescindible que el hombre tome conciencia de las grandes empresas que se le van haciendo posibles y ponga a su servicio cualidades de **genialidad y heroísmo** (4).

3. Quizás el hombre del porvenir deba desarrollar fuerzas vitales aún superiores a las que, en un proceso en ciertos aspectos discutible, permitieron a Europa producir el **humanismo y conquistar** todo el Planeta. Es posible que también ahora haya interferencias de tabúes que incluso lleguen a esas prohibiciones del desarrollo de las posibilidades genéticas durante cierto tiempo más o menos prolongado, pero creemos que la vida ha de aprovechar el amplio espacio que se le ofrece. Parece que para este caso son en mucho necesarios un sentido genial y heroico y una gigantesca epopeya, diversos de la mediocridad y el antiheroísmo y de la mezcla de comedia y sátira de nuestros días (5).

Los enormes desafíos de este nuevo tiempo sólo pueden responderse con una obra **original y ejemplar**, capaz de prescindir de las reglas heredadas, que es característica del genio. A nuestro parecer la enormidad de las posibilidades requiere una conciencia y un sentido axiológico que sólo pueden lograrse con el desarrollo de la **Bioética** y el **Bioderecho**.

Como le agradaría decir a Max Scheler, «El genio se presenta en tres formas principales derivadas de las tres ideas puras -de lo bello, del conocimiento puro y del derecho-: el artista, el filósofo y sabio, el legislador y juez» (6) y ante los desafíos de nuestro tiempo estos tipos han de desarrollarse en los marcos de la Genética, la Bioética y el Bioderecho.

La genialidad no debe desviarse en actitudes llenas de soberbia, que en el fondo le son opuestas, sino que ha de recorrer los cauces de la **humildad** de quien tiene conciencia de la importancia de su obrar pero sabe lo poco que cada uno de nosotros significa.

El heroísmo del hombre que va requiriendo este tiempo debe llevarlo a vencer su propio egoísmo, superando rasgos con los que está habituado a existir, y a hacerse **responsable** de la vida de los seres humanos presentes y de todos los seres del porvenir.

La **vida** es difícil de definir (7), pero merece nuestro firme compromiso, sobre todo para quienes creemos que es lo más valioso que tenemos. La vida exige la nietzscheana voluntad de vivir, pero al fin no por el poder, sino para su profunda y hasta desbordante **dignidad**, que se encuentra en las más pequeñas y las más grandes de sus manifestaciones.

Tal vez para superar las enseñanzas geniales de **Nietzsche** no queda más que el esclarecido amor cósmico del **Pobrecito de Asís** (8).

(4) id., págs. 57 y ss. y 133 y ss.

(5) Acerca de los géneros literarios y sus significados puede v. por ej. nuestra «Comprensión jusfilosófica del «Martin Fierro»», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas. 1984.

(6) SCHELER, Max, «El santo, el genio, el héroe», trad. Elsa Tabernig, Bs. As., Nova, 1961, pág. 57.

(7) Puede c. por ej. FERRATER MORA, José, «Diccionario de Filosofía», 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, t. II, págs. 902 y ss. («Vida»).

(8) Es posible v. nuestras «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94.

NOTAS SOBRE EL SIGNIFICADO JURIDICO DEL LENGUAJE BIOETICO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. El fenómeno del lenguaje tiene siempre un profundo aunque a menudo oculto sentido **jurídico**. La teoría de la comunicación ha hecho muy importantes aportes para comprenderlo mejor (1), pero entendemos que también, sobre todo desde la perspectiva de interés del hombre de Derecho, es relevante tener en cuenta los puntos de vista que puede brindar la teoría **trialista** del mundo jurídico.

La comprensión trialista del sentido jurídico del lenguaje posee gran nitidez. En todos los casos el lenguaje produce adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y a la vida; esas adjudicaciones pueden ser captadas por normas, aunque en realidad lo son excepcionalmente, y tanto las adjudicaciones como las normas son valoradas por el valor justicia. De este modo se advierte que el lenguaje cumple con las características que señala la teoría trialista, según la cual éste se constituye en general con repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados los repartos y las normas por la justicia (dimensión dikelógica) (2).

El carácter jurídico del lenguaje suele adquirir un carácter de particular tensión cuando se producen cambios en la realidad a la que el lenguaje se refiere, y en este marco hay que comprender la importancia de la perspectiva jurídica del lenguaje de la **Bioética**. En este caso el lenguaje evidencia una impactante **carencia significativa**, que suele resolverse mediante una relativa **analogía**, por designación de la realidad nueva con el lenguaje viejo, o a través de la **fabricación** de un nuevo lenguaje, según suele ser más adecuado, pero a menudo a la vez timido y quizás riesgoso.

(*) Notas de la disertación del autor como panelista en el Seminario «Etica y lenguaje a fines del siglo XX» organizado por la Secretaría Académica de la Universidad Nacional de Rosario (18 de noviembre de 1996).

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Puede v. nuestro estudio «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.

(2) Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimpr. Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976, «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

a) Dimensión sociológica

2. Como todas las adjudicaciones jurídicas, las del lenguaje bioético pueden provenir de distribuciones, producidas por la naturaleza, el azar y en este caso principalmente por influencias humanas difusas, o de repartos, producidos por la conducta de seres humanos determinables. Ante los grandes cambios que han sucedido aceleradamente en las posibilidades técnicas relacionadas con la vida, el lenguaje bioético no ha tenido tiempo de generar nuevas expresiones por la senda con frecuencia lenta de las distribuciones y suelen emplearse expresiones viejas para nombrar realidades nuevas, con todos los riesgos de que éstas resulten incomprensidas. Expresiones como «padre» o «madre», que con diversos ropajes el lenguaje tradicional ha podido emplear de manera adecuada por tiempo inmemorial en el curso de influencias humanas difusas, ahora entran a veces en crisis y adquieren ya carácter de **reparto**, con las posibilidades de conceptualizar y designar roles diversos, surgidos de la «procreación» asistida (aunque incluso para algunos convenga una expresión más «neutral» como la de «reproducción» asistida).

Siempre es importante, ante cada adjudicación en general y las del lenguaje en particular, reconocer todos los **caracteres** respectivos. Hay que averiguar qué fuerzas la producen, quiénes la reciben, qué se adjudica, por qué senda se llega a la adjudicación y cuáles son las razones respectivas. En el caso del lenguaje bioético es muy relevante saber, por ejemplo, quiénes adjudican a través de él, quiénes se benefician y perjudican, cuáles son los alcances de las potencias e impotencias adjudicadas, si hay audiencia en la adopción de decisiones, cuáles son en su caso los móviles, las razones alegadas y las razones sociales.

Aunque no es posible ignorar el sentido autoritario que junto a otros despliegues autónomos poseen siempre los repartos del lenguaje, esa autoridad se hace más intensa en el marco de la Bioética actual, no sólo porque con frecuencia los destinatarios nombrados no tienen posibilidad de participar en la elaboración de las expresiones (v. gr. según sucede tradicionalmente en la voz «feto») sino porque hay nuevas realidades viables que, al no caber en los significados consagrados, tienden a ser **autoritariamente** rechazadas, todo esto con la consiguiente exclusión del valor cooperación (propio de los repartos autónomos) y el respectivo imperio de la realización del valor **poder** (inherente a los repartos autoritarios).

3. Las técnicas relacionadas con la vida han experimentado lo que de cierto modo puede llamarse una enorme **revolución**, pero el lenguaje no parece suficientemente listo para hacerse cargo de ella. Uno de los grandes interrogantes significativos del sentido jurídico del lenguaje bioético es el de saber si se ha de procurar una planificación bioética a través de la ordenación de los repartos del lenguaje por una **planificación** o se ha de dejar que la realidad bioética y el lenguaje evolucionen por **ejemplaridad**, es decir por el modelo y el seguimiento. En la medida que se planifique el lenguaje bioético (por ejemplo a través de entidades gubernamentales o científicas directivas) se realizará más el valor previsibilidad; de lo

contrario habrá más desenvolvimiento del valor solidaridad.

b) Dimensión normológica

4. En términos de la dimensión normológica cabe destacar que el lenguaje posee siempre un alto contenido de institucionalidad constantemente «negocializada» por los usuarios, es decir de ideas relativamente consagradas que, sin embargo, se modifican por los reajustes que le van produciendo los usuarios. Esa **institucionalidad** es muy alta en las profundas cuestiones referidas a la vida que aborda la Bioética, pero en nuestro tiempo se encuentra sometida a la posibilidad de un amplio cuestionamiento **negociador** de los usuarios, por ejemplo, en los alcances de expresiones como persona, sujeto humano, padre, madre, cesión de vientre, donación de esperma, muerte, etc.

Sea o no normativo, el lenguaje no sólo describe la realidad sino le **integra** siempre, con o sin acierto, un amplio conjunto de sentidos que hace que se viva como si el mundo fuera como el lenguaje lo presenta. Esa enorme fuerza integradora resulta particularmente significativa y tensa cuando, como ocurre en el terreno de la Bioética, la realidad expresada produce cambios revolucionarios como los que suceden hoy en la técnica referida a la vida.

Merecen particular atención expresiones que se han tornado muy usuales en la Bioética, como las de «autonomía», «beneficencia» (o «no maleficencia») y «equidad» (o «justicia») que son muy difíciles de conceptualizar y a menudo ocultan realidades muy distintas.

c) Dimensión dikelógica

5. El lenguaje contiene una gran carga de **valores** que incluyen perspectivas de salud, verdad, belleza, utilidad, justicia, amor, santidad, etc. e incluso del último valor humanidad (el deber ser básico y cabal de nuestro ser). Desde el punto de vista jurídico es particularmente importante que en el lenguaje se adjudique con justicia. En cuanto a los temas que aborda la Bioética hoy el lenguaje está cargado de un complejo de sentidos axiológicos que a nuestro parecer no responden a las realidades actuales y futuras. Entendemos que es imposible comprender la problemática bioética de estos días sin replantear los despliegues de esos valores, por ejemplo, en cuanto a lo que se entiende por salud, justicia y humanidad. Es más, creemos que la propia Bioética suele desarrollarse como una trampa del lenguaje en cuanto sólo incluye en su seno los problemas ocasionados directamente por la técnica en relación con la vida y no las cuestiones suscitadas para los marginales por la falta de recursos técnicos para preservar su existencia.

En cierto sentido el lenguaje recorta el mundo y produce **seguridad**, pero ese recorte puede ser excesivo cuando se trata, como sucede con los problemas actuales del gran desarrollo de las posibilidades de la Bioética, de la exclusión expresiva de grandes posibilidades vitales. El lenguaje puede hacernos más dueños del mundo, porque nombrar es de cierto

modo dominar, mas si bien puede enriquecer la realidad también puede empobrecerla. El lenguaje debe estar siempre considerablemente abierto a la realidad y esto es particularmente exigible, por ejemplo, ante las posibilidades que encara el lenguaje bioético. La manera legítima de evitar los riesgos que encara la Bioética no es ignorarlos a través del «cepo» del lenguaje.

El lenguaje suele expresar **criterios generales** de valor que orientan las valoraciones, pero ante circunstancias como las que encara la Bioética es con frecuencia imprescindible que esos criterios generales sean replanteados a través de valoraciones completas.

6. El gran desafío de las cuestiones bioéticas actuales suele conducir a la pregunta sobre el grado de legitimación de quienes conduzcan la formación del lenguaje respectivo. Es cierto que mucho ha de surgir de la superioridad científica y técnica que denominamos **«aristocracia»** de biólogos, médicos, juristas, etc., pero también que la profundidad de las cuestiones pone en crisis esa superioridad y se requiere una amplia legitimación por el mayor **acuerdo** posible de todos los interesados, incluyendo la **«infraautónoma»** participación democrática y también el **«criptoautónomo»** acuerdo conjetural de los interesados que no pueden expresarse.

En cuanto a los objetos que se reparten, el lenguaje puede tener sentidos más abiertos o más cerrados a la nueva vida, más o menos inclinados a la adjudicación de muerte, más creativos o rutinarios, etc. Urge evitar que el lenguaje bioético conduzca al cerramiento excesivo a la nueva vida, a la indebida adjudicación de muerte, a la rutina, etc.

7. Con el sentido humanista que debe tener todo fenómeno jurídico, donde el hombre sea tomado como **fin** y no como medio, el lenguaje debe ser para el hombre y no éste para el lenguaje. Aunque es poco lo que sabemos con claridad acerca de lo que el hombre es y debe ser, el humanismo parece uno de los mejor fundamentados pilares de la conciencia actual. Desde esta perspectiva se advierte que hay que asegurar que el lenguaje bioético sea profundamente **humanista**. El lenguaje bioético debe ser para la plenitud de la vida y no la vida para el lenguaje.

Para que el humanismo sea realidad hay que amparar al individuo contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y ante todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). También hay que **ampararlo** cuando estos posibles ataques se producen a través del lenguaje. Mucho es lo que hay que hacer para que no sucedan en el ámbito del lenguaje bioético. El esclarecimiento de estas cuestiones contribuye a lograrlo (3).

(3) En el horizonte conceptual del tema puede v. nuestro artículo «Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos», en «El Derecho», t. 93, págs. 831 y ss.